





**RUBÉN ALBERTO DUARTE CUADROS**

(Coordinador)

***Disertaciones de la Filosofía  
del Derecho y la Argumentación***



**UNIVERSIDAD  
LIBRE**

Facultad de Filosofía  
Facultad de Derecho

Duarte Cuadros, Rubén Alberto (coordinador)

Disertaciones de la Filosofía del Derecho y la Argumentación  
1a. ed. Bogotá: Universidad Libre, 2012.  
404 p.

© Universidad Libre.

© Rubén Alberto Duarte Cuadros (coordinador)

Primera edición: octubre de 2012.

© Ediciones Universidad Libre.

Número de ejemplares: 1000.

ISBN 978-958-8791-01-2

Impreso en Colombia

*Editorial:* Universidad Libre.

*Concepto gráfico y armada digital:* Diana Guayara V. - dianaguayara@gmail.com

*Producción:* Alvi Impresores Ltda. - Tel.: 2501584 - alvimpresores@yahoo.es

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño gráfico, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del autor, el editor o de la Universidad.

**PROYECTO**

**Grupo de investigación  
“Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea”**

Registro COLCIENCIAS COL0047708  
Categoría “C” - 2010

*Línea de Investigación*  
Teorías Contemporáneas del Derecho

*Semillero de Investigación - Facultad de Filosofía*  
Angie Lorena Márquez Zapata  
Lizeth Katherin Lozano Garzón





# UNIVERSIDAD LIBRE

## Directivas de la Universidad Libre

<i>Presidente Nacional</i>	Luis Francisco Sierra Reyes
<i>Vicepresidenta Nacional</i>	María Inés Ortíz Barbosa
<i>Rector Nacional</i>	Nicolás Enrique Zuleta Hincapié
<i>Censor Nacional</i>	José Antonio Lizarazo Ocampo
<i>Secretario General</i>	Pablo Emilio Cruz Samboní
<i>Director Nacional de Planeación</i>	Guillermo León Gómez Morales
<i>Presidente Sede Principal</i>	Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas
<i>Rector Sede Principal</i>	Fernando Dejanón Rodríguez
<i>Decano Facultad de Derecho</i>	Jesús Hernando Álvarez Mora
<i>Decano Facultad de Filosofía</i>	Rubén Alberto Duarte Cuadros
<i>Director Centro de Investigaciones Facultad de Filosofía</i>	Elías Castro Blanco

## Comité Editorial

### INTERNACIONALES

GREGORIO ROBLES MORCHÓN

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de las Islas Baleares (Palma de Mallorca) y Profesor de Derecho de la Unión Europea en la Universidad Pontificia de Salamanca (campus Madrid). Miembro Correspondiente del Instituto “Hans Kelsen” (Viena), Miembro del Comité Científico del Instituto de Psicología Jurídica (Zúrich), Miembro del Comité Científico de la Revista “Ars Interpretandi” (Padua), Director del Seminario de Filosofía del Derecho (Madrid), Académico Electo de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid). Docente Internacional Invitado por la Facultad de Filosofía en la Maestría de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica y del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre.

### NACIONALES

RICARDO SÁNCHEZ ÁNGEL

Universidad Nacional de Colombia. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional – Doctor en Historia y Magister en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia – Docente de La Facultad de Filosofía en la Maestría de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre.

HERNÁN MARTÍNEZ FERRO

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Doctor en Sociología del Derecho e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia - Magister en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia - Docente de La Facultad de Filosofía en la Maestría de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre.

## Pares Evaluadores

### INTERNACIONALES

VIRGINIA MARTÍNEZ BRETONES

Licenciada en Filosofía y Letras. Licenciada en Derecho. Doctora en Filosofía. Profesora Titular de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba (España). Conferencista Internacional Invitada por la Facultad de Filosofía en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política de la Universidad Libre.

### NACIONALES

MARTHA AURORA CASAS MALDONADO

Universidad Libre. Candidata al Doctorado en Derecho de la Universidad Libre, Magister en Derecho Penal y Criminología y Especialista en Filosofía del derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre.

# Contenido



Presentación	13
--------------	----

## **Primera Parte** **Estado y Globalización**

Rastros políticos y claro oscuros de la Constitución de 1991 ANDRÉS DE ZUBIRÍA SAMPER Universidad Autónoma, Bogotá	17
La utopía de la Libertad, la Democracia y el Estado Social de Derecho a partir de la Constitución de 1991 ANDRÉS FELIPE PAREJA VÉLEZ Institución Universitaria de Envigado, Envigado (Antioquia)	47
Una aproximación al precedente administrativo en Colombia desde las Leyes 1340 de 2009 y 1395 de 2010 CÉSAR AUGUSTO ROMERO MOLINA Universidad Cooperativa de Colombia (Sede Bucaramanga), Bucaramanga (Santander)	57
La Constitución y el mito de la violencia intrafamiliar LUIS EUGENIO RIBÓN PÉREZ Universidad del Atlántico, Barranquilla (Atlántico)	73
Constitución y cultura del libro jurídico: una lectura sobre la Constitución de 1991 como texto y discurso fundacional para la legitimidad del Derecho colombiano MÓNICA PATRICIA FORTICH NAVARRO Universidad Libre, Bogotá	93
Constitución y miseria NUMAS ARMANDO GIL OLIVERA Universidad del Atlántico, Barranquilla (Atlántico)	109

## **Segunda Parte**

### **Teorías Jurídicas Contemporáneas**

La falsa justicia transicional en Colombia a través del uso manipulador del Gobierno CARLOS ALBERTO AGUDELO AGUDELO Universidad de Caldas, Manizales (Caldas)	117
La crítica de Amartya Sen a la Teoría de la Justicia de Rawls CARLOS ALFREDO SÁNCHEZ MAFLA Universidad Libre (Seccional Cali), Cali (Valle)	143
Pluralismo de fuentes de producción normativa y conflicto de racionalidades sobre el Derecho: una lectura del pluralismo jurídico desde la teoría de Gunter Teubner CÉSAR GUAUQUE TORRES Universidad Libre (Seccional Socorro), Socorro (Santander)	159
El Derecho en la Historia GUILLERMO LEÓN ROMERO GARCÍA Universidad Libre (Seccional Cali), Cali (Valle)	179
Justicia de Víctimas como Política de la memoria JAVIER FERREIRA OSPINO Universidad del Atlántico, Barranquilla (Atlántico)	195
La reconstrucción de la Institución Judicial desde lo instituyente JULIÁN ANDRÉS DURÁN PUENTES Universidad Libre (Seccional Cali), Cali (Valle)	209
Representaciones sociales, prensa escrita y justicia transicional en Colombia RODOLFO TORREGROZA Universidad Libre, Bogotá	217
Cuatro problemas de la teoría del Derecho YEZID CARRILLO DE LA ROSA Universidad Libre (Sede Cartagena), Cartagena (Bolívar)	251

## **Tercera Parte**

### **Lógica y Argumentación Jurídica**

Investigación y argumentación en la formación de abogados ALEJANDRO CASTILLO RIVAS Universidad Libre, Bogotá	281
El lenguaje lógico jurídico y su implicación en el estudio sistémico del Derecho JORGE ENRIQUE LEÓN MOLINA Universidad Católica de Colombia, Bogotá	293
Arthur Kaufmann y la hermenéutica jurídica actual JUAN ANTONIO PABÓN ARRIETA Universidad del Atlántico, Barranquilla (Atlántico)	317
La laguna axiológica, la opinión y clima del intérprete JUAN CARLOS JIMÉNEZ TRIANA Universidad Católica de Colombia, Bogotá	335
Colonización, Cosificación y Codificación en el Derecho: ¿es realmente útil el lenguaje jurídico? JUAN PABLO STERLING CASAS Universidad Pontificia Bolivariana, Bucaramanga (Santander)	353
Sobre la Teoría de la Argumentación como argumentación constitucional PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO Universidad Santo Tomás, Bucaramanga (Santander)	373
¿Qué es una filosofía de la argumentación? SERGIO L. CARO A. Universidad del Atlántico, Barranquilla (Atlántico)	387



# Presentación

---

Para la Facultad de Filosofía es grato el haber podido consolidar una comunidad académica de profesores e investigadores, provenientes de diversas latitudes geográficas y culturales del país, alrededor de un tema que convoca las más profundas reflexiones como la filosofía, la política y la ética, presentes en el “VI CONGRESO NACIONAL Y III INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA”.

El evento liderado por la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre Sede Bogotá, del 24 al 26 de agosto de 2011, en conmemoración a los 20 años de la Constitución Política de Colombia (1991-2011), se desarrolló en torno a mesas de trabajo que convocaron temas de gran interés como las Teorías del Derecho, la Filosofía del Derecho y Teorías de la Argumentación. Es un hecho reiterado hablar de la Nueva Carta como una de las más liberales de América, que incorpora en su preámbulo un catálogo de principios y valores, lo que posibilita la defensa de los Derechos Fundamentales. A partir de su promulgación, surge un marcado interés por recrear problemas propios de la razón práctica, que propenden por la construcción de un país más justo, equitativo, igualitario e incluyente, temas que fueron recogidos en el marco de este homenaje, gracias a la participación de todos sus invitados.

El resultado que entregamos hoy a la comunidad académica es un esfuerzo por consolidar un proyecto editorial, aunado al esfuerzo liderado por la Universidad en cabeza de sus directivos que hicieron posible la publicación de este documento que reúne 21 textos de las más variadas inquietudes intelectuales. Esta labor que enaltece el ejercicio académico e investigativo y la proyección social institucional, son tareas inaplazables que suscitan las más variadas reflexiones en el quehacer filosófico de la actualidad que convoca a investigadores provenientes de diversas escuelas y tendencias, que convergen en temas como la democracia, el pluralismo, la construcción de una opinión pública, fiel reflejo de los valores encarnados por la Universidad Libre y sus fundadores que hicieron posible este proyecto institucional.

Con la humildad y sencillez que nos caracteriza, debemos reconocer que detrás de un gran evento como el liderado por la Facultad de Filosofía, existe una deuda de gratitud infinita como la que expresamos hoy al Rector Nacional, doctor Nicolás Enrique Zuleta Hincapié y al Presidente, doctor Luis Francisco Sierra Reyes, por el apoyo incondicional y acogida que tuvo en la realización de este evento; de igual manera, al señor Rector Seccional, doctor Fernando Dejanón Rodríguez, por su entusiasmo y cálido apoyo a las actividades académicas y al Presidente Seccional, doctor Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas, por recibir en un acto afectuoso de bienvenida a todos los participantes nacionales e internacionales que presentaron sus ponencias al evento, fiel reflejo de un alto nivel académico.

Hacemos extensivos también nuestros agradecimientos al público en general, del mismo modo que a los ponentes, en tanto que sus textos –dada la claridad expositiva y profundidad de sus reflexiones– hicieron posible que fuera una realidad la aparición del texto *Disertaciones de la filosofía del derecho y la argumentación*, el que como testimonio vivo dejamos en manos de nuestros amables lectores. A todos ellos, gracias por su acogida, como Andrés de Zubiría Samper, Andrés Felipe Pareja Vélez, César Augusto Romero Molina, Luis Eugenio Ribón Pérez, Mónica Patricia Fortich Navarro, Numas Armando Gil Olivera, Carlos Alberto Agudelo Agudelo, Carlos Alfredo Sánchez Mafla, Cesar Guaque Torrez, Guillermo León Romero García, Javier Ferreira Ospino, Julián Andrés Durán Puentes, Rodolfo Torregrosa, Yesid Carrillo de la Rosa, Alejandro Castillo Rivas, Jorge Enrique León Molina, Juan Antonio Pabón Arrieta, Juan Carlos Jiménez Triana, Juan Pablo Sterling Casas, Pedro Antonio García Obando y Sergio L. Caro, quienes nos recrearon con sus reflexiones siempre oportunas y de alto contenido creativo y auténtico. Finalmente, queremos resaltar que este texto entra a formar parte de la producción intelectual del grupo de investigación en “Filosofía del derecho y teoría jurídica contemporánea”, que tengo el honor de dirigir.

RUBÉN ALBERTO DUARTE CUADROS  
*Decano Facultad de Filosofía, Universidad Libre*

***Primera Parte***



**Estado y Globalización**



# ***Rastros políticos y claro oscuros de la Constitución de 1991***

---

**ANDRÉS DE ZUBIRÍA SAMPER\***  
*Universidad Autónoma  
Bogotá*

## **1. ELEMENTOS POLÍTICO-CONSTITUCIONALES**

La historia constitucional colombiana tiene un hecho común: las constituciones políticas han sido el resultado de una situación de crisis que, en la mayoría de los casos, se expresa en una guerra civil.

### **1.1 Órganos de poder colonial**

Al producirse el llamado “Descubrimiento de América” a finales del siglo XV por parte de España, Portugal e Inglaterra, éstos no solamente trajeron sus características políticas, económicas y culturales, sino que también su sistema normativo.

---

\* Abogado e Historiador, profesor de la Universidad Autónoma, de la Universidad del Rosario y de los postgrados de la ESAP. Autor de más de una decena de libros, entre los cuales están: *Fundamentos de la Constitución Política* (1992), *Constitución y descentralización territorial* (1994), *Régimen político y presidencialismo* (2002) y *Democracia o Autocracia?* (2010).

En el caso de España giró el proceso de dominación colonial alrededor de unos Órganos con asiento en la península, como fueron la Corona, encabezada por el Rey, el Real Consejo de Indias (principal institución política, administrativa y judicial) y la Casa de Contratación (con funciones comerciales).

Y, en cada una de sus colonias americanas, se organizaron en Virreinos (Nueva España o México, el de Perú y en su momento, la Nueva Granada), Presidencias (como la de Quito) y Capitanías Generales (Santo Domingo, Chile y Venezuela, entre otras). A nivel político, administrativo y fiscal se establecieron el Virrey, Presidente o Capitán General como máxima autoridad colonial, la Real Audiencia (cumplieron atribuciones políticas, administrativas y judiciales) y la Real Hacienda, encargada de los impuestos coloniales: a) Civiles, como los Estancos, la Avería o el Almojarifazgo, el Tributo Indígena, el Quinto Real, la Media Anata, entre otros; y b) Eclesiásticos, como el Diezmo, la Mesada Eclesiástica, entre otros.

Los virreinos, presidencias y capitanías generales se dividieron administrativamente en Provincias, con el respectivo gobernador provincial; excepcionalmente en Corregimientos, con un Corregidor y los Municipios o Poblaciones: Ciudades, villas y lugares, donde existe dualidad de poder alrededor del Cabildo (cuyos principales miembros, los regidores, compraban el cargo) y los Alcaldes que, como regla general fueron dos, excepto en los lugares, en donde sólo había un alcalde.

Hay que destacar el papel clave que cumplieron los cabildos durante el proceso de emancipación política ya que allí fue donde surgió la chispa de la Independencia entre 1810 y 1819, como los que se presentaron, primero en El Socorro (cuna del Movimiento Comunero en 1781), el 10 de julio y, luego, en Santafé (Bogotá), el 20 de julio de 1810.

## 1.2 Centralismo y Federalismo en el siglo XIX

Al producirse circunstancias tanto externas (la Ilustración, la Independencia de los Estados Unidos, la Revolución Francesa y la invasión napoleónica a España en 1808), como internas (la Revolución Comunera, la

traducción de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que hizo Nariño, la Expedición Botánica y el Memorial de Agravios redactado por Camilo Torres), en un corto período de tiempo las colonias españolas en América consiguen la separación de la metrópoli e inician el lento proceso de conformación de un Estado nacional.

El antiguo virreinato de la Nueva Granada, la presidencia de Quito y la capitanía general de Venezuela, convergen primero en la conformación del Ejército Liberador encabezado por Bolívar y, luego de los triunfos militares de 1819, se convoca a un Congreso Constituyente en Villa del Rosario de Cúcuta, el cual redacta la primera Constitución de nivel nacional, la de 1886, de estirpe Centralista y Presidencialista, dando vida a la República de Colombia, denominada posteriormente como la “Gran Colombia”.

Al producirse los graves conflictos entre los dos dirigentes político-militares de la época el Libertador Bolívar y el general Santander y, la lucha por la autodeterminación del Oriente y del Sur, se produce la separación tanto de Venezuela, como del Ecuador, por ello, la siguiente Carta Constitucional de 1830, producida por un Congreso Constituyente, fue solamente de tipo formal, ya que no tuvo validez alguna, al insistir en un hecho que ha desaparecido, la unión alrededor de un solo Estado.

Es decir, la Guerra de la Independencia, es el precedente de las dos primeras Constituciones, la de 1821 y la de 1830. Al mismo tiempo, la separación de la Nueva Granada, Venezuela y el Ecuador antecede a la redacción de la Constitución de 1832, en una Convención Constituyente, que reitera el carácter Centralista y Presidencialista de la organización jurídico-política.

La llamada Guerra de los Supremos o de los Conventos (1839-41) es la antesala de la siguiente Carta Centralista de 1843 pero, como paradoja, fue expedida en el órgano ordinario, es decir, en el Congreso Nacional.

*Constituciones Centralistas  
(1821-1843)*

1821, redactada en Villa del Rosario de Cúcuta, por una Asamblea Constituyente, alrededor de la unión de la Nueva Granada, Venezuela y Ecuador, en la República de Colombia.

1830, no se aplicó, expedida por un órgano especial.

1832, creada en una Asamblea Constituyente la República de la Nueva Granada, por la separación como Estados independientes de Venezuela y el Ecuador.

1843, en el Congreso Nacional, por primera vez en la historia constitucional colombiana.

Hay que destacar que los cambios que se produjeron en nuestro país a mediados del siglo XIX, de naturaleza política (surgimiento de los partidos tradicionales: el liberal en 1848 y el conservador en 1849), económica (supresión de la esclavitud, reducción de los resguardos indígenas, disminución del impuesto de aduanas y la desamortización de bienes de manos muertas o confiscación de bienes a la iglesia Católica en 1861), ideológica (separación del Estado y la Iglesia, en 1853) y fiscal (cesión de rentas nacionales a las provincias y las correspondientes competencias en el culto religioso, la educación, las vías y la burocracia provincial, es decir, la primera Descentralización Fiscal de nuestra historia, en 1850-51), que se sintetizaron en la denominada Revolución del Medio Siglo, permiten pasar del régimen Centralista precedente (1821- 1850), a uno de tipo Centro Federal, en la Constitución de 1853, la cual fue expedida por el Congreso Nacional, que mantiene en el ámbito nacional las principales funciones públicas, al mismo tiempo, autorizó a cada una de las 35 provincias para “disponer lo que juzgue conveniente a su organización, régimen y administración interior, sin invadir los objetos de competencia del Gobierno general” (art. 47), es decir, abre la opción del sistema federalista en el inmediato futuro.

Y, la Carta de 1853, estuvo precedida por la Guerra Civil de 1851, dirigida por los antiguos esclavistas que fueron afectados por las medidas de eliminar las relaciones de este tipo en 1851, en especial en el Cauca.

Hay que subrayar que el tránsito del sistema Centralista al Federalista fue bastante rápido, ya que a partir del año de 1855 y hasta 1861, primero se produjo un hecho (la unión de varias provincias) y luego se reconoció a nivel del Derecho, porque el Congreso expide en cada caso la ley que reconoce a cada uno de los nueve estados soberanos que se conformaron en el país: Magdalena, Bolívar, Panamá, Santander, Antioquia, Boyacá, Cundinamarca, Cauca y Tolima (creado artificialmente por decreto del entonces presidente del Estado del Cauca, el general Tomás Cipriano de Mosquera).

### ***Carta Constitucional Centro Federal***

En 1853, al inicio de la primera hegemonía liberal (1849-1886), redactada en el Congreso Nacional, autoriza a las provincias para regular su régimen interior y cada una de éstas redacta su Constitución provincial.

### ***Constituciones Federales***

La Constitución de 1858, adoptada en el Congreso Nacional, crea la mal llamada Confederación Granadina, en plena hegemonía liberal (1849-1886), por el presidente y fundador del partido conservador, Mariano Ospina Rodríguez y luego del triunfo militar del general Mosquera en la Guerra de 1861, se aprueba en Ríonegro (Antioquia), por una Convención Nacional, una Constitución rígidamente Federalista, la de 1863, pasándonos a llamar como los Estados Unidos de Colombia, el ámbito Federal con funciones constituyente, legislativa, administrativa y, parcialmente, judicial, pero, con un Presidente cuyo período se redujo de cuatro a dos años, sin reelección, con funciones simbólicas (expedir permisos de navegación en los ríos, cartas de naturalización, entre otras) y, en el nivel territorial recaen las principales atribuciones públicas, también de tipo constituyente (pueden expedir constituciones estatales y provinciales), legislativo (crean leyes estatales), administrativo (el presidente/gobernador estatal, quien no depende

del Presidente de la Unión) y judicial (juzgados y tribunales que no son subordinados funcionalmente de la Corte Suprema Federal).

### *Constituciones Federalistas*

1858: Confederación Granadina, expedida por el Congreso Nacional.

1863: Estados Unidos de Colombia, resultado de una Asamblea Constituyente en Rionegro, Antioquia.

### ***Retorno al Centralismo en 1886***

Y, la última Carta Constitucional del siglo XIX, la Centralista y Autoritaria de 1886, también fue producto de un conflicto, la Guerra Civil de 1884-85, que fue “ganada” por el Presidente liberal Rafael Núñez y fue quien derogó de hecho la Constitución del Olimpo Radical de 1863.

El Presidente Núñez, como inspirador del Movimiento de la Regeneración, a través de los Presidentes/gobernadores de los estados, se convoca a un Consejo Nacional Constituyente, con la siguiente composición política: 18 delegatarios, a razón de dos delegados por cada estado soberano, uno del partido conservador y otro del partido liberal independiente o nuñista.

La Constitución de 1886, retoma la denominación del país como República de Colombia, con una forma de Estado Centralista (la Nación reasume las principales competencias públicas: constituyente, legislativa, administrativas y judiciales), un régimen Presidencialista (el Presidente pasa de un período de dos a seis años, con reelección inmediata), Confesional (vuelve la estrecha relación entre el Estado y la iglesia Católica), enuncia formalmente los derechos de tipo individual y se esboza la descentralización administrativa, alrededor de los Departamentos (Asamblea y gobernador), provincias (con el prefecto provincial) y los Municipios (concejo y alcalde municipales).

### *La Constitución de 1886*

Expedida por el Consejo Nacional Constituyente conformada por 18 delegatarios: nueve conservadores y nueve liberales independientes o nuñistas.

*Características:*

- Centralista
- Presidencialista
- Confesional
- Enuncia formalmente los derechos
- Descentralización administrativa

## **1.3 Centralismo y descentralización en el siglo XX**

A lo largo del siglo XX se realizaron más de 70 reformas a la Carta Constitucional de 1886, siendo las más representativas, las siguientes:

1905, durante la dictadura del general Reyes, la Asamblea Constituyente y Legislativa subdivide los ocho departamentos en 34 y Bogotá se separa del Departamento de Cundinamarca y se erige en distrito capital, debiéndose recordar que finalizamos el siglo XIX e iniciamos el XX con la Guerra de los Mil Días (1899-1902).

1910, la Asamblea Nacional de Colombia, en la época de la Unión Republicana (movimiento bipartidista) en plena hegemonía conservadora, deja sin efectos los cambios de la dictadura del general Reyes, al tiempo que crea la acción pública de inconstitucionalidad, reduce el período presidencial de seis a cuatro años, prohibiendo la reelección inmediata de aquel.

1936, al presentarse la segunda hegemonía liberal (1930-1946), el Congreso Nacional modifica la Carta Constitucional de 1886, en el primer mandato de

López Pumarejo (1934-1938) autorizando la creación de los sindicatos, limita las funciones de la iglesia católica, la propiedad debe cumplir una función social y es viable la expropiación por vía judicial, se suprimen las provincias y se crean las intendencias y las comisarías.

1945, el Congreso aprueba la iniciativa de cambio del segundo gobierno de López Pumarejo (1942-1945), a nivel nacional y territorial se pueden organizar los departamentos administrativos como entes técnicos y Bogotá se debe organizar como un Distrito Especial, separado jurídicamente del Departamento de Cundinamarca (regulado por decreto en la dictadura del Rojas Pinilla en 1954).

1952-1957, luego de la crisis del 9 de abril de 1948 (asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán, los gobiernos de la hegemonía conservadora y autoritarios de Ospina Pérez y el de Laureano Gómez (1950-1953), en donde el Congreso en 1952 se auto disuelve y se conforma la Asamblea Nacional Constituyente (ANAC), como órgano Constituyente y Legislativo, cuyos miembros fueron designados así: Por los salientes Senado de la República y Cámara de Representantes, de a uno por cada Departamento, y por el Presidente de la República, 10 delegados representando a los gremios empresariales (la SAC, Asociación de Ganaderos, la ANDI, la Asociación Bancaria, la Federación de Cafeteros, de FENALCO, de la Federación Nacional de Cooperativas), los sindicatos, las universidades y los periodistas, los Ex Presidentes o designados a la Presidencia de la República, de cuatro ex miembros de la Corte Electoral, de dos ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, éstos últimos nombrados en forma paritaria (liberales y conservadores), por el jefe del Ejecutivo Nacional.

Debe señalarse que, una vez la Asamblea Nacional Constituyente (ANAC) legalizó y trató de legitimar al general Rojas Pinilla como Presidente de la República –que llegó al poder mediante un golpe militar el 13 de junio de 1953–, amplió en el año de 1954 el número de diputados de la misma en 38, así: 22 liberales, 12 conservadores y dos de las Fuerzas Armadas designados por el jefe del Ejecutivo Nacional, y dos diputados por la iglesia Católica, nombrados por el Arzobispo de Bogotá.

### ***Composición de la Asamblea Nacional Constituyente, ANAC (1952-1957)***

Un delegado por cada Departamento, elegido por el Senado de la República

Un delegado por cada Departamento, elegido por la Cámara de Representantes

Los Ex Presidentes de la República, designados o encargados, únicos que no tendrán suplentes

Seis miembros designados por el Presidente de la República

Cuatro delegados elegidos por la Corte Electoral, en representación del partido liberal y del conservador

Dos ex magistrados de la Corte Suprema de justicia, elegidos por ésta en forma paritaria

Dos ex consejeros del Consejo de Estado, elegidos por ésta, de los dos partidos históricos

10 miembros, en representación y elegidos por ellas, de la SAC, Asociación de Ganaderos, Asociación Bancaria, ANDI, Federación Nacional de Cafeteros, Federación Nacional de Comerciantes, Federación Nacional de Cooperativas, Organismos Nacionales de Sindicatos, la prensa y las universidades

En el año 1954 se amplió la composición de la ANAC en 38 delegados (22 liberales, 12 conservadores, dos de las Fuerzas Armadas y dos de la Iglesia Católica)

1957, luego de la salida del poder del general Rojas Pinilla, la Junta Militar de Gobierno (1957-1958), acepta la propuesta liberal-conservadora del Frente Nacional y convoca al mal llamado Plebiscito (en realidad fue un Referendo Constitucional) y los ciudadanos aprueban las siguientes reformas constitucionales: a) Alternación en la presidencia de la República para los dos

partidos históricos, entre 1958 y 1974; y b) La paridad política: Toda la burocracia nacional (Congreso, ministerios, departamentos administrativos y empresas públicas, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, tribunales y juzgados) y territorial (asambleas, gobernaciones, concejos, alcaldías, entre otros) para representantes de los partidos liberal y conservador, por partes iguales.

1968: El Congreso Nacional, durante el Gobierno de Carlos Lleras Restrepo (1966-1970), modifica la Carta Constitucional de 1886, porque al tiempo que fortalece el Presidencialismo (iniciativa exclusiva del Ejecutivo en los proyectos de ley sobre la planeación y el Presupuesto General de la Nación), se comienza a desarrollar la Descentralización política, administrativa y fiscal, con figuras como: Las Áreas Metropolitanas, la Asociación de Municipios, la Categorización de los Municipios, las JAL y el Situado Fiscal.

1986: Elección popular de los alcaldes, desde 1988, con un período de dos años.

1987: Cartagena de Indias se convierte en Distrito.

1989: Santa Marta se erige en Distrito.

## **2. EL PROCESO CONSTITUYENTE**

Durante las décadas de los 70 y los 80 del siglo XX, el país vivió una verdadera “erosión social”, expresada en marchas campesinas y paros cívicos, la emergencia del narcotráfico como un fenómeno de impacto local, regional y nacional, la violencia política se agudiza, aparecen los paramilitares, entre otros aspectos, que sirven como sustento para la convocatoria a un órgano especial de reforma institucional, la asamblea constituyente, luego del fracaso de tres intentos en el Congreso Nacional, así: a) Durante el gobierno de López Michelsen y su proyectada Pequeña Constituyente de 1975, que naufragó en el control constitucional de la Corte Suprema de Justicia; b) En el cuatrenio de Turbay Ayala se aprobaron las reformas constitucionales en 1979 (Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación, entre otras

novedades), pero, nuevamente la Corte Suprema declara la inexecutable por razones de forma; y c) Se tramitó en el Legislativo en primera vuelta otra propuesta de modificación en el mandato del Presidente Virgilio Barco (1986-1990), sobre temas del Congreso, del Ejecutivo (graduar el estado de sitio), en la rama Judicial (Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación), y a nivel territorial (creación de distritos especiales). Pero, antes de pasar a la segunda vuelta la reforma constitucional, un grupo de congresistas planteó la posibilidad de “consultar” al pueblo sobre algunos puntos, en especial, sobre la extradición de colombianos al exterior y, ante esto, se retiró el Proyecto de Acto Legislativo.

*Proyectos de reforma constitucional  
(1975-1990)*

En el gobierno de López Michelsen, el Congreso Nacional aprueba la convocatoria a una Pequeña Constituyente (1975) y la Corte Suprema, por razones de fondo, la deja sin efecto jurídico.

El legislativo promulga la Reforma Constitucional de 1979, de iniciativa del gobierno de Turbay Ayala y la Corte Suprema de Justicia la declara inexecutable.

El gobierno de Barco presenta una iniciativa de reforma institucional al Congreso Nacional, pero sólo se aprueba en primera vuelta.

Luego de la agudización del conflicto bélico que se expresó en el exterminio de la Unión Patriótica (UP), movimiento surgido durante los acuerdos de paz entre el Presidente Belisario Betancur y la insurgencia, en el año de 1985, que sacrificó cientos de sus militantes, incluidos dos candidatos presidenciales (Jaime Pardo Leal y Bernardo Jaramillo Ossa) y, en especial, por el magnicidio del dirigente liberal Luis Carlos Galán en agosto de 1989, un grupo de estudiantes de universidades privadas de Bogotá proponen la convocatoria a una Asamblea Constituyente, como órgano especial de reforma institucional.

El movimiento que se conformó se denominó como el de la Séptima Papeleta ya que en el mes de marzo de 1990 se elegían senadores (primera papeleta), representantes a la Cámara (segunda), diputados (tercera), alcaldes (cuarta), concejales (quinta), en algunos municipios miembros de las Juntas Administradoras Locales, JAL, consulta liberal (sexta) y, finalmente, la iniciativa estudiantil de la “séptima papeleta”, para convocar un órgano especial donde estuvieran representados los diferentes sectores políticos, sociales y culturales del país.

Hay que destacar que el gobierno saliente de Barco viabilizó que la Registraduría Nacional del Estado Civil pudiera contar los votos por la “séptima papeleta”, siendo estos más de dos millones los que la apoyaron.

Durante las elecciones presidenciales de mayo de 1990 se presentaron diversos candidatos, entre otros, César Gaviria (liberal) quien resulta triunfador, Álvaro Gómez Hurtado (movimiento de salvación nacional), Antonio Navarro Wolff (M 19, recién reincorporado a la vida civil). El respaldo en este momento por la “séptima papeleta” fue de más de cinco millones de votos.

Luego viene el famoso Acuerdo Político celebrado entre las elites en el mes de agosto de 1990, en donde participan las siguientes fuerzas políticas: El liberalismo representado por el presidente electo César Gaviria, el conservatismo en cabeza del Ex Presidente Misael Pastrana Borrero, el M 19 por el dirigente Navarro Wolff y Álvaro Gómez Hurtado disidente del conservatismo, en el cual se decide que únicamente debería reformarse la centenaria Constitución de 1886, porque dicho Acuerdo que se concretó en el texto del Decreto 1926 de 1990 en diez Temas, así:

1º) Sobre la Rama Legislativa, la posibilidad de reformas sobre establecer diferencias funcionales entre el Senado y la Cámara de Representantes, revisión de los sistemas de elección del Contralor General de la República y del Procurador General de la Nación; ampliar la iniciativa legislativa a los ciudadanos y a la rama judicial; posibilidad de establecer mociones de observación y de censura.

2º) En la Rama Judicial y el Ministerio Público, la propuesta de dotarlos de instrumentos jurídicos para hacer frente al terrorismo y la criminalidad organizada, “permitiendo que la ley regule mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba para determinar el origen legítimo de bienes (...), la rebaja de penas por colaboración eficaz, el levantamiento del velo corporativo (...) posibilidad de establecer las bases del sistema acusatorio por medio de la Fiscalía General de la Nación o de otros procedimientos alternativos de investigación criminal”.

3º) Con relación a la Administración Pública, el planteamiento de “democratizarla”, crear mediante ley nuevos tipos de entidades públicas, entre otros temas.

4º) Respecto de los Derechos Humanos, la consagración expresa de nuevos derechos políticos, económicos, sociales y culturales; la ampliación de los existentes y la precisión de los deberes; la incorporación del principio de igualdad, con referencia expresa al origen, la raza, el color, el sexo, a religión, el idioma, la lengua, y la opinión política; la revisión de la edad para ser ciudadano; y la posibilidad de la doble nacionalidad.

5º) En los Partidos Políticos y la Oposición, institucionalizar los partidos políticos, regular la financiación de los partidos y las campañas políticas, y establecer el estatuto del ejercicio de la oposición.

6º) Con relación al régimen Departamental y Municipal, la posibilidad de revisar las funciones de sus autoridades, con el fin de profundizar el proceso de descentralización, sin “afectar la división política del territorio”; delegarle a la ley la definición del período de los alcaldes; la posibilidad de establecer la elección popular de los gobernadores a partir de 1992 y la revocatoria del mandato de los gobernadores y alcaldes.

7º) Sobre los Mecanismos de Participación, la iniciativa de consagrar el principio general sobre la participación ciudadana en la vida política, económica, social, administrativa y cultural; consagrar la soberanía popular; regular el referéndum, la iniciativa popular de ley y d reforma constitucional; la posibilidad de consagrar el principio de la “democratización de los gremios y

sindicatos” para permitir la intervención de sus afiliados en la selección de las directivas, en la fiscalización del manejo de fondos y en la adopción de políticas.

8º) La polémica figura del Estado de Sitio, debería ser transitoria, con un tratamiento gradual dependiendo de la situaciones de alteración del orden público; precisar los derechos y la garantías que serán inmodificables bajo la figura excepcional; la “determinación con exactitud de aquellos derechos y garantías que podrán ser restringidos y suspendidos”.

9º) Respecto de los temas Económicos, la propuesta de estudiar puntos como: La reforma de las normas sobre planeación económica para entregarle al Congreso facultades que aseguren su efectiva participación en la deliberación de las políticas formuladas por el Gobierno Nacional; modernizar la hacienda pública; la democratización de la propiedad y limitación de los monopolios; revisión de los principios y mecanismos de la expropiación, para permitirla por vía administrativa en relación con predios rurales y urbanos; y

10º) El Control Fiscal, con la idea de consagrar la iniciativa del Congreso para promover investigaciones con el fin de ejercer el control fiscal; autorizar al legislador para establecer un control posterior, externo y selectivo, al igual que un control de gestión y de resultados, incorporando la auditoría operativa, financiera y de sistemas.

El día 9 de octubre de 1990 la Corte Suprema de Justicia declara exequible el Decreto 1926 de 1990, pero, deja sin piso el denominado Acuerdo Político de agosto del mismo año, ya que, el único que le puede establecer límites materiales (temas a tratar), como temporales (la esencia de la asamblea constituyente es su carácter limitado en el tiempo), es el constituyente primario, es decir, el pueblo, y fija como fecha para elegir sus miembros el 9 de diciembre de 1990.

### **3. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE**

Con base en lo expuesto, el Presidente Gaviria convocó a los ciudadanos para proceder a elegir a los 70 miembros de la Asamblea Constitucional

–como la denominó el Decreto 1926 de 1990-, en diciembre del mismo año, pudiendo postular candidatos los partidos y movimientos políticos de la época, siendo los más representativos, los siguientes: a) El partido liberal presentó 41 listas, en la denominada “operación avispa”, buscando el voto local y regional; b) El partido social conservador (en aquel momento adopta esta denominación temporalmente), inscribe una sola lista oficial, encabezada por el Ex Presidente, Misael Pastrana Borrero, pero permite que otros dirigentes regionales lancen su propia lista; c) El ex candidato presidencial Álvaro Gómez Hurtado, con su Movimiento de Salvación Nacional registra su lista nacional; d) La Alianza Democrática M 19, que había obtenido una significativa votación en las elecciones presidenciales de mayo de 1990, también presenta una sola lista nacional, conformada por antiguos guerrilleros y miembros de los partidos tradicionales; y e) La izquierda (la UP), los indígenas, los cristianos no católicos, entre otros, le apuestan al voto de opinión y el de los sectores sociales y sindicales.

Para la elección de los delegatarios a la Asamblea Constitucional de diciembre de 1990 se presentaron un total de 116 listas, pero, solo 29 de estas consiguieron representación en el órgano especial de reforma institucional, se mantuvo el sistema de cuociente electoral (número total de votos sobre los cargos por proveer), siendo electos por cuociente un número de 36 constituyentes y 24 por residuo, teniendo la participación política la citada Asamblea que se precisa en el Esquema siguiente.

### ***Composición política de la Asamblea Constituyente de 1991***

<b>Partido/movimiento político</b>	<b>% en la Asamblea</b>	<b>Constituyentes</b>
Partido liberal	35,7%	25
AD M19	27,1%	19
Movimiento de Salvación Nacional	15,7%	11
Partido social conservador	7,1%	5
Conservadores independientes	5,7%	4
Unión Patriótica (UP)	2,9%	2

Partido/movimiento político	% en la Asamblea	Constituyentes
Indígenas	2,9%	2
Cristianos no católicos	2,9%	2
Subtotal	100,00%	70
EPL (*)	-	2
Quintín Lame (*)	-	1
PRT (*)	-	1
Total		74

(\*) *Con voz, pero sin voto*

También debe precisarse que el Gobierno Nacional, con base en los acuerdos de paz suscritos con el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Movimiento indigenista del Cauca, Quintín Lame, a cada uno de éstos se le dio dos cupos en la Asamblea con voz, pero sin voto.

Es decir, en total la Constituyente tuvo 74 delegatarios: Los 70 elegidos popularmente en diciembre de 1990, con plenos derechos y cuatro en representación del EPL, el Quintín Lame y el PRT, sólo con voz (presentar proyectos de reforma constitucional y discutirlos).

De las elecciones del 9 de diciembre de 1990 para elegir los miembros de la Asamblea Constituyente, se pueden sacar algunas conclusiones: a) No existió un claro ganador, ya que si bien el partido liberal fue el más votado, sólo obtuvo 25 de los 70 constituyentes; b) Una alta votación tanto por la AD M19, como por Salvación Nacional, es decir, por los sectores independientes y disidentes de los partidos tradicionales; c) La práctica desaparición del histórico partido conservador, al obtener solo cinco curules, sin contar los cuatros conservadores “independientes”, y d) Por primera vez en la historia política nacional la izquierda (UP), los indígenas y los evangélicos tuvieron representación en un órgano especial de reforma constitucional.

Por lo expuesto, al iniciar las deliberaciones la Asamblea el 5 de febrero de 1991, fue necesario lograr unos acuerdos o consensos políticos y, por ende, se

optó por una presidencia colegiada, con tres copresidentes, así: Horario Serpa Uribe, en representación del liberalismo, Antonio Navarro Wolff por la AD M19 y Álvaro Gómez Hurtado por el Movimiento de Salvación Nacional, pero, a las demás fuerzas se les dio representación en las presidencias y vicepresidencias de las Cinco Comisiones, de acuerdo con el Reglamento que se adoptó, así:

La Comisión Primera, debatió los Principios, derechos, deberes y garantías, los temas electorales, los partidos políticos y la reforma constitucional, es decir, buena parte de la llamada parte dogmática de la Constitución. Se destacan los constituyentes Aída Avella (UP), la poeta María Mercedes Carranza (AD M19), los dirigentes conservadores Misael Pastrana Borrero y Álvaro Leyva Durán, el indígena Francisco Roja Birry y el liberal Diego Uribe Vargas.

La Comisión Segunda analizó el Ordenamiento Territorial, que estudio un tema central el “reordenamiento” del mapa territorial, con delegados como Orlando Fals Borda (AD M19), los liberales Jaime Castro Castro y Eduardo Verano de la Rosa, y el dirigente conservador antioqueño Juan Gómez Martínez.

La Comisión Tercera estudió los cambios a las ramas Legislativa y Ejecutiva, teniendo como destacadas figuras a Álvaro Echeverry Uruburu (AD M19), los liberales Alfonso Palacio Rudas y Hernando Herrera Vergara, Alfredo Vázquez Carrizosa (UP, de origen conservador) y Arturo Mejía (cristiano no católico).

La Comisión Cuarta se centró en el estudio de la Rama Judicial y el Ministerio Público, con constituyentes como Julio Salgado Vásquez y Fernando Carrillo Flórez (liberales), el ex magistrado de origen conservador José María Velasco Guerrero y María Terea Garcés (AD M19); y

La Comisión Quinta aborda temas económicos, sociales y ecológicos, con delegados como el dirigente conservador costeño Carlos Rodado Noriega, Angelino Garzón ex dirigente político-sindical (AD M19), Guillermo Perry Rubio e Iván Marulanda Gómez (partido liberal), y Carlos Ossa Escobar (AD M19).

Al iniciar sus actividades en febrero de 1991, la denominada Asamblea Constitucional (de acuerdo con el texto de los decretos 927 y 1926 de 1990),

se convirtió en Constituyente, es decir, pasó de ser un órgano reformador de la Carta de 1886 a uno con funciones para hacer o reformar la misma, por una decisión política del órgano especial, contando con el apoyo de los partidos y movimientos representados en la Asamblea y del Presidente César Gaviria, lo que implicó la disolución del Congreso Nacional, cuyos miembros habían sido elegidos popularmente en el mes de marzo de 1990.

En total se presentaron al órgano especial de cambio constitucional más de 150 Proyectos, así: a) Los Constituyentes (70 elegidos popularmente y cuatro designados por el Presidente de la República) formularon 130 iniciativas en representación de los partidos y movimientos políticos con asiento en la Constituyente, tanto de manera grupal, como individual; b) El Gobierno del Presidente Gaviria radicó otro Proyecto, el cual fue defendido por el entonces Ministro de Gobierno, Humberto De la Calle Lombana y por su asesor constitucional, Manuel José Cepeda; y c) Los formulados por otras entidades como fueron los de la Federación Nacional de Municipios, la Federación Nacional Comunal, ASCUN, las centrales sindicales y las universidades públicas y privadas.

De la iniciativa gubernamental del Gobierno Gaviria pueden destacarse de sus 260 artículos como novedades principales que se debería incorporar un Título sobre Principios Fundamentales contenidos en siete artículos; había que esbozar una Carta de Derechos con derechos fundamentales, con derechos sociales, económicos y culturales, al igual que con derechos colectivos (al medio ambiente sano, derechos de los usuarios y de los consumidores); siguiendo la tradición anglosajona incorporar en nuestro ordenamiento jurídico superior la Acción de Amparo (que luego se convirtió en la de Tutela); crear la figura del defensor de los derechos humanos (que después se transformó en la Defensoría del Pueblo); sobre la Rama Legislativa, el Senado de la República debería estar conformado por 100 miembros por circunscripción nacional y la Cámara de Representantes por una de tipo territorial, con base en la población del departamento y de Bogotá, debiéndose prohibir las suplencias en las dos corporaciones legislativas y regular la moción de censura a los ministros del despacho; en el Ejecutivo se debía mantener la elección directa del Presidente, para períodos de cuatro años, siendo reemplazado en sus faltas absolutas o temporales por el Designado, quien

debería ser elegido por el Congreso; a nivel del poder Judicial se planteó que debían mantenerse la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tribunales y los juzgados, pero regular como órgano de control a la Corte Constitucional y como ente administrativo, el Consejo Superior de la Administración de Justicia, y la Fiscalía General de la Nación debía investigar los delitos, cuyo titular debía ser designado por el Presidente de la República, pero con poder de veto por la Corte Suprema de Justicia; en el tema de los partidos hay que garantizar el derecho de la oposición política; y a nivel territorial se plantea conservar los departamentos, municipios y Bogotá como distrito, al tiempo que deben existir departamentos especiales (San Andrés y las antiguas Comisarías).

Las actividades de la Asamblea se desarrollaron entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991 y la mayor parte del tiempo se dedicó al estudio en las respectivas Comisiones, las cuales luego de su debate interno proponían a la Plenaria un Informe-Ponencia y, para que alguna norma se convirtiera en texto de la nueva Carta Constitucional tuvo que haber sido aprobada en dos plenarios, porque en caso contrario es solamente un antecedente normativo.

#### **4. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

Desde la perspectiva formal el texto adoptado en la Asamblea Constituyente el 4 de julio de 1991, que entró en vigencia el día 7 de julio, se encuentra dividido de la siguiente manera: Los grandes temas en cada uno de los XIII Títulos, la mayor parte de éstos divididos en capítulos y a su vez en artículos, siendo un total de 380 permanentes, más 59 disposiciones transitorias, algunas de las cuales incluso hoy dos décadas después de su promulgación aún no se han desarrollado, como por ejemplo, el relacionado con la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas (ETI), porque ante la ausencia de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) que los regule, lo puede hacer el Gobierno Nacional (AT 56).

Hay que señalar que la nueva Carta Constitucional, al tiempo que recibe toda la influencia de las constituciones que la precedieron en el siglo XIX, tanto de la época Centralista (1821, 1830, 1832, 1843 y 1886), como del

período de transición Centro-Federal (1853), como las Federalistas (1858 y 1863), al mismo tiempo se encuentra incidencia de otras Cartas, en especial de la de España (1978) en el nivel territorial, como la de Alemania (1949), en los asuntos económicos, como la creación de la banca central alrededor del Banco de la República.

Ahora pasaremos a destacar los elementos que podemos considerar como progresivos de la Constitución Política de 1991, así:

Haber consagrado en el Título I los llamados Principios Fundamentales, señalando la utopía de los constituyentes sobre las características del aparato estatal: 1ª) Como un Estado Social de Derecho, donde prevalecen los derechos de segunda (colectivos) y de tercera generación (universales); 2ª) Reitera el carácter Centralista de la organización estatal, bajo la denominación de la República Unitaria, atenuada con el siguiente elemento; 3ª) Con Descentralización (reconocimiento que hace la Nación al nivel territorial sobre competencias y recursos públicos) y Autonomía de las entidades territoriales. Regiones (condicionadamente), Departamentos, Provincias (con dos etapas), Municipios, Distritos y las Entidades Territoriales Indígenas (Eti); 4ª) Democrática, al menos en el sentido formal, ya que los principales servidores y funcionarios nacionales, regionales y locales, son de elección popular: Presidente, Vicepresidente, senadores, representantes a la Cámara, diputados, gobernadores, concejales, alcaldes y miembros de las Juntas Administradoras Locales, JAL; 5ª) Participativa, tanto en el campo político (sufragio, iniciativa popular legislativa y normativa, consulta popular, referendo, plebiscito y revocatoria del mandato), como en lo social (en la educación, la salud, los servicios públicos domiciliarios, entre otros); y 6ª) Pluralista, consagrando el respeto a la diferencia en el campo político, ideológico, religioso, étnico y cultural.

En el Título II se hace una descripción detallada de la llamada Carta de Derechos, al consagrar expresamente derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, y colectivos y del ambiente.

Como elemento destacable se crean tres tipos de Acciones, la de Tutela (protege derechos constitucionales fundamentales), la de Cumplimiento (hacer

cumplir una ley o acto administrativo nacional, regional o local) y las Populares (amparan los derechos e intereses colectivo, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos).

Se destacan del Título III la posibilidad de tener doble ciudadanía y permitirle a los extranjeros residentes en el país votar en las elecciones locales: concejales, alcaldes y miembros de las JAL.

Del Título IV es relevante haber incorporado en nuestro ordenamiento jurídico superior los Mecanismos de Participación Democrática, como son el voto, el plebiscito, el referendo (aprobatario, derogatorio y constitucional), la consulta popular (nacional, regional y local), el cabildo abierto, la iniciativa popular legislativa (presentar proyectos de Acto Legislativo y de ley al Congreso Nacional) y normativa (proyectos de ordenanza a las asambleas y de acuerdo a los concejos municipales y distritales) y la revocatoria del mandato a gobernadores y alcaldes.

La estructura del Estado Nacional alrededor de las tradicionales tres ramas (Legislativa, Ejecutiva y Judicial) y de los Órganos del Estado (De Control, la Organización Electoral y Otros órganos nacionales), aparece regulado en el Título V.

En el Título VI se regula el órgano Legislativo, siendo novedad el pasar de una circunscripción departamental a una nacional para elegir a los 100 senadores, además de crear una especial indígena (dos curules). En la Cámara de Representantes se estableció una circunscripción territorial para los departamentos y Bogotá eligen representantes con base en un factor poblacional, y una especial para las negritudes, los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Siguiendo la tradición histórica nacional, el Título VII se dedica a la rama Ejecutiva nacional, persistiendo el Presidencialismo vigente desde 1821 (salvo en la época federal del siglo XIX), por ello en la redacción original de la Carta Constitucional de 1991 se autorizó un solo período para el Presidente de la República, se revivió la Vicepresidencia que había sido suprimida en la Reforma

Constitucional de 1910 a la Carta de 1886, pero que lo único que tiene son “expectativas de poder” en atención a que no se le entregó ninguna atribución de manera específica, solamente reemplazar al jefe del Ejecutivo, por sus faltas absolutas o temporales.

Y, el antiguo estado de sitio y el estado de emergencia económica (surgido en la Reforma Constitucional de 1968 a la Carta de 1886), se convierten en los llamados Estados de Excepción: El Estado de Guerra Exterior (por un conflicto con otros Estados), Estado de Conmoción Interior (por grave alteración del orden público interno) y el Estado de Emergencia (por causas económicas, sociales, ecológicas o grave calamidad pública).

Es decir, se supera el agudo problema que venía desde el 9 de abril de 1948 por el abuso de la utilización rutinaria del estado de sitio (que tenía carácter temporal), el cual rigió 36 de los 40 años de nuestra historia contemporánea!

La rama Judicial se analiza en el Título VIII, fue quizá la que mayores cambios estructurales presenta, ya que al tiempo que se mantienen la Corte Suprema de Justicia (como cabeza de la jurisdicción ordinaria) y el Consejo de Estado (máximo órgano de lo contencioso administrativo), los tribunales y los juzgados, fueron establecidos, finalmente, la Corte Constitucional (que se especulaba desde el Proyecto de Reforma de López Michelsen de 1975), como guardiana de la integridad y la supremacía constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura (esbozada en el Proyecto de cambio institucional de Turbay en 1979), como entidad que asume las funciones administrativas de la rama judicial, que previamente recaían en el Ejecutivo Nacional y el poder disciplinario sobre los magistrados y jueces del país, y cumpliendo la atribución de investigación y juzgamiento de las faltas contra la ética profesional de los abogados en ejercicio.

También se estableció la Fiscalía General de la Nación, como órgano investigador de los delitos y acusador de los presuntos responsables ante los jueces penales, formando parte de la Rama Judicial

Del Título IX se destaca la incorporación del sistema de tarjetón en las jornadas electorales, superando el viejo mecanismo de las papeletas que eran

elaboradas y distribuidas por los partidos políticos, y haber establecido la elección popular de los gobernadores departamentales, superando parcialmente la concentración de poder en cabeza del Presidente de la República.

En el Título X, de los Órganos de Control, el control fiscal a partir de 1991 es posterior y selectivo, recayendo ejercerlo a la Contraloría General de la República sobre los bienes y rentas nacionales, en las contralorías departamentales sobre bienes y rentas del nivel regional y local, excepto en las contralorías municipales y distritales, cuando éstas sean establecidas por la ley.

La novedad fue la creación de la Defensoría del Pueblo, siguiendo la experiencia de otros Estados europeos, con la figura del Ombudsman, como en Alemania, para la promoción, protección y defensa de los derechos humanos, sistemáticamente vulnerados en nuestro país, en especial desde los años 30 del siglo XX.

Con relación al Ministerio Público, debe destacarse que el Procurador General ni el Defensor del Pueblo tienen prohibición en su reelección, al no existir la norma constitucional respectiva.

El Título XI se dedica al Régimen Territorial, pues se mantienen las históricas entidades territoriales como son los Municipios, Distritos y Departamentos, pero, al mismo tiempo se prevé la conformación de otras, como son las Regiones (por la unión de dos o más departamentos), se pueden revivir las Provincias que habían sido suprimidas en el campo jurídico en la reforma Constitucional de 1936 a la Carta de 1886, y establecer las Entidades Territoriales Indígenas (ETI).

De igual forma, se le da contenido jurídico a los postulados de la Descentralización y de la Autonomía territorial, que deben ser desarrollados por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT); y

Del Título XIII, sobre la Reforma Constitucional esta competencia recaerá en el Pueblo (como constituyente primario) mediante el Referendo, el Congreso Nacional (a través del equívoco denominado como actos legislativos,

que deberían llamarse actos constituyentes o constitucionales) y una Asamblea Constituyente, cuya convocatoria popular no impide que el órgano legislativo ordinario mantenga su función básica (expedir leyes).

*Elementos progresivos de la Constitución Política de 1991*

Haber consagrado en el Título I los llamados Principios Fundamentales

La llamada Carta de Derechos y las Acciones de Tutela, de Cumplimiento y Populares (Título II)

Los Mecanismos de Participación Democrática

El Senado con circunscripción nacional general (100) y una especial indígena (dos curules). En la Cámara de Representantes se estableció una circunscripción territorial (departamentos y Bogotá) y una circunscripción especial.

Los Estados de Excepción: El Estado de Guerra Exterior, Estado de Comoción Interior y el Estado de Emergencia

Creación de la Corte Constitucional como guardiana de las normas superiores y el Consejo Superior de la Judicatura (órgano administrativo y disciplinario). Se establece la Fiscalía General de la Nación como ente investigador de los delitos

El control fiscal a partir de 1991 es posterior y selectivo

A nivel territorial la posibilidad de establecer Regiones, Provincias y Entidades Territoriales Indígenas (ETI) y la elección popular de los gobernadores departamentales

La Reforma Constitucional es competencia del Pueblo (mediante el Referendo), del Congreso Nacional (Acto Legislativo) y de la Asamblea Constituyente

Seguidamente se precisan los aspectos controvertibles de la Carta Constitucional de 1991, partiendo del presupuesto que todos los temas de la misma fueron el resultado de acuerdos o consensos entre las diversas fuerzas que asistieron a la Asamblea Constituyente: los partidos tradicionales (liberal y conservador, en sus diversas corrientes ideológicas), la AD M19, la izquierda (la UP), los indígenas, los cristianos no católicos (evangélicos), el Gobierno de César Gaviria y las fuerzas sociales, como actores visibles, al tiempo que también se hicieron presentes de manera indirecta otros como la guerrilla, los paramilitares y el narcotráfico, como actores invisibles.

Entonces, los temas polémicos son los siguientes:

En el Preámbulo de la Carta Constitucional si bien se fundamenta en el “pueblo”, al mismo tiempo invoca la “protección de Dios”, vulnerando esto último uno de sus fundamentos, el carácter laico del Estado;

Si bien se ha destacado la Carta de Derechos del Título II, ocupa cerca de 85 normas, habiendo sido posible haber señalado en una sola disposición una regulación como “Se incorporan como derechos, garantías y libertades todos aquellos consagrados por las normas del Derecho Internacional ratificados por el Congreso Nacional”, pero fue necesario detallar éstos por la posibilidad de su vulneración en la vida real y concreta de muchas personas en nuestro país;

Debió haberse señalado de manera expresa funciones, tanto en la órbita interna, como en la externa, al Vicepresidente de la República, como sucede en países como Estados Unidos y en Venezuela, figura revivida en la Constitución de 1999, con atribuciones como coordinar la administración pública nacional, proponer al Presidente el nombramiento o remoción de los ministros, presidir previa autorización del jefe del Ejecutivo Nacional, el Consejo de Ministros, coordinar las relaciones con la Asamblea Nacional (órgano legislativo), entre otras. La dificultad se presenta con el hecho que el Vicepresidente es nombrado y removido por el mismo Presidente, al estilo de la Constitución Boliviana de 1826!;

No haber modificado el régimen de la Fuerza Pública, puesto que se dejó tal y como se regulaba en la Carta Constitucional de 1886, existiendo

una coyuntura favorable en la Asamblea Constituyente de 1991 para haber procedido con los cambios en las fuerzas armadas y la policía para ponerlas a tono con el siglo XXI.

El aspecto quizá más controversial del nuevo ordenamiento jurídico superior, es al tiempo que se consagran relevantes derechos, garantías y libertades individuales (derechos de primera), colectivos (derechos de segunda) y universales (derechos de tercera generación), en el Título XII del Régimen económico y de la hacienda pública, mantener como presupuesto el respeto casi que absoluto a la propiedad privada (art. 58), ya que la actividad económica y la iniciativa privada son libres “dentro de los límites del bien común”, porque “la libre competencia es un derecho” y tímidamente se precisa “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural” (art. 333).

De igual forma, si bien se conservaron los monopolios fiscales (licoreras y loterías departamentales), se permite que “El gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley” (art. 338), es decir, se consagran de manera expresa los paradigmas de las teorías Neoliberales: Eficiencia, Eficacia y Economía, que han entrado en crisis en muchos países del mundo desde los años 90 del siglo XX, porque prevalecen las leyes del mercado, en detrimento de los intereses generales de la sociedad. Al tiempo que existen diversas actividades que no son “rentables” económicamente, como la prestación de la educación y la salud públicas.

*Aspectos controvertibles de la Carta Constitucional de 1991*

Invoca la “protección de Dios”.

La Carta de Derechos del Título II, ocupa cerca de 85 normas, habiendo sido posible señalar en una sola disposición la incorporación de los Tratados Internacionales del Derecho Humanitario en el orden interno.

Mantener la estructura de la fuerza pública como en la Constitución de 1886, desaprovechando la posibilidad de ponerla a tono con las exigencias del nuevo milenio.

Mantener como presupuesto el respeto casi que absoluto a la propiedad privada, ya que la actividad económica y la iniciativa privada son libres “dentro de los límites del bien común”, porque “la libre competencia es un derecho” y tímidamente se precisa: “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural”.

Si bien se conservaron los monopolios fiscales (licorerías y loterías) se permite que el gobierno nacional enajene o liquide las empresas monopolísticas del Estado y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley, consagrando constitucionalmente los paradigmas Neoliberales: Eficiencia, Eficacia y Economía.

## 5. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Como se expresó en el ensayo, nuestro país ha pasado por diferentes momentos, ya que en el siglo XIX primero se experimentó con un régimen Centralista (1821 a 1850), luego por uno de transición Centro-Federal (1850 a 1858), posteriormente pasamos al Federalismo del radicalismo liberal (1858 a 1886) y al finalizar la centuria retornamos al sistema Centralista en la Carta Constitucional de 1886, la cual se proyectó hasta 1991, con sus diversos ajustes (1905, 1910, 1936, 1945, 1952-57, 1957, 1968, 1986, 1987 y 1989).

En la coyuntura de los años 70 y 80 del siglo XX, utilizamos nuevamente un órgano especial de reforma institucional, la Asamblea Constituyente, al estilo de 1905-1909 durante la dictadura del general Reyes y la ANAC del gobierno autoritario de Laureano Gómez y, en especial de la dictadura del general Rojas Pinilla (1953-1957), pero, por primera vez sus miembros fueron elegidos popularmente (70) y designados por el jefe del Ejecutivo

Nacional los otros cuatro, como resultado de los acuerdos de paz con el EPL y el movimiento indigenista Quintín Lame.

Las deliberaciones de la Asamblea Constituyente entre febrero y julio se dieron primero en las Comisiones (Cinco), quienes redactaban un Proyecto de Articulado para, posteriormente, ser sometido a dos Plenarias para formar parte del texto de la Constitución Política de 1991, que tuvo como eslogan principal “Por un pacto social para un nuevo país”, en donde convergieron los partidos tradicionales (liberal y conservador), sectores independientes como la AD M 19, el ex movimiento insurgente que firmó unos Acuerdos de Paz con el gobierno de Barco (1989), la izquierda (la UP), los indígenas y los cristianos no católicos (evangélicos), la propuesta gubernamental de Presidente César Gaviria, los gremios, los sindicatos y otros sectores sociales, que luego de amplios debates se lograron unos consensos sobre los temas principales que, en general podemos ubicar como de tinte modernizante y progresivo como el Estado Social de Derecho, manteniendo el régimen centralista (República Unitaria), pero con Descentralización y Autonomía de las entidades territoriales (regiones, departamentos, provincias, municipios, distritos y territorios indígenas), garantizando formalmente amplios derechos de primera, de segunda y de tercera generación, incorporando las Acciones de Tutela, de Cumplimiento y Populares, creando como órgano de control la Corte Constitucional y como ente administrativo el Consejo Superior de la Judicatura, modificando el sistema de investigación penal incorporando la polémica figura de la Fiscalía General de la Nación, entre otros aspectos.

Pero, al mismo tiempo, la Carta Constitucional de 1991 contiene los denominados paradigmas de la teoría Neoliberal (eficiencia, eficacia y economía), la cual fue creada en los Estados Unidos de América por los “chicago boys”, que le dejan al mercado la función de regulación del sistema económico, el cual ha tenido diversos tropiezos en muchos países del mundo Capitalista Occidental, como en Chile, desconociendo que es necesario que algunas funciones sigan siendo ejercidas por el Estado, tanto en el ámbito nacional, como en el territorial, como son la educación, la salud y algunos servicios públicos, cuya esencia no puede ser la utilidad económica, sino ponerse al servicio de las grandes mayorías nacionales que están marginadas de la distribución de la riqueza.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. *Política*. Madrid, Editorial Taurus, 1978
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2006
- BUSHNELL, David. *Colombia: Una Nación a pesar de sí misma*. Bogotá, Editorial Planeta, 1999
- DE ZUBIRÍA SAMPER, Andrés. *Constitución y descentralización territorial*. Bogotá, ESAP, 1994
- \_\_\_\_\_. *¿Democracia o Autocracia? Los sistemas políticos y territoriales*. Bogotá, Ediciones UTOPOS, 2010
- \_\_\_\_\_. *Régimen político y presidencialismo*. Bogotá, Ediciones UTOPOS, 2004
- DUCAS, Paul y otros. *¿La Constitución Política de 1991: Un pacto político viable?* Bogotá, Universidad de los Andes, 1998
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Madrid, Editorial Ariel, 1998
- GARGARELLA, Roberto. *La Constitución en 2020*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores - Universidad de Buenos Aires, 2010
- TIRADO MEJÍA, Álvaro. "El Estado y la Política en el siglo XIX". En: *Nueva Historia de Colombia*, Tomo 2, Bogotá, Editorial Planeta, 1982
- URIBE VARGAS, Diego. *La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995
- \_\_\_\_\_. *Las Constituciones de Colombia*. Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1976.



# ***La utopía de la Libertad, la Democracia y el Estado Social de Derecho a partir de la Constitución de 1991***

---

**ANDRÉS FELIPE PAREJA VÉLEZ\***  
*Institución Universitaria de Envigado  
Envigado (Antioquia)*

## **PRESENTACIÓN**

El presente escrito resulta de una reflexión necesaria acerca del papel de estos tres elementos en las condiciones por medio de las cuales se ha desenvuelto nuestro país a partir de la constitución de 1991. Dichas condiciones posaron, en su momento –e incluso hoy–, como condiciones que aparentaban progreso, bienestar y poder en beneficio del pueblo; sin embargo todo resulto siendo un entinema. Las clases dominantes, temiendo perder su *statu quo*<sup>1</sup>, buscaron

---

\* Abogado, Docente e Investigador de la Institución Universitaria de Envigado.

<sup>1</sup> Debe recordarse que si bien la constituyente fue un proceso nacido en un espacio burgués su intención era loable. Pero sucedió lo mismo que en la revolución francesa: los mismos burgueses traicionaron al pueblo.

reafirmar un contra discurso para protegerse de todo mal y peligro y le dieron, dándole al final, apariencia de loable mediante el uso del lenguaje.

Palabras como libertad, democracia e incluso Estado social de Derecho han sido apropiadas por estas elites con ciertos oscuros propósitos; en efecto dichas palabras son solamente una retorica que si bien las consagra la carta política de 1991 no tienen o conservan el propósito que primigeniamente se les había endilgado.

Siendo así vemos como el discurso de la libertad ha sido recompuesto en pro de los intereses del Estado, la democracia ha perdido su valor y la figura jurídica bajo la cual se encuentra constituido el Estado (Estado Social y de Derecho) no es más que un simple acto metafórico que busca conservar una calma aparente. Si se quiere se puede resumir en la siguiente afirmación: “Cuando alguien señala lo bella que esta la luna los idiotas se quedan mirando el dedo”.

## UN PROBLEMA DE LENGUAJE

La constitución política plasma en unos cuantos artículos los términos libertad, democracia y Estado Social de Derecho. Tales expresiones son usadas de una manera indiscriminada como especie de efecto placebo para calmar las ansias de los exegetas que necesitan ver escritas dichas palabras para sentir el disfrute de sus significados.

Cada termino se esboza como el resultado de una conclusión según la cual los ciudadanos<sup>2</sup> pueden disfrutar de tales garantías si y solo si están bajo

---

<sup>2</sup> El termino ciudadano es nuevamente utilizado para desvanecer el termino pueblo. Es un término que si bien en su momento significo un avance –revolución francesa– hoy por hoy se constituye en despectivo pues no todos quienes viven bajo el manto de un estado pueden ser llamados ciudadanos. Cfr. RESTREPO SANÍN, R. *Teoría Crítica Constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

el imperio de este texto normativo. Sin embargo la calificación que de dichas acepciones se hacen dentro del texto constitucional resultan siendo contrarias a su propósito básico, allende de todo se hace indispensable que la libertad no sea entendida en su acepción más fundamental sino que sea envuelta en una especie de manto que impida a quien la acaricie conocer lo que verdaderamente es en igual sentido la democracia y por qué no: el Estado Social de Derecho.

Un lenguaje para que cumpla su propósito debe ser diáfano, ausente de opinión<sup>3</sup>. Máxime cuando ese lenguaje será usado para encausar los destinos de una nación por medio de su, así llamada, carta fundamental. El lenguaje contenido en la carta fundamental debe tratar de configurarse de tal forma que no dé pie a errores o a segundas intenciones. El lenguaje debe perder su postura ideológica y por ende dejar que el texto básico cumpla la función de establecer lo que es o no es; para este caso la libertad, la democracia y el Estado Social de Derecho. El texto fundante nacional está plagado de un lenguaje ideologizado, plagado de intereses que hasta en su más primigenia o simple interpretación albergara postura por que es impensable asumir que el pueblo pueda interpretar libremente lo que por naturaleza debe ser interpretado por él.

## **LA LIBERTAD, EL SUEÑO DE LOS JUSTOS**

La libertad es un concepto que hace referencia a muchos aspectos de la vida humana. Comúnmente se le define como aquella facultad natural que posee el ser humano de poder obrar según su propia voluntad. También es posible comprender la libertad como aquel estado en el que el hombre no está siendo esclavizado ni preso por otro; siendo así se trata de un concepto que hace alusión a aquellos aspectos relacionados con la independencia, con la licencia para realizar aquello que se estime adecuado o conveniente.

<sup>3</sup> Es decir, debe ser un lenguaje pulcro que impida la ideologización del texto constitucional. Por que si bien las constituciones deben reflejar una cierta ideología está no debe ser guiada *per se* por el lenguaje. Sin embargo en la nuestra estos términos fueron completamente ideologizados en conveniencia.

Empero la estimada libertad contemporáneamente se ha convertido en una especie en un espejo de carnaval toda vez que lo que parece ser libertad ha terminado siendo todo lo contrario, se ha distorsionado. Por ejemplo: La propuesta de reforma que busca introducir la protección de la vida desde su concepción –propuesta de reforma constitucional avalada por el partido conservador colombiano y la iglesia– demuestra una vez más que la mujer quiere ser atada al yugo de lo legal impidiéndole la libertad de disponer de su cuerpo. Y ni que decir de la penalización a la dosis personal.

La libertad en los términos actuales es simplemente un instrumento ideológico mediante el cual se pretende tergiversar las manifestaciones más profundas del ser humano; se quiere hacer ver hechos que atentan contra ella como si fuera una lucha por su consecución, inclusive: se quiere reprimir la disidencia de opinión apelando a la lucha por su nombre; olvidan a Voltaire<sup>4</sup> cuando dijo: “No comparto lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”. En pocas palabras en su nombre la han eliminado a ella misma.

La libertad dentro de un núcleo humano debe ir ligada a la norma es claro, pero no ligada a una norma jurídica elaborada sino a una norma de tracto ético propia del ser. La sociedad mientras más normada sea (leyes, decretos, etc.) menos libre es por que mientras más veces se le deba decir al individuo que hacer menos posibilidades tendrá de desarrollar sus capacidades.

A la norma elaborada por los hombres solo se debe apelar únicamente cuando el rumbo de la libertad individual y social se esté perdiendo, de lo contrario: elaborar normas por elaborar es truncar el desarrollo individual. La libertad debe tener una relación fraterna, de simbiosis con la autonomía, figurando esta como la dimensión de la razón que permite al ser humano auto regularse.

Localmente el concepto de libertad es mencionado en la carta política en más de treinta oportunidades; sin embargo esa libertad que se pregona con ansias

---

<sup>4</sup> Frase erróneamente atribuida a él, pero que ya ha hecho carrera como si fuese propia.

no es sino formalismo. El ejemplo más paradigmático acerca del formalismo de la libertad nos lo presento el anterior gobierno con la política (mal llamada) de seguridad democrática; el hecho que un puñado de personas puedan viajar con seguridad por un pequeño trazado de carreteras no significa un bienestar común (SANÍN, 2009), no significa libertad. La política de seguridad democrática hizo creer al pueblo que, en efecto, era libre, que sus garantías y derechos estaban equilibrados frente a las elites dominantes sin embargo las elites en el poder, las clases dirigentes no colocaron a sus hijos como carne de cañón en el conflicto, ni fueron víctimas de los así llamados “falsos positivos”. Se hizo creer que existían posibilidades de coexistir dentro de núcleos urbanos de tal forma que la libertad ejerciera su roll de dejar que todos vivan pero lo cierto, y se demostró per se, es que la libertad urbana solo era para los estratos altos por que los bajos eran reclusos en guetos en donde atreverse a salir era punido con la muerte... En esos términos la libertad, paradigmática, de la seguridad democrática no fue democrática; lo que si fue democrático fue la ausencia de ella.

Esa libertad “constitucional” a logrado dominar el discurso interior del individuo pero externamente le ha imprimido un contra sentido; si se quiere ha colocado velos en los ojos de todos y los pocos que la solicitan, que se atreven, son presentados como enemigos de ella sabiendo, de antemano, que el enemigo no es más que quienes la ofenden señalando. Al interior del estado diversos grupos difieren lo que creen que constituye una verdadera libertad política; de ahí que para un sector los derechos de las parejas LGTB sea una cuestión básica en contravía de quienes apelan al extremismo moral para truncar las posibilidades de los miembros de estas comunidades. Friedrich Hayek<sup>5</sup> señaló que el término “libertad” ha sido probablemente la palabra de la que más se ha abusado en la historia reciente actual.

En el Estado colombiano existe una abierta interferencia con la persona en búsqueda de su la felicidad, hay una intromisión injustificada de prevenir a otros de su voluntad en la realización de su curso de acción o en el uso de las cosas.

<sup>5</sup> Cfr. HAYEK Fiedrich. *Derecho, legislación y libertad*. México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1979 [1973, 1976].

Habr  entonces que nombrar de nuevo la libertad como lo hiciera el poeta Paul  luard.

## DEMOCRACIA, LA ILUSIÓN DEL PODER DEL PUEBLO

El común de las personas asocia la democracia con la acepción griega cuyo significado es conocido. Pero contemporáneamente la democracia encuentra otras acepciones. Una de ellas la define como una forma de organización de grupos de personas, cuya característica predominante es que la titularidad del poder reside en la totalidad de sus miembros, haciendo que la toma de decisiones responda a la voluntad colectiva de los miembros del grupo. En sentido estricto la democracia es una forma de gobierno, de organización del Estado, en la cual las decisiones colectivas son adoptadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta que les confieren legitimidad a los representantes. En sentido amplio, democracia es una forma de convivencia social en la que los miembros son libres e iguales y las relaciones sociales se establecen de acuerdo a mecanismos contractuales; la anterior acepción podrá pensarse como adecuada toda vez que reúne ciertos elementos que son de la esencia del espectro democrático.

De la lectura de la constitución podemos aseverar y resumir lo descrito en la definición como elementos *sine qua non* para la existencia de la democracia en el país. Pero observamos que la democracia no es tan democracia en la medida en que sus virtudes no emanan del pueblo sino de quienes ostentan las esferas de poder.

De esta manera la democracia nacional, tan valorada internacionalmente, resulta siendo enjuta en el sentido que la titularidad del poder es relativa, se subsume a un sector el cual controla los mecanismos de poder y distribuye “la buena nueva” que ora: todos tenemos acceso al poder<sup>6</sup>, sin embargo en nuestro

---

<sup>6</sup> Lo cierto es que mientras en Colombia persista esta concepción de democracia no podremos desencadenar procesos en los cuales surjan estructuras del poder nacidas del pueblo y por ende seguiremos sosteniendo y enarbolando banderas tales como la usada en la campaña reeleccionista: “Adelante presidente”.

país lo único que es democrático –por que en esta situación se encuentra la mayoría de habitantes– es el acceso al poder... pero al poder ser desarraigados, pobres, vituperados, desempleados; pareciese que viviésemos en una democracia bizarra donde la desición de no ser es conjunta diferente a la de ser que es exclusiva. Lo cierto es que el pueblo no puede acceder a ese poder por que la democracia nacional, aunque formalmente lo impide, consagra un cierto inmovilismo social que mantiene pétrea a las clases populares impidiendo su tránsito y control de dichos mecanismos; no es deseable por los detentadores, que una clase emergente ascienda en la escala social y coloque en peligro su *statu quo*.

La democracia consagra una de las falacias más aberrantes: La toma de decisión colectiva. Se proclamo en el texto normativo fundamental (*Grundnorm* en términos de Kelsen) la posibilidad que los asociados al Estado escojan libremente o tomen las decisiones que ostensiblemente los puedan afectar mediante un mecanismo, en apariencia, democrático como lo es el voto. No existe mayor agravio a la conciencia de las gentes reunidas en torno a un Estado que promulgar que son ellas las que libremente pueden decidir.

Para que ocurran las decisiones necesariamente debe existir un estamento que genera la necesidad de la decisión y una contraparte que decida; esa contraparte obra con intereses particulares y vence a la parte que imponga un interés expresado en mayorías. Sin embargo en la realidad esa contraparte siempre tiene un determinante –termino penalista– alguien que la lleva en contravía de los intereses generales y que en un mayor sentido impone sus intereses. El sujeto político llamado pueblo no es libre y aunque lo fuera habrían poderosas fuerzas que lo encausarían a la normalidad, es decir al estado de sumisión<sup>7</sup>.

También se dice que la democracia es una manera de convivencia social. Sin embargo la democracia genera las mayores desigualdades sociales; la

<sup>7</sup> La prueba de ello está en los procesos judiciales de parapolitica en donde quienes decidieron fueron los grupos de extrema derecha que coaccionando al pueblo impusieron sus candidatos para favorecer sus poderosos intereses.

democracia va aunada al liberalismo económico y una de sus políticas principales es la de impedir que existan igualdades por que la igualdad no genera riqueza. La igualdad es imposible entre seres humanos, y en efecto así ocurre... Pero al menos poder cerrar un poco la brecha entre unos y otros nos acercaría a cierta escala de igualdad.

Habría entonces que decir que la democracia es un subproducto de la mente humana, de la mente perversa humana, que la creo con propósitos mezquinos para colocar bajo la mano del poderoso al pueblo. Si los griegos detestaron esta forma de gobierno ¿Por qué el constituyente de 1991 la consagro? La respuesta es simple: No había forma diferente de derrotar los vestigios de dignidad que sometiéndolos a poderosos intereses.

## **EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL SUEÑO DE LOS JUSTOS**

Quizás una de las falacias más protuberantes, contenidas en la carta política, es la que le da vida al modelo de Estado. El Estado Social de Derecho no es más que una visión dominante, parecida a la visión del lobo con piel de cordero. El Estado Social y de Derecho consagrado en la carta es una reunión entre las posibilidades reales del estamento en el poder con las posibilidades utópicas del estamento desfavorecido, saliendo victoriosa la primera visión. Pero la crítica va más allá. El Estado social es simplemente el componente ideológico que justifica el dominio de una clase social sobre otras y sobre el resto de la sociedad en su conjunto. Esa situación se debe a una característica de la realidad social: la existencia de clases sociales, la promoción de sus intereses, el aniquilamiento de las clases intermedias y la opresión de la clase inferior<sup>8</sup>. Es absolutamente utópico y erróneo –desde este punto de vista– proponer la solución a tal problema a través de un sistema jurídico que supuestamente podría estar por sobre tales intereses,

---

<sup>8</sup> Las clases favorecidas pueden prescindir de la existencia de una clase media toda vez que son fieles seguidoras de aquel principio que ora que las cosas no pueden ser tibias sino o calientes o frías.

en la medida que todo sistema jurídico solo puede ser el resultado –a nivel ideológico-administrativo– de tal dominación. Esta situación puede ser considerada injusta o antidemocrática, pero al mismo tiempo, perdurara mientras las clases sociales existan.

El Estado Social de Derecho intento ser la forma por la cual se humanizara el capitalismo pero resulto siendo peor la cura que la enfermedad por que acabo descomponiendo la sociedad para luego llevarla a su aniquilación.

## CONCLUSIÓN

Después de explorar este panorama, someramente, de la cuestión nacional enmarcada en la carta política el panorama resulta desalentador pues todos los días se ve aún más como se reafirman ficticiamente dichos valores mencionados. Solo es ver como la confianza en la seguridad democrática aumenta, como hasta los mismos pobres son “felices” enajenando su libertad con tal de poder “viajar a otros lugares” que en sueños lograran.

Habría que entrar a investigar desde la sociología las causas por las cuales esos valores se reafirman, por qué fueron insertados y por qué se les profesa una fe ciega.

En esta cuestión la libertad, la democracia y el Estado Social de Derecho aparecen como una especie de regalo de los dioses para los mediocres intelectuales que no tienen necesidad sobrepasar las apariencias que oprimen. La libertad, la democracia y el Estado Social de Derecho por lo menos en este contexto nacional reciente, ayuda mucho a la simulación intelectual y social<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> BOTERO URIBE, Darío. *Teoría social del Derecho*. 2ª edición, Imprenta Universidad Nacional, Bogotá, 1997.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BOTERO URIBE, Darío. *Teoría social del Derecho*. 2ª edición, Imprenta Universidad Nacional, Bogotá, 1997.

RESTREPO SANÍN, R. *Teoría Crítica Constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

HAYEK, Fiedrich. *Derecho, legislación y libertad*. México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1979 [1973, 1976].

# ***Una aproximación al precedente administrativo en Colombia desde las Leyes 1340 de 2009 y 1395 de 2010***

**CÉSAR AUGUSTO ROMERO MOLINA\***

*Universidad Cooperativa de Colombia (Sede Bucaramanga)  
Bucaramanga (Santander)*

## **INTRODUCCIÓN**

Con la globalización jurídica acelerada en los inicios del siglo XXI es importante comprender el origen del sistema de precedentes ya que éste se enmarca en la tradición jurídica anglosajona pero en virtud del fenómeno

---

\* Maestría / Magíster Universidad Externado De Colombia, Magíster en Gobierno y Políticas Publicas, Maestría / Magíster Universidad San Pablo - CEU, Doctorado en Derecho, Especialización Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Público, Especialización Universidad Externado de Colombia, Especialista en Gobierno, Gerencia y Asuntos Públicos, Especialización Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Docencia Universitaria, Especialización Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Tributario.

globalizante se ha incorporado rápidamente en la tradición jurídica romano-germánica, entre ellas la nuestra. Esta incorporación de la institución del precedente en el sistema jurídico colombiano obedece a la importación del modelo administrativo y regulador del derecho norteamericano. Con la expedición de las leyes 1340 de 2009 y 1395 de 2010 el legislador colombiano introduce en nuestro ordenamiento jurídico normas que consagran la institución del precedente administrativo.

## TRADICIONES JURÍDICAS

### Tradición jurídica anglosajona (*common law*)

Esta tradición jurídica se caracteriza por que sus decisiones (sentencias judiciales) son las que crean derecho, que al ser aplicadas de manera sistemática encarnan el concepto de precedente. Implica lo anterior que el eje de la misma es la productividad de los jueces que nace de sus consideraciones en casos particulares y que tienen relación con la resolución del caso concreto como anteriormente se comentó en la resultados del proceso (parte resolutive de la sentencia). Al interior de ésta tradición jurídica se distinguen tres clasificaciones así: a. Sistema anglosajón, b. Sistema norteamericano y c. Sistema anglo-africanos.

### Sistema jurídico norteamericano

El sistema jurídico norteamericano en su evolución tuvo dos grandes eras: Desde la consolidación de la revolución hasta finales del siglo XIX caracterizado por ser un Estado Comunidad.

El inicio del siglo XX hasta la actualidad caracterizada por ser un Estado Regulador y administrativo.

Con la expedición de la constitución de 1787 se crean nuevas instituciones democráticas y jurídicas que plasman una diferenciación con el modelo inglés, como lo afirma Friedman (citado por MAGALONI, 2001, supra 6) se necesitaba

que el derecho privado se acoplara a las necesidades del consumidor. El aspecto más sobresaliente del proceso de construcción del sistema de *Common Law* fueron los tribunales federales y estatales (como lo describe G. Gilmore citado por Magaloni, p. 5 supra 9) “Desde el inicio nuestros tribunales, estatales y federales, han estado dispuestos a responder cualquier pregunta concebible que cualquier litigante pudiese escoger. También desde el principio –lo cual es incluso más curioso– los estadounidenses, quienes a lo largo de gran parte de la historia han desconfiado de los abogados, parecían haber consentido la arrogancia del poder ilimitado de los jueces dándoles una bienvenida entusiasta. (...) Desde principios del siglo XIX, tuvimos que enfrentarnos, en el mundo real, a los complicados problemas que surgieron del oscuro concepto metafísico de una Unión indisoluble formada por Estados indestructibles. El Congreso federal hizo poco al respecto, las legislaturas estatales hicieron aún menos. Los jueces, por lo tanto, se convirtieron en nuestras personas predilectas para resolver cualquier problema”.

Concluyendo, en el sistema jurídico norteamericano es el precedente la esencia de lo jurídico, el cual se origina de una decisión judicial Clark, citado por Zárate (2006, p. 135, supra) “dado que los tribunales tienen jurisdicción sobre todo tipo de oficiales y actos gubernamentales ... lo que un juez afirma que significa la ley es lo que ultimadamente importa” .

### **Tradición Jurídica Romano - Germánica (*Civil Law*)**

En esta tradición jurídica se destacan dos sistemas jurídicos claramente identificables que son: *iussacrorum*, *iuscivile*, lo que implicaba que las reglas legales y religiosas se encontraban dentro de la misma normativa o ritualidad. De esta manera surge la ley como fuente principal del derecho, bifurcada en las leyes datadas y las leyes rogatas. Las primeras son las que los decenviros producen con base en la investigación de los derechos griegos (SOLÓN y LICURGO), dando origen a la Ley de las Doce Tablas. Las leyes datadas eran aquellas producidas por funcionarios de alto rango en la dirección del imperio romano. En el denominado imperio o diarquía se consideraba también a la jurisprudencia como una fuente de derecho pero no con la connotación del derecho del *Common Law*. Las que si logran un reconocimiento importante

como fuente primaria de derecho son las constituciones imperiales consolidando así un principio eminentemente legalista de la norma jurídica positiva como fuente principal del derecho.

En el derecho romano el concepto de “jurisprudencia” no se equipara al moderno concepto de ciencia del derecho sino a la noción clara del derecho romano, que es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo e injusto como bien lo señala (FALCÓN & TELLA, 2010).

Concluyendo, en el derecho romano-germánico caracterizado la codificación en lo que permite afianzar a la ley como fuente del derecho (*civil law*).

## EL CONCEPTO DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

El maestro español Villar, citado por Díez-Picazo (*Revista de Administración Pública*, No. 98, mayo-agosto, 1982, p. 7, supra 1) señala que puede entenderse como precedente... conviene añadir que, para que el precedente goce de relevancia jurídica, debe tener en cuenta, aunque no siempre bien delimitada, fuerza vinculante. El precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares. En el mismo sentido el profesor Duxbury, citado por Díez-Sastre (*Revista Española de Derecho Administrativo*, p. 448 supra 4), en el mismo sentido los precedentes, entendidos –casi siempre– como las decisiones pasadas relativas a casos similares a los actuales, constituyen un elemento de referencia en la orientación de nuestros comportamientos y en el proceso de adopción de decisiones. De ahí que el precedente este necesariamente vinculado a la solución jurídica de un aspecto o un hecho concreto de ahí que podamos señalar la existencia de precedentes judicial y administrativo, el primero, referido a las decisiones judiciales y el segundo a los pronunciamientos de la administración en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias. Debemos entender que se predica la existencia de precedentes cuando ha existido un acto similar al anterior, lo que implica que cualquier pronunciamiento pasado no es precedente.

Desde el punto de vista del derecho administrativo siguiendo a (DIEZ-SASTRE, p, 58) el precedente es relevante en dos direcciones: a) constituye un modelo para la toma de decisiones y b) Es una técnica de control de la toma de decisiones.

Del concepto anteriormente expuesto surge el poder vinculante del precedente para la administración pública porque implica la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Valga acotar que en un repaso por los derechos alemán e italiano no encontramos el concepto de precedente administrativo, ya que utilizan el de práctica administrativa. Dicha conceptualización permite aseverar que se trata de un auto vinculación de la administración con sus pronunciamientos pasados. Al respecto Piera Vipiana señala...la auto vinculación, presente en los ordenamientos alemán (*Selbstbindung der Verwaltung*), italiano (*auto limite*), y europeo, se encarga de ordenar los efectos vinculantes de las actuaciones de la Administración que no tienen carácter normativo.

### **Configuración legal del precedente administrativo en Colombia**

De manera expresa para expedirse la Ley 1340 de 2009, “por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, en su artículo 24 se estipuló: “*Doctrina probable y legítima confianza* (artículo CONDICIONALMENTE exequible) La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”.

Otra norma incorporada por el legislador al sistema jurídico colombiano es la Ley 1395 de 2010 por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, en su artículo 114 estipuló: “Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición

de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”.

Son estas las consagraciones legales que el legislador colombiano ha introducido de manera expresa como figuras de precedente administrativo (en este primer avance no se analizará el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, el cual se hará en capítulo aparte de la presente investigación).

Con referencia a la Ley 1340 de 2009 en la ponencia para primer debate de Cámara de Representantes se sostuvo que Es evidente que los criterios de interpretación unificada del régimen de competencia, la seguridad jurídica como resultado de dicha interpretación y la eliminación del control que en materia de antimonopolios ejercen actualmente distintas entidades de nivel ejecutivo, serán en beneficio y proyección del desarrollo de los mercados en los diferentes sectores económicos del país.

En la exposición de motivos se sostiene que “el propósito del artículo referenciado... es evitar los abusos en que podía incurrir la autoridad al concebirse muy general la redacción de la norma y antes de proseguir la seguridad jurídica para los actores en el mercado conseguir una inestabilidad normativa” (Cámara de Representantes, Proyecto de Ley No. 333 de 2008, 195 Senado, Ponencia para Segundo Debate de la Cámara, Gaceta del Congreso, No. 335, Bogotá, 19 de mayo de 2009, p 22).

Se observa entonces con base en la exposición de motivos que el precedente administrativo fijado en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 desarrolla los principios de igualdad ante la ley (C.P., art. 13), los principios de seguridad jurídica (C.P., art. 229) y de buena fe (C.P., art. 83) y la erradicación de la arbitrariedad en la actuación administrativa por cuanto el ente gubernamental debe guardar coherencia con sus pronunciamientos anteriores fundados en acontecimientos similares.

La exposición de motivos de la Ley 1395 de 2010 además de pobre es desafortunada por cuanto no aclara el papel del precedente administrativo

en las disposiciones legales para descongestionar la justicia (Ley para la Descongestión Judicial) señaló el Ministro del Interior y Justicia sobre el deber de acatar los precedentes. En la jurisdicción ordinaria laboral, en la Contencioso Administrativa y en la Constitucional, como consecuencia de las decisiones de los jueces en acciones de tutela, se han venido trazando líneas jurisprudenciales en determinadas materias como por ejemplo, pensiones de jubilación, prestaciones sociales, daños causados con armas de fuego o vehículos oficiales, daños causados a reclusos y conscriptos, conflictos tributarios y aduaneros. De acuerdo con tales líneas, se condena a las entidades públicas al pago de sumas que generan para el erario público sobrecostos adicionales por las indexaciones y los intereses moratorios que tales condenas implican.

Hoy las justicias contenciosas administrativas y laborales cuentan con más de veinte mil procesos de esta misma naturaleza. Con mecanismos para que haya una misma voluntad política del Estado y de entidades como Cajanal y otras de previsión social, se podría generar una gran descongestión en las distintas jurisdicciones.

Así mismo la institución del precedente administrativo no está concentrada en una norma jurídica única que nos determine elementos, efectos jurídicos y su aplicación. Lo único cierto es que existen unas mínimas normas legales aquí citadas que nos permiten invocar su aplicabilidad en el derecho colombiano. Conforme a la Ley 1437 de 2011 art. 3, en el cual se agrupan las exigencias de los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Consecuencialmente con lo consagrado en el art. 10 del mismo ordenamiento podemos afirmar que existe la auto vinculación de la administración a sus precedentes de manera flexible ya que puede la administración cambiar de criterio con la obligación de motivarlos, es decir radica en ella una carga argumentativa superior con el fin de justificar tal variación o desconocimiento de su propio precedente, por ejemplo por existir divergentes interpretaciones por parte del operador administrativo. Como lo señala (PARADA VÁSQUEZ, p. 232) la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina entiende que la obligación de motivar el cambio de criterio se satisface con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos de derecho. Lo anterior

implica que es posible desde el punto de vista teórico que el precedente administrativo haya logrado una autonomía relativa de los contornos jurisprudenciales y exista en virtud de las normas jurídicas aquí reseñada y en virtud de los principios constitucionales de igualdad (C.P., art. 13) y protección de la confianza legítima (C.P., art. 83), aunque éste último no este consagrado taxativamente en nuestra constitución política pero sea posible su invocación gracias al artículo 83 superior que reza: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Tanto en el derecho colombiano como en los derechos comparados italiano-español y alemán la fuerza vinculante del precedente administrativo no quedó definida de forma precisa ya que el mismo como se señaló anteriormente se fincó en los principios de igualdad y confianza legítima pero sin precisar los concretos efectos jurídicos de tal vinculación.

### **Configuración jurisprudencial constitucional del precedente administrativo en Colombia**

La jurisprudencia constitucional ha contribuido a construir la doctrina del precedente administrativo fundamentándose en los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, protección de la confianza legítima y buena fe generando de todas maneras una controversia jurídica en el sentido de que no se diferencia en que pasos ha de aplicarse uno de estos principios y en cada caso cuáles los efectos jurídicos que se originan al hacerlo. Se ofrece entonces una solución y es construir la institución del precedente administrativo edificándose en el principio de igualdad y así establecer su alcance.

### **El precedente administrativo y el principio constitucional de igualdad**

La corte constitucional colombiana al considerar la figura del precedente administrativo ha reconocido como atrás se dijo que tal precedente no es absoluto sino flexible por cuanto pueden existir diferentes criterios de interpretación sobre un mismo hecho jurídico. Así en sentencia (T-334, 1998) sostuvo: “*Principio de igualdad en la aplicación del derecho por la administración:*

Apartarse del precedente debe justificarse razonada y suficientemente. La observancia del principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales; pues el dinamismo de los hechos y variedad de situaciones que sirven de sustento a la subsunción de las hipótesis legales puede dar lugar a diversos puntos de vista en la definición de la situación concreta. Es más, puede existir divergencia de interpretación en las normas por los distintos funcionarios encargados de ejecutarlas; inclusive el funcionario puede variar su criterio sobre la forma en que ha venido interpretando una determinada disposición. En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo”.

Esta afirmación de la Corte permite señalar que existen requisitos aplicables al precedente así: a) Se da únicamente en actividades discrecionales de la administración esto es que el operador administrativo o funcionario competente pueda seleccionar una de varias soluciones legales posibles. En este evento el precedente sirve para controlar que la administración produzca decisiones uniformes o por el contrario justifique el cambio de criterio. b) También se entiende que el precedente debió nacer de decisión judicial es decir que exista previamente uno que ratifique la decisión administrativa anterior. Esta exigencia obliga a que el precedente haya sido declarado legal en un proceso anterior. c) De igual manera el precedente debe sujetarse a las normas jurídicas vigentes es decir respetando el principio de legalidad.

Continuando con su línea jurisprudencial la misma corporación se pronunció así (T-545, 2004): “26) (...) la Corte considera importante indicar que, así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores bajo ciertos requisitos, es también posible que la administración varíe sus posiciones jurídicas en determinados eventos”.

En efecto, esta situación es perfectamente plausible en el ordenamiento jurídico colombiano, sin que con ello necesariamente se presente un

desconocimiento al derecho a la igualdad de trato o a la igualdad ante la ley. Sin embargo, ello no significa que exista una habilitación absoluta para que la administración decida en cada caso y según su parecer los asuntos sometidos a su competencia.

Por el contrario, cuando los funcionarios administrativos se vean enfrentados a esta eventualidad, deberán: (i) aplicar la misma línea conductora exigida por la jurisprudencia constitucional para el cambio de los precedentes judiciales, respetando obviamente las diferencias que existan entre ambas situaciones; (ii) ser conscientes de que el cambio en la interpretación debe estar correctamente sustentado y motivado: el funcionario administrativo debe hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la hermenéutica anterior; (iii) omitir modificaciones súbitas o descontextualizadas: de una parte, el funcionario no puede cambiar la interpretación de repente, y de la otra, debe permanecer atento al cambio de las circunstancias históricas o de la situación socioeconómica del país, es decir, debe atender el contexto en que operará su determinada aplicación del derecho; y por último, obviamente, (iv) consultar los cambios introducidos en las fuentes formales del derecho y en las interpretaciones de los tribunales encargados de la unificación.

Con fundamento en éste pronunciamiento podemos señalar otros requisitos del precedente administrativo: a) Identidad objetiva en los supuestos de hecho, por cuanto no podrían hablarse de precedente sino hay semejanza fáctica entre los acontecimientos o si se ha modificado la norma jurídica aplicable a los casos anterior y actual. De este modo debe exigirse por parte del funcionario administrativo una identidad plena entre los hechos del supuesto anterior y del presente. b) Identidad subjetiva. Ello implica que se predique el autoprecedente es decir, aquel que proviene de la misma autoridad. Por ejemplo, no es viable que invoque como precedente en la ciudad de Bucaramanga para obtener una licencia de construcción con base POT (Plan de Ordenamiento Territorial) de esta ciudad un pronunciamiento del Distrito Capital sobre normas urbanísticas propias, ya que no opera como anteriormente se dijo la heterovinculación del precedente administrativo. c) Aplicación en el ejercicio de la potestad discrecional de la administración, se admitirá el precedente administrativo cuando se actúa por parte del operador administrativo en la

aplicación de actividades discrecionales, es decir cuando la administración tiene un margen de libertad para tomar sus decisiones conforme a la libertad concedida por el legislador en los casos así determinados, por ejemplo en el ejercicio de la facultad nominadora a empleados de libre nombramiento y remoción. Cuando el legislador señala que el ejercicio de la potestad de la administración es reglada el precedente no es de recibo por cuanto prima el principio de legalidad sobre el de igualdad. d) El precedente invocado debe estar conforme al derecho por cuanto no puede aceptarse la realización de un derecho en un no derecho o lo que es lo mismo como lo señala Díez-Sastre (p. 454) “no cabe la igualdad en la ilegalidad y por ello no es posible pretender que un precedente que no respeta la ley produzca efectos jurídicos”. Se pregunta entonces ¿Qué sucede cuando particular confiando en un precedente contra *legem* solicita de la administración la aplicación del mismo? En este caso la aplicación del principio de igualdad no genera la solución adecuada y debe buscarse la misma en el principio de protección de la confianza legítima. e) La existencia previa de un hecho invocado como precedente. Como se ha sostenido a través de éste trabajo se hace referencia como precedente a las decisiones pasadas que pueden influir sobre las presentes, sin desconocer la posibilidad legal de revisar esas decisiones anteriores para determinar el respeto o acogimiento al principio constitucional de legalidad. f) Probar el precedente invocado. Es indispensable que el actor pruebe la existencia del precedente por él señalado en la actuación administrativa como por ejemplo la notificación del acto, la publicación del mismo o una sentencia referida al precedente reseñado. Este requisito plantea el problema del conocimiento de los precedentes ya que no existe normas que obligue a entidades del estado a recopilar precedentes administrativos salvo el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 que le impone a la Superintendencia de Industria y Comercio compilar y actualizar periódicamente sus decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia.

### **El precedente y el principio de la Confianza Legítima**

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad (art. 24 –parcial– de la Ley 1340 de 2009) la Corte Constitucional sentenció: “(...) 4.9 la corte estima que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se

pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta por parte de la entidad supervisora en situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima”.

Con base en el pronunciamiento de nuestra máxima corporación constitucional se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa para la Superintendencia de Industria y comercio cuando ejerce sus competencias de vigilancia y control en materia de protección a la libre competencia y vigilancia administrativa de la competencia desleal. La presente providencia reitera la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable ha de ser motivada y por ende el ente administrativo pueda apartarse del precedente administrativo con suficiente motivación, o lo que es igual, asumiendo la carga argumentativa de dicha discrepancia.

Del mismo modo con base en la precitada sentencia se destaca que el principio de confianza legítima protege los intereses de los administrados en los supuestos de hecho que no son cobijados por el principio de igualdad, porque el particular confía en que la administración actuará siempre del modo cuando la circunstancias en que suceden los hechos son iguales o similares. Por ejemplo, cuando un banco estatal les expide certificación a varios usuarios de que se encuentran a paz y salvo con un crédito hipotecario y éstos últimos solicitan en época posterior otra certificación no podría la entidad bancaria argumentar que por su error no se están a paz y salvo.

### **Precedente administrativo y la interdicción de la arbitrariedad administrativa**

Con ocasión de una tutela impetrada contra providencias judiciales, sostuvo la corte constitucional en materia de precedente administrativo lo siguiente (T-688, 2003) Para efectos de separarse del precedente por revisión son necesarios dos elementos. De una parte referirse al precedente anterior y, por otra, ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio. El

primer requisito es respuesta al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia. El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido *rationes decidendii*, que los ciudadanos legítimamente siguen. A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que soportan el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución. En el presente caso, la sala de decisión demandada no hizo referencia alguna al precedente invocado por el demandante. Se limitó a ofrecer argumentos que soportaban su posición, pero en ningún momento indicó las razones por las cuales la anterior postura resultaba incorrecta.

Es posible entonces afirmar que el precedente administrativo al reunir todos estos requisitos, impone a la administración un mismo criterio de interpretación sobre hechos iguales o similares por cuanto con ello se da cumplimiento a los principios rectores de la administración pública establecidos en el artículo 209 de CP. Ello implica una actuación uniforme del operador administrativo en el sentido de garantizar al administrado la aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima que necesariamente permiten rechazar de plano la arbitrariedad de la administración y por ende la discriminación. Cuando la motivación es insuficiente para justificar la separación del precedente

por parte del operador administrativo, en virtud del poder jerárquico de la administración el superior respectivo deberá revocar el acto de su inferior para erradicar de plano la interdicción de la arbitrariedad de la administración es decir, deberá reconocer la vigencia del precedente administrativo. A decir del profesor (Diez p,14) un comportamiento injustificadamente desigual es incompatible con esa coherencia y constituye, por el contrario una arbitrariedad.

## CONCLUSIONES FRENTE AL TEMA TRATADO

En el sistema jurídico colombiano el criterio de precedente administrativo surgió como creación jurisprudencial a partir de la sentencia T-334 de 1998 y fue consolidándose en esta misma materia en las sentencias T-506 de 1998, T-688 de 2003, T-545 de 2004 y C-537 de 2010.

Desde el punto de vista legislativo el precedente administrativo está consagrado en los artículos 24 de la Ley 1430 de 2009, 114 ley 1395 de 2010 y 10 de la Ley 1437 de 2011.

La administración al aplicar el precedente administrativo no crea derecho al resolver el caso concreto sin que ello excluya la aceptación del precedente en sus próximas actuaciones para casos similares.

Sin advertir, dada la parcialidad de este avance, la fuerza vinculante o no del precedente administrativo, se concluye que éste no obliga a la administración a aplicar siempre idéntica solución jurídica en casos iguales o similares.

## BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO, L. "La doctrina del Precedente Administrativo". En: *Revista de Administración Pública*, No. 98, Madrid, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982, pp 7- 46.

DÍEZ SASTRE, S. "La fuerza vinculante del precedente administrativo". En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2009, pp 445- 479.

\_\_\_\_\_. *El Precedente Administrativo*. Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2008.

\_\_\_\_\_. *La fuerza vinculante del precedente administrativo. Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y Procedimental Administrativo Común*. Madrid, Ediciones Marcial Pons, 2009.

FALCÓN Y TELLA, M. *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*. Madrid, España, 2010.

MAGALONI KERPEL, A. *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial norteamericano*. Madrid, Editorial McGraw Hill, 2001.

PIERA VIPIANA, M. *Giurisprudenza Italiana*. Unione tipográfico - Editrice Torinese, 1996, pp 412-420.

ZÁRATE, J. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos. El Precedente*. México: Editorial McGraw Hill, 1997, pp 135-137.

## **Jurisprudencia**

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-334, 1998, Julio 6. Acción de tutela instaurada por Jairo Hernán Tavera Villalba, contra la Alcaldía Local de Chapinero, con fundamento en la competencia que le otorgan los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Expediente T-156343. Obtenido en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-334-98.htm>.

Colombia. Corte constitucional. Sentencia T-506, 1998, Septiembre 17. acción de tutela instaurada por Luis Bedmar Vásquez Henao, contra la Superintendencia de Sociedades y CORPORANONIMAS, con fundamento en la competencia que le otorgan los artículos 86, inciso 2, y 241-9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991. Magistrado ponente: Doctor Antonio Barrera Carbonell. Obtenido en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-506-98.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-688, 2003, Agosto 8. Acción de tutela instaurada por Luis Ángel Freyle Carrillo en contra de la Sala 4 de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Expediente

T-731444. Magistrado ponente. Eduardo Montealegre Lynett. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-688-03.htm>.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-545, 2004. Acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez originada en enfermedad común. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-545-04.htm>.

Colombia. Corte constitucional. Sentencia C-537, 2010, junio 30. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24 (parcial) de la Ley 1340 de 2009. Demandantes: Camilo Pabón Almanza y Andrea Mora Ramírez Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente D-7942. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>.

# ***La Constitución y el mito de la violencia intrafamiliar***

---

**LUIS EUGENIO RIBÓN PÉREZ\***

*Universidad del Atlántico  
Barranquilla (Atlántico)*

## **PRESENTACIÓN**

El presente ensayo busca articular los espacios que la mujer y la familia han ido ganando a largo de las reformas de la Constitución del 86 hasta las leyes de la Constitución del 91. El objetivo es analizar la carta magna del 91 de los artículos 5º, 42 y 43 y descifrar los espacios que desde hace 20 años la mujer y la familia han conquistado en contra de la violencia intrafamiliar, señalando las herramientas jurídicas con la que dispone hoy en día en contra de la violencia domestica. También se enfatiza que a pesar de existir

---

\* Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Metropolitana. Especialista en Teorías, Métodos técnicas de Investigación de la Universidad de Cartagena, Magíster en Filosofía Latino Americana, USTA de Bogotá. Magíster en Filosofía de la Ciencia Universidad del Valle.

las herramientas jurídicas, todavía hay una violencia intrafamiliar como mito debido a una ideología patriarcal, una familia autoritaria, y a la misma cultura androcentrista, que establece valores contrarios a lo que instaura la Constitución del 91 y que se presenta como un fenómeno complejo, debido a la realidad histórica de violencia que vive el país.

Hablar de violencia en Colombia es hoy por hoy algo tan común que parece estar inmunizados. Con la violencia nos acostamos y con ella nos levantamos, es el factor determinante durante las últimas décadas en Colombia. Aunque el tema da para hablar, aquí nos referiremos a esa violencia que nace en el seno de la familia, es decir la violencia Intrafamiliar que nace desde el momento en el que los españoles, irrumpieron en América, y que hoy es diferente contexto, época y economía se proyecta en la sociedad como un espejo para la familias del siglo XXI.

En Colombia la violencia de la familia marcha desde la época de la conquista, violación de las primeras aborígenes, pasando por la colonia, y la época republicana, donde la violencia a la mujer y a la familia, tiene su historia que se ha ido consolidando a través de la cultura y las ideologías y constituciones. Por ello podemos hablar de una violencia como mito, por que subyace en el inconsciente, en la historia, en esa ideología patriarcal que subyace en la mente los varones de nuestro país y que sobrevive gracias a la cultura. Pero a pesar de ello la mujer y la familia han ido ganando terreno lentamente tratando de transformar la mentalidad del colombiano.

La familia se implanto como institución legítima en la época de la colonia, a través de la evangelización que fue el instrumento para que pasara a tener carácter divino. Los aborígenes abandonaron su organización tradicional, de la familia de hecho (le hicieron cambiar) a la familia monogámica. La familia aborígen rompió con la conciencia basada en la pluralidad, al adoptar la fe cristiana. Del pluralismo religioso, familiar, sexual y social se pasa a la divinidad única, a la familia nuclear, y patriarcal y a la propiedad privada individual. Pero a pesar de todos los intentos colonizadores, de establecer un modelo homogéneo de pareja y de estructura de familia, la situación continuó siendo compleja.

En los años, comprendidos entre 1850, la familia se encuadro en diferentes tipos y arreglos familiares; sin embargo a partir de la constitución de 1886, la familia se inserto en el modelo clásico de matrimonio católico indisoluble y patriarcal.

La constitución de 1886, constituyó el instrumento de legitimación exclusiva de la unión del matrimonio católico, la cual garantizaba el control de la iglesia sobre el patrimonio de los fieles y específicamente sobre la vida de las mujeres.

Así se constituye la familia como institución desde un punto legal, que actuó durante todo el siglo XX, para reproducir jerarquías raciales, sexuales, sociales y de ciudadanía. De allí la importancia la importancia que le han dado los legisladores de la época hasta nuestros días.

La familia durante el siglo XIX, se asocio a la idea de ciudadanía, por tanto el estar casado –varón– y pertenecer a una familia garantizaba elegir y a ocupar cargos públicos. Hechos que excluían a la mujer a ser ciudadanas. Este hecho, se evidencia en el artículo 5 de la constitución del 1886, relacionadas con la edad, el sexo, y la capacidad para garantizar su subsistencia, y que se proyecta hasta nuestros días en lo económico, político, social, y cultural de las mujeres. Esta constitución creo una mujer sumisa, obediente debido al control del matrimonio, el manejo de las relaciones interpersonales que tenían como base el criterio de la autoridad paternal y del estado. Por lo tanto el matrimonio garantizaba a la mujer a ser la sierva del marido, y al Estado una familia como la que él quería ese momento.

Por otro, la unión de hecho, que también subsistía en ese momento para hacer familia, era objeto de expresiones punitivas para las personas que la constituían, especialmente para las mujeres desamparándolas de la protección del Estado. Así las cosas, los legisladores al adoptar la constitución del 86 y el Código Civil de Bello configuraron una concepción que reafirmo y legitimo el modelo que reconoce derechos absolutos al varón, restringe los de la mujer, sus hijos y sentaron las bases de un patriarcalismo imperial que domina fuertemente al país quisiera decir hasta la expedición de la constitución de 1991 pero no es así.

Se podría decir, que la mujer se encontraba en un estado de violencia en potencia en este momento y que empezó a ascender, jurídica y normativamente, generando aportes a nuestra legislación logrando modificar la concepción patriarcal y excluyente que sobre la familia, la mujer y los menores de edad se tenía.

Por lo tanto el presente ensayo busca considerar: 1) El proyecto de construcción del nuevo tipo de mujer; 2) La Constitución del 91, artículos 5,42, 43; 3) La deuda de la constitución con la familia colombiana; 4) La violencia como mito; 5.) Las leyes contra la violencia intrafamiliar 294/1996 y 575/2000, y 6.) Razones, que a pesar de existir herramientas jurídicas, todavía existe una violencia intrafamiliar como mito debido a una ideología patriarcal, una familia autoritaria, y a una cultura, que establece valores contrarios a lo que establece la Constitución del 91.

El nuevo proyecto de construcción del nuevo tipo de mujer se empezó a generar gracias a la Ley 28 de 1932, que suprimió la potestad suprema del marido y le otorgo a la mujer casada la capacidad civil que perdía por el hecho del matrimonio, logrando condiciones de igualdad con el hombre para la adquisición, administración y disposición de los bienes.

*Ley 1ª de 1976:* Estableció el divorcio en el matrimonio civil, reguló la separación de cuerpos y bienes en el matrimonio civil y canónico.

*Ley 51 de 1981:* La adopción de la convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer.

*Ley 11 de 1988:* Estableció régimen especial para la vinculación de las trabajadoras domesticas al régimen de seguridad social.

*Decreto 999 de 1988:* Permite por una sola vez, mediante escritura pública, modificar el registro para sustituir, rectificar, corregir o adicionar el nombre con el fin de fijar la identidad personal, suprime el “de” de la mujer casada.

*Decreto 2458 de 1988:* Facultó a los cónyuges en el matrimonio civil para separarse de cuerpos por mutuo consentimiento mediante escritura pública.

*Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor):* Estatuto que consagró los derechos fundamentales de los niños y las niñas. Reestructuró los servicios de protección y creó las Comisarías de Familias etc.

*Decreto 1398 de 1990:* Reglamentó la Ley 51 de 1981 que acogió la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

*Ley 54 de 1990:* Reconoció la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

*Ley 50 de 1990:* Amplió la Licencia de maternidad a 12 semanas pudiendo la mujer ceder una semana al esposo o compañero.

Con la Constitución de 1991, se legitiman conceptos como: respeto a la diferencia, pluralidad, diversidad, sociedad multiétnica y pluricultural, tolerancia, participación democrática, autonomía entre otros y constituyen una nueva visión de Estado en una sociedad en proceso de transformación y acomodamiento a la modernidad.

La familia, está influenciado por este proceso modernizador: Los artículos 5 y 42 de la Constitución reconocen a la familia como institución básica de la sociedad, y ampara todo tipo de familia, es decir aquellas constituidas a partir de vínculos jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla. Señala que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar (art. 14) y que no pueden ser molestadas en su persona o familia (art. 28).

Además, establece que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes como la mejor pauta para el respeto entre los miembros de la sociedad (art. 42).

Respecto de las mujeres, el artículo 43 de la constitución de 1991 dice: “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. Se consagro al más alto nivel, la prohibición de la discriminación basada en el sexo. Esta

disposición es muy importante porque la garantía de la no discriminación es el presupuesto básico para la protección y ejercicio de los DDHH. La causa la idea de superioridad que detenta un grupo de personas sobre otras ya sea de índole: Económico, social, político, religioso.

Cuando la no discriminación de la mujer se plantea a nivel constitucional, se obliga al Estado a desarrollar una política tendiente a erradicar sus causas, pues no pocas veces se derogan normas discriminatorias pues las práctica culturales e ideológicas lo impiden o limitan su aplicación de la igualdad jurídica.

Por ello para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

## **DEUDA DE LA CONSTITUCIÓN CON EL SOBERANO**

El Estado colombiano ha quedado en deuda al no reglamentar la promesa de apoyo de la siguiente garantía constitucional: “La mujer goza de especial asistencia y protección antes y después del parto y si esta desempleada o desamparada recibirá subsidio alimentario por parte del Estado” (art. 43).

En este caso especial, se eleva a nivel constitucional la función social de la reproducción y el aporte de ésta a la construcción de ciudadanía es más que urgente su exigibilidad y reglamentación en forma clara con el fin de hacer efectivos estos derechos. Por lo tanto, en el apoyo a la maternidad se hacen necesarias políticas de bienestar social que garanticen una infraestructura de apoyo a las labores de socialización, crianza y protección tales como guarderías, jardines infantiles, casas comunales, comedores comunitarios, lavanderías populares, que alivie el trabajo domestico el cual no pueden seguir siendo una responsabilidad única de las mujeres y que exige del Estado y de la sociedad la obligación de desarrollar políticas de cambio cultural que vinculen a los varones con las responsabilidades domesticas superando el papel tradicional de proveedores económicos con el fin de contribuir a la construcción de identidades masculinas democráticas y solidarias que participen en igualdad de condiciones en la vida familiar.

El artículo 43 de la Constitución Nacional plantea: “El Estado apoyará especialmente a la mujer cabeza de familia”. Esta norma fue desarrollada mediante la Ley 82 de 1993, pero también adolece de desarrollo prácticos para su concreción, y a pesar de algunos esfuerzos sectoriales para su implementación (bienestar social, salud, seguridad social, bienestar familiar, educación), en la práctica muchos funcionarios y funcionarias no aplican esta Ley debido a sus prejuicios personales respecto a mujeres (madres solteras, viudas) y de aquellas que no son madres biológicas como el caso de las menores de edad por que asumen el sustento de hermanos, hermanas y parientes por la pérdida de sus padres en procesos de desplazamiento por culpa de la violencia, le niegan los beneficios de la Ley y de los programas del Estado.

En el artículo 42 se reconoce la forma de concebir y reconocer la familia: “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores e impedidos”. Se reconoce constitucionalmente el derecho de la mujer y de los hombres a elegir libremente el ejercicio de la maternidad y la paternidad; En la mujer deja claro: que ser mujer no obliga a ser madre y que la maternidad no es una exigencia para la validez del matrimonio o de la pareja, máxime si ha sido convenido de mutuo acuerdo y que la mujer decide libremente sobre el control de su vida sexual y reproductiva. En el mismo artículo 42 la constitución se pronuncia contra la violencia intrafamiliar la cual la considero nociva a la unidad y armonía familiar, prometiendo ser sancionada conforme a la ley. Cinco años más tarde se expidió la Ley 294 de 1996 la cual se dictan normas para prevenir y sancionar la violencia intrafamiliar y se crean delitos autónomos contra la armonía y la unidad de la familia como: violencia intrafamiliar, maltrato constitutivo de lesiones personales y maltrato mediante restricción de la libertad física.

## **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR COMO MITO**

Cuando nos referimos a la violencia partimos del significado etimológico, de sus raíces etimológicas: del latín *Vis*, fuerza, que significa: 1) Todo lo que actúa usando la fuerza para ir contra la naturaleza de algún ser (desnaturalizar); 2) Todo acto de fuerza contra la espontaneidad, la voluntad y la libertad de

alguien (coaccionar, constreñir, torturar, brutalizar); 3) todo acto de violación de la naturaleza de alguien o de alguna cosa valorada positivamente por una sociedad (violentar); 4) todo acto de trasgresión contra aquellas cosas y acciones que alguien o una sociedad define como justas y como un derecho; 5) todo acto de brutalidad, sevicia y abuso físico y/o psíquico contra alguien y caracteriza relaciones intersubjetivas y sociales definidas por la opresión, intimidación, miedo y el terror. La violencia se opone a la ética porque esta trata a los seres racionales y sensibles, dotados de lenguaje y de libertad como si fuesen cosas, es decir irracionales, insensibles, mudos, inertes o pasivos<sup>1</sup>. “Una aproximación al problema del significado: las redes semánticas. Revista Latinoamericana de psicología.

La Violencia como mito, nos lleva a plantearnos en Colombia, que no hemos salido de la crisis moral y de valores., hecho que nos traslada en la búsqueda de una comprensión armoniosa a partir de la ética, la constitución etc.

Por lo tanto la violencia intrafamiliar o domestica se entiende como un acto que se realiza con el fin de someter a una persona a la voluntad de otra, en el contexto de una relación afectiva. Puede tratarse de actos de agresión física, sexual y/o emocional, también puede incluir comportamientos y actitudes controladoras ejerciendo coerción y/o manipulación contra la esposa, puede extenderse a los hijos e hijas (BANCROFT, L., 1992).

## RAZONES DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER COMO MITO

1. El fenómeno de la discriminación de la mujer nace generalmente de la idea de superioridad que se abroga un grupo que detenta poder sobre otro o que en razón de su raza, sexo, edad estratificación social, estatus económico, ocupa lugares privilegiados. En una organización social determinada.

<sup>1</sup> FIGUEROA, N.; GONZÁLES, E. & SOLÍS. “Una aproximación al problema del significado: las redes semánticas”. En: *Revista L. A. de Psicología*, No. 13, pp. 447 y ss.

2. La discriminación a pesar de estar estatuida en la constitución no ha sido abolida. Esto demuestra que se alimenta de un sustrato ideológico y de una cultura que lleva años, y que va más allá de una serie de normas para modificarse
3. La violencia a la mujer e intrafamiliar, surge a partir de la discriminación que resulta no solo “al tratar distinto lo que es igual”, si no también, “al tratar igual lo que es distinto”.
4. La violencia intrafamiliar se establece al entender mal la igualdad, la cual no significa uniformidad, sino que la igualdad de todos exige el absoluto respeto a la diferencia. Es el respeto a ser distinto o distinta, a pensar distinto o distinta y a expresar como podemos encontrar y reconocer la identidad de seres humanos, hombres y mujeres.
5. En la práctica se restringe el ejercicio de garantías y libertades establecidas en las leyes para mujeres. Se viola el derecho a la intimidad y al trabajo que están protegidos en Colombia por la constitución Nacional y por las Leyes laborales,
6. Se despiden de sus trabajos a muchas mujeres por casarse, embarazarse, o no acceder a sus apetitos carnales. En otras se le exige certificado de ingravidez o del tipo de control reproductivo para poder trabajar, violando flagrantemente derechos fundamentales.

## **LEYES CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR COMO MITO**

La Constitución Política de 1991, crea las condiciones para la expedición de una Ley de Violencia Intrafamiliar en Colombia; el artículo 42 de la Constitución Nacional reza: “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a ley. Esto significa que desde entonces el estado colombiano tiene la obligación de sancionar la violencia domestica, y que ésta, entra hacer parte de las agendas y responsabilidades de las políticas públicas”.

La Ley de la violencia intrafamiliar nace en desarrollo de la Constitución del 1991, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer “Convención de Belem Do Pará”, ratificada por la

Ley 248 de 1995, por la cual se expide en Colombia la Ley 294 de 1996, para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

La ley nace a la vida jurídica con el animo de dotar a las mujeres, los niños y niñas, ancianos y ancianas, personas con limitaciones y demás miembros de la familia de normas que los las protejan contra la violencia domestica con el propósito de sancionarla , y con el cometido de establecer planes, programas y políticas para prevenirla.

La Ley 294 de 1996, otorgó a los jueces y juezas de familia, civiles municipales y promiscuos municipales, la facultad de dictar medidas de protección para victimas de violencia intrafamiliar, y creo los delitos de: violencia Intrafamiliar, maltrato constitutivo de lesiones personales y maltrato, mediante la restricción a la libertad física.

La reforma de la Ley 294 de 1996 (Ley 575/00) trasladó las competencias para dictar medidas de protección a las comisarías de familia y en su defecto cuando estas instancias no existan, a los jueces y juezas civiles municipales y promiscuos municipales. De igual forma otorgó a los/las fiscales la facultad para dictar medidas provisionales de protección, y a los jueces y juezas de familia en procesos de divorcio, separación y custodia u cuando se encuentren en presencia de episodios de violencia intrafamiliar.

Las anteriores Leyes, sumadas a las facultades vigentes de conciliadores, defensores/ras de familia del ICBF, y de la Policía Nacional, demuestran que existen mecanismos para intervenir la violencia intrafamiliar y que estos se adecuan a las diferentes circunstancias de hecho.

Según la gravedad del episodio de violencia intrafamiliar se puede acudir a la conciliación extrajudicial, se pueden solicitar medidas de protección en el caso de ser victimas de violencia intrafamiliar y es posible interponer la denuncia penal del delito. Ninguna medida excluye a las otras y existe una amplia gradación de las mismas: Desde una orden que impide reincidir en el hecho, hasta el arresto, el desalojo del agresor y la iniciación de una investigación penal que puede culminar en la pérdida de libertad y la cárcel para el agresor.

## LEY 294 1996 Y LA LEY 575/2000 FRENTE AL MITO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Las Leyes 294/1996 y 575/2000 tiene una importancia en la perspectiva de los derechos fundamentales de la familia y la mujer en cuanto a la protección de la misma.

En el artículo 1º de la ley, plantea el tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia a efecto de asegurar a esta en su armonía y unidad. Constituye un avance con base en el artículo 42 de la Constitución nacional, la cual promueve la intervención integral de un fenómeno complejo y multicausal como es la violencia intrafamiliar, dejando clara la intervención que de parte de su complejidad, lo cual exige una mirada interdisciplinaria e intersectorial.

El artículo 2º de la Ley plantea que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Se pasa de una idea sacralizada e inmutable de familia, a una idea secularizada de las relaciones familiares. La familia y la pareja se transforma, se reconstituye, y el Estado está en la obligación de reconocer estos cambios desde las políticas públicas a fin de garantizar derechos y asegurar el acceso a los servicios por parte de los actores familiares.

El artículo 3º De la Ley plantea los siguientes “principios para su interpretación y aplicación”:

1. *La primacía de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad.*
2. *Toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, por tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas.*
3. *La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o pueden llegar a ser víctimas, en cualquier forma de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa tortura o ultraje por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar.*

4. *La igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer*
5. *Son derechos fundamentales de los niños. La vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de sus opiniones.*
6. *Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.*
7. *La preservación de la unidad y la armonía entre los miembros de la familia, recurriendo para ello a los medios conciliatorios legales cuando fuere procedente.*
8. *La eficacia, celeridad, sumariada y oralidad en la aplicación de los procedimientos contemplados en la presente ley.*
9. *El respeto a la intimidad y al buen nombre en la tramitación de los conflictos intrafamiliares.*

Con todos estos mecanismos jurídicos la Ley 294/1996 y 575/2000 no logran vencer la violencia como mito, por la barrera de la cultura, el patriarcalismo, la familia autoritaria, ya que según encuestas demográficas en Colombia el 41.10% de la mujeres unidas a una pareja sufran de la violencia domestica o intrafamiliar, así mismo, esta mismas encuestas revelaron que el 27.4%, de las mujeres alguna vez unidas fueron objeto de violencia física, por parte del esposo o compañero y que sufrieron una lesión y visitaron un médico, centro de salud o institución<sup>2</sup>. Esto sin contar las mujeres que han sido asesinadas por sus esposos o compañeros. Lo anterior nos confirma la tesis que la violencia domestica opere como mito, es decir:

1) Una narración del origen, reiterado que repite una matriz narrativa perdida. 2) El mito opera con tensiones y contradicciones que no pueden ser resueltas sin la profunda transformación de la sociedad y que por eso son trasferidas a una solución imaginaria que niega y justifica la realidad. 3) El mito violencia se cristaliza en creencias que son interiorizadas al punto en que no son percibidas como tales sino como la propia realidad, la cual se vuelve invisible. Verbigracia la violencia intrafamiliar. 4) El mito violencia es

<sup>2</sup> Citado por: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, UNIDAD DE GÉNERO Y SALUD. *Modelo de Leyes y Políticas sobre violencia intrafamiliar contra las mujeres*. Washington D.C., abril de 2004.

una práctica que resulta de las acciones sociales y produce a su vez otros actos que lo confirman. Es decir un mito genera valores, ideas y comportamientos que lo reiteran en y por la acción de los miembros de la sociedad; el ejemplo: la familia autoritaria. 5) El mito tiene una función apaciguadora y repetitiva, asegurando a la sociedad su auto conservación dentro de las transformaciones históricas. Esto significa que un mito es soporte de ideologías: las fábricas para poder enfrentar y negar simultáneamente los cambios históricos, pues cada forma ideológica está encargada de mantener la matriz mítica inicial: en este caso la violencia a la mujer y la violencia intrafamiliar.

Las prácticas sociales y culturales han hecho nugatorias las aparentes conquistas constitucionales, como es el caso de la violación recurrente a derechos y garantías laborales de las mujeres, tales como la licencia remunerada de maternidad (12 semanas), la hora de lactancia y la indemnización en caso de despido injusto entre otras cosas.

Lo anterior se presenta por los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que vienen con una educación clásica, de una sociedad patriarcal que es un sistema social, ideológico y político que privilegia lo masculino, mediante el cual los hombres tienen el dominio y control de los bienes y de las personas, usando la presión directa o por medio de símbolos, ritos, tradiciones, leyes, educación, el inconsciente colectivo, la maternidad forzada, la división sexual del trabajo. Las mujeres, por el contrario son subordinadas a ellos. "...Es este desbalance de poder lo que permite y facilita el aprendizaje y la práctica de la violencia de estos hombres hacia las mujeres" (CAICEDO, 2001:4)

Todas las manifestaciones de violencia que se cometen contra las mujeres están estrechamente relacionadas con un ejercicio abusivo del poder, que es el resultado de un orden jerárquico que ha colocado a los hombres en un rango de superioridad y a las mujeres en un rango de inferioridad. La violencia a su vez permite perpetuar a esa jerarquía al subordinar y oprimir a las mujeres.

Batres (1997) señala, que existe una jerarquía de poder basada en el sexo, edad y distribución de recursos económicos y personales. Generalmente quien

tiene esos recursos y atributos es el hombre adulto. Esta posición de los hombres como jefes de familia ha sido legitimada por el esquema de la familia patriarcal y todas las instituciones sociales han apoyado y reconocido este poder.

Batres (1997) indica que el abordaje del problema de la agresión contra mujeres de todas las edades y niños se debe hacer tomando en cuenta la perspectiva de género. Esto implica reconocer la desigualdad de opciones y de poder entre hombres y mujeres, dentro y fuera de la familia. Además, indica que existe opresión en razón de la etnia y la clase social, no obstante, el género está siempre presente como categoría básica de organización social y familiar.

Desde la perspectiva de género nos permite decodificar el pensamiento biologista y cuestionar ese discurso esencialista. A su vez pone de evidencia el androcentrismo implícito en el modelo de lo humano, del cual se ha partido, porque no involucra a ambos sexos, sino solamente a lo masculino.

Otro de los mitos de la violencia está en el determinismo biológico que hace creer a todas las personas, que el comportamiento de las mujeres y de los hombres es naturalmente dado como producto de su biología, pretendiendo con eso considerarla inferior y a partir de ahí perpetuar esa condición de la superioridad-inferioridad mediante la asignación de roles diferenciados: “De manera que cuando hablamos de unos «roles» femeninos y masculinos, no podemos perder de vista que estos papeles sociales atribuidos, respectivamente, al hombre y a la mujer son la mera consecuencia de una artificiosa construcción cultural, ni olvidar tampoco que dicha cultura ha sido elaborada por el varón, es decir, precisamente por aquél que a través de la norma y como consecuencia de ella redujo a la mujer a la dependencia y subordinación suyas, secuestrándola en su libertad y convirtiéndola en objeto de sus propios intereses” (PÉREZ DEL CAMPO, 1995, pp. 31- 32).

Esa injusta dominación ha prevalecido a través de los siglos, como afirma Simone de Beauvoir, a partir de la reproducción y la maternidad que fueron las que condicionaron la función sociológica de la mujer en los inicios de la historia.

Y es a partir de los criterios distributivos se condicio la “suerte” posterior de la mujer, el hombre se consolida y se perpetúa convirtiéndose en privilegios y prerrogativas, mientras la mujer siguió su papel en el reparto de funciones como única responsable del cuidado del hogar y las múltiples tareas que conlleva. De la perpetuación de ese rol de la mujer, como parte de su feminidad se encargaron literatos, científicos, artistas, pintores, filósofos e ideólogos de la religión, quienes con sus posiciones misóginas, reprodujeron el mito de la mujer como un ser incapaz y por ende inferior.

Se construye así una cultura sexista de sometimiento de las mujeres. “Tal es el destino preparado por el hombre para la mujer” Funciones específicas, “interesada y cuidadosamente determinadas por el otro sexo, constituyen las encrucijadas de un complicado laberinto desde el cual, la mujer que intente hallar su salida en busca de libertad personal y propia autonomía, ha de pagar, aun hoy en día, costos altísimos (PÉREZ DEL CAMPO, p. 35)

Es así como, ayer como hoy, los hombres tratan de obstaculizar todos los intentos de superación de las mujeres, por “temor” a compartir privilegios, espacios de poder, por prejuicios misóginos, por las debilidades de ellos, los recelos, ocasionando con ello el infortunio que viven las mujeres, por ende la asignación de características diferenciadas para hombres y mujeres a través de la historia se mantiene hasta la fecha.

Es a partir de este contexto que el fenómeno social de la violencia contra las mujeres, no tiene límites ni reconoce fronteras, la sufren las mujeres independientemente de su condición económica, edad, etnia, orientación sexual.

Pero, otro hecho que corrobora el mito como violencia es el silencio de la sociedad en general frente a los actos de brutalidad perpetrados por los hombres contra las mujeres y los hijos e hijas en el ámbito doméstico. Pérez del Campo afirma: “Es desconcertante la actitud general de las personas frente a sucesos violentos de este género, se completaría si se entrara a valorar el impacto psíquico que para los seres humanos significa la contradicción de que la violencia se gestó y se desarrolló en el plano familiar, aquél que desde el

punto de vista histórico y cultural se nos presenta como núcleo indiscutible en el que cristalizar nuestras expectativas de felicidad y en el cual deben germinar y desarrollarse los sentimientos del amor, el afecto y el respeto mutuo junto a virtudes tan anheladas por las personas como la fraternidad y la generosa solidaridad” (idem, pp. 73-74)

## **DE LA VIOLENCIA COMO MITO A MITOS ACERCA DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

Según (BATRES, 1996, pp. 64-65) Existen algunos mitos bastante generalizados respecto a la violencia domestica o intrafamiliar. Estos mitos tienen como finalidad eximir de responsabilidad al agresor, algunos de ellos son utilizados por los agresores en los tribunales y también por las personas que administran justicia:

Que la violencia domestica es provocada por la victima mediante sus acciones o declaraciones: Este mito permite que los hombres asuman el derecho de castigar a sus esposas, por un comportamiento que a ellos no les guste.

Que el comportamiento agresivo es causado por la incapacidad del agresor para expresar enojo o para manejar el estrés: Los consejeros que trabajan con agresores reportan que esta no es la causa del uso de la violencia, realmente el problema del maltrato es producto de la desigualdad de poder entre hombres y mujeres mantenida por las estructuras de género. El maltrato hacia la mujer es necesario para mantener una familia autoritaria.

Que las mujeres agredidas son masoquistas: Las mujeres no se quedan en una relación de violencia porque son masoquistas, sino porque toda su socialización y las estructuras de género sustentadas por el sistema legal, le hacen casi imposible su salida.

Por último el mito para justificar la violencia intrafamiliar: que el hombre es superior y que las mujeres les pertenecen.

Las Naciones Unidas afirman que: “...no existe una explicación sencilla sobre la violencia contra la mujer en el hogar. Ciertamente, cualquier explicación debe ir más allá de las características individuales del hombre, la mujer y la familia y mirar hacia la estructura de las relaciones y el papel de la sociedad en apuntalar esa estructura. En el análisis último, es quizás mejor concluir que la violencia contra la esposa es una función de la creencia –promovida por las culturas patriarcales– que los hombres son superiores y que las mujeres con quienes conviven son sus posesiones o bienes muebles, a los que pueden tratar como deseen y como consideren apropiado” (citado por COPELON, RHONDA, 2002, p. 114).

## CONCLUSIONES

La Constitución de 1991 crea condiciones democráticas para el reconocimiento y protección de nuevas formas familiares. A través de ella el Estado legítimo reconoció las uniones de hecho, otorgo igualdad a distintos tipos de filiación, legalizó el divorcio, proclamó la igualdad de mujeres y varones respecto de sus derechos y obligaciones al interior de la familia y de la pareja y contribuyó notablemente a desacralizar la familia superando la forma clásica de su constitución a través del matrimonio católico. No solo se reconocen nuevas formas de hacer y vivir en familia como característica de un estado moderno y plural si no que surgen robustecidos en sus derechos nuevos actores y poblaciones entre ellas las mujeres, que replantean tradicionales formas de relacionamiento y generan nuevas dinámicas en cuanto al reclamo y ejercicio de derechos y proyectos que garanticen su reconocimiento y participación política y social.

Esa jurisprudencia ha recogido no solo sus desvíos sino los aciertos de esas inclinaciones culturales de las unidades familiares. Respecto a los extravíos, los ha hecho para tratar de acoplarse a un tipo de familia más acorde con la sociedad en proceso de construcción. Respecto de los aciertos, ha asumido una actitud estimulante para que se conserven y consoliden.

Luego lo que se hace necesario precisar, es que existe una relación recíproca entre familia-sociedad y lo urgente es introducir cambios de fondo en lo social

y económico de modo que incidan en la transformación de la familia, y no se quede en esa atención privilegiada de intervencionismo familiar por parte del Estado, con el fin de acolar sus valores a los referentes democráticos sobre los que se pretende construir cada día una sociedad mejor.

El hecho es que los mecanismos orientados a recomponer la familia en Colombia, no pueden utilizarse en abstracto para esos fines. Por mucho que los científicos sociales y los legisladores hagan esfuerzos por intervenirla, para reorientarla, de todos modos será el entorno social y económico el que habrá de determinar sus contornos y contenidos.

Una sociedad descompuesta, no puede dar lugar a otra cosa que a una familia descompuesta. Y, a la inversa: una familia descompuesta, solo puede engendrar, extenderse, una sociedad injusta. Ese dilema, antes de cualquier acción política o social, debe ser resuelto (ECHEVERRI DE FERRUFINO, L., p. 25)

En otras palabras: a pesar de existencia de las Leyes 294/1996 y 575/2000 existe una violencia como mito que la constitución Nacional no podrá cambiar de la noche a la mañana, sino que requiere de largo proceso educativo para poder transformar la cultura patriarcal, autoritaria y la ideología que la sustentan por una cultura del dialogo, el consenso y la convivencia.

Este es un problema complejo y su erradicación debe apuntar a modificar la cultura, la ideología, la manera de pensar conservadora que todavía subyace, en una economía capitalista con tintes feudales, y a los imaginarios sociales que la legitiman.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AMORÓS, Celia. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Editorial Antropos, Barcelona, 1985.

BANCROFT, Laundry. *El abordaje contemporáneo de los ofensores físicos contra las mujeres. Un reto para los profesionales de salud mental y la administración de la justicia*. Sexta Conferencia Nacional, San José, ILANUD, Ministerio de Justicia, Proyecto de Capacitación Permanente, 1992.

- BATRES, Gioconda. *Del Ultraje a la esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto*. 1997.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Constitución Política de Colombia: índice analítico*. Bogotá: Señal Editora, 1991.
- DE BEAUVOIR, Simone *El segundo sexo. La experiencia vivida*. Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, 1987.
- COPELON, Rhonda. "Capítulo 5. Terror íntimo: La violencia domestica entendida como tortura". En: *Perspectiva de género en las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002.
- ECHEVERRI, DE FERRUFINO, L. *La familia de hecho en Colombia*. Bogotá, Editorial Tercer Mundo, 1984.
- \_\_\_\_\_. "Aspectos de familia en la Constitución Política de 1991". En: *Hojas Universitarias*, Universidad Central, Bogotá 2000, p. 28.
- FIGUEROA, N.; GONZÁLES, E. & SOLÍS. "Una aproximación al problema del significado: las redes semánticas". En: *Revista L. A. de Psicología*, No. 13, pp. 447 y ss.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. México. UNANM, 1988.
- GUTIÉRREZ DE PINEDA, Virginia. *La familia en Colombia: estudio Antropológico*. Serie Socioeconómica, No. 7, Centro de Investigaciones Sociales, Bogotá - Friburgo (Suiza) CIS- FARES, 1962.
- HURTADO SÁENZ, Maria Cristina. *Seminario "Mujer y Constitución de 1991"*. Universidad Nacional, 1991.
- INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE - ILANUD. *Programa Regional de Capacitación en Violencia Domestica*. Costa Rica.
- NIEBLES OSORIO, Edgardo. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004.
- PARSONS, Talcott. *Ensayos sobre Teoría Sociológica*. México, Editorial Amorrortu. 1976.



# ***Constitución y cultura del libro jurídico: una lectura sobre la Constitución de 1991 como texto y discurso fundacional para la legitimidad del Derecho colombiano\****

---

**MÓNICA PATRICIA FORTICH NAVARRO\*\***

*Universidad Libre*

*Bogotá*

## **PRESENTACIÓN**

El objetivo central de esta ponencia es realizar una aproximación al tema de la semiótica jurídica que tenga como punto de partida, destacar la importancia y la urgencia de los estudios sobre las relaciones texto-discurso en el derecho

---

\* Conferencia pronunciada en el marco del VI Congreso Nacional y III Internacional de Filosofía del Derecho en la Universidad Libre, año 2011.

\*\* Docente Universidad Libre - Facultad de Derecho y Docente de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, Facultad de Filosofía - Universidad Libre. Doctora en Sociología del Derecho e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia.

y tomando como excusa la Constitución Política de Colombia. En este ensayo se destacan tres momentos: el primero una mirada a la Constitución del 1991 en el marco de sus 20 años de expedición, la concepción de una constitución como libro escrito, que contiene un cúmulo de experiencias simbólicas como consecuencia de las relaciones de poder que lo determinaron; y como una oportunidad para la revisión de su contenido y sus posibilidades como texto y discurso para la legitimidad del derecho colombiano a partir de la noción de la Cultura del libro jurídico como aparato de investigación socio-jurídica.

Abordar un tema como la revisión de las categorías signicas (semióticas) en un plano performativo del lenguaje, parece una tarea natural para un filólogo o un estudioso de la literatura. En el primer caso se acude a la revisión natural del lenguaje oral y escrito, de uso cotidianos en lo que se denomina su uso pragmático, en el segundo caso, se aborda la revisión del lenguaje estético contenido en la obra literaria, y en algunos aspectos de orden sociológico o psicolingüístico contenidos dentro la misma. Sin embargo, cuando se trata de analizar textos y discursos contenidos en otras disciplinas o áreas del conocimiento –como el derecho en este caso– el trabajo exige la puesta en escena de nuevas herramientas de análisis que consulten la naturaleza y alcance de dichos textos, así como la creación de un metalenguaje que pueda dar cuenta del lenguaje mismo (más allá de sus funciones cotidianas o estéticas)<sup>1</sup>.

De tal manera, que revisar un texto, como en este caso un texto jurídico y más específicamente una Constitución Política, el asunto puede ser mucho más complejo, por cuanto, entrarían a concurrir categorías de análisis que son del uso de filólogos y literatos, pero también son necesarias categorías de orden socio jurídico que permitan una aproximación en este campo, por demás novedoso y complejo.

---

<sup>1</sup> Como parte de la referencias bibliografías previas a la formulación del ensayo y referidas a las revisiones semióticas en el plano del lenguaje y la literatura, están los trabajos de Marisa Moyano, *Literatura, estado y Nación en el siglo XIX argentino: el poder instituyente del discurso y la configuración de los mitos fundacionales de la identidad*, junto con el texto de Claudia Rodríguez M., *Del parnaso a la Cordillera. Metatextos fundacionales*.

## LA CONSTITUCIÓN DE 1991: UN TEXTO DE 20 AÑOS

Las constituciones políticas de los estados modernos son la bitácora de navegación de los pueblos y la armazón en donde descansan los sistemas políticos, jurídicos y económicos de una nación. Ellas son el alma y cuerpo visible de la República -como sistema de gobierno y recogen los principios generales del derecho aceptados por las naciones civilizadas.

Desde la tradicional concepción kelsiana una Constitución Política es la norma de mayor jerarquía, porque de ella dependen las demás normas que se ocupan de reglamentar la composición y funcionamiento del Estado. Una carta magna consagra los postulados mínimos para una convivencia y un marco de seguridad jurídica para el correcto desempeño de los fines del Estado de derecho. La Constitución garantiza los derechos y las libertades individuales, al tiempo que regula los deberes y las responsabilidades ciudadanas en un marco equilibrado de pesos y contrapesos a los poderes públicos legítimamente constituidos.

La Constitución es, en primera instancia la expresión del constituyente primario el pueblo, y es también resultado de los consensos del constituyente secundario, del legislador, que actúa de manera delegada representando los intereses de la nación. Por ello, celebrar los 20 años de la Constitución de 1991 es hacer un homenaje al constituyente primario como la fuerza que jalonó los cambios y como el verdadero poder del Estado, que se erige por encima de los formalismos y las trabas legales, que él mismo ha consagrado, en momentos históricos y frente circunstancias sociales diversas.

En ese sentido, y más allá de la visión formalista, al internar referirnos al concepto central, sigue siendo válido el ensayo de Ferdinand Lasalle, quien hacia 1862, en su célebre conferencia de Berlín, se pregunta ¿Qué es una constitución? Y ¿cuál es la esencia de ese concepto? y en su respuesta expresa que una Constitución “es la fuente primaria de que se derivan todo el arte y toda la sabiduría constitucionales”.

Lasalle pone el acento en que la explicación de este concepto, no puede hacerse sin atender a los factores reales de poder que rigen en una sociedad y

determinan los marcos normativos convenientes para que todos esos factores se sientan representados.

Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder, la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen. Y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social (...)<sup>2</sup>.

Como predica la concepción de Lasalle, en nuestra Constitución de 1991, también, los factores reales de poder jugaron un rol esencial en la formación de su texto y en su promulgación. El pueblo agitó las velas pero las fuerzas reales de poder condujeron el barco hasta el puerto seguro, en donde quedarían representados los intereses superiores de la nación en medio de unos intereses sectoriales son tan claros ni generosos. Una carta donde comulgan principios generales de derecho necesarios para una democracia participativa y disposiciones que favorecen facciones de ilegalidad, una carta en la que la pluralidad y origen de los constituyentes y las fuerzas político-sociales que ellos representaban dio origen a la célebre frase de una constitución hecha como una “colcha de retazos”.

Esos factores reales de poder no siempre surgen a la vista para que el pueblo, se presentan de manera soterrada, sin que la colectividad pueda medir el verdadero alcance de las normas que la rigen. A pesar de que esa misma Carta consagre mecanismos de participación ciudadana, muchos asociados poseen los elementos para hacer un juicio de responsabilidad política al constituye delegado, quien dice representarlo.

Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y lo que son<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Tomado de: [www.elaleph.com](http://www.elaleph.com)..

<sup>3</sup> LASALLE. *Ibid.*, p. 36.

El texto escrito de la carta es el resultado de un proceso de formalización normativa, construido con un lenguaje técnico-jurídico, en el que se pueden filtrar eso que Lasalle denomina “factores reales de poder”, esas fuerzas sociales que pueden ser claras, plenas de sentido y transparentes en su intencionalidad, o pueden ser difusas, opacas y gran ambivalencia, en la medida que no representan poderes con intenciones explícitas. Además, esas disposiciones normativas pueden ser el producto de viejos discursos altamente reconocidos y aceptados por la colectividad o de ideas emergentes, de nuevas tendencias discursivas encriptados en el viejo lenguaje pero re-semantizadas en los centros de poder. Ideas y posturas que circulan como modas o se ponen en boga en momentos históricos concretos, y valga aclarar, son provenientes del centro y consumidas y adoptadas por la periferia.

No estamos intentando satanizar los textos y los discursos contenidos en las normas positivas de los Estados, porque además de ser inatajables, ellas son el producto de los pactos y las negociaciones que los legisladores y los constituyentes secundarios hacen en nombre de la nación, pero hay que advertir, y en este marco de conmemoración de los 20 años de la constitución, que en interior de un texto como el del 1991 coexisten contradicciones de fondo que operan en nombre de la pluralidad, de la inclusión y la concreción de las aspiraciones colectivas. En palabras del ex constituyente Armando Novoa:

*“Había unas fuerzas manifiestas en la Constituyente, pero también había unos poderes ocultos o intangibles, por ejemplo, el del narcotráfico, la embajada de Estados Unidos y la guerrilla. Pero los que decidieron intervenir sobre ese proceso de alguna u otra manera, el narcotráfico y la Embajada de Estados Unidos, hicieron un acuerdo tácito, no se sentaron en una mesa, pero hubo un acuerdo tácito y fue el siguiente: adopten ustedes el modelo de justicia de Estados Unidos y nosotros permitimos que no haya extradición. Por eso se incorporó la Fiscalía, hubo un acompañamiento norteamericano sobre esa figura en el proceso postconstituyente, y se suprimió la extradición”<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> ZULUAGA GIL, Ricardo. *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali, Sello Editorial Javeriano, 2008, p. 128.

Sin entrar a profundizar en esas contradicciones, fruto de la inconsistencia discursiva, nuestra Constitución para algunos sectores es garantista y proteccionista de los derechos y las garantías individuales, pero por otra parte favorece los fundamentos de un discurso neoliberal en donde prima la libertad de empresa y emprendimiento, que conculca las aspiraciones sociales de los sectores más oprimidos y vulnerables de la sociedad. La carta de 91 parece consagrar un Estado social de derecho en donde priman los intereses sociales pero, en la práctica constituye un aparato que juega a ser una herramienta de consolidación de las políticas neoliberales a nivel global. Por otra parte, desde el mismo preámbulo, y de ello hay buena cuenta de ejercicios, que muestran la contradicción y la convivencia de principios teocráticos de la Constitución de 1886 con la más alta lógica democrática.

En medio de todos los calificativos al texto de 1991, parece prevalecer la tesis de un cuerpo normativo altamente pluralista en su composición, tanto como en sus alcances. En palabras de uno de los Constituyentes de 1991, Hernando Yepes Arcila:

*“En el carácter ampliamente pluralista de la Asamblea está su mérito. Lo que diferencia a este proceso constituyente de todos los demás que se han dado en Colombia y lo que lo hace ejemplar frente a muchos en la historia del derecho comparado, es la heterogeneidad de la Asamblea, que permitió identificar y darle expresión política a componentes de la comunidad nacional colombiana que hasta entonces eran invisibles. Me refiero particularmente a los indígenas, pero también a expresiones religiosas minoritarias que irrumpieron como portadores de una conciencia política y que fueron puestos allí en controversia y en relación dinámica con las demás fuerzas del país”<sup>5</sup>.*

A propósito de las contradicciones en palabras del ex constituyente Fabio Villa Rodríguez, también citado por Ricardo Zuluaga Gil: ¿Qué es la Constituyente? Un escenario de concertación enorme, no completo pero enorme, donde muchos sectores del país, legales e ilegales, se sienten

<sup>5</sup> Ibid., pp. 126-127.

representados, tienen la posibilidad de expresarse. Porque no estigmatizo la presencia del narcotráfico, no estigmatizo la presencia de las autodefensas, creo que la presencia no legal, no jurídica, no legítima –pero presencia al fin y al cabo les daba la oportunidad de estar de alguna manera dentro del gran acuerdo. Claro, intervienen como intervienen siempre los ilegales, de manera ilegal, de manera indebida<sup>6</sup>.

## CONSTITUCIÓN COMO TEXTO Y DISCURSO FUNDACIONAL

Aun cuando existen algunos estudios que intentan aproximarse a la idea de las constituciones como textos y discursos fundacionales vale la pena indagar sobre esas referencias para postular nuestro propio sentido y alcance. Para este ejercicio tomamos como referencia un trabajo Victor Armony en el que el tema del lenguaje y su condición como elemento generador de texto y discursos, atraviesa la frontera de sus saberes específicos y se convierte en herramienta para el análisis del lenguaje en una perspectiva jurídica.

De acuerdo con el estudio realizado por Armony a propósito de reforma de la Constitución argentina de 23 de agosto de 1994, el autor expresa que la “ley suprema de la nación, refleja y reproduce una concepción de la vida social (...)” En el análisis de Armony la idea de constitución se representa como: “Discurso fundador (a la vez origen y fundamento) no solo de la legitimidad sino también del sentido del orden colectivo”. Las constituciones tienen un poder fáctico con efectos jurídicos concretos, pero igualmente tiene un poder derivado de su naturaleza como enunciado que concreta las aspiraciones y de las finalidades sociales de los diversos grupos humanos que componen un Estado-nación, en donde lo que cuenta es su “estatuto ideológico” como respuesta colectiva a la pregunta sobre el significado de la existencia social.

Para nuestra propuesta la noción de texto está referida a los enunciados verbales y escritos que poseen en sí mismos sentido completo. Los textos

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 128.

son unidades conceptuales de valor y sentido completo. Por otra parte, los discursos son redes textuales más o menos complejas que permiten a los textos conformar grandes parcelas de información con sentido completo que reproducen sentimientos, creencias, valores y aspiraciones sociales.

En esta revisión encontramos una correlación con Armony para quien texto y discursos corresponden a un orden lingüístico-semántico y no jurídico puro. La palabra escrita contiene la materialidad del discurso:

*“(...) Desde esta perspectiva, consideramos al texto constitucional como un objeto lingüístico (por lo tanto portador de representaciones socialmente codificadas) y como tal lo sometemos a un análisis semántico (y no jurídico). A los efectos de esta presentación, nos contentamos con una descripción sumaria de corte lexicológico y con un relevamiento de unidades discursivas de contenido (segmentos textuales)”<sup>7</sup>.*

Es claro que en nuestra propia lectura, cercana a la posición de Armony, que existe un nivel de poder material de la Carta política dado por la revisión y los alcances del derecho positivo y, por otra parte, un poder simbólico donde está contenida toda la significación ideológica de las aspiraciones colectivas de un pueblo. En contraste con nuestro enfoque en el que coexisten elementos de orden semiótico, sociológico e historiográfico, más allá de las revisiones de orden lingüístico.

Para Armony el proceso de análisis se da en dos partes: un análisis léxico-métrico y un sondeo cualitativo sobre la enunciación explícita e implícita de los derechos consagrados en el texto. Sobre el análisis lexicológico se cita: Cuando decimos “análisis léxico-métrico”, hacemos referencia a un tipo de enfoque que apunta a dar cuenta del “comportamiento lexical” del texto. Se trata de una metodología que descompone la linearidad (*sic*) del discurso en unidades mínimas de sentido (unidades cuyo núcleo semántico, sobre todo

---

<sup>7</sup> ARMONY, Víctor. *De la constitución como discurso fundacional. Les textes de Methodologie*. Tomado de: [www.chaire-med.ca/](http://www.chaire-med.ca/). Consultado en agosto de 2011.

en su dimensión referencial, está determinado por la convención social). (...) El análisis lexical busca en las frecuencias de uso de palabras (o cadenas de palabras), regularidades y contrastes que puedan servir como “entradas heurísticas” al texto, es decir, como fenómenos no aleatorios que exigen del analista una explicación<sup>8</sup>.

En el segundo nivel examina la constitución como vehículo de representaciones sociales “teleológicas y axiológicas”, de ello resulta que la noción de derecho cede espacio a la noción de “derechos”, con unos individuos que encarnan distintos niveles identitarios y crean nuevos sujetos. En el ejercicio de Armony con la Constitución argentina de 1994 se pasa de la teoría clásica moderna, que predicaba un individuo abstracto y universal y la constitución como representación de un modelo de unidad política y de una comunidad nacional, a un individuo plural y con la necesidad de reconocimiento de unos derechos que le permitan el ejercicio de su individualidad. En este estudio se examinó la recurrencia de varias categorías conceptuales en el texto constitucional, que deban una relación con el tipo de discurso que se pretendía introducir, es decir, se rastreó la presencia de marcadores textuales que estuvieran asociados con el concepto de identidad.

Del análisis léxico-métrico, Armony llega a una serie de “observaciones” que son datos obtenidos de las interpretaciones sobre la recurrencia des cadenas lexicales entre el texto antiguo y el reformado. A modo de ejemplo, transcribimos una de esas observaciones, que se refiere a la recurrencia de sustantivos, de igual manera existen observaciones para marcar adjetivos, infinitivos y verbos conjugados que van a aportar elementos clave para la interpretación ideológica:

*Primera observación.* Los diez sustantivos (o frases sustantivas) empleados con mayor frecuencia en el nuevo articulado son los siguientes (entre paréntesis, se indica el número de ocurrencias en el texto de

<sup>8</sup> Ibid., p. 3.

1994): Nación (40), Cámara (31), ley (31), Congreso (30), miembros (24), derechos (20), presidente (20), mayoría absoluta (18), provincias (15) y esta constitución (12). Comparando con el articulado inmodificable, se constata que el uso de Nación decae (62 veces en el texto original) mientras que el de Cámara y miembros aumenta (14 y 9 respectivamente en 1853/60). El uso de expresiones en la Nación, territorio de la Nación, límites de la Nación disminuye (10 veces en total en 1853/60), solamente 2 en 1994) y “desaparecen” (no se usan en el nuevo articulado) las siguientes: ningún habitante de la nación, toda la Nación y todos los habitantes de la Nación (en conjunto, 6 veces en el articulado inmodificado).

A partir de esas consideraciones de orden lingüístico, Armony establece un marco interpretativo basado en datos objetivos y en hipótesis de sentido sobre el cambio constitucional y un texto que no representa una respuesta a las necesidades colectivas de la nación: “(...) Intentaremos mostrar que tanto en los desplazamientos léxicos como en las innovaciones dogmáticas (derechos, valores, fines), se transparenta la imagen de una sociedad menos cohesiva”. Porque como ya queda dicho el texto constitucional es visto como un objeto lingüístico, cuya palabra escrita constituye la materialidad del discurso.

En el caso colombiano, son necesarias este tipo de exploraciones, pero bien, aun cuando no estamos postulando para este ejercicio los niveles de análisis de Armony, es nuestra intención introducir la reflexión a partir de coordenadas materiales y simbólicas en el marco de la cultura del libro jurídico como instrumento interdisciplinario que conjuga elementos semióticos en una perspectiva de lo simbólico, lo axiológico y lo teleológico. Al final la idea de libro es la de un conjunto equilibrado de relaciones de textos y discursos que operan socialmente y que necesitan ser desvelados más allá del análisis jurídico político.

## CONSTITUCIÓN COMO TEXTO FUNDACIONAL Y SU LEGITIMIDAD

La idea de una constitución como texto fundacional está ligado al carácter genético de todo el sistema de normas jurídicas de un Estado, es la fuente, el

origen de donde se sostiene, fundamenta y respalda el orden jurídico y desde donde se apoya la legitimidad de mismo. Para abordar el tema de la legitimidad del orden constitucional es esencial, remitirnos a una conceptualización sobre la idea de legitimidad, en sentido amplio: “La legitimidad es una forma de posesión de una idea de verdad (...) cada ciencia pretende llegar a la posesión de un texto único y lo crea, lo reproduce y consume, tantas veces como sea necesario para lograr la identificación de todos sus elementos”<sup>9</sup>.

Sobre el tema de legitimidad constitucional existen varias posiciones, como lo expresa el constitucionalista español Juan García Amado: La legitimidad de una constitución puede considerarse desde un doble punto de vista. Por una parte, cabe tenerla por una propiedad objetiva que poseen aquellas constituciones que reúnen determinados caracteres, aquellos que la teoría predica como definatorios de la legitimidad constitucional. Esta legitimidad objetiva o teórica variará en sus contornos según el tipo de doctrina al que atendamos o la época en que nos movamos. Por otra parte, la legitimidad constitucional es también un asunto de creencia social. Así vista, una constitución es legítima cuando una sociedad mayoritariamente la estima así, con lo que la legitimidad vendría a ser una creencia social. Sería la dimensión sociológica de la legitimidad y su componente esencial en términos empíricos o de eficacia de las constituciones<sup>10</sup>.

Para García Amado una constitución no puede sobrevivir sin la fe social de los asociados sobre su legitimidad, a menos que ella sea impuesta mediante unos mecanismos de represión que validen el uso descarnado de la fuerza para lograr la estabilidad del sistema. En consecuencia, para el autor existen dos formas de legitimidad: una teórica y una práctica, y en

<sup>9</sup> FORTICH NAVARRO, Mónica. “La legitimidad de los interlocutores. El problema de las formas de autoridad en la producción de discursos jurídicos”. En: *Revista Nueva Época*, No. 29, año XIII, octubre de 2007, p. 164

<sup>10</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Usos de la historia y legitimidad constitucional. Una interpretación de la llamada Ley de Memoria Histórica*. Tomado de: [www.geocities.ws/jagamado/pdfs/HISTORIA.pdf](http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/HISTORIA.pdf). Consultado en agosto de 2011.

las constituciones modernas, esa legitimidad esta respaldando el sistema jurídico de un Estado de derecho, pero al mismo tiempo representando los intereses supremos de un Estado-nación: Dos son los componentes esenciales de los que depende esa creencia en la legitimidad de un determinado orden constitucional. Uno, el juicio social predominante sobre cómo sea el orden social más justo y la medida en que la vigente Constitución lo refleje. Aquí se trata del convencimiento social para vivir precisamente bajo esa norma suprema, bajo una Constitución con esos contenidos fundamentales. Otro, el sentimiento que aglutine a los ciudadanos de ese Estado como parte de un proyecto común que no se piense debido meramente a un azar histórico o al arbitrio de un poder constituyente guiado tan sólo por consideraciones técnico-jurídicas y morales o filosófico- políticas<sup>11</sup>.

Siguiendo, los planteamientos anteriores podemos pensar en dos grandes acepciones para el concepto de legitimidad: En primer lugar, las que pretenden revisar la validez del alcance sancionatorio y prescriptivo de las normas en atención a la estructura técnico jurídica con la cual se construyó dicho marco constitucional, es decir, la revisión de la validez formal de la norma, en tanto, para su expedición concurrieron requisitos de forma de los cuales depende su validez y eficacia social.

Por otra parte, está la noción de legitimidad asociada a los elementos de orden simbólico que generan una relación de respeto y obediencia a un marco normativo, en tanto el mismo ha sido construido y validado por los asociados, en el entendido que es un cuerpo normativo creado “por y para ellos” y pensado en términos de alcanzar justicia y equidad como presupuesto para su eficacia. Es claro que las dos posturas interesan a la idea, que planteamos, pero es más clara esta segunda posición por cuanto, al referirnos a los elementos de orden simbólico –ideológico– que operan en la mente de los asociados para dar validez a un marco constitucional, el ejercicio de revisión en la perspectiva semiótica cobra mayor sentido.

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*

## CULTURA DEL LIBRO JURÍDICO: UNA APROXIMACIÓN METODOLÓGICA

La propuesta de una revisión de los elementos de orden simbólico que operan en constitución política colombiana, así como en otro texto normativo de este sistema jurídico, o de otro cualquiera, se requiere adentrarnos en los elementos simbólicos que están contenidos en el plano formal de su legitimidad tanto como el plano ideológico, el asunto que nos ocupa es perfilar de una manera tangencial. Una teoría semiótica para el análisis de dichos componentes en tanto texto y discurso fundante del sistema jurídico en cuestión.

Uno de los aspectos esenciales para abordar el estudio sobre la revisión y la relaciones entre los conceptos de texto y discurso, es nuestra propuesta sobre una disciplina de análisis (interdisciplinaria, con base semiótica) que denominamos Cultura del libro y que se orienta, fundamentalmente, a revisar las “relaciones de producción, reproducción (recepción) y circulación de los textos y los discursos jurídicos en diálogo con los ordenes materiales y simbólicos que ellos contienen”<sup>12</sup>.

El objeto de estudio, de esta semiótica del texto jurídico es la noción de una Constitución como libro fundacional, es decir libro jurídico primigenio de donde emana, se sustenta, se produce y reproduce todo el sistema normativo de una Estado. En la perspectiva semiótica general, para cualquier ciencia o disciplina se habla de texto y discursos, pero al referirnos a cultura del libro, esas dos categorías quedan abrazadas bajo la denominación de Libro, en este caso libro jurídico, como un recipiente que contiene en su interior las nociones de texto y discurso.

<sup>12</sup> Los primeros trabajos en los que se postula una aproximación al tema de la cultura del libro jurídico son los siguientes: *Literatura, historia y política: una lectura. Don Quijote en la bibliografía colonial neogranadina*. Bogotá, 2008 y *Togados y letrados. Libros, lecturas y bibliotecas en la formación de los abogados Neogranadinos (1739-1777)*. Universidad Libre, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, 2011.

Los libros jurídicos visto como textos y como discursos con una gran riqueza material y simbólica, tendrían varios niveles de exploración: un Nivel cuantitativo que trata de recopilación (heurística) de textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, con el propósito de hacer una selección objetiva de acuerdo con coordenadas precisas de selección espaciales, temporales y conceptuales, y por otra parte un Nivel cualitativo: que abarca el análisis y la interpretación de los textos y los discursos contenidos en los libros jurídicos, en atención a su intencionalidad y a su teleología. Por la complejidad de los elementos a revisar dentro cada libro la revisión apunta a los procesos de creación y de recepción.

En el marco central de la propuesta de análisis es necesario definir, brevemente las Categorías conceptuales para la revisión, es decir, cómo entenderíamos texto y discurso, y en qué elementos se apoyaría en su revisión. Para efectos de nuestro modelo teórico texto será entendido como una unidad conceptual con sentido completo y compuesto de varias proposiciones y voces, dispuesta de forma coherente, para alcanzar un propósito o intención comunicativa. Por otra parte, Discurso se refiere a una red textual organizada de forma cohesiva y sustentada con una pretensión de verdad, como un sistema de referencia natural, social y cultural en marcos espaciales y temporales concretos. Un discurso es un entramado textual que opera para cohesionar un número infinito de referencias materiales y simbólicas.

De acuerdo con esa conceptualización, es necesario precisar un objeto de investigación y sobre éste plantearse: Qué se revisaría bajo la noción de texto? se elaboraría una descripción de los conceptos básicos para una individualización de términos o proposiciones que dan sentido completo a una idea y como la estructura básica para la expresión de voces con una pretensión de verdad. ¿Qué se revisaría con la noción de Discurso? La identificación de la fuente de autoridad de la que emana el discurso; bien sea de tipo oral, escrito o mimo-gestual; la reconstrucción de las mínimas condiciones de producción (creación) del discurso por la autoridad que detentan los interlocutores; la revisión de las formas de aceptación o rechazo de autoridad; y el planteamiento de una hipótesis de sentido sobre el origen del poder que subyace en todo texto y discurso.

En ambos casos las Coordinadas disciplinares se mueven alrededor de: aspectos sociológicos como la institucionalidad de donde provienen el texto y el discurso, su carácter fundacional en tanto inaugura un orden material o simbólico, así como su legitimidad y autonomía dentro de un campo. Por otra parte, tiene Aspectos historiográficos que permitan una aproximación a las mentalidades de donde se origina y sostiene el nivel ideológico, las cronologías y el contexto social (en medio de marcadores temporales y espaciales) y sobre todo los aspectos semióticos (a partir de la idea de semiosis, es decir de signos en relación) que apuntan a establecer los niveles de significación social, carácter dialógico comunicativo de los textos(es decir la relación entre productores y receptores) y la estrategia del contrato discursivo como aquello que la intención del creador del textos con los posibles receptores del mismo.

Excede el propósito de esta reflexión profundizar en las definiciones y el alcance práctica de este aparato crítico semiótico<sup>13</sup>, pero estamos convencidos de la importancia que tiene analizar los relaciones de producción, reproducción y circulación de los textos y los discursos jurídicos, a partir de sus implicaciones simbólicas y materiales. Por supuesto, que hay que aparejar lo simbólico con lo “ideológico” y lo material con los procesos de producción formal de los textos y los discursos.

A modo de síntesis, podemos anotar la urgente necesidad de crear un aparato teórico práctico para el análisis de los componentes formales y materiales que construyen un texto jurídico, en este caso el texto constitucional, y poner en funcionamiento esta apuesta interdisciplinar teniendo como centro los planteamientos teóricos de la semiótica (en la perspectiva jurídica) con miras a consolidar la apuesta que denominamos, de manera incipiente, como cultura del libro jurídico.

<sup>13</sup> Se trabaja en la construcción de un aparato teórico- crítico que bajo la perspectiva semiótica y con el concurso de otras ciencias como la sociología, la historia, la filosofía, las ciencias de la comunicación y las ciencias jurídicas, permita consolidar la que hemos denominado “cultura del libro jurídico”.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARMONY, Víctor. *De la constitución como discurso fundacional. Les textes de Methodologie*. Tomado de: [www.chaire-med.ca/](http://www.chaire-med.ca/).
- DE VEGA, Pedro. *En torno a la legitimidad constitucional*. Tomado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/38.pdf>
- FORTICH NAVARRO, Mónica. “La legitimidad de los interlocutores. El problema de las formas de autoridad en la producción de discursos jurídicos”. En: *Revista Nueva Época*, No. 29, año XIII, octubre de 2007.
- \_\_\_\_\_. *Literatura, historia y política: una lectura. Don Quijote en la bibliografía colonial neogranadina*. Bogotá, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Togados y letrados. Libros, lecturas y bibliotecas en la formación de los abogados Neogranadinos (1739-177)*. Universidad Libre, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, 2011.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Usos de la historia y legitimidad constitucional. Una interpretación de la llamada Ley de Memoria Histórica*. Tomado de: [www.geocities.ws/jagamado/pdfs/HISTORIA.pdf](http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/HISTORIA.pdf).
- LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Tomado de: [www.elaleph.com](http://www.elaleph.com).
- MOYANO, Marisa. “Literatura, estado y Nación en el siglo XIX argentino: el poder instituyente del discurso y la configuración de los mitos fundacionales de la identidad”. En: LES CAHIERS ALHIM. *Amérique Latine Histoire & Mémoire*. Tomado de : <http://alhim.revues.org/index2892.html#text>.
- RODRÍGUEZ M., Claudia. “Del parnaso a la Cordillera. Metatextos fundacionales (1842)”. En: *Estudios filológicos*, No. 42, versión digital, Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, septiembre de 2007, pp. 203-214
- ZULUAGA GIL, Ricardo. *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali, Sello Editorial Javeriano, 2008.

# ***Constitución y miseria***



**NUMAS ARMANDO GIL OLIVERA\***

*Universidad del Atlántico  
Barranquilla (Atlántico)*

## **PRESENTACIÓN**

Juan Jacobo Rousseau fue el fundador de la teoría moderna de la soberanía popular. La definición de la ley como la expresión de la voluntad general, se unía en él a la reivindicación de los derechos de libertad y de dignidad, a la condenación de todo privilegio y opresión, a la afirmación de la norma que fuera engendrada por el sujeto. Renunciar a la libertad es renunciar a su calidad de hombre, a sus derechos de humanidad.

Traigo estos argumentos de J.J. Rousseau porque nuestra carta política de 1991, desde su primer articulado está en favor del “Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de

---

\* Profesor de Filosofía, Universidad del Atlántico; Presidente de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (ASOFIDES); Director del Grupo de investigación Cronotopías. Correo: mochueloscantores@yahoo.com. [www.nago-filocultura.com](http://www.nago-filocultura.com).

sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La aplicación de la carta se ha constituido en el centro de la confrontación política democrática. Desde el mismo preámbulo se plantea que el fin de la Constitución es asegurar a los ciudadanos colombianos la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Fundamentos de la organización estatal son el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, dice en el artículo primero. El fin esencial del Estado es servir a la comunidad, garantizar los principios, derechos y deberes, promoviendo la prosperidad, nos dice la carta en el artículo dos. Y el artículo 366 define que el mejoramiento de la calidad de vida del ciudadano colombiano es la finalidad social del Estado.

La Carta Nacional, salió de un consenso donde participo todo el espectro político tradicional, incluyendo una buena participación de la izquierda colombiana. Pero que excluyo a insurgentes como las Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas (F.A.R.C.) y el Ejército de Liberación Nacional (E.L.N.).

20 años después, nuestra Carta política está profundamente amenazada por una contraofensiva del tradicionalismo seudodemocrático utilizando un lenguaje boxeril está al borde del knock-out.

Esta sociedad en transición que somos nosotros, estamos atravesando un drama; porque sin consolidarnos como un Estado Social de Derecho, padeciendo la política Neo-Liberal que no ha podido mantener estable la tasa de cambio y los desequilibrios macroeconómicos, más los generados por el ajuste, han recaído drásticamente sobre los sectores más débiles.

*“..Aunque el neoliberalismo no niega de plano el objetivo social del Estado, considera que el mercado libre es el mejor asignador de recursos y de distribución del ingreso. El objetivo social del Estado se realiza en la medida en que esté libre el mercado. Las tareas sociales cuando son asumidas directamente por el Estado, las reduce, o mejor, las focaliza*

*en la marginalidad. La focalización se expresó en planes contra la pobreza absoluta de los gobiernos de Barco, la revolución pacífica de Gaviria, el salto social de Samper, la sufrición de la miseria de Pastrana y la pauperización de los 2 gobiernos de Uribe*” (consultar para más argumentos a GIRALDO ISAZA, Fabio. “La revolución: entre el liberalismo político y el neoliberalismo”. En: Revista Foro, No. 18, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 88).

Pero el neoliberalismo no es solo desregulación de la economía. Es también reducción del Estado, como el argumento aquel de “apertura económica”, “modernización del estado” y el famoso Tratado de Libre Comercio (T.L.C.). La apertura económica y el T.L.C. se han concretado en la desgravación arancelaria y la modernización del Estado en la privatización de servicios y empresas públicas. En la supresión o fusión de entidades oficiales y en el traslado a las entidades territoriales de actividades y servicios que venía prestando el Estado Central.

Estas acciones que se vienen realizando desde gobiernos anteriores y actual, por el cual, para alcanzar sus estrategias han hecho acentuar una profunda pobreza entre la mayoría de la población, por un lado, y una riqueza y opulencia jamás vista, por el otro. Han resultado excluyentes y antidemocráticas. Han agravado las condiciones de vida de las clases medias y empujado a un pueblo desamparado a la guerra, el chantaje y la miseria.

*“...El capitalismo de nuestros días, tiene las manos sucias: es la corrupción cotidiana, el fraude sistemático, el crimen internacionalmente organizado”* (MARTÍNEZ CASTELLS, Ángel. Reacciona. Madrid, Aguilar, 2011, p. 88).

La crisis financiera actual está de nuevo destrozando nuestras economías, golpeando nuestras vidas. La hecatombe de la Nueva economía, prueban que no se trata de acciones fortuitas de coyuntura que transcurren en la superficie de la vida económica, sino que están inscritos en el corazón mismo del sistema.

Esas rupturas que han acabado produciendo una funesta contracción de la vida económica actual, con el aumento del desempleo y la generalización de la desigualdad, señalan la quiebra del capitalismo financiero y significan el definitivo anquilosamiento del orden económico mundial en que vivimos. *“Hay pues que transformarlo radicalmente”*, dice José Saramago.

La presente crisis debe conducir a “un nuevo orden económico mundial”, lo que es aceptable, si este nuevo orden se orienta por los principios democráticos –que nunca han debido de abandonarse– de la justicia, libertad, igualdad y solidaridad.

Las “leyes del mercado” han conducido a una situación caótica que ha requerido un “rescate” de miles de millones de dólares, de tal modo que, como se ha resumido asentadamente, “han privatizado las ganancias y se ha socializado las pérdidas”. Han encontrado ayuda para los culpables y no para las víctimas (para más argumento mirar a: *Reacciona*. Madrid, Aguilar, 2011, p. 68, y *La Crisis económica mundial*, Ed. Oveja Negra, Quintero Editores, Bogotá, 2008).

Para el neoliberalismo la democracia no es más que un método, un procedimiento, contrato, privatización.

En materia de equidad y justicia social, los resultados del neoliberalismo están a la vista. El trabajo informal ha crecido descomunadamente. El empleo continua informalizandose, lo mismo que el subempleo. El gasto social ha reducido su participación en el presupuesto. Y la pobreza, como la violencia y el narcotráfico, corren desesperado por todo el país. Es decir, que la apertura, la internacionalización de la economía, la diarrea de las privatizaciones, no han producido los resultados ofrecidos, porque al realizarse de manera unilateral se han estrellado con los bloques económicos. De ahí que aquí en Colombia no hayamos tenido, hasta ahora Estado Social de Derecho, sino corrupción en grados increíbles, narcotráfico en todos los sectores del régimen. Podemos argumentar que nuestro régimen político contemporáneo está constituido por delincuentes políticos y presuntos delincuentes y parece que ningún politiquero del régimen tiene las manos limpias. Los insurgentes perdieron su norte político y se han convertido en bandas de delincuentes comunes anti ecológicos. Son responsables de masacres continuas contra la población civil, de secuestro, cobro de terraje o cultivos ilícitos, de bandas criminales, de vacuna, etc., etc.

*“La Carta del 91 se creó en un foro democrático abierto, representativo, deliberativo y ante todo pluralista sin antecedentes en Nuestra Historia. Fue un cambio de paradigma”*

(HENAO, Juan Carlos. Presidente de la Corte Constitucional. En: *El Tiempo*, domingo, sección “Debes leer”, 29 de mayo de 2005, p. 4).

También la Carta, que cumple 20 años, cambió el modo de ser colombiano. Porque antes de 1991, un colombiano o una colombiana debían ser católicos, hijos legítimos, liberales o conservadores, blancos, no ser divorciados y no tener orientación homosexual. También se facilitó las asociaciones partidistas. Los derechos de la mujer en toda su plenitud.

*“Aparecieron con la constitución los raizales, los indígenas y la necesidad de escuchar su voz para proyectos de desarrollo. Las comunidades afrodescendientes, con sus particulares sistemas de explotación de la tierra. Los practicantes de otras religiones y los ateos. Cada uno tiene hoy un espacio reconocido. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, habeas data. Derecho a la información, veras e imparcial, derecho al ocio, preocupación ecológica, acción de tutela y regulación del ingreso y solidaridad de recursos energéticos, una sociedad pobre, pero compleja, en proceso de modernización abierta y permeable”* (DE LA CALLE, Humberto. En: *El Tiempo*, viernes 27 de mayo de 2011, p. 19).

*“La carta del 91 es un legado positivo para el país. Se deliberó sin transacciones clientelistas, se respetaron las reglas y se logró más de lo que se esperaba. Otra igual no había”* (MOCKUS, Antanas. En: *El Tiempo*, sección: “Debes leer”, miércoles 1º de junio de 2011, p. 17).

*“El espíritu de La Carta del 91 fue la «búsqueda de la inclusión política y social y reducción de las grandes disparidades e injusticias mediante la adopción de un Estado Social de Derecho». El avance social fue inferior al presupuestado. El Estado Social de derecho ha tenido más efectos simbólicos que reales. Cambió el discurso pero no la realidad. El progreso social pareció perder dinamismo desde comienzo de los años noventa. «... el porcentaje de la población con Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) disminuyó más lentamente durante los últimos veinte años que en las décadas precedentes. Las coberturas de servicios públicos, en agua potable y alcantarillado en particular, dejaron de crecer. Más preocupante aún, el desempleo y la informalidad laboral aumentaron de manera significativa, convirtieron en una realidad inescapable, trágica para la mayoría de los colombianos sin educación universitaria. En síntesis, la exclusión económica pudo mucho más que la inclusión social promovida por la Carta de 1991». ...La desigualdad del ingreso aumento,*

*primero rápidamente y después a un ritmo menor... resulta paradójico que precisamente en el vigésimo aniversario de la promulgación de la constitución de 1991, Colombia haya pasado a ser el país más desigual de América latina. Al fin y al cabo el Estado Social de Derecho tenía como objetivo preponderante la reducción de las desigualdades sociales. Pero la realidad económica fue más fuerte que la ficción constitucional” (GAVIRIA, Alejandro. “Constitución y realidad”. En: *El Espectador*, domingo 12 de junio de 2011, p. 33).*

Constitución y miseria. Miseria y formalismo jurídico, no se han dado la mano todavía. Sigamos desarrollando la ficción constitucional para ver si es posible el salto dialectico entre nosotros los colombianos. Y poder gritarle al mundo que actuamos de tal manera que nuestra actuación siempre está enfilada a exterminar el hambre en el mundo.

***Segunda Parte***



**Teorías Jurídicas Contemporáneas**



# ***La falsa justicia transicional en Colombia a través del uso manipulador del Gobierno***

---

**CARLOS ALBERTO AGUDELO AGUDELO\***

*Universidad de Caldas  
Manizales (Caldas)*

## **PRESENTACIÓN**

En este trabajo se muestra el uso democrático de la justicia transicional en la decisión sobre justicia y paz de la Corte Constitucional. Se cree que en medio del ambiente político-legislativo en que vive el país, la independencia judicial representada en una judicatura democrática, puede ser el presupuesto para realizar una transición hacia la democracia y la paz en Colombia.

---

\* Filósofo, Abogado, Magíster en filosofía de la Universidad de Caldas; Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes.

## 1. EL CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO EN COLOMBIA

### 1.1 Primer argumento: entre los derechos humanos y la paramilitarización

En palabras de Iván Orozco, por ejemplo, cuando el presidente Uribe expresa en forma reiterada y sacramental que hoy en Colombia no tiene lugar una guerra civil, sino sólo la defensa de una democracia que está siendo atacada por narcoterroristas<sup>1</sup>, lo que se está vendiendo es la idea de atacar un grupo armado en específico, pero no en construir la paz o la democracia, así, “el Estado se desplaza desde su papel parcial de victimario, vale decir, de promotor y de aliado de los paramilitares”<sup>2</sup>. Según Orozco, los Estados Unidos impulsaban el Plan Colombia y apoyan la seguridad democrática, siempre y cuando se hicieran exigencias en materia de derechos humanos<sup>3</sup>. En medio de este contraste entre la política, la intervención y la paramilitarización, los jueces en Colombia les ha tocado tener cierto activismo judicial en aras de defender los derechos humanos, al decir de Orozco: “pero mientras los gobiernos, muy sensibles frente al tema de la estabilidad, les han puesto freno a las demandas más radicales de justicia, los jueces, en cambio, convertidos de manera creciente al credo de los derechos humanos<sup>4</sup>. Y más adelante dice:

“En cualquier caso, en circunstancias en que los partidos políticos han sido incapaces de ofrecerles directrices legislativas, los jueces parecen haber tomado el asunto en sus propias manos, de manera que, estimulados por los abogados de las víctimas, se han convertido en los grandes promotores del llamado “desfile de los militares” por los tribunales”<sup>5</sup>. Con este ambiente político-

<sup>1</sup> OROZCO, Iván. “La barbarie horizontal: un desafío al movimiento de los derechos humanos”. En: *Sobre los límites de la conciencia humanitaria*, Bogotá, Editorial Temis, 2005, p. 162. Recordemos que ya el presidente Santos reconoce el conflicto armado colombiano, cuestión ésta que desconoció Álvaro Uribe V.

<sup>2</sup> OROZCO, Iván, *op. cit.*, p. 283.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>4</sup> OROZCO, Iván, *op. cit.*, p. 297.

<sup>5</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 298.

legislativo, Uribe Vélez se ha tomado el poder para proteger sus “amigos políticos” y para empañar los procesos de justicia y paz. Resulta preocupante, dice Orozco, de acuerdo con declaraciones recientes del presidente Uribe, que en un régimen presidencialista como el colombiano, el gobierno se declare no dispuesto a asumir, mediante una gestión política activa y responsable, abierta y transparente frente al congreso, la orientación y la conducción del proceso legislativo de la justicia de transición<sup>6</sup>.

Todo esto lleva a que las políticas legislativas en materia de justicia y paz se lleven de forma acelerada a favor del primado de la impunidad<sup>7</sup>. Y debemos tener claro que en justicia transicional los procesos deben ser claros, esto es, donde los victimarios y víctimas sean los principales actores para reconciliar el daño ocasionado. Sin embargo, expresa Orozco, “noticias recientes de prensa sobre la “paramilitarización” del país siembran dudas sobre si una posible desmovilización de los paramilitares habrá de servir a una paz sostenible o habrá de conducir simplemente a una legalización de un statu quo socio-político muy autoritario y mafioso”<sup>8</sup>. Con base en esta argumentación lo que se debe pensar es que el proceso de justicia transicional con paramilitares no sería eficaz, sino se tiene en cuenta a su otro contrincante, las FARC, pero que el presidente Uribe, descalifica y ataca constantemente. Así las cosas, el diálogo sesgado sería el primer argumento. Reforcemos más esta idea con Leopoldo Múnera.

## 1.2 Segundo argumento: la relación política-legislativa y los paramilitares

Leopoldo Múnera, por otro lado, sostiene que “el proceso legislativo tenía como destinatario a todos los grupos armados al margen de la ley, es decir, a la guerrilla, constituida fundamentalmente por el ELN y las FARC, y los

<sup>6</sup> OROZCO, Iván, *op. cit.*, p. 299.

<sup>7</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>8</sup> OROZCO, Iván, *op. cit.*, pp. 307-308.

paramilitares”<sup>9</sup>. Sin embargo, las negociaciones con los paramilitares avanzaban aceleradamente, sobre una base de pragmatismo político. La desmovilización y entrega de armas de las autodefensas, fue desde la radicación del primer proyecto, el objetivo político y práctico que orientó el proceso legislativo<sup>10</sup>. De esta manera se violaron “los principios éticos contenidos en las pretensiones de verdad, justicia y reparación quedando definitivamente subordinados a la búsqueda de la paz, entendida simplemente como el desarme y las desmovilización de los grupos armados”<sup>11</sup>. Pero no sólo se estaba sacrificando la verdad y la justicia, sino, al mismo tiempo, la construcción de la democracia por abandonar el diálogo con las guerrillas por parte del gobierno, pues sin éste, el proceso de transición, sería una farsa política.

Aunque la ley de justicia y paz fue amoldándose a los ajustes de la Corte Constitucional con su Tes de proporcionalidad en torno a las penas, esto trajo consigo diferentes críticas por parte de la ciudadanía y desde el interior mismo de la Corte por algunos magistrados. Dice Múnera citando a Alfredo Beltrán S., Ex-magistrado de la Corte: “Cuando se analizó lo referente a la justicia de la cual no puede separarse la pena en el derecho penal, que precisamente a ello debe su denominación, la Corte se detuvo y le dio vía libre a la institución denominada por la ley “pena alternativa”... se incurrió por la Corte en el rompimiento de la unidad jurídica de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”<sup>12</sup>. Por consiguiente, la justicia quedaba también cojeando con esta ley. Sin mencionar que el patrimonio propio de los paramilitares debía también servir para la reparación, una corrección que realiza la Corte por unanimidad al considerar

<sup>9</sup> MÚNERA R., Leopoldo. “Procesos de paz con actores armados ilegales y pro-sistémicos”. En: *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 17, 2006, p. 68. La Ley de Justicia y Paz dice, en su artículo 2°: “Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”.

<sup>10</sup> MÚNERA, Leopoldo, *op. cit.*, p. 72.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>12</sup> MÚNERA, Leopoldo, *op. cit.*, p. 82.

que de acuerdo con la Constitución política los beneficiarios de la Ley 975 deben responder con su propio patrimonio, adquirido legal o ilegalmente para indemnizar a las víctimas y no sólo con los bienes ilícitos, como en forma absurda lo contemplaba la norma, al brindarle inconcebibles garantías patrimoniales a los jefes paramilitares”<sup>13</sup>. Sin embargo, el problema que acarrea esta situación es la obligatoriedad que tendrían los paramilitares de confesar todos sus delitos y sus oscuros antecedentes, cosa difícil de lograr. Por tanto, entre ese tigre y afloje de la legislación, la Corte y el ejecutivo con su bancada política, se obtuvo una ley de justicia y paz viciada para lograr la transición.

De modo que, según Múnera, esto nos conducirá a una sociedad paramilitarizada, si el gobierno termina imponiendo su pragmatismo político en la negociación con los paramilitares, como en fin, se hizo. Y esto no va a conducir simplemente a una legalización de sus organizaciones y de sus miembros, sino a una paramilitarización de la sociedad colombiana<sup>14</sup>. En definitiva, la ley y sus políticas lo que hicieron fue privilegiar los derechos de los victimarios frente a las víctimas, transformando la justicia transicional en un conjunto de valores suplementarios orientados a garantizar beneficios a los paramilitares. La paramilitarización de la sociedad sería el segundo argumento. Pasemos ahora a desarrollar dos ideas para ver cómo se ha utilizado la expresión de justicia transicional en medio de este ambiente político y cómo su “uso democrático” puede ser útil en este contexto.

## **2. ¿CÓMO SE HA UTILIZADO EN COLOMBIA LA EXPRESIÓN “JUSTICIA TRANSICIONAL”? DOS PROPUESTAS: LAS REPARACIONES CON VISIÓN DEMOCRÁTICA Y EL USO DEMOCRÁTICO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

### **2.1 Reparaciones transformadoras**

Resulta interesante, dice Uprimny y Saffón, pensar en las reparaciones como una oportunidad de impulsar una transformación democrática de las

<sup>13</sup> Ibid., p. 84.

<sup>14</sup> MÚNERA, Leopoldo, *op. cit.*, p. 99.

sociedades, a fin de superar situaciones de exclusión y desigualdad que resultan contrarias a principios básicos de justicia distributiva<sup>15</sup>. Así, las distintas medidas reparatorias pueden tener un enfoque o vocación transformadora, en la medida en que con la reparación del daño busquen a un mismo tiempo transformar las relaciones de poder y las desigualdades que favorecieron la comisión del crimen<sup>16</sup>. Para esto es necesario la distinción entre política social y reparaciones, y su necesaria articulación simultánea en perspectiva de transformación democrática que permitan entonces, pensar, que las reparaciones, que son expresiones esencialmente de justicia correctiva, puedan hacer una contribución importante a las metas de igualdad e inclusión social propias de la justicia distributiva<sup>17</sup>. Lo que hay en el fondo del argumento es que en Colombia debemos separar bien, cuáles son los problemas naturales y sociales de una sociedad y aquellos que sobrevienen por casos extraordinarios como guerras y sus posibles soluciones al postconflicto<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y Profundización democrática”. En: *Reparar en Colombia*, Dejusticia, 2009, p. 36. La ley de justicia y paz sostiene lo siguiente sobre la reparación: Artículo 8°. Derecho a la reparación. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas. Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito. La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito. La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito. La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido. Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>18</sup> Así, mantenemos una visión conmutativa-correctiva para determinar los beneficiarios y los eventuales montos de las reparaciones, mientras que la visión de justicia distributiva anima los propósitos que debe buscar la reparación, pues consideramos que ésta no debe pretender restituir a una situación que era previamente de injusticia y exclusión, sino avanzar hacia una sociedad más equitativa y democrática. Así las cosas, en un escenario en el cual las atrocidades a ser reparadas han servido para agudizar la desigualdad y la exclusión sociales, la restitución puede convertirse en una herramienta muy importante de transformación democrática. UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula, *op. cit.*, pp. 54 y 62. Ver KALMANOVITZ, Pablo. “Justicia correctiva vs. Justicia social en casos de conflicto armado”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 12, 2: 59-85, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

En este orden de ideas y mi interés en el trabajo, el argumento sería descubrir los postulados que pueden promover la democracia en procesos de justicia transicional como la colombiana y por ello “creemos que la noción de reparaciones transformadoras puede tener mayor potencial democrático, pues busca articular las tareas, necesarias y justas, de resarcir el dolor y sufrimiento de las víctimas, con las tareas, igualmente necesarias y justas, de construir una sociedad democrática más equitativa e incluyente<sup>19</sup>.”

## 2.2 El punto de vista de Uprimny y Saffón sobre el uso democrático de la justicia transicional

Lo primero que se debe tener en cuenta es que en Colombia no hay desmovilización absoluta. En este contexto, no parece adecuado o preciso hablar de una transición de la guerra a la paz en Colombia. Una transición total o completa no está teniendo lugar, dado que las recientes negociaciones no han incluido a todos los actores armados. Más aún, es posible decir que tampoco está teniendo lugar una transición fragmentaria o parcial en relación con los grupos paramilitares porque, incluso si sus miembros han entregado sus armas, al parecer sus organizaciones económicas y políticas permanecen intactas<sup>20</sup>. Lo que hay detrás de la Ley 975 de 2005 es una propuesta del gobierno de justicia restaurativa para buscar amnistías para los paramilitares<sup>21</sup>. En este sentido vemos un primer uso de la justicia transicional como uso manipulador del gobierno, “el uso de esta variable implica que las diferentes maneras en las cuales puede interpretarse y en consecuencia utilizarse el discurso de la

<sup>19</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula, *op. cit.*, p. 70.

<sup>20</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá, Dejusticia, p. 7.

<sup>21</sup> “Como resultado, el primer proyecto de ley, titulado Ley de Alternatividad Penal, propuesto por el gobierno al Congreso en el año 2003, implicaba la concesión de amnistías a todos los actores armados que aceptaran desmovilizarse, y se fundaba en la idea restaurativa de que el castigo penal no contribuye e incluso puede convertirse en un obstáculo para lograr la reconciliación.... El gobierno reemplazó el proyecto de ley por otro que después se convirtió en la Ley 975 de 2005, comúnmente conocida como la Ley de Justicia y Paz”. UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia, op. cit.*, p. 8.

justicia transicional dependen de los intereses de los actores que lo usan<sup>22</sup>. Otro uso de la justicia transicional sería el democrático que tiene el objetivo de trascender el contenido meramente retórico de la justicia transicional para, de esa manera, hacerlo eficaz instrumentalmente –y no sólo simbólicamente-. En ese sentido, el uso democrático del discurso de la justicia transicional se toma en serio su contenido; para ello, le confiere una dimensión normativa o jurídicamente obligatoria, que puede funcionar como un límite a las fórmulas de perdón y olvido para enfrentar el pasado que probablemente resultarían si las negociaciones de paz únicamente estuvieran condicionadas por las relaciones de poder entre el gobierno y los actores armados ilegales<sup>23</sup>.

Por consiguiente, al decir de Uprimny, “el uso manipulador de la justicia transicional es hecho esencialmente por el gobierno y los líderes paramilitares, pero también es ampliamente apoyado por la mayoría de la sociedad civil. Este uso consiste en utilizar una retórica generosa de la verdad, la justicia y la reparación, con el fin de ocultar y legitimar procesos parciales de impunidad<sup>24</sup>. Por otro lado, es posible identificar usos democráticos de dicho discurso que, a pesar de ser promovidos por una minoría, tienen efectos muy importantes. Esta minoría está compuesta esencialmente por organizaciones de derechos humanos, movimientos de víctimas, la Corte Constitucional, la Corte

<sup>22</sup> De esa manera, el discurso de la justicia transicional es manipulado con el fin de legitimar esas fórmulas de impunidad y, por esa vía, perpetuar las relaciones desiguales de poder entre victimarios –que continúan beneficiándose de ellas– y víctimas –cuyos derechos permanecen desprotegidos-. UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, op. cit., p. 13.

<sup>23</sup> Más aún, el uso del discurso de la justicia transicional de esta manera es, en sí mismo, no sólo democrático sino también emancipatorio, ya que trae como resultado el empoderamiento de las víctimas de violaciones de derechos humanos. UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, op. cit., pp. 14-15.

<sup>24</sup> Las ilustraciones más prominentes de este uso manipulador de la justicia transicional pueden encontrarse en el texto original de la ley de Justicia y Paz y en los decretos reglamentarios de la misma, expedidos por el gobierno después de la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional. Como quiera que sea, el texto original de la ley de Justicia y Paz es un ejemplo claro de un uso manipulador de la justicia transicional. UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, op. cit., p. 16.

Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El uso democrático del discurso de la justicia transicional emprendido por estos actores ha consistido en reconocer la importancia de lograr una paz negociada, pero tomándose igualmente en serio los derechos de las víctimas y la garantía de no repetición, con el fin de evitar la impunidad<sup>25</sup>.

Con base en estas apreciaciones de Uprimny y Saffón lo que se quiere mostrar más adelante es el uso democrático por parte de la Corte Constitucional en su sentencia sobre la ley de justicia y paz, pero teniendo en cuenta, además, sus salvamentos de voto. Declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos y la constitucionalidad condicionada de muchas de disposiciones de la ley que afectaban desproporcionadamente los derechos de las víctimas, serían decisiones que constituyen a la Corte Constitucional como un uso democrático del discurso de la justicia transicional<sup>26</sup>. Por otra parte, se intenta presentar como a través de la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en materia de justicia y paz del 27 de abril de este año, se puede dar este mismo uso de la democracia. Según Uprimny y Saffón, la Corte Suprema recientemente ha ofrecido una valiente labor en aras de investigar penalmente a los Congresistas que han sostenido vínculos con grupos paramilitares, y que hasta el momento ha producido la detención de más de una docena de esos altos funcionarios (hoy por hoy, ese número aumentó significativamente). Esta labor resulta esencial para combatir la impunidad y para garantizar la no repetición de las atrocidades, porque contribuye al desmonte de las estructuras de poder político de los paramilitares y a la depuración de las instituciones oficiales<sup>27</sup>. La idea es exponer cómo la Corte Suprema realizó en esta primera

<sup>25</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, op. cit., p. 18.

<sup>26</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, op. cit., p. 21.

<sup>27</sup> Existe también un uso democrático por la Corte interamericana de derechos humanos, a través de sus cinco sentencias de condena del Estado colombiano por las masacres cometidas por grupos paramilitares con la omisión y/o complicidad de agentes del Estado. UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, op. cit., p. 21

sentencia, el uso democrático, teniendo como base que en Colombia ha predominado el uso manipulador y no el democrático. Observemos primero la posición de la Corte Suprema de Justicia.

### **3. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y SUS INTERPRETACIONES A LA LUZ DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL COLOMBIANA**

#### **3.1 Primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia en tema de justicia y paz<sup>28</sup>**

La Corte realiza un contexto muy pertinente en la exposición de motivos sobre el conflicto armado, y coherente con lo que venimos tratando<sup>29</sup>. La narrativa es más o menos la siguiente. Con la expedición del Decreto Legislativo 3398 de 1965, destinado a organizar la defensa nacional, preceptiva expedida por el Gobierno como respuesta al surgimiento de grupos subversivos durante la década de 1960 y a su constante y perturbador accionar<sup>30</sup>, Colombia empezó su mártir legislativo contra los grupos armados al margen de la ley. No obstante, en 1994, mediante el Decreto 356 se autorizó la creación de las Asociaciones Comunitarias de Seguridad Rural, Convivir, cuyo propósito era colaborar con la Fuerza Pública acopiando información para prevenir

<sup>28</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de abril de 2011, aprobado en Acta No. 139, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia parcial proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de junio de 2010, respecto de los postulados Edward Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez.

<sup>29</sup> En la Ley de Justicia y Paz, en su artículo 56 sobre el deber de memoria, se dice: “El conocimiento de la historia de las causas, desarrollos consecuencias de la acción de los grupos armados al margen de la ley deberá ser mantenido mediante procedimientos adecuados, en cumplimiento del deber a la preservación de la memoria histórica que corresponde al Estado”.

<sup>30</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de abril de 2011, aprobado en Acta No. 139, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia parcial proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de junio de 2010, respecto de los postulados Edward Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez.

las actividades de la insurgencia<sup>31</sup>. La actividad cumplida por estos grupos ilegales, fue posible desafortunadamente por la ayuda brindada por las autoridades de todos los órdenes y niveles, quienes por acción u omisión la promovieron o facilitaron, circunstancia acreditada en diversos casos fallados por la Sala penal de la Corte Suprema<sup>32</sup> y por otras instancias de la justicia nacional, algunos mencionados en la sentencia objeto del recurso, en la cual se enumeran, a espasio, con fundamento en información allegada por la Fiscalía, los funcionarios públicos del nivel departamental y municipal a quienes se investigó por su relación con las autodefensas<sup>33</sup>.

Posterior a esto la Corte dice que el tribunal, en primera instancia, desconoció los fines de la justicia transicional adelantando “una etapa de conciliación como un trámite simplemente formal, donde se desconocieron los fines de la justicia transicional atinentes a la reparación de las víctimas y a la reconciliación de las partes, pues la Sala del Tribunal omitió sugerir fórmulas de arreglo y desempeñar un papel proactivo, con lo cual la etapa de conciliación se surtió de manera inadecuada, de modo que se impone declarar la nulidad del incidente de reparación<sup>34</sup>. Para la Sala de la Corte la respuesta frente al tribunal es negativa, porque tal proceder resquebraja el postulado de separación de

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Rad. 23973 contra Ana María Flórez; Rad. 26118 contra Erick Julio Morris Tabohada; Rad. 26470 contra Mauricio Pimiento; Rad. 26470 A contra Luis Eduardo Vives Lacouture; Rad. 26942 contra Reginaldo Enrique Montes Álvarez y Juan Manuel López Cabrales; Rad. 27195 contra Karelli Lara Vence; Rad. 29640 contra Ricardo Escure Chacón; Rad. 31943 contra Jorge Eliécer Anaya Hernández; Rad. 27941 contra Gonzalo García Angarita; Rad. 32672 contra Salvador Arana Sus; Rad. 23802 contra Vicente Blell Saad, entre otros.

<sup>33</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 27 de Abril de 2011. aprobado en acta no. 139. Magistrados ponentes: María del Rosario González de Lemos. La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia parcial proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de junio de 2010, respecto de los postulados Edward Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez.

<sup>34</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de abril de 2011, aprobado en Acta No. 139, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia parcial proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de junio de 2010, respecto de los postulados Edward Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez.

poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política<sup>35</sup>, fundante y estructural del Estado Democrático de Derecho al que adscribe la misma Carta Fundamental en su artículo primero<sup>36</sup>, por lo que no puede el juez, bajo ninguna circunstancia, arrogarse funciones que constitucionalmente no le son deferidas<sup>37</sup>. Lo que sin embargo parece no tener asidero constitucional alguno es que el Estado exima completamente de responsabilidad civil a quienes han producido los daños que es necesario reparar y traslade la totalidad de los costos de la reparación al presupuesto<sup>38</sup>. Con base en esta argumentación la Corte Suprema es consistente con la Corte Constitucional cuando expresa que el patrimonio propio de los grupos armados en armas debe hacer parte también de la reparación. Para ello los jueces deben tener muy presente los juicios en equidad que deben realizar:

*“Se ha visto que al juez de paz se le encarga dirimir conflictos menores –individuales o comunitarios– mediante fallos basados en la equidad y no en motivaciones jurídicas y sometidas únicamente al imperio de la ley. Siendo ello así, entonces carece de fundamento constitucional pretender que estos servidores puedan tomar una decisión en equidad cuando la naturaleza de la asignación contemplada en las normas demandadas implica necesariamente un juicio de carácter jurídico, en el que, se reitera, será necesario, con base en la máxima ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, determinar la existencia o no de los tres elementos que hacen parte de todo hecho punible. Tamaño compromiso*

<sup>35</sup> “Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

<sup>36</sup> “Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

<sup>37</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de abril de 2011, aprobado en Acta No. 139, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia parcial proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de junio de 2010, respecto de los postulados Edward Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez.

<sup>38</sup> Ibid.

*debe recaer únicamente en aquellas personas que han logrado una debida preparación y conocimiento jurídicos, de forma tal que sus decisiones sean decantadas y, sobretudo, fundamentadas en derecho*<sup>39</sup>.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia promueve la idea de que las autoridades están obligadas –por los medios que estimen conducentes– a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad<sup>40</sup>. Los problemas sociales y la victimización son clave para la Corte para distinguir necesidades sociales de las exigencias de un proceso de justicia transicional. En este punto la Sala comparte la preocupación manifestada por el Director de la CNRR ante el Tribunal, cuando señala que las medidas de reparación del daño colectivo y más aún cuando tienen el componente transformador aludido, tienden a confundirse con las políticas de desarrollo que debe implementar el Estado para combatir los graves problemas socio-económicos que agobian tanto al país en general como a sus regiones en particular (desigualdad, pobreza, etc.), por lo que el mejor escenario para su

<sup>39</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-536 del 23 de noviembre de 1995. Ref.: Expediente No. D-950. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 77 y 3º transitorio del Capítulo IV, Libro V del Decreto-Ley 2700 de 1991, e inciso 2º del artículo 17 de la Ley 65 de 1993. Actor: Jaime Córdoba Triviño. “Sobre el particular precisó Aristóteles: «Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado» (ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquéa*. Bogotá, Ediciones Universales, p. 127).

<sup>40</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004. Referencia: expediente T-653010 y acumulados, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaño, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el Inurbe, el Incora, el SENA, y otros.

discusión y corrección no es, definitivamente, el proceso de justicia y paz, sino que ello ha de formar parte de una estrategia macro impulsada por el Gobierno, como así lo ilustran los autores Uprimny y Saffón en el documento reseñado, contenido de una propuesta para adoptar un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado y consistente con reparaciones democráticas<sup>41</sup>. De modo que la Corte es coherente con los postulados de Rodrigo Uprimny y Paula Saffón cuando presentan las reparaciones como un uso democrático de la justicia transicional y no simplemente como una justicia correctiva.

### 3.2 Las interpretaciones de Uprimny y Saffón sobre la Ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional

Uprimny como buen conocedor de lo que esperaba de la Corte Constitucional se atrevió a señalar lo que la Corte podía argumentar a favor y en contra de la ley, y dijo que la sentencia buscó lograr un verdadero

<sup>41</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de abril de 2011, aprobado en Acta No. 139, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos. La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia parcial proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de junio de 2010, respecto de los postulados Edward Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez. Queda clara la gran influencia de Uprimny en la Corte sobre las reparaciones con profundización democrática, veamos: "A diferencia de lo que sucede con las reparaciones de contenido meramente restitutivo, si las políticas de reparación tienen también una dimensión transformadora, puede resultar difícil distinguirlas de las políticas sociales. En efecto, como se mencionó anteriormente, las reparaciones con vocación transformadora buscan no solamente restituir a las víctimas a la situación en la que se encontraban antes de que sus derechos fueran violados, sino mejorar dicha situación con la finalidad específica de transformarla en aquellos aspectos que generan su marginación, exclusión o dominación y que por ende pueden obstaculizar la construcción de un orden social pacífico, democrático e incluyente, que sea sostenible en el largo plazo. Como tal, la vocación transformadora de las reparaciones apunta necesariamente a una serie de cuestiones que usualmente son abordadas por las políticas sociales del Estado, tales como la garantía de la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, de una ciudadanía incluyente, de una democracia pluralista, de la equidad de género, de la no discriminación por motivos raciales o étnicos, etc. Ahora bien, a pesar de que las políticas de reparación en su dimensión transformadora y las políticas estatales de contenido social pueden coincidir en sus orientaciones y campos de trabajo, la distinción entre ambas existe y es muy importante mantenerla". Corte Suprema de Justicia, *op. cit.*

equilibrio entre la necesidad de paz y las exigencias de justicia, allí donde la ley parecía desequilibrar la balanza a favor de la primera y en detrimento de las segundas<sup>42</sup>. Llama mucho la atención que tanto Saffón como Uprimny sostengan que con el fallo de la Corte se pretenda un desmonte de la estructura del poder: “la Corte removió obstáculos importantes para que la aplicación de la ley pueda conducir a un verdadero desmonte de las estructuras del poder paramilitar y dio esperanzas sobre la posibilidad de que las atrocidades cometidas por los actores armados desmovilizados no vuelvan a repetirse”<sup>43</sup>. Por otro lado, se creyó que con estas “penas bajas” se permitía que la pena por crímenes atroces como el secuestro y las masacres que generalmente dan lugar a una pena de 60 años, se pudiese quedar reducida a apenas cinco años, la misma no contribuía a eliminar los sentimientos de rencor y venganza de las víctimas y, en cambio, generaba el mensaje equívoco de que, en Colombia, las graves violaciones de derechos humanos no implican mayores consecuencias<sup>44</sup>.

De esa forma, la Corte lanza un mensaje contundente en el sentido de que el derecho a la justicia sólo puede ser flexibilizado tanto como lo es en la ley, en la medida en que los desmovilizados contribuyan a la protección de los derechos de sus víctimas y, con ello, a la reconstrucción del tejido social y a la reconciliación nacional<sup>45</sup>. Sin embargo, dicen los autores que una de las mayores limitaciones de la ley de justicia y paz consistía en la ausencia de la exigencia de una confesión plena y fidedigna de todos los crímenes cometidos por los desmovilizados como requisito para acceder a los beneficios penales allí previstos. Sin una exigencia como ésta, difícilmente podrían las

<sup>42</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *¿Al fin ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional*. Bogotá, Dejusticia, p. 4. Hay que decir que las interpretaciones de los dos autores se dieron antes del fallo definitivo de la Corte.

<sup>43</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *¿Al fin ley de justicia y paz?, op. cit.*, p. 4. Llama la atención porque el desmonte de la estructura del poder no sólo está con los paramilitares, sino también con otros grupos, que no sólo están al margen de la ley, sino envueltos dentro del poder económico, jurídico, social, político etc.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 9.

víctimas y la sociedad en general conocer la verdad de lo ocurrido antes de la desmovilización de los actores armados, dada la precariedad del aparato investigativo colombiano<sup>46</sup>.

Por estas razones, según Uprimny, la Corte cambia en mucho la perspectiva futura de la implementación de la Ley 975 de 2005. Gracias a este fallo surgen nuevas posibilidades tanto para garantizar los derechos de las víctimas como para impulsar políticas destinadas al desmonte del paramilitarismo, lo que sin duda abre el camino para garantizar la no repetición de las atrocidades y para consolidar bases para una reconciliación nacional futura, camino que hasta el momento parecía estar del todo cerrado<sup>47</sup>. Asimismo, no cabe duda de que, tras el fallo de la Corte, una aplicación adecuada y comprometida de la ley de justicia y paz puede generar condiciones propicias para el desmonte de las estructuras de poder paramilitar, condición fundamental para la garantía de no repetición y para una eventual reconciliación nacional<sup>48</sup>. De todas maneras, no sé porque los autores abandonaron la idea del diálogo con las guerrillas y creen que una reconciliación nacional se pueda dar sin ellos. Por lo tanto, el grueso de la argumentación es interesante, pero fallan por descartar el grupo más importante al margen de la ley que ha tenido Colombia, las FARC. Suena extraño por qué sólo el interés por presentar el debate con los paramilitares y no con los demás grupos, como si lo hiciera Leopoldo Múnera en el documento arriba

<sup>46</sup> De acuerdo con el salvamento de voto de la Corte Constitucional que esbozaré en seguida, Uprimny y Saffón piensan lo mismo que Alfredo Beltrán cuando señala los pormenores o las exigencias de la reparación. Dicen: “Todas estas restricciones vulneraban seriamente el derecho a la reparación integral de las víctimas, pues lo condicionaban a la buena voluntad de los desmovilizados de entregar los bienes que a bien tuvieran para efectos de su reparación, lo limitaban a aquéllas víctimas que cupieran en la definición estrecha de víctima prevista en la ley, y reducían la posibilidad de recibir la reparación a que las víctimas interpusieran un incidente de reparación para esos efectos. Además, esta decisión de la Corte se explica también por el hecho de que, en los casos de bienes que han sido apropiados por los desmovilizados utilizando medios ilegales y coercitivos, como ha sucedido con muchas de las tierras expropiadas a sangre y fuego en este país, no se entendería cómo podría repararse a la víctima simplemente haciéndole entrega de algo que le pertenece”. UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *¿Al fin ley de justicia y paz?, op. cit.*, pp. 10, 13 y 14

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>48</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *¿Al fin ley de justicia y paz?, op. cit.*, p. 17.

tratado. Esta argumentación es coherente con los dos primeros argumentos que señale al principio para presentar el contexto colombiano. Con base en esto a continuación se expone, a manera de conclusión, una defensa de la judicatura democrática dentro del panorama de la justicia transicional.

#### **4. CONCLUSIONES: INDEPENDENCIA Y JUDICATURA PRODEMOCRÁTICA A TRAVÉS DEL USO DEMOCRÁTICO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

##### **4.1 Independencia judicial en tiempos de Álvaro Uribe V.**

La independencia judicial es una garantía importante que tienen los Estados constitucionales para proteger a la sociedad de los abusos del poder político. Sin embargo, las recientes intromisiones del presidente Álvaro Uribe en el trabajo de la Corte Suprema de Justicia obligan a reflexionar sobre la situación de la independencia judicial tanto en el primer periodo de gobierno del presidente como en lo corrido del segundo<sup>49</sup>.

La independencia judicial aunque no fue tratada en clase como mecanismo relevante en procesos de justicia transicional, después de notar que la legislatura en Colombia está cercada por el paramilitarismo, que la ley de justicia y paz también tiene ese componente ideológico y después de ver como el uso democrático de la justicia puede ser útil para el proceso de paz en el país, se hace necesario defender la independencia de la judicatura con fines democráticos. Para ello hay que recordar los dos salvamentos de voto en la Corte Constitucional en sus fallos con más trascendencia nacional, como fueron la reelección y la ley de justicia y paz. Tanto Araujo como Rentería salvaron voto, así que no es una cuestión de capricho. Siguen esgrimiendo los

<sup>49</sup> REVELO-REBOLLEDO, Javier. "Independencia judicial en tiempos de Uribe". En: *Revista Papel Político*, vol. 13, No. 1, enero-junio de 2008, pp. 53-94. Disponible en: [revistas.javeriana.edu.co/sitio/papelpolitico/admin/](http://revistas.javeriana.edu.co/sitio/papelpolitico/admin/).

mismos argumentos en contra de los intereses políticos del gobierno Uribe. Alfredo Beltrán y Jaime Araujo en sus salvamentos de voto a la Sentencia C-1040 de 2005, sentencia ésta que declaró la constitucionalidad de la reforma constitucional que permitió la reelección presidencial inmediata, manifestaron los peligros de una reforma de este talante en la Constitución. Pero lo que entendían de fondo, eran los intereses de Álvaro Uribe, por ejemplo, dada la ampliación del período presidencial, la competencia del presidente para nombrar a quienes ocupan los altos cargos públicos se ve alterada<sup>50</sup>.

Fue así como en el caso de Mauricio González, ex-asesor jurídico de la presidencia, la intención de la coalición del gobierno Uribe fue clara, proponerlo dentro de la terna para magistrado del alto tribunal. González fue el único candidato que conformó las dos ternas que Uribe tuvo que elaborar luego de la digna renuncia de las candidatas que conformaron la primera, al considerar como segura la elección de González. Cesar Rodríguez Garavito (2007, 25 de agosto) en aquel momento efectuó una pregunta relevante para el análisis que conviene retomar: “¿O alguien duda cómo votaría el asesor jurídico de Uribe en un fallo sobre la constitucionalidad de la reforma que se ve venir para permitir una segunda elección? ¿O en los fallos sobre conmoción interior? ¿O en las sentencias sobre el proceso con los paras?”. En la elección de González de los 91 senadores que votaron, obtuvo 67 votos, es decir el 73,62%<sup>51</sup>.

De modo que hasta en el poder público que hasta ahora era el más independiente, Uribe puso su cuota política, y al decir de Uprimny, “... es lícito suponer que las diferentes líneas jurisprudenciales puedan a veces, expresar, en forma discreta y muchas veces tácita, opciones filosóficas y políticas. Por ello, el análisis académico del trabajo de la Corte debe intentar revelar y criticar esas preferencias ideológicas”<sup>52</sup>. Sin mencionar que la elección del Fiscal General de la Nación, se elige de una terna que presenta el presidente y quien es además bajo su discrecionalidad el que decide que se investiga y que

<sup>50</sup> Ibídem.

<sup>51</sup> RODRIGUEZ, Citado por REVELO, *op. cit.*

<sup>52</sup> UPRIMNY (*et al.*). XVI, 2006. Citado por REVELO, *op. cit.*

no en parapolítica. Volviendo a la Ley 975, esta fue impulsada por el actual fiscal general, como viceministro de Justicia, del entonces gobierno Uribe. Causa gracia entonces que actualmente, el Fiscal General y sus delegados, en el marco de esta ley investiguen a los paramilitares desmovilizados y a los ex congresistas vinculados con la “parapolítica”<sup>53</sup>. Esta es una buena razón para mantener la independencia del poder judicial, ya que es el único poder que guarda, al menos, un poco de libertad decisoria<sup>54</sup>.

Uprimny, por otro lado, es uno de los críticos del gobierno cuando este ataca el poder judicial: “...un examen sistemático muestra que las reformas gubernamentales tienen al menos dos propósitos básicos: un debilitamiento de la justicia constitucional y un fortalecimiento del poder presidencial” (UPRIMNY, s.f., p. 8). Este intento de debilitar la justicia constitucional ocurrió en un momento en el que la Corte Constitucional tomó una serie de decisiones contrarias a los intereses gubernamentales. Así también, luego que la Corte Suprema de Justicia afirmara que el delito político de sedición no era aplicable a los grupos paramilitares, el presidente Uribe impulsó un proyecto de reforma al Código Penal (Ley 599 de 2000), el cual concibe a los grupos paramilitares como sediciosos<sup>55</sup>. Y en otra ocasión Uribe en defensa de su primo Mario Uribe atacó de nuevo a la Corte Suprema de Justicia mostrando su preocupación por la citación a indagatoria del senador Mario Uribe, como también sobre ciertos hechos relacionados con el paramilitar apodado “Tasmania”. Afortunadamente

<sup>53</sup> REVELO-REBOLLEDO, *op. cit.*

<sup>54</sup> Sin embargo, el gobierno nacional propuso una serie de reformas que coincidían en disminuir las competencias de la justicia constitucional, y en aumentar el poder del ejecutivo. Las distintas propuestas se enfocaron en i) eliminar la posibilidad de la Corte Constitucional para emitir fallos condicionados, ii) limitar a lo estrictamente formal el control de constitucionalidad de los decretos que declaran los estados de excepción, iii) negar la procedencia de tutelas contra sentencias, iv) eliminar la posibilidad de los jueces constitucionales para intervenir en sede de tutela en derechos humanos diferentes a los fundamentales, y v) restringir la posibilidad de la Corte Constitucional de tomar decisiones con serias consecuencias macroeconómicas (REVELO-REBOLLEDO, *op. cit.*). Es más, ahora Mauricio González en la Corte ya no se encuentra solo, sino que ya tiene otros de su bancada política. ¿Habrà que defender a la Corte Suprema como único ente independiente del poder público?

<sup>55</sup> REVELO-REBOLLEDO, *op. cit.*

la respuesta de la Corte en dichas decisiones fue, en primer lugar, y sorprendiendo a todos en la Fiscalía, dictar medida de aseguramiento contra el primo del presidente quién pretendió evadir la justicia solicitando asilo político en Costa Rica. Segundo, y de forma casi simultánea la Corte Suprema, concedió una tutela que suspendió la extradición de alias “Macaco” y seguramente de otros desmovilizados, hasta tanto no reparen a las víctimas en Colombia<sup>56</sup>.

Esta sola intención expresa de la Corte nos revela el uso democrático que puede tener este órgano en defensa del proceso de justicia y paz en Colombia, esto significa que sin independencia judicial no hay garantía para las víctimas en Colombia, pues muchos de sus organismos están viciados por intereses políticos del gobierno Uribe. Con este panorama de injerencias e intentos de intromisión del ejecutivo en las Cortes, lo único que se puede observar es que Uribe sabe que este es el gran tropiezo para hacer todo a su antojo. De ahí que debemos garantizar una judicatura democrática. En conclusión: Uribe ha estado siempre en favor del paramilitarismo<sup>57</sup>. La garantía de la Independencia Judicial, por tanto, se constituye en una herramienta efectiva para la protección de los derechos humanos ante los posibles abusos del poder político. Recordemos que los Estados de derecho postularon dos ideas que permitirían controlar el ejercicio del poder político: la separación de poderes y el principio de legalidad, o la sujeción de gobernados y gobernantes al derecho. La Independencia Judicial ha sido definida como la ausencia de “indebidas injerencias” en el ejercicio de administrar justicia; ilegales o legales.

<sup>56</sup> REVELO-REBOLLEDO, *op. cit.*

<sup>57</sup> El gobierno del presidente Uribe ha presionado verbal y judicialmente a la CSJ para que acepte su lectura del conflicto, del fenómeno paramilitar, y del proceso de desmovilización. Con el argumento de proteger el proceso de desmovilización, su integridad personal la libertad de su primo, la extradición, o la estabilidad institucional, el gobierno del presidente Uribe prefirió acusar a la Corporación de “torpedear” la paz en Colombia con su negativa de reconocer a los paramilitares como sediciosos; creer en las acusaciones de un paramilitar por encima de las de un magistrado auxiliar; acusar por injuria y calumnia al presidente de la CSJ, negar su preocupación por la situación de su primo, y deslegitimar a la CSJ pensando incluso en su suplantación. De esta forma, se observa que el gobierno está ejerciendo una influencia indebida en la CSJ en relación con el tema del paramilitarismo (REVELO-REBOLLEDO, *op. cit.*).

Así las cosas este trabajo va ligado a un trabajo aun más pretensioso que es mi proyecto de tesis donde defiende la idea de una judicatura prodemocrática, o lo que es lo mismo, una justicia promayoritaria en contra del postulado tradicional de la justicia contramayoritaria, es decir, el argumento de que los jueces en sus fallos van en contra de las mayorías cuando se apartan de la legislatura<sup>58</sup>. Con esto se quiso mostrar el uso democrático de la justicia transicional como posible ejemplo de justicia promayoritaria. Este es un bello ejemplo, pues, para exponer, por que los jueces pueden ser colaboradores, auxiliares o coadyuvantes en una democracia de un país, sin violar los derechos de las mayorías, sino, por el contrario, reforzándola. Para terminar haré una breve alusión a la Corte Constitucional en su uso democrático de la justicia transicional, eso sí, de la mano de sus salvamentos de voto y como esta corrige el uso manipulador del gobierno Uribe.

#### 4.2 Corte Constitucional: La tensión entre la justicia y la paz

La Corte Constitucional manifiesta que la comunidad internacional ha reconocido la justicia transicional como una realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y que se logre una efectiva reparación<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> No hago referencia a la bibliografía, ya que es tema de otro trabajo. Pero algunos de los principales autores en este tema son Hart, Dworkin, Waluchow, Waldron, Laporta, Habermas, Gargarella, por mencionar sólo algunos.

<sup>59</sup> Colombia, Corte Constitucional C-370 de 2006, referencia: Expediente d-6032, Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Demanda de

En este sentido Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería admitieron la tensión entre justicia y paz, pero esto no significaba que se sacrificara la justicia por buscar la paz, por varias razones.

#### 4.2.1 *Salvamento de voto de Jaime Araujo R. y Alfredo Beltrán S.*

Las víctimas tienen derecho a la verdad, a la reparación y a la justicia como un haz inescindible. La paz, que es un valor importante, no es absoluta ni única. No hay paz sin justicia. La paz no se puede lograr al precio de una injusticia extrema. La injusticia extrema no es derecho, como dijera el ius filósofo Gustav Radbruch. La ley que consagra una injusticia extrema no es derecho y por no ser derecho, la ley nunca surge a la vida jurídica. Esta tesis ha sido avalada, en el caso de los Centinelas del muro de Berlín, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>60</sup>. Por su parte Beltrán S. expone: el Derecho como delicado instrumento creado por la civilización al servicio de la humanidad, necesariamente tiene que entenderse en función de asegurar a los asociados la libertad y la justicia en todos los aspectos para que sea posible la convivencia pacífica. No se trata entonces de imponer la paz por el simple acatamiento a la autoridad del Estado, sino del establecimiento de reglas jurídicas para que éste pueda garantizar a todos la esfera jurídica de la libertad individual de tal manera que cada uno de los asociados tenga la garantía del respeto a sus propios derechos, de lo cual surja necesariamente la armonía social, la que resultaría imposible si al propio tiempo ella no se edifica sobre los postulados de la justicia<sup>61</sup>.

Cont. nota 59

inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, y contra la ley en su integridad. Demandante: Gustavo Gallón Giraldo y otros.

<sup>60</sup> Colombia, Corte Constitucional C-370 de 2006, *op. cit.*, Salvamento de Voto de Araujo Rentería. La tesis es más gruesa, pero por límites en el tiempo, con esta afirmación basta para mostrar su descontento con la Corte.

<sup>61</sup> Colombia, Corte Constitucional C-370 de 2006, *op. cit.*, Salvamento de Voto de Alfredo Beltrán S.

Es claro entonces que conforme a la Constitución Colombiana, tanto en la parte dogmática como en la orgánica el Constituyente se ocupó expresamente de la paz y la justicia como valores y como principios que inspiran la Carta, al igual que como derechos y deberes a los cuales las distintas autoridades deben orientar su actividad en el ejercicio específico de sus funciones. No puede reducirse ni restringirse en manera alguna el contenido axiológico y jurídico de la paz y la justicia en el Estado y en la sociedad colombiana. No se trata, ni puede tratarse, de conceptos o valores excluyentes, sino complementarios<sup>62</sup>. De modo que estos salvamentos de voto, no sólo están haciendo un llamado de los peligros de la ley de justicia y paz, sino también, insistir en la carga semántica que tiene un Estado Social de derecho como lo es la Carta política y como sus valores y principios se ven afectados, sino se restringe los alcances de la Ley 795 de 2005.

La Corte por unanimidad corrigió como se debía entender el patrimonio de los paramilitares y también corrigió como las confesiones debían ser absolutas y no parciales para que no se vean perturbadas las reparaciones. Sin embargo la Corte falló, según Araujo y Beltrán, en la violación de la unidad jurídica al permitir “penas bajas” por delitos atroces como los cometidos por estos grupos. En este punto sacrificaron la justicia por buscar la paz, pero esto no quiere decir que no hayan ejercido un uso democrático de la justicia transicional como lo pretendieran Uprimny y Paula Saffón. Lo que si debe quedar claro desde ya, es que Colombia es un caso muy particular, tan particular que su proceso de justicia transicional puede ser inédito en la historia por sus contextos socio-políticos tan exclusivos e incluyentes, esto no quiere decir que no podamos hacer lecturas distintas a la nuestra, para ir hilvanando ideas que nos ayuden a despejar el camino hacia una democracia y una paz duradera.

Por lo tanto, el uso democrático de la justicia transicional se hace necesario dentro de la judicatura como presupuesto para lograr la paz en Colombia y para contrarrestar el uso manipulador del gobierno en defensa de una falsa justicia transicional.

<sup>62</sup> *Ibidem.*

## BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquéa*. Bogotá, Ediciones Universales.
- Consejo de Estado. Sentencia del 12 de abril de 1999.
- Corte Constitucional. Sentencia C-536 del 23 de noviembre de 1995.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004.
- \_\_\_\_\_. Sentencia C-370 de 2006.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia, Sala de Casación Penal, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos, aprobado Acta No. 139, Bogotá D.C., abril veintisiete (27) de dos mil once (2011).
- CROCKER, David A. "Truth commissions, transitional justice, and civil society". En: ROTBERG & THOMPSON (eds.). *Truth v. Justice: the Morality of truth Commissions*, Princeton University Press, 2000.
- COGAN, Jacob K. "International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects". En: *Yale Journal of International Law*, 2002.
- CHESTERMAN, Simon. *You, the People. The United Nations, Transitional administration, state-building*. Oxford University Press, 2004.
- DÍAZ GÓMEZ, Catalina y BERNAL SARMIENTO, Camilo Ernesto. "El diseño institucional de reparaciones en la ley de justicia y paz: Una evaluación preliminar". En: *Reparar en Colombia*, Dejusticia, 2009.
- DWORKIN, R. *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Paidós, 2003.
- ELSTER J. *Rendición de cuentas*. Katz Editores, 2006
- JASPERS, Karl. *The question of German Guilt*. Doubleday Broadway Publishing Group, 1948.
- Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz.
- LIRA, Elizabeth. "The reparations policy for human rights violations in Chile". En: *The Handbook of reparations*, De Greif (ed.), Oxford University Press, 2006.
- MÚNERA R, Leopoldo. "Procesos de paz con actores armados ilegales y pro-sistémicos". En: *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 17, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto*. Capítulo 3 y conclusión, 2ª ed., Ariel, 2006.

- OROZCO, Iván. “La barbarie horizontal: un desafío al movimiento de los derechos humanos”. En: *Sobre los límites de la conciencia humanitaria*, Bogotá, Editorial Temis, 2005.
- KALMANOVITZ, Pablo. “Justicia correctiva vs. Justicia social en casos de conflicto armado”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 12, 2: 59-85, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.
- POGGE, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Traducción de Ernest Weikert García, Barcelona, Paidós, 2005.
- REPORTE DE LA COMISIÓN Y RECONCILIACIÓN. *Sudáfrica. Conceptos y principios*. Volumen uno, Capítulo cinco.
- REVELO-REBOLLEDO, Javier. *Independencia judicial en tiempos de Uribe*. Vol. 13, No. 1, enero-junio de 2008, pp. 53-94.
- SHKLAR, Judith N. *Legalismo: Law, morals and political Trials*. Harvard University Press, 1964.
- TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”. En: *Harvard Human Rights Journal*, 2003.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*.
- \_\_\_\_\_. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá, Dejusticia.
- \_\_\_\_\_. “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y Profundización democrática”. En: *Reparar en Colombia*, Dejusticia, 2009.
- \_\_\_\_\_. *¿Al fin ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional*.
- WIPPMAN, David. “The international criminal court”. En: REUS-SMIT, Christian (ed.). *The Politics of international law*. Cambridge, 2004.



# ***La crítica de Amartya Sen a la Teoría de la Justicia de Rawls***



**CARLOS ALFREDO SÁNCHEZ MAFLA\***

*Universidad Libre (Seccional Cali)*

*Cali (Valle)*

La presente ponencia pretende fundamentalmente el establecer las dos fases o momentos de la crítica de Amartya Sen a la teoría de la justicia de John Rawls. En primer lugar, su crítica a la inflexibilidad del índice rawlsiano de los bienes primarios como criterio de evaluación para las comparaciones interpersonales en cuestiones de justicia política y su propuesta de sustitución por su enfoque sobre las capacidades que Sen desarrolla en su *Nuevo examen de la desigualdad*. Y en segundo lugar, su crítica a la escogencia de un único conjunto de principios de justicia en la posición original, que introduce en su última obra *La idea de la justicia* y que tiene consecuencias devastadoras, como el mismo Sen afirma para el enfoque general de la teoría de la justicia de Rawls.

---

\* Abogado con Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Libre Seccional Cali. Licenciado en Filosofía, Especialista en Bioética y Magister en Filosofía de la Universidad del Valle.

## LA CRÍTICA DE SEN A LA FORMULACIÓN RAWLSIANA DE LOS BIENES PRIMARIOS

Para Amartya Sen, el problema del examen ético de la desigualdad:

*“(...) plantea dos cuestiones básicas: 1.- ¿Por qué la igualdad? 2.- Igualdad ¿De qué? Son dos cuestiones distintas pero completamente interdependientes. No podemos comenzar a defender o criticar la igualdad sin saber realmente de qué estamos hablando, es decir, ¿qué tipo de igualdad? (por ejemplo, de ingresos, patrimonio, oportunidades, realizaciones, libertades, derechos). Nos es imposible responder a la primera pregunta sin habernos planteado antes la segunda. Esto resulta completamente evidente”<sup>1</sup>.*

Para Sen, todas las teorías éticas fundamentales sobre el orden social se caracterizan por exigir la igualdad de algo que se considera importante. Hasta las teorías consideradas como anti-igualitarias, que aceptan o incluso exigen la desigualdad con respecto a muchas variables, no pueden eludir la necesidad de su relación con una consideración igualitaria para todos con respecto a algún nivel considerado como crítico. Una ausencia total de una consideración de igualdad haría a una teoría discriminatoria y difícil de defender.

La importancia de esta segunda pregunta: “¿Igualdad de qué?” adquiere para Sen una relevancia práctica derivada del hecho empírico de la profunda y extensa diversidad de los seres humanos. La experiencia nos demuestra que cada ser humano es distinto a los demás, no solo por sus características externas como el patrimonio heredado y el ambiente natural y social en que vive, sino también por sus características personales como la edad, el sexo y sus condiciones físicas y mentales. La revisión del principio de la igualdad natural de los hombres expresado en la afirmación de que “todos los hombres nacen iguales”, tan ampliamente difundido y defendido dentro del ámbito de la filosofía política moderna y la consideración de la profunda y extensa diversidad

<sup>1</sup> SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 25.

de los seres humanos, se constituye en un aspecto fundamental para todo análisis sobre la igualdad. En este sentido, para Sen, en “(...) el nivel práctico, la importancia de la pregunta , “¿Igualdad de qué?”, nace de la diversidad real de los seres humanos, de tal forma, que si se pide la igualdad en términos de una variable, resulta imposible de hecho y no solo teóricamente, el buscar la igualdad en términos de otra”<sup>2</sup>.

Es, en este punto, aunque hemos de tener siempre en cuenta la confesión de Sen en el sentido de que “(...) es a John Rawls a quien más debo intelectualmente”<sup>3</sup>, es en los límites de la igualdad de los bienes primarios, donde podemos centrar el debate en torno al problema de las oportunidades y de las capacidades. Al respecto, Sen expresa sus diferencias de enfoque con Rawls de la siguiente manera: Un contraste pues considero especialmente importante es el que trazo entre mi evaluación basada en la capacidad y el enfoque de Rawls (1971) basado en la tenencia de “bienes primarios”, que incluyen recursos tales como ingresos, riqueza, oportunidades las bases sociales de respeto de uno mismo, etc. Este último enfoque es una parte de ese “Principio de la Diferencia” que es parte integrante de la teoría de Rawls de la “justicia como equidad”. Mi propio enfoque está profundamente influido por el análisis de Rawls, pero, a pesar de ello, que la particular base de información en la que se concentra Rawls deja de lado algunas consideraciones de gran importancia para la evaluación substantiva de la igualdad, así como de la eficiencia.

Nuestra diferencia de opinión tiene importancia porque, de nuevo, nace de mi insistencia en la diversidad humana. Dos personas que tengan el mismo haz de bienes primarios pueden gozar de muy diferentes libertades de perseguir sus respectivas concepciones de lo que es bueno (coincidan o no tales concepciones). El evaluar la igualdad, y también la eficiencia, en el espacio de los bienes primarios equivale a dar prioridad a los medios para conseguir la libertad, en vez de lo extenso de la libertad, y esto puede ser

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 9.

<sup>3</sup> Ibid., p. 9.

un defecto de profundas consecuencias en muchos contextos reales. La importancia práctica de nuestra divergencia se notará especialmente al tratar de las desigualdades de sexo, lugar, o clase social, así como variaciones generales de características heredadas<sup>4</sup>.

La crítica de Sen, al enfoque de Rawls, se centra en la tesis fundamental de las limitaciones prácticas a la igualdad de los individuos que se derivan de la formulación de los bienes primarios y de la forma como ésta afecta la evaluación del alcance de la igualdad de libertad de las personas. La correlación rawlsiana en su “Principio de Diferencia”, de la distribución de los Bienes Primarios, constituye para el momento de su formulación (1971), un indiscutible progreso en relación al problema de la evaluación de la igualdad. Pero es evidente que estos bienes primarios no son más que medios o recursos, para alcanzar la libertad y no representan en modo alguno la libertad como tal. En síntesis, la base de información de los bienes primarios, dentro de la concepción política de la justicia como equidad propuesta por Rawls, no son más que medios o recursos, útiles para la aplicación de las distintas ideas de lo bueno que los individuos puedan tener.

Para Sen, los bienes primarios, en los cuales se concentra Rawls, son solo medios o recursos útiles para la realización de la libertad. Desde la perspectiva del enfoque de las capacidades los bienes primarios sólo pueden ser considerados como medios o recursos, que una persona puede utilizar, para su transformación en la libertad de elección entre diversas combinaciones de funcionamientos o de vectores de funcionamientos, valiosos para el logro del tipo de vida que se tiene razones para valorar. La crítica de Sen se centra entonces en las circunstancias fácticas dentro de las cuales la igualdad de bienes primarios puede estar unida a serias desigualdades en el ejercicio de la libertad real. Es decir, que una supuesta condición de garantía de igualdad en la posesión de bienes primarios no es un criterio básico suficiente para el logro de la justicia social.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

En concepto de Sen, la teoría de la justicia como imparcialidad propuesta por Rawls, presta más atención a los medios o recursos con los que pueda contar una persona para transformarlos en libertades, que a la extensión misma de la libertad de que goza una persona para transformar esos bienes en capacidades para la elección y el logro del tipo de vida que desea. En este sentido, la libertad debe distinguirse por una parte de los bienes primarios entendidos como medios o recursos para alcanzarla mediante su transformación y, por otra, de los logros o metas que pueden alcanzarse mediante su ejercicio.

La crítica de Sen, a la teoría rawlsiana de la justicia como imparcialidad, se centra entonces en un punto concreto. El de la prevalencia que concede Rawls a los bienes primarios como medios o recursos útiles para la realización de la libertad y a su descojocimiento de la extensa diversidad de características de los seres humanos y a su influencia determinante en el ejercicio de la libertad en un sentido positivo y extenso. Su crítica se enfoca en un punto determinado de la teoría de la justicia Como imparcialidad formulada por Rawls y no a la totalidad de su construcción teórica.

Al respecto, Sen es clara al afirmar que:

*“(...) mi punto crítico se refiere específicamente la tensión entre la concentración de Rawls en los bienes primarios y su preocupación por las libertades de que disfrutamos para procurar nuestros fines... Nuestro centro de atención en este debate ha sido sólo sobre una parte determinada de teoría de, la justicia de Rawls y la relación entre una de sus inquietudes y la manera que propone de enfrentarse a ella. Pero en esa parte concreta, y creo que crucial, de la teoría rawlsiana de la justicia, la conclusión que resulta de nuestro análisis, tiene, yo diría, cierta importancia conceptual y práctica. La igualdad de libertades para alcanzar nuestros fines no puede naaer meramente de la igualdad en la distribución de los bienes primarios. Tenemos que examinar las variaciones interpersonales en la transformación en capacidades para procurar nqestros finas”<sup>5</sup>.*

<sup>5</sup> Ibid., p. 103.

Como puede observarse, Sen establece de una manera clara, cuáles son los límites y los alcances de su crítica a la teoría de la justicia de Rawls y de su debate con éste en torno al problema de las oportunidades y de las capacidades. Su propuesta es entonces la de remplazar dentro del marco general de la teoría de la justicia la formulación de los bienes primarios por su enfoque sobre las capacidades. En este sentido, para Sen, sus cuestionamientos a la teoría de la justicia “(...) no deben verse como un intento de minar todo el enfoque: sería difícil intentar construir hoy una teoría de la justicia que no estuviera fuertemente influida por la luz del profundo y penetrante análisis de Rawls”<sup>6</sup>.

La crítica a la teoría de la justicia de Rawls se centra, como el mismo Sen reconoce, en un punto específico: el de los bienes primarios. Su debate con Rawls en torno al problema de las oportunidades y de las capacidades, no tiene como pretensión la sustitución de todo el enfoque rawlsiano y la elaboración y formulación de una nueva teoría de la justicia. Su propuesta es la de remplazar dentro del marco general de la teoría de la justicia propuesta por Rawls la formulación de los bienes primarios por su enfoque sobre las capacidades. Para Sen, “(...) como aquí precisamente criticamos sólo en una parte de la visión de Rawls, el centrarnos en nuestras diferencias con Rawls, en vez de en nuestros múltiples puntos de acuerdo, no supone en absoluto que hayamos olvidado la gran deuda que tenemos con Rawls por enseñarnos cómo se analiza la justicia”<sup>7</sup>.

En este punto específico, de los límites y los alcances de la crítica formulada por Sen a la teoría rawlsiana de la justicia y a su debate con Rawls en torno al problema de las oportunidades y de las capacidades, comparto plenamente el análisis de Martín Johani Urquijo Angarita cuando afirma que: El enfoque de las capacidades, sin embargo, no constituye una teoría de la justicia a ejemplo de la teoría de la justicia como equidad de Rawls. La búsqueda de una igualdad de capacidades puede ofrecer una perspectiva de gran ayuda, en comparación con la concentración rawlsiana en bienes primarios. En este

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 102.

<sup>7</sup> Ibid., p. 102.

sentido, la igualdad en capacidades sirve solamente como base informacional y no presenta un mayor alcance para otros elementos importantes de una teoría de justicia. Es decir, el enfoque de las capacidades no explica o indaga el sentido de la justicia, sus fines o su justificación. No constituye, por sí mismo, una sociedad bien ordenada en relación a las distribuciones, deberes y obligaciones de las instituciones o una indagación por el bien mismo de la justicia. Ni por lo referente a los procesos en la adquisición de derechos sociales y económicos que son aspectos cruciales para una justicia social<sup>8</sup>.

Ahora bien, para Sen, aunque la teoría rawlsiana de la justicia como imparcialidad exige un tratamiento igualitario para todos con respecto a algunas variables como son las libertades básicas y las oportunidades y una relativa igualdad en cuanto a la distribución de los bienes primarios de acuerdo a un orden lexicográfico, se caracteriza por ignorar y desconocer la extensa diversidad de características de los seres humanos. Esta limitación de la teoría rawlsiana, como vamos a ver más adelante, implica una muy importante diferencia de enfoque, porque el problema de la elección de un determinado ámbito evaluativo nos conduce a la selección de una determinadas variables focales relevantes, que resultan determinantes para el examen ético de la desigualdad.

En este aspecto es importante subrayar que la extensa diversidad de los seres humanos no solo comprende las diferencias de ambiente natural y social sino también nuestras características personales como edad, sexo, capacidad física y mental, que resultan determinantes para la realización de un examen ético de la desigualdad. Así, si todos los hombres fuesen exactamente iguales, la igualdad con respecto a una variable como es el ingreso debería ser congruente con la igualdad con respecto a otras variables como son la felicidad o el bienestar. Pero una de las consecuencias de la extensa diversidad humana es que la igualdad con respecto a una determinada variable suele ir unida a la desigualdad con respecto a otras.

---

<sup>8</sup> URQUIJO, *op. cit.*, p. 134.

Así, aunque la desigualdad de ingresos se constituye en el foco primario de atención dentro de todo examen de la desigualdad. Nuestras características físicas y sociales nos convierten en seres inmensamente diferentes. Las diferencias de edad, sexo, salud física y mental, destreza corporal, capacidad intelectual, circunstancias climáticas, vulnerabilidad epidemiológica, entorno social y muchos otros aspectos determinan en la práctica el alcance de la desigualdad real de oportunidades que tienen las personas dentro de las sociedades democráticas modernas.

Es decir, que para Sen, dentro de un examen riguroso de la desigualdad, “(...) alcance de la desigualdad real de oportunidades que las personas tiene que afrontar no puede deducirse inmediatamente de la magnitud de desigualdad de ingresos, porque, lo que podemos o no podemos hacer, lo que podemos o no podemos realizar, no depende únicamente de nuestro ingreso, sino también de la diversidad de características físicas y sociales que afectan nuestras vidas y nos convierten en lo que somos”<sup>9</sup>.

En este orden de ideas, podemos afirmar, que aunque varias personas perciban un igual ingreso, se pueden producir en la práctica muchas desigualdades con respecto al logro de la felicidad y el bienestar o con respecto a nuestra capacidad para llevar a cabo la vida que queremos. Una persona de edad avanzada y/o disminuida física o mentalmente no puede funcionar de la misma manera que una persona joven y/o sana, aunque ambas dispongan exactamente del mismo ingreso. De la misma manera, que un hombre y una mujer embarazada de la misma edad no se hallan en igualdad de condiciones, aunque también dispongan del mismo ingreso.

La extensa diversidad humana, a la que hemos hecho referencia, produce una desigualdad de condiciones que no permite a algunos individuos en la misma proporción que a otros, transformar sus ingresos en mayor bienestar y libertades. Así, aunque en economía tradicionalmente se ha examinado

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 40.

siempre la desigualdad en relación a la distribución de los ingresos y no en relación al bienestar, me parece válida la propuesta de Sen de realizar dicho examen en relación a lo que una persona hace o realiza con sus ingresos, puesto que estas realizaciones constituyen lo que Sen denomina con el término de estado de bienestar social agregado.

A mi modo de ver, y a manera de conclusión, considero que el examen de la desigualdad desde el enfoque de las capacidades y los funcionamientos necesarios para elegir y alcanzar un determinado modo o calidad de vida, propuesto por Sen, supera las limitaciones teóricas y las implicaciones o consecuencias prácticas de la propuesta de liberalismo político rawlsiano de una mayor igualdad de oportunidades para todos. Comparto, al respecto, el análisis de Paulette Dieterlen, cuando ejemplifica esta tesis de la siguiente manera: Supongamos que la educación es un bien primario porque nos permite obtener cargos y posiciones de responsabilidad. Un sistema de justicia distributiva, en una sociedad bien ordenada, tal y como la contempla Rawls, tiene que fijarse en aquellos miembros de la sociedad que carecen de educación. Si entre ese grupo de personas se encuentra uno que por deficiencias, ya sea de nacimiento o adquiridas, no aprovecha la educación como otras personas de la clase menos favorecida, la teoría rawlsiana carece de argumentos para remediar esta situación<sup>10</sup>.

En este sentido, el enfoque rawlsiano de la justicia como imparcialidad, permite muchas más desigualdades de lo que uno se podría imaginar. En consecuencia, se hace difícil ver cómo el enfoque rawlsiano puede poner en funcionamiento de una manera adecuada el suministro de bienestar en un nivel aceptable para los grupos de personas discapacitadas, que son esencialmente las más necesitadas.

La teoría rawlsiana de la justicia y su enfoque de la justicia como imparcialidad, no tienen en cuenta a aquellos individuos que no poseen

---

<sup>10</sup> DIETERLEN, Paulette. *Ensayos sobre justicia distributiva*. México: Fontamara, 1995, p. 63.

las capacidades necesarias, ya sea por causas naturales o adquiridas, para participar de una manera activa y propositiva dentro de la vida social. Para Rawls, los sujetos entendidos como agentes racionales, morales, libres e iguales “(...) todos son capaces de honrar los principios de justicia y ser participantes plenos en la cooperación social a lo largo de su vida”<sup>11</sup>.

Es, este, a mi modo de ver, uno de los puntos más débiles e inconsistentes de todo el modelo. Por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque no resuelve de una manera suficiente el problema de las personas desempleadas, en relación a una igualdad real de oportunidades, aunque afirme la obligación legal y constitucional de los gobiernos de garantizar a todos los individuos el derecho de escoger libremente profesión u oficio, tan difícil de cumplir dentro de una economía de libre mercado y, en segundo lugar, porque nada resuelve en relación a las personas discapacitadas, que no poseen las capacidades necesarias para poder trabajar.

Finalmente y a manera de conclusión, considero que la crítica de Sen a la teoría rawlsiana de la justicia, que pretende sustituir el enfoque de los bienes sociales primarios por su enfoque de las capacidades, debe interpretarse como un esfuerzo por superar las insuficiencias y las limitaciones del enfoque rawlsiano y por profundizar en el igualitarismo liberal que caracteriza el enfoque general de la teoría rawlsiana de la justicia. En síntesis, la crítica de Sen, es a mi modo de ver válida, en la medida en que sea interpretada como un intento por superar las insuficiencias y las limitaciones del enfoque rawlsiano de la igualdad de bienes sociales primarios, que Sen considera como insuficientemente igualitario y no como una crítica al enfoque general de la teoría de la justicia.

## **2. LA CRÍTICA DE SEN AL ENFOQUE GENERAL DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS**

La anterior afirmación es a mi modo de ver válida hasta el “Nuevo examen sobre la desigualdad”, porque en su última obra, publicada a principios del año

<sup>11</sup> RAWLS. *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 545.

2010, "La idea de la justicia", Editorial Taurus. Madrid, 2010. Sen emprende de una manera mucho más amplia la crítica al enfoque general de la teoría de la justicia propuesta por Rawls, de la cual algunas de sus principales y más importantes tesis como la posición original, el velo de la ignorancia y la formulación de los principios de justicia, Sen considera como seriamente defectuosas. Crítica, que a mi modo de ver, afecta todo el enfoque de la justicia como imparcialidad, como base fundamental de toda la construcción teórica rawlsiana de la teoría de la justicia.

En síntesis, la posición original es una hipótesis o una ficción teórica en la cual los individuos se encuentran en condiciones de igualdad y en una situación de equidad. En la posición original los individuos solamente tienen presente conceptos, valores e intereses de carácter general y experimentan una absoluta indiferencia con respecto a todo aquello que pueda referirse a hechos e intereses de carácter particular. Los individuos se encuentran en condiciones idénticas de igualdad, como seres racionales y recíprocamente desinteresados, indiferentes a los intereses personales propios o ajenos, por lo cual ninguno de ellos tiene ventajas o desventajas sobre los demás, lo cual garantiza condiciones de absoluta equidad. Dentro de este esquema, son sujetos racionales en condiciones de equidad quienes deliberan con la finalidad de escoger unos determinados principios de justicia que deberán regular la estructura básica de una sociedad bien ordenada.

El acuerdo sobre los principios de justicia se realiza dentro de la situación hipotética de la posición original y tras el velo de la ignorancia que garantiza la situación de equidad de todos los individuos y determina su justicia y su imparcialidad. En concreto, la tesis de Rawls apunta a que es en la posición original sustentada por el velo de la ignorancia en la que seres racionales, en condiciones de equidad y recíprocamente desinteresados, escogen unos principios de justicia. Para luego pasar a una "etapa constitucional" en la cual promulgan una constitución y crean unas instituciones políticas conformes con los principios de justicia escogidos y luego en una "etapa legislativa" eligen un poder legislativo, que promulgue siempre las leyes, de acuerdo con unos principios de justicia convenidos previa y originalmente.

Frente a este enfoque de la justicia como imparcialidad, que se constituye en la base fundamental sobre la cual descansa todo el enfoque general de la teoría de la justicia propuesta por Rawls, Sen manifiesta que: “Tengo que manifestar mi considerable escepticismo sobre la muy específica tesis de Rawls, sobre la elección única, en la posición original, de un particular conjunto de principios para las justas instituciones que se requieren para una sociedad justa”<sup>12</sup>.

La crítica de Sen, apunta a la muy específica tesis de Rawls de la escogencia dentro de la posición original sustentada por el velo de la ignorancia, de un solo y único conjunto de principios de justicia. En términos más amplios y generales podemos afirmar que el escepticismo de Sen se dirige contra la tesis rawlsiana de la elección unánime de un contrato social dentro de la posición original. Para Sen existen plurales y hasta conflictivas comprensiones acerca de qué es la justicia y en consecuencia se constituye en un serio y grave reduccionismo frente al problema de la comprensión de qué es la justicia, el considerar que únicamente un conjunto de principios de justicia puede incorporar la imparcialidad y la equidad.

Desde la perspectiva de Sen existen múltiples comprensiones acerca de lo justo, lo imparcial o lo equitativo. Al respecto Sen afirma que: “En verdad, yo sostendría que la pluralidad de principios imparciales puede reflejar el hecho de que la imparcialidad asume muchas formas diferentes y tiene muy distintas manifestaciones”<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, sí es posible la escogencia de plurales o múltiples conjuntos de principios de justicia que permitan la promulgación de una constitución, la creación de unas instituciones públicas y la elección de un poder legislativo conforme a esos principios de justicia previa y originalmente convenidos, que regulan la estructura básica de la sociedad, serían posibles múltiples teorías de la justicia y la teoría clásica de Rawls quedaría seriamente

---

<sup>12</sup> SEN. *La idea de la justicia*, op. cit., p. 86.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 86.

afectada. A mi modo de ver, sí existen problemas insolubles para la escogencia unánime de un conjunto de principios de justicia dentro de la posición original sustentada tras el velo de ignorancia, tal cual como lo concibe Rawls, esto como dice Sen "...no deja de tener efectos devastadores para su teoría de la justicia como equidad"<sup>14</sup>. Ahora bien, la crítica de Sen al enfoque general de la teoría de la justicia propuesta por Rawls, conduce a la consideración de tres problemas que se derivan de los problemas insolubles para la escogencia unánime de un determinado conjunto de principios de justicia dentro de la posición original.

En primer lugar, Rawls considera que la elección unánime de los principios de justicia se constituye en una base suficiente para la formación de una concepción política de la justicia aceptada por todos. Si no es posible la unanimidad en la escogencia de los principios de justicia, no puede surgir una concepción política de la justicia aceptada por todos que regule la conducta de los individuos dentro de las sociedades reales. El comportamiento real de los individuos dentro de una sociedad real no puede adecuarse de una manera drástica e inmediata a una determinada concepción política de la justicia. Para Sen: En el sistema de Rawls, la escogencia de los dos principios de justicia busca asegurar tanto la correcta elección de instituciones cuanto el surgimiento de conducta real apropiada por parte de todos, con lo cual la psicología individual y social se hace completamente dependiente de un cierto tipo de ética política. El enfoque de Rawls, desarrollado con admirable coherencia y destreza, implica una simplificación drástica y formalista de una tarea amplia y multifacética, al combinar la operación de los principios de justicia con el comportamiento efectivo de la gente, que resulta central para el razonamiento práctico sobre la justicia social<sup>15</sup>.

Ahora bien, la crítica de Sen a la escogencia unánime de un único conjunto de principios de justicia, abarca a mi modo de ver, la totalidad de la teoría de la justicia formulada por Rawls o lo que denomino como el enfoque general de la teoría de la justicia de Rawls. Considero esta afirmación como

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 87.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 98.

válida, porque la escogencia unánime de un único conjunto de principios de justicia, en la posición original y tras el velo de la ignorancia, determina en la “etapa constitucional”, la promulgación de una Constitución Política y la creación de unas instituciones políticas conformes con el único conjunto de principios de justicia unánimemente escogidos. Posteriormente, en la “etapa legislativa” determinan la elección de un poder legislativo que cumpla con la función de promulgar leyes de acuerdo con este único conjunto de principios de justicia previa y originalmente convenidos. Se trata, como se puede observar y como habíamos considerado anteriormente, de una especie de despliegue por etapas de una justicia social, que en cada una de ellas está determinada por los principios de justicia. Al respecto Sen, considera: La elección de principios básicos de justicia es el primer acto en el despliegue de la justicia social, que tiene varias etapas. La primera etapa conduce a la siguiente, la etapa “constitucional” en la cual se seleccionan instituciones reales en consonancia con el principio escogido de justicia y con las condiciones de cada sociedad en particular. El funcionamiento de estas instituciones, a su vez, lleva a posteriores decisiones sociales en etapas más avanzadas del sistema de Rawls, por ejemplo, a través de legislación apropiada (en lo que Rawls llama “la etapa legislativa”). La secuencia imaginaria avanza paso a paso sobre las líneas señaladas, con un despliegue muy elaborado de esquemas sociales justos<sup>16</sup>.

Podemos considerar, que esta nueva crítica de Sen a la teoría de la justicia formulada por Rawls, abarca no un enfoque específico como el de los bienes primarios, como sucedía en la anterior fase de su crítica, sino que abarca, por el contrario, la totalidad de su construcción teórica. Por esta razón, a mi modo de ver, esta nueva crítica formulada por Sen abarca la totalidad de la teoría de la justicia formulada por Rawls o lo que podemos denominar como el enfoque general de toda su teoría de la justicia. Critica que como el mismo Sen afirma, no deja de tener efectos devastadores para la teoría de la justicia como equidad formulada por Rawls.

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 85.

En segundo lugar, la teoría de la justicia propuesta por Rawls, se sitúa dentro de la tradición de las teorías contractualistas clásicas. Al respecto el mismo Rawls manifiesta que “(...) mi objetivo es presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un nivel superior de abstracción la conocida teoría del Contrato Social tal como se encuentra digamos, en Locke, Rousseau y Kant”<sup>17</sup>. Rawls se decide por el enfoque contractualista y renuncia de manera definitiva a otras alternativas de enfoque. Es a esta limitación de enfoque a la que apuntan las críticas de Sen y Nussbaum en relación a los tres problemas no resueltos de justicia social, a los cuales como consideraremos más adelante, el enfoque rawlsiano de la justicia como imparcialidad no puede dar respuesta.

Además, a mi modo de ver, el enfoque de Sen en la medida en que parte de la sola consideración del sistema de gobierno democrático y participativo, que se ha consolidado durante el transcurso del siglo XX, como el modelo superior de organización política, se constituye en un enfoque mucho más amplio, que presenta menos limitaciones y ofrece mayores posibilidades para una reflexión constructiva sobre los problemas prácticos a los que debe dar respuesta una teoría de la justicia. En este punto concreto, pienso, como lo plantea Nussbaum, en la posibilidad de la elaboración de una nueva teoría de la justicia, que no tenga como fundamento la teoría clásica del Contrato Social.

En tercer lugar, las dificultades de la teoría de la justicia propuesta por Rawls, son aún mayores en el tema de la justicia global. El enfoque de la justicia como imparcialidad y la posibilidad de extender la posición original y el acuerdo sustentado tras el velo de ignorancia de unos principios de justicia que permitan establecer las instituciones para una sociedad global y un gobierno mundial, es bastante problemática. A mi modo de ver, los trabajos de Thomas Pogge al respecto despiertan demasiado escepticismo.

---

<sup>17</sup> RAWLS. *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 24.

## BIBLIOGRAFÍA

- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- \_\_\_\_\_. *El Liberalismo Político*. Barcelona, Ediciones Crítica, Grijalbo Mondadori, 1996.
- \_\_\_\_\_. *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona, Editorial Paidós, 2002.
- SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Planeta Colombiana S.A., 2004.
- \_\_\_\_\_. *Economía de Bienestar y dos aproximaciones a los derechos*. Santa Fe de Bogotá, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho - Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2001.
- \_\_\_\_\_. *La Desigualdad Económica*. México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- \_\_\_\_\_. *El valor de la Democracia*. Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural - El Viejo Topo, 2006.
- \_\_\_\_\_. *El derecho a no tener hambre*. Santa Fe de Bogotá, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho - Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2002.
- \_\_\_\_\_. "Propiedad y Hambre". En: *Precedente Anuario Jurídico 2001*, Santiago de Cali, Universidad ICESI, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Bienestar, Justicia y Mercado*. Barcelona, Ediciones Paidós - I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Madrid, Katz Editores, 2007.
- \_\_\_\_\_. *La idea de la justicia*. Madrid, Editorial Taurus, 2010.

# ***Pluralismo de fuentes de producción normativa y conflicto de racionalidades sobre el Derecho: una lectura del pluralismo jurídico desde la teoría de Gunter Teubner***

---

**CÉSAR GUAUQUE TORRES\***

*Universidad Libre (Seccional Socorro)  
Socorro (Santander)*

## **INTRODUCCIÓN**

El pluralismo jurídico es presentado comúnmente como la coexistencia de diferentes órdenes normativos que con un mayor o menor nivel de autoridad tiene la capacidad de ser obedecidos o impuestos en una comunidad concreta no

---

\* Abogado, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Politólogo y especialista en Filosofía Política, Universidad Nacional de Colombia. Estudiante Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, Universidad Libre. Coordinador del Grupo de Investigación en Teoría Política y Constitucional, Universidad Libre - seccional Socorro.

solo como mecanismo de control social, sino también como dispositivo de estabilización de expectativas y forma de coordinación de comportamientos. Es precisamente esta ampliación del ámbito social-normativo considerado por las teorías monistas-estatalistas del derecho el aspecto problemático que entra a ser cuestionado en tanto el desvanecimiento de la distinción entre norma jurídica y norma social desdibuja las sacrosantas fronteras entre las disciplinas. La creciente complejidad fruto de la reestructuración contemporánea del espacio-tiempo en un sistema global pone en evidencia, no obstante, una ampliación sin precedentes de las fuentes, ámbitos y escalas de producción normativa que entran en conflicto sobre el terreno de la definición misma del derecho<sup>1</sup>. Se presenta una clara confrontación entre diferentes tipos de racionalidad o modos de comprensión sobre el derecho por constituirse como el lugar o racionalidad propia del campo<sup>2</sup>: el terreno desde el cual puede desarrollarse el discurso en su interior.

En ese sentido el problema abordado en el proyecto de investigación indaga sobre la manera como esa pluralidad de fuentes de producción normativa a escala supra e infra-estatal expresa una diversidad de formas de comprensión sobre el derecho y cómo el conflicto entre esas diferentes formas de racionalidad desde el mismo terreno de la epistemología jurídica termina por afectar al formalismo como racionalidad específica del campo jurídico. Tomamos como referente para este análisis el caso de la Ley 963 de 2005 y la Sentencia C-242 de 2006 de la corte constitucional colombiana sobre la exequibilidad de esta norma.

Para el desarrollo de la investigación se realiza, en primer lugar, una reconstrucción del problema a partir de una caracterización general de los enfoques disciplinarios desde los cuales es abordado el fenómeno del pluralismo jurídico, los conceptos, tipologías y críticas, profundizando

<sup>1</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

<sup>2</sup> BOURDIEU, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". En: *La fuerza del Derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

en el tema con fundamento en la perspectiva de Gunter Teubner. En un segundo momento se realiza la confrontación del problema con base en la hipótesis planteada, contextualizando esta comprensión del pluralismo jurídico en el plano del concepto de campo jurídico de Bourdieu y verificando sus posibilidades explicativas en el estudio de un caso: la regulación de los contratos de estabilidad jurídica en Colombia.

Teniendo en cuenta ese marco la hipótesis a verificar en la investigación señala como la confrontación sobre la definición de la racionalidad específica que hace posible el funcionamiento del campo jurídico se presenta como una de las principales disputas en su interior. En este escenario se desarrolla una lucha propiamente ideológica en el plano epistemológico entre esos diferentes tipos de racionalidad en procura de constituirse en la racionalidad formal del campo. En el caso estudiado, se observa como el pluralismo de fuentes de producción normativa y la disputa ideológica sobre la definición del derecho entre esas formas de racionalidad terminan por acoplar la constitución colombiana a los imperativos funcionales de integración transnacional colocando de paso en evidencia el fin de la pretensión comprensiva, monopólica y soberana del Estado sobre el derecho.

Como un segundo avance del proyecto y para concluir la reconstrucción general del problema de investigación en este escrito se profundiza en la consideración del fenómeno del pluralismo jurídico desde la perspectiva del profesor Gunther Teubner, señalando, en primer lugar, la relación entre la fragmentación social contemporánea y el surgimiento de sectores sociales globales que se convierten en fuentes de producción de derecho; continuando con el análisis de la manera como estos sectores desarrollan procesos de constitucionalización propios en función de garantizar su autonomía; evidenciando, con posterioridad, la naturaleza de estos sectores sociales globales como formas de cognición y de racionalidad que entran en conflicto y finalizando con el análisis de la regulación de los contratos de estabilidad jurídica en clave de esta comprensión del pluralismo jurídico.

## FRAGMENTACIÓN SOCIAL GLOBAL Y PLURALISMO JURÍDICO

En clara oposición respecto de la versión economicista de la globalización propia de autores como Wallerstein<sup>3</sup> para Teubner los procesos de globalización no tienen un único eje articulador: la economía, la política o las tecnologías de la información, se trata más bien de una multiplicidad de dinámicas de des-territorialización que se han profundizado como resultado de la re-estructuración contemporánea del espacio-tiempo, “la globalización es un proceso policéntrico, en el que diversos ámbitos vitales superan sus límites regionales y constituyen respectivamente sectores sociales autónomos”<sup>4</sup>.

La existencia de sectores sociales tras-nacionalizados (mercados, ciencia, cultura, tecnología, salud, ejército, transporte, turismo, deporte, entretenimiento, internet) es expresión concreta de la fragmentación de los discursos en la hipercompleja sociedad global contemporánea. En casos como los regímenes de justicia privada (CIADI)<sup>5</sup>, las disposiciones de organizaciones internacionales sectoriales (OMC, OMS, OIT) y las normas sobre protección de inversiones<sup>6</sup>; en la generalización de estándares normativos de organización y procedimientos de carácter técnico en ciencia, tecnología, salud, transporte, producción eco-sostenible; en los criterios que establecen los parámetros de calidad de servicios, en los condicionamientos para la validación del conocimiento (como por ejemplo los requisitos de indexación de una publicación) y sobre todo en el espacio

<sup>3</sup> TEUBNER, Gunther. *Estado, derecho y globalización*. Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2010, p. 67.

<sup>4</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico...*, op. cit., p. 86

<sup>5</sup> El centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) parte del grupo del banco mundial, es un foro para el arbitraje entre gobiernos e inversionistas extranjeros para arreglar disputas relacionadas con las inversiones.

<sup>6</sup> Tratados sobre protección de inversiones - TPPI. “Me refiero a la práctica consistente en la celebración entre el Estado huésped y el inversor extranjero de un contrato internacionalizado, que designa como Derecho aplicable el ordenamiento de un tercer Estado, la *lex mercatoria* o, incluso, el propio Derecho Internacional y somete las controversias que pudieran surgir al arbitraje internacional”. DÍEZ HOCHLEITNER, Javier. *La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf>.

transnacional de Internet; se evidencian fuentes de producción normativa que han desbordado los criterios de territorialidad y soberanía propios del derecho en su forma estado-nacional moderna.

La fragmentación del derecho global es más radical de lo que cualquier perspectiva teórico- jurídica moderna pueda comprender pues es producto del carácter expansivo de la plurivesidad en la sociedad contemporánea. El pluralismo opera como un acelerador de partículas que multiplica la diferencia, la porosidad, la relatividad e inconmensurabilidad, mostrando una realidad cada vez más diferente al universo plano, homogéneo y sin sobresaltos construido en la cuadratura de la racionalidad moderna. En el caso específico del derecho se evidencia la incapacidad de la teoría jurídica estadolatrica de comprender un mundo que hoy se les desvanece en el aire según la célebre expresión de Marx, los estatistas dice Teubner, se toman las cosas demasiado a la ligera si descalifican todo esto como fantasías jurídicas de sobreexcitados profesores de Harvard.

Desde esta perspectiva, el pluralismo jurídico constituye un reto incluso para la teoría general de los sistemas en la medida en que explora –en lo que es una orientación propiamente postmoderna– no en la concepción topográfica de la constitución de los espacios/campos/ámbitos/disciplinas del conocimiento (la relación interior/externo, inclusión/exclusión) sino en la problemática in-diferenciación que se presenta en los límites/umbrales en los cuales se entrecruzan los diferentes modos de existencia de lo social. La pregunta que se hace Teubner en ese sentido es ¿Puede una teoría que enfatiza la delimitación operacional de los sistemas sociales tomar suficientemente en cuenta la “intersección de corpus especializados”?.

En su trabajo *The two faces of janus: Rethinking legal pluralism*, Teubner plantea esa paradoja o trampa epistémica, señalando como para las relaciones entre la ley y otros campos sociales los conceptos de perturbación funcional y acoplamiento

<sup>7</sup> TEUBNER, Gunther. “The two faces of janus: Rethinking legal pluralism”. In: *Law and power: Critical and Socio-legal Essays, Legal Semiotics Monographs*, traducción de Germán Rodríguez Agudelo, Tuori, Bankowski & Uusitalo (eds.), Deborah Charles Publications, Liverpool - UK, 1997, p. 121.

estructural resultan insuficientes dada la profundidad de la interdiscursividad, proponiendo incluso su modificación a partir de las ideas de malinterpretación productiva, enlaces institucionales y reactividad<sup>8</sup>. El pluralismo jurídico hace posible una nueva concepción del subsistema jurídico en el cual no se considera el derecho únicamente en su condición de autorreproducción y delimitación operacional sino también en los espacios en los cuales se entrecruza con otros modos de existencia de lo social, produciendo, a partir de aquellos dispositivos de inter-relación entre subsistemas, la apertura interna de la ley que en sus propias operaciones genera desde simples irritaciones hasta oportunidades de transformaciones estructurales.

Para la teoría general de los sistemas el pluralismo es más un reto productivo que un cuestionamiento sobre su validez. Por ello resulta paradójico observar como desde buena parte de la teoría social contemporánea se asume como una condición de posibilidad del conocimiento la asunción del pluralismo realmente existente, solo hasta el punto en el cual es reincorporado a través de un falso o precario reconocimiento dentro de un pretendido marco de sentido comprensivo cada vez más improbable. Es por ello que un verdadero reconocimiento del pluralismo (dentro del cual el pluralismo jurídico es solo una de sus manifestaciones) precisa de una epistemología que desborde los límites de la racionalidad moderna. Sobre este punto volveremos al abordar los conflictos entre racionalidades.

## **CONSTITUCIÓN CIVIL DE LOS SECTORES SOCIALES GLOBALES**

Tomando distancia de la tendencia que desde Kant, pasando por Kelsen, hasta hoy en día Habermas, postula la idea de una constitución mundial más allá del Estado-Nación conforme a la cual se establezcan instituciones y procedimientos por los cuales se integre en una especie de centro federativo una política universalista en aspectos como los derechos humanos; Teubner

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 124.

considera “más realista el punto de partida de aquellos intentos que toman en consideración una clara disociación de Estado y constitución y piensan expresamente en una constitución global sin estado mundial”<sup>9</sup>.

La tesis afirma la existencia de un fenómeno de constitucionalización sin estado “La constitución de la sociedad mundial no se hace realidad exclusivamente en las instituciones representantes de la política internacional, tampoco puede acontecer en una constitución global que abarque todos los ámbitos sociales, sino que se genera, por incremento, en la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial”<sup>10</sup>.

Contraria a la idea del monopolio estatal sobre la posibilidad de constitución normativa de un espacio en términos exclusivamente políticos, en la sociología de Teubner se observa la emergencia y consolidación de subsistemas autónomos de la sociedad civil mundial cuya posibilidad de sobrevivencia y reproducción se desarrolla a partir de su propia constitucionalización. Los procesos de auto-constitución reafirman los mecanismos internos de formalización de sus usos, prácticas, disposiciones y modos de reconocer, crear y adjudicar sus normas.

Los imperativos funcionales de integración económica y política a nivel global muestran las limitaciones del pensamiento constitucional estatalista pues los procesos de racionalización que le son inherentes conducen a la fragmentación de las lógicas de acción, el predominio de la lógica del cálculo instrumental, la burocratización de las relaciones sociales y la colonización del mundo de la vida por el derecho; dificultando las posibilidades para la coordinación informal de comportamientos y la institucionalización social de normas que no correspondan con esa forma de racionalidad. Sin embargo apoyándose en Sciulli, el sociólogo Alemán contrapone a esa lógica un constitucionalismo societal presente en las dinámicas de regulación de las profesiones y otras instituciones sociales productoras de normas en donde lo

<sup>9</sup> TEUBNER, Gunther, *op. cit.*, p. 73

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 77.

fundamental no es la maximización estratégica sino la capacidad de garantizar su autonomía políticamente y asegurarla jurídicamente<sup>11</sup>. Lo decisivo son los procesos de institucionalización social de la constitución más que la consagración política del espacio normativo respectivo.

Tal como concluye Teubner, la sociedad mundial fragmentada y descentralizada solo puede ser constitucionalizada en sus fragmentos, es decir parcialmente: en las constituciones de los sectores sociales globalizados. Por lo tanto el sistema jurídico global no existe sino solo en forma fragmentada y no es posible la integración de las constituciones civiles de los sectores globalizados en una sola constitución política. En la posibilidad de encontrar compatibilidades mínimas a partir de la confrontación entre las constituciones sociales parciales es en donde radica la factibilidad de desarrollar constituciones propiamente políticas a esta escala. La relación entre las variables se invierte de una constitución pluralista a un pluralismo constitucional<sup>12</sup>.

## CONFLICTO DE RACIONALIDADES Y MODOS DE REGULACIÓN

El reconocimiento de la forma como el carácter policéntrico de la globalización da lugar a la existencia de parcelas/sectores sociales globales que expresan diversas formas de racionalidad normativa y de la manera como estas formas de racionalidad buscan maximizar su autonomía mediante procesos de constitucionalización propios, solo es factible desde una nueva epistemología jurídica que haga el tránsito de la comprensión del derecho como un sistema de normas a la consideración del derecho como un sujeto epistémico.

Teniendo como referente la epistemología social constructivista presentada por Teubner, el derecho es un discurso social que se constituye en sujeto epistémico en tanto produciéndose a sí mismo conoce y estructura el

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 82.

<sup>12</sup> WALKER, citado por TEUBNER, *ibíd.*, p. 76.

mundo a partir de los procesos comunicativos por los cuales pre-selecciona produciendo sentido y estructurando la realidad independientemente de las intenciones, la subjetividad y las razones de los actores que no obstante son los que –como constructos objetivos le imprimen, en sus relaciones de co-existencia conflictiva– las dinámicas de irritación y perturbación al sistema.

La comprensión del derecho como sujeto epistémico, es colocada posteriormente en el plano de la fragmentación contemporánea de los modos de conocimiento. Con fundamento en Luhmann, Teubner muestra como en la sociedad moderna opera la ruptura de un modo unitario de comprensión, produciéndose la fragmentación de la sociedad en una pluralidad de discursos autónomos y la multiplicación de epistemes, de modos de cognición del mundo<sup>13</sup>.

Se pone en evidencia de esta forma el pluralismo jurídico como correlato de la presencia de diferentes modos de construcción jurídica de la “realidad social” (pluralismo de modos de cognición a través de los cuales el derecho reconstruye los demás discursos y modos de existencia de lo social en sus propios términos). Son precisamente esos sectores sociales globalizados –expresión de la fragmentación de la unidad en los modos de cognición– los que se constituyen en subsistemas autónomos de la sociedad civil mundial, cada uno de los cuales se autoafirma en la medida en que se constituye en sujeto de conocimiento que produce su propio discurso en el cual estructura normativamente su entorno a partir de la proyección de sus propias expectativas cognitivas.

<sup>13</sup> Luhmann contempla la modernidad como una fragmentación de la sociedad en una pluralidad de discursos autónomos, como la multiplicación de epistemes en la sociedad. La característica propia de la sociedad moderna es la pérdida de un modo unitario de cognición. La sociedad se percibe fragmentada en una multiplicidad de redes comunicativas cerradas. Cada una de estas redes construye una realidad propia, en principio incompatible con las construcciones de la realidad de las otras redes. Al mismo tiempo, la multiplicación y fragmentación de las individualidades se corresponde con una multiplicación y fragmentación de los discursos sociales. Sobre la base de sus códigos y programas específicos cada red de comunicación especializada produce “personas” – artefactos semánticos de actores individuales- a las cuales atribuye acciones (LUHMANN, N. *Sociale Systeme: Grundrisseiner allgemeinen Theorie*. Frankfurt, Suhrkamp, 1984, pp. 15 y ss., citado por TEUBNER, *ibíd.*, p. 38).

La dinámica de reproducción de estos sectores sociales globalizados no solo lleva a los procesos de constitucionalización autónomos, simultáneamente da lugar a una racionalidad de maximización que lleva al límite la capacidad de expansión de sus propios imperativos generando consecuencias todavía hoy tan incalculables como impredecibles, poniendo en peligro la subsistencia de millones de personas e incluso de la propia vida del planeta. Como es bien descrito en films como “Inside job” (CHARLES FERGUSON, 2010) y “The capitalism: A love story” (MICHAEL MOORE, 2009) la maximización expansiva e incontrolada del sector financiero a escala global lleva al conjunto del sistema a la crisis que es el umbral-límite del más alto grado de aprovechamiento y acumulación para estos sectores. En este punto crítico las consecuencias ya han sido devastadoras para los sectores sociales sin capacidad de autoafirmación y captura del aparato estatal: quiebra de las empresas, pérdida de miles de empleos, pérdida de sus viviendas. Finalmente, la racionalidad estratégica de un actor que posee un discurso altamente especializado, le permite retraerse nuevamente dentro de ciertos límites aparentes que se proporciona a sí mismo como producto del conocimiento adquirido a través de la proyección de sus propias expectativas cognitivas, aprovechando de paso el subsistema jurídico estatal para el sostenimiento de la expectativas sociales, re-configurándose internamente y volviendo públicas sus pérdidas.

Así como en el caso del conflicto entre un sector financiero transnacional claramente auto-constituido, la racionalidad del sistema jurídico-estatal y la lógica de unas clases medias difícilmente configurables dentro de una racionalidad, Teubner presenta varios ejemplos de colisiones entre regímenes autónomos<sup>14</sup>. Desde un contexto como el Colombiano podemos observar igualmente diversos tipos de enfrentamientos: las disposiciones arancelarias

<sup>14</sup> Los contratos estándar en la *lex mercatoria* –que reflejan la racionalidad económica de los mercados globales– colisionan con las normas de la OMS que se derivan de los principios fundamentales del sistema sanitario. La *lex constructionis*, esto es, el código profesional mundial de los ingenieros de la construcción, colisiona con el derecho ambiental internacional. El comité de apelación de la OMC se ve confrontado con regímenes de derechos humanos y regímenes de protección del medio ambiente (Ibíd., p. 122).

de la Unión Europea que consagran preferencias para la entrada de productos de los países que anteriormente eran sus colonias en África entran en conflicto con las normas sobre trato igual de la OMC, la lógica de las políticas normativas de estímulo y protección de la inversión privada auto-constituidas a escala global chocan con el principio de progresividad en materia impositiva generalmente reconocido por los estados nación; los estándares normativos transnacionales sobre producción y rentabilidad en la exploración y explotación minera confrontan decididamente la normatividad ambiental

Sobre la base de este plano radicalmente fragmentado es ingenuo pensar en la posibilidad de tener una instancia jerárquica de articulación superior a ese conjunto fragmentario de discursos sociales en proceso de diferenciación. En el marco de un sistema global, el criterio de validez –como modo de existencia específico y método de construcción del ordenamiento jurídico– evoluciona de la pretensión a la unidad a través de una norma última fuente de significación de todos los hechos que construyen el orden jurídico<sup>15</sup> hacia la configuración de formas heterárquicas “que se limiten a establecer relaciones holgadas entre los fragmentos del derecho”<sup>16</sup>.

Para el sociólogo Alemán estas nuevas formas deben buscar mecanismos de compatibilidad mínima en lugar de criterios de estructuración jerárquica entre los diferentes fragmentos<sup>17</sup>. Reforzando la mutua observación y reflexión entre los nodos de la red, creando normas de conflicto a partir de la irritación y la reflexión recíproca entre sistemas jurídicos autónomos, estableciendo formas descentralizadas de resolución de conflictos, orientándose procedimentalmente hacia la traducción y construcción de criterios de neutralidad que tengan

<sup>15</sup> MEJÍA QUINTANA, Oscar. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 55.

<sup>16</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético...*, op. cit., p. 124.

<sup>17</sup> La unidad del derecho mundial ya no se basa estructuralmente en una consistencia de las disposiciones normativas que queda asegurada gracias a una judicatura jerárquica. Más bien se fundamenta procedimentalmente en el modo en el que las operaciones jurídicas se vinculan entre sí. En el derecho mundial la unidad jurídica pasa de la consistencia normativa a la “interlegalidad” operativa (Ibíd., p. 120).

vigencia en ambos regímenes implicados, más que hacia una la definición de una instancia ultima de cierre vinculante.

La irrupción de una multiplicidad de racionalidades sobre la definición del derecho pone en crisis la pretensión per-formativa del formalismo como racionalidad constitutiva del campo jurídico pues como afirma Teubner:

*“Se deben reducir las expectativas respecto de la capacidad de tratar adecuadamente con la fragmentación jurídica debido a que tal fragmentación no radica en el derecho, sino en los contextos sociales..... En este sentido, una opción realista es que la “formalización” jurídica mitigue las tendencias autodestructivas que muestran las colisiones entre racionalidades....Sin embargo, ni siquiera entonces el derecho actúa como una instancia superior coordinadora”<sup>18</sup>.*

Son los propios sectores sociales autoconstituidos los que al entrar en conflicto por efectos de la dinámica de maximización de su racionalidad, deben producir mecanismos de acoplamiento estructural y/o malinterpretación productiva mediante la identificación e incorporación de las racionalidades sociales que colisionan y la reformulación del conflicto a partir de la búsqueda de compatibilidades funcionales mínimas.

## **UN ESTUDIO DE CASO: EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA LEY 963 DE 2005 Y SENTENCIA C-242 DE 2006**

Durante el pasado gobierno se expidió la ley 963 de 2005 Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. Esta norma señala en su primer artículo:

*“Artículo 1. Contratos de estabilidad jurídica. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.*

<sup>18</sup> Ibid., p. 143.

*Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo”.*

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

De los contratos de estabilidad jurídica, podrán ser parte los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smlmv)<sup>19</sup>, para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4º literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

Esta norma es objeto de una acción de inconstitucionalidad en la cual el demandante afirma que el derecho a la igualdad fue desconocido pues aun aplicando el “test de igualdad, la norma es abiertamente contraria al

<sup>19</sup> Modificado por el artículo 51 de la Ley 1111 de 2006: “Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a 150.000 UVT (Unidad de Valor Tributario). La nueva Unidad de Valor Tributario, vigente a partir del primero de enero de 2011, quedó establecida en \$25.132”.

ordenamiento Constitucional porque no puede hablarse de igualdad ante la ley, cuando esa misma norma, en forma irracional e injustificada, determina cómo un grupo de personas (inversionistas conforme al artículo 2 que tiene un monto determinado de capital (7.500 smlmv de acuerdo al artículo 2), por acuerdo de voluntades se sustraen a la aplicación de normas sobrevivientes y son objeto de que, aun derogadas, se les aplique las normas objeto de la estabilidad jurídica”; porque “tampoco hay igualdad cuando, como lo expresan los artículos 6 y 11 de la norma demandada, los contratos deben tener una duración que la norma delimita y exclusión de materias en las cuales no se puede pactar”, y porque “en un Estado de corte capitalista como el nuestro, en el que la libre competencia es esencia misma de su desarrollo económico, no puede entenderse cómo un grupo de personas, con poder económico, puedan ser beneficiarios de una inamovilidad jurídica, frente a otras personas, que pueden ser sus propios competidores, que seguramente no poseen el capital mínimo exigido, pero que si compiten en el mercado. En este sentido, aceptando que la igualdad predicada por la Constitución es relacional y no absoluta, encontramos como, frente a un mismo grupo de personas destinatarios de la ley, la norma demandada introduce una discriminación completamente injustificada e irracional”.

En sus consideraciones la corte (sentencia C 242 de 2006) señala que:

*“Las razones expresadas por el actor carecen de claridad y la suficiencia necesaria para que la corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo, manifiesta que no existe un hilo conductor que permita comprender la contradicción entre las expresiones atacadas y lo dispuesto en la norma superior.*

*“Por este motivo, la corte se declara inhibida para decidir sobre la constitucionalidad de los apartes transcritos. Sobre la validez de los fines mencionados, el demandante no expresó con claridad los argumentos y no podía expresarlos, ya que los fines mencionados son constitucionales dentro de un marco de libre competencia económica prevista en los artículos 333 de la constitución” (subrayado nuestro).*

*“Considera que el propósito de la ley es el de promover la inversión y que para ello el estado se hace responsable frente a la sociedad y a los agentes económicos que intervienen en la ejecución de los planes de desarrollo, la sala encuentra que la cuantía de 7500 smlmv*

*resulta proporcional al esfuerzo estatal y a la responsabilidad de los particulares, quienes en muchas ocasiones tendrán que asociarse para ser beneficiados con las cláusulas del contrato de estabilidad jurídica. Que la ley demanda estableció de manera precisa las áreas de inversión sobre las cuales versan los contratos de estabilidad” (subrayado nuestro).*

Sin entrar a considerar la necesidad de ponderación de los fines de la ley dentro del conjunto de la constitución y dejando de lado la notoria falsedad de la afirmación de la corte según la cual la ley estableció de manera precisa las áreas de inversión sobre las cuales versan los contratos de estabilidad<sup>20</sup>; se propondrá una observación de la manera como la ley es atravesada por el fenómeno del pluralismo jurídico, desde la lectura que nos ofrece el aparato teórico construido por Teubner.

En primer lugar es necesario señalar como en el contexto de la fragmentación social existente a escala global se presentan actores cuya capacidad de auto-reflexividad y auto-reproducción se realiza no solo a través de la capacidad de auto-juridificación, sino de la posibilidad de maximización estratégica de su racionalidad que en gran medida se realiza a través de la penetración, captura<sup>21</sup>

<sup>20</sup> “Para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4º literal...”.

<sup>21</sup> La Captura del Estado se ha definido como una forma de corrupción a gran escala que debilita la estructura económica de un país porque distorsiona la formulación de leyes, normas, decretos, reglas y regulaciones. Usualmente se diferencia entre la Captura del Estado y la corrupción administrativa, para referir el momento regulatorio en el que aparece el acto de corrupción; la primera se da en las primeras etapas del desarrollo normativo, legislativo y regulatorio de un Estado, mientras que la segunda se refiere a las distorsiones en las etapas de implementación y ejecución de leyes, reglas y regulaciones formuladas e instituidas (WORLD BANK, 2000).

En este contexto, la Captura del Estado se ha definido como “la acción de individuos, grupos o firmas, en el sector público y privado, que influyen en la formación de leyes, regulaciones, decretos y otras políticas del gobierno, para su propio beneficio como resultado de provisiones ilícitas y no transparentes de beneficios privados otorgados a funcionarios públicos” (WORLD BANK, 2000, p. XV). GARAY S., Jorge Luis. *De la Captura a la Reconfiguración Cooptada del Estado*. Disponible en: <http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/descargas/publicaciones/Resumen%20estudio%20captura%20del%20Estado%20-%20art.pdf>. Consultado el 11/04/11, 11:58 a.m.

y subsunción del espacio estatal no solo en el nivel interno de los estados nación sino en la cooptación de la racionalidad de instituciones internacionales interestatales como el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio.

Los contratos de estabilidad jurídica son formas propias del proceso de globalización policéntrico por el cual sectores sociales se constituyen a sí mismos normativamente configurando su propia construcción jurídica de la realidad social al margen del factor territorial. En este caso la racionalidad de los inversores transnacionales auto-constituidos a escala global a través de parámetros, organizaciones y procedimientos con los cuales, por ejemplo, se evalúa el riesgo para invertir según el país (calificación que viene a traducirse una vez retirada la retórica tecnocrática en un reconocimiento interesado de los regímenes que hacen mayor número de concesiones a estos actores); termina por concretarse en la generación de políticas normativas de estímulo y protección de la inversión privada que colisionan claramente con uno de los fundamentos constitutivos del derecho en su forma estado-nacional: la soberanía legislativa.

Colocándonos ya en plano de la sentencia, la manera como el pluralismo jurídico atraviesa y fragmenta la unidad del derecho en el propio espacio estatal, se evidencia en la manera como en la argumentación de la decisión se define un derecho en el cual se presenta la superposición, inter-penetración e indiferenciación entre diferentes fuentes de producción normativa: por un lado la racionalidad del sector inversionista transnacional, que se expresa a través de la racionalidad cooptada del gobierno, por el otro, la racionalidad del estado presente en la función jurisdiccional y la forma como se trata de hacer compatible la constitución con los imperativos de la economía global y finalmente, la lógica de los pequeños empresarios y demás sectores sociales representados en el accionante pero desprovistos de la capacidad reflexiva de auto-afirmación, auto-juridificación y agencia en la lucha por constituirse en la racionalidad formal del campo.

En el terreno de la epistemología jurídica, la contraposición de modos de cognición y formas de racionalidad productoras de derecho se evidencian cuando observamos que la en la argumentación de la sentencia

se ha incorporado no como un modo de comprensión del funcionamiento de la economía sino como la forma de ser de la economía misma en el mundo contemporáneo, los postulados de la teoría neoclásica-neoliberal de la economía. En efecto, la corte asume como una afirmación que no es necesario fundamentar empíricamente (y mucho menos de acuerdo a razones constitucionales) la formulación según la cual las exenciones, estímulos e incentivos a la inversión, inciden directamente en la creación de empresas y por esta vía en la generación de nuevos empleos, dándose lugar de esta manera a un crecimiento del conjunto de la economía<sup>22</sup>.

En ese sentido el ropaje de científicidad y tecnicismo le proporciona a esa forma de racionalidad la capacidad de articularse política e ideológicamente en la medida en que se auto-postula como una comprensión técnico-científica en todo caso no política ni ideológica. De esta manera vemos como en la confrontación entre formas de racionalidad sobre la definición del derecho los efectos de apriorización, neutralización y universalización descritos por Bourdieu producen la tendencia a interpretar como experiencia universal de un sujeto trascendente la visión compartida de una comunidad histórica...que se muestra así como el lugar de actualización de una razón universal que no debería nada a las condiciones sociales dentro de las cuales se manifiesta<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> En ese sentido podría ser muy útil para replantear esta decisión en la jurisprudencia constitucional Colombiana (en vista del carácter meramente inhibitorio del fallo) tomar en cuenta una referencia de Teubner sobre una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán referida a la codeterminación en las organizaciones económicas (BverGE 50, 290). En este caso la constitucionalidad de la participación del empleo sobre la base de sus efectos económicos es contrastada desde las diferentes racionalidades de los actores colectivos involucrados (empresas, asociaciones de trabajadores, sindicatos, gobierno, parlamento), cada uno de los cuales expuso ante el tribunal sus diferentes formas de construcción jurídica del problema de conocimiento y las consecuencias del fallo desde su posición. “El tribunal se negó a tomar una postura sustancial en este escenario sobre posibles consecuencias y se remitió a la decisión “procedimental”. En vez de confirmar o rechazar las construcciones de la realidad, el Tribunal localizó los riesgos de información y predicción entre los actores colectivos involucrados –entre ellos el propio Tribunal- y creó un nuevo deber para el legislador: hacer retroceder sus decisiones si las predicciones en las que estaban basadas resultaran ser falsas” (negrilla fuera de texto) (Ibíd. p. 64).

<sup>23</sup> BOURDIEU, Pierre, *op. cit.*, p. 164.

## CONCLUSIÓN

La dinámica actual del capitalismo y los imperativos de integración económica establecen limitantes para la soberanía normativa estatal. En este caso y frente al derecho a la igualdad la constitución se ve quebrantada en su validez por intereses de actores transnacionales con capacidad de negociación con el estado.

La sentencia termina por justificar el acople de la constitución a unas condiciones fácticas pre-existentes otorgando validez a la forma como los medios jurídicos destinados para la promoción de la inversión consagran una distinción (negativa) que no encuentra razones en el texto constitucional y que termina por establecer un régimen de para-legalidad en el cual se evidencia el fenómeno del pluralismo jurídico.

En el caso en cuestión el derecho debería hacer una re-construcción cognoscitiva de los imperativos funcionales de integración económica en clave de su propio código utilizando para ello la constitución. La decisión constitucional tendría que haberse fundado en una valoración específicamente jurídica de los elementos y racionalizaciones del sub-sistema de la economía para no quedar –como en efecto ocurrió en la sentencia- como una mera re-presentación de un lenguaje económico en el sistema jurídico, operado una forma de acoplamiento estructural en la cual no hay una re-significación del conocimiento económico en el lenguaje del derecho sino una incorporación-subsunción de este dentro de los términos del código binario costo/beneficio.

## BIBLIOGRAFÍA

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. “Law: A map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”. En: *Journal of Law and Society*, 14, 1987.

BOURDIEU, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En: *La fuerza del Derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

DÍEZ HOCHLEITNER, Javier. *La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf>.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

RESTREPO, Juan Camilo y CEPEDA, Iván (et al). *Las perlas Uribistas*. Bogotá, Editorial Debate, 2010.

TEUBNER, Gunther. "The two faces of janus: Rethinking legal pluralism". In: *Law and power: Critical and Socio-legal Essays*, Legal Semiotics Monographs, traducción de Germán Rodríguez Agudelo, Tuori, Bankowski & Uusitalo (eds.), Deborah Charles Publications, Liverpool - UK, 1997, p. 121.

\_\_\_\_\_. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_. *Estado, derecho y globalización*. Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2010.



# ***El Derecho en la Historia***

**GUILLERMO LEÓN ROMERO GARCÍA\***

*Universidad Libre (Seccional Cali)*

*Cali (Valle)*

## **PRESENTACIÓN**

La reflexión básica de este ensayo consiste en dejar en claro que el derecho no tiene una historia propia, sino que, como práctica social, se ha transformado en su *corpus* normativo y doctrinario de acuerdo con las necesidades históricas que la sociedad ha generado y resuelto dentro del conjunto de características propias de cada modo de producción en el que se ha inscrito; tanto en los momentos previos como en los posteriores de la revolución histórica de cada uno de ellos.

Por ello, hay que entender la jurisprudencia como la explicación del mecanismo de cambio de las reglas legales que gobiernan la vida de los hombres con el respaldo del poder del Estado, tanto en su proceso revolucionante como en la

---

\* Licenciado y Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Docente universitario. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre - Seccional Cali.

consolidación del proceso revolucionado, pues, recuérdese que el Estado siempre ha sido la forma bajo la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes, en la que se condensa por completo la sociedad civil de una época. Lo que lleva, luego de que todas las instituciones comunes que tienen como mediador al Estado a que adquiriera a través de él una forma política.

Y, es en este juego interactuante con la economía, la política y otras prácticas sociales y cognoscitivas que el derecho adquiere su significación histórica y alcanza su estatuto práxico y epistemológico; que la Filosofía del Derecho actual, está llamada a pensar si quiere jugar algún papel como el saber ilustrado de la actualidad en el que intenta erigirse al querer comprometer con los problemas de la realidad social en que se halla inscrita y, en conexión del derecho con las otras prácticas y saberes que se configuran en su conjunto como expresión dominante de la sociedad civil burguesa que como clase dominante nos es contemporánea.

## **EL DERECHO EN LA HISTORIA**

Necesariamente, y a pesar de algunas críticas demoledoras como la de Karl Popper al idealismo filosófico de Hegel, falta ver si acertadamente, es desde esta perspectiva filosófica que se puede iniciar la reflexión sobre el derecho en su nexa problemático con otras instituciones culturales y sociales en relación con sus propias instituciones jurídico políticas en la historia; es decir, desde la que se puede ver su tejido histórico mundial y universal. Pues, es él quien desde su concatenación de la lógica dialéctica aporta la comprensión para pensar los momentos del movimiento de la realidad social en su conjunto, aun cuando conciba a esta mistificadamente como alienación del espíritu absoluto que supera cada uno de esos momentos en cada uno de los otros hasta superarlos absolutamente al reintegrarlos a sí mismo en su esencia pura.

Es pues, desde esta filosofía especulativa de fuerte raigambre spinocista desde la que Hegel piensa el derecho como la superación del derecho privado de manera absoluta en la Historia Universal, pasando por la moralidad, la familia, la sociedad civil y el Estado.

Estos son momentos, modos de ser del hombre que permanecen pero su existencia real, no aparente, como esencia móvil esta oculta y solo se revela en el pensamiento en la filosofía especulativa, idealista, que es la que le da el estatus de verdad científica en una historia enrarecida del espíritu absoluto en su trasegar alienado hacia el reino de la libertad<sup>1</sup>.

Si no pensamos el destino de la práctica y del saber del derecho desde las transformaciones paradigmáticas y problémicas de la filosofías en su suceder crítico y refutativo, difícilmente podemos pensar el derecho desde una perspectiva científica que vaya más allá del positivismo epistemológico que sustenta el positivismo normativo<sup>2</sup>; que sigue viendo las practicas discursivas y materiales como cosas ahí puestas por la naturaleza en tanto que puestas por la naturaleza, es decir, que deja de verlas, por el velo ideológico que lo envuelve, como el producto de la praxis objetiva de los hombres, como procesos históricos-sociales del hombre en tanto que productor de sí mismo a partir de la transformación de la naturaleza.

Visión esta que permite de manera cierta ver científicamente la realidad social, posibilitando la aparición de las llamadas ciencias sociales, faltando por ver, si el derecho como practica social jurídico-política tiene una episteme especifica que lo estudie como ciencia social o, si no es más que uno de los aspectos prácticos del dominio social estudiado por una episteme más general como la historia, la antropología o el psicoanálisis cultural.

La misma complejidad del mundo social como dominio general concreto, como devenir desde el pasado al presente del hombre en todo su manifestación cultural hace que, semejantemente a la Física que estudia el devenir de la naturaleza como conocimiento de sus procesos materiales, sea la Historia la ciencia que pueda dar cuenta de aquel devenir de la sociedad

<sup>1</sup> MARX, Carlos. *Manuscritos económico filosóficos de 1844*. Bogotá, Ediciones Génesis s/f., pp 196 y 197.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1974, pp, 15 y 65.

como conocimiento de sus concreciones periódicas. Y, que así como la Física se apoya en la Química para pensar la composición estructural de la materia y de la energía que constituyen el mundo físico como un sistema ondulatorio, así también, la Historia se apoya en la Economía para pensar el modo práctico como se ha estructurado la materialidad del mundo social como una unidad sistémica de la infraestructura y la superestructura, que constituyen el mundo humano como un sistema cambiante, que permite cohesionar la permanencia de la sociedad como un dominio específico de la realidad material del mundo objetivo.

Por todo lo anterior, arriesgamos la toma de postura epistemológica de que el derecho como toda la practicidad y la gnoseología superestructural de la sociedad son la expresión de las condiciones materiales de la producción en cada época determinada del desarrollo social; es decir, que las relaciones jurídicas y todas las formas de Estado no pueden explicarse por sí mismas ni por una evolución metafísica del espíritu humano y/o divino, si no que se originan en la “sociedad civil” cuya anatomía ahí que buscarla en la economía política<sup>3</sup>.

Como se puede observar, esta enunciación no tiene nada de nuevo, justamente, porque es el punto de partida del nuevo paradigma científico de la Economía Política que fundó el Materialismo Histórico al hacer el análisis lógico, matemático e histórico de la producción y de la circulación del capital, en el contexto de la Revolución Industrial con base en el descubrimiento de la relación inversamente proporcional entre el salario y la ganancia, entre el trabajo productivo y la plusvalía; y, consecuentemente, la explicación ulterior de las desigualdades sociales desde esta misma perspectiva científico-racional que, a su vez, explica muchos de los fenómenos sociales, como los jurídicos políticos, como verdaderos efectos, las más de las veces negativos, de esas causas económicas históricamente determinadas. Pues, recuérdese como la legislación sobre la vagancia fue renovada, ajustada y grabada en varias ocasiones desde el siglo XVII en Francia, cuando la justicia se hace más escrupulosa y tiende a tener en cuenta

<sup>3</sup> MARX, Karl. *Contribución a la crítica de la economía política*. Medellín, La Oveja Negra, 1975. p. 9

toda una pequeña delincuencia de ilegalismos populares que en otros tiempos dejaba escapar más fácilmente, y en el siglo XVIII se vuelve más pesada y severa con el robo que se hacía más frecuente por el acelerado proceso de pauperización de las masas a raíz de la licencia de las huestes feudales y del desplazamiento a sangre y fuego de los siervos de la gleba ante los cambios jurídico políticos de la tenencia de la tierra, y para el cual adopta de allí en adelante unos aires burgueses de justicia de clase, pues, las sentencias a Galeras para este motivo aumento del 5% de 1750 a 1755 al 15% de 1755 a 1780. La severidad de los tribunales se va a ir acentuando con el tiempo, ya que “pesa una amenaza sobre los valores útiles de la sociedad que se considera ordenada y respetuosa de la propiedad<sup>4</sup>.

Respeto por la propiedad que tiene sus orígenes en la supresión de la constitución gentil para dar paso al sistema tribal y, la consagración de la propiedad privada que antes era poco estimada y se santifica como el más elevado fin de la comunidad humana. A la vez, que se imprimía el sello de reconocimiento general de la sociedad a las nuevas formas de adquirir la propiedad que se iban desarrollando y que llevaban a la acumulación más acelerada de las riquezas a partir de la instauración del derecho paterno en detrimento del derecho materno que había regido, durante el salvajismo y la barbarie e, instaura en el periodo llamado de civilización, el derecho de herencia por vía paterna y en algunas culturas como la hebrea, el derecho de primogenitura; que son temas que se han vuelto dogmas del derecho canónico y llevados, aun hoy, hasta el extremo en la defensa, con espíritu de cruzada moderna, de la tradición, la familia y la propiedad. Lo que dio origen a la primera gran revolución histórica que instauro la monogamia y la propiedad privada, la primera como expresión de la lucha entre los sexos en la primera división del trabajo y, la segunda, como expresión de la primera forma de la lucha de clases, para constituir así al Estado como una institución artificial que perpetuó la naciente división de la sociedad en clases y el derecho de la clase poseedora de explotar a la no poseedora y a ejercer su dominio en todos los aspectos sobre ella<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Bogotá, Siglo XXI, 1990, pp. 80 y 81.

<sup>5</sup> ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Cali, Editorial Horizonte, 1979, pp. 53 y 99.

Estamos pues, en los inicios prehistóricos de la alienación económica, religiosa, política y moral del hombre y no en la alienación del espíritu absoluto como pensaba Hegel; lo que permite la variación dialéctica de perspectiva del idealismo filosófico al materialismo histórico que posibilitó a partir del siglo XIX superar todo tipo de especulaciones metafísicas en torno a la naturaleza y a la sociedad como dominios de la realidad, aunque algunos por terquedad, por desconocimiento o por dogmatismo persistan en este tipo de filosofías, lo mismo que en todo tipo de teologías y teorías especulativas, y caigan en todo tipo de desviaciones ideológicas, en tanto prescinden o tergiversen la aprehensión cognoscitiva de la realidad, pues, la concepción dialéctica de la historia como el cambio de un periodo de producción a otro, permite superar, racionalmente, la teoría del contrato social que plantea el paso de un estado de naturaleza a un estado social, llamado “civil” porque se supone que mediante un acuerdo de los instituyentes se crea un Estado y se posesiona en él a un soberano que es garante para superar ese viejo y peligroso estado de naturaleza. Ya que este argumento metafísico con el que la burguesía derrotó a la nobleza, aparece como falso, en la medida en que las nociones de libertad, justicia y equidad que se agencian en ese discurso parten del supuesto de que el hombre primitivo vivía en guerra; pero, realmente el estado de guerra se inicia cuando aparece la propiedad privada para protegerla de los que de allí en adelante vivirán privados de lo que antes gozaban en comunidad y, por tanto, es allí donde pierden la libertad, padecen injusticia y estarán al margen de la igualdad, es decir, que desde que algunos hombres se asumen como propietarios privados, la sociedad siempre ha vivido en estado de sociedad y, que el estado de naturaleza siempre ha sido una quimera.

No es pues, el mundo ético, religioso, jurídico, estético o biológico el que explica la realidad social sino la práctica económica en la que el hombre objetiva su potencia de obrar<sup>6</sup> como especie, para obtener sus condiciones materiales de existencia, aunque, históricamente, haya caído en la alienación del trabajo mientras interactuaba con la naturaleza; lo que originó la propiedad privada y la sociedad dividida en clases hasta hoy; pero que ahora, justamente, por

<sup>6</sup> SPINOZA, Baruch. *Ética-tratado teológico político*. México, Editorial Porrúa, 1977, p. 87.

la magnitud del desarrollo de las fuerzas productivas como riqueza humana acumulada con la ayuda de la ciencia y la tecnología, tiene las condiciones materiales para reintegrar social y colectivamente ese mundo comunitario de libertad pregentil que desde entonces y hasta el momento se le ha hecho extraño.

Ahora bien, el derecho como factor superestructural en la historia de la sociedad ha sido un elemento sofisticado de legitimación desde la sociedad patriarcal<sup>7</sup> tal y como lo prueban diversos pasajes de su accionar procesal en las distintas épocas de los modos de producción que han surgido de revoluciones sociales económicamente determinadas. Lo que no ha negado la relativa autonomía decisoria de otras instancias prácticas y gnoseológicas de la estructura social en esos procesos revolucionarios como sucedió en el Humanismo renacentista con el arte, la ciencia y la filosofía en los preludios de la emergencia histórica del capitalismo que, al igual que pasó con el arte griego, lograron un desarrollo que superaba con creces el desarrollo económico de esos momentos históricos respectivos.

Otro ejemplo, es el caso de los Derechos Humanos que fueron el caballo de batalla de políticos, de juristas y de todos los revolucionarios en los procesos emancipatorios para instaurar las repúblicas democrático burguesas durante los siglos XVII, XVIII y XIX, y que a pesar de su rol progresista, no liberaron al hombre de la alienación religiosa sino que le otorgaron libertad religiosa, no lo liberaron de la propiedad sino que le dieron libertad de propiedad, no lo liberaron del lucro sino que le confirieron la libertad industrial y comercial, dejándolo hacer y dejándolo pasar.

¿A qué hombre se le otorgaron esas libertades?, al hombre propietario que se podía lucrar comprando fuerza de trabajo como se compra cualquier mercancía y que, para fortalecer moralmente su súper yo, todavía lleno de escrúpulos, requería de todo tipo de contrición religiosa para purificarse<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> ENGELS, *op. cit.*, pp. 55 y 64.

<sup>8</sup> MARX, Karl y ENGELS, Federico. *La sagrada familia*. Bogotá, Editorial Pluma, 1980, p. 149.

De donde, queda claro, que el reconocimiento de los derechos humanos por el Estado moderno tiene el mismo sentido que el reconocimiento de la esclavitud por el Estado antiguo, o sea, que cada época ha tenido sus “derechos humanos”; lo cual nos deja a la expectativa de tener unos “derechos humanos” postmodernos, en el mejor sentido o sea, en el sentido de postcapitalistas, que liberen definitivamente al hombre que arrastra consigo el lastre material y espiritual de todas las formaciones económicas pasadas.

Pues, no nos podemos distraer y, recordemos, que en Francia la sociedad burguesa recién nacida bajo el Directorio después de la caída de Robespierre irrumpe en un ritmo de vida incontenible: florecimiento de empresas comerciales, febrilidad de enriquecimiento, destrucción de la organización feudal de la propiedad territorial intensificando los cultivos y, un fuerte movimiento industrial ya libre; además, como la burguesía representa positivamente a la sociedad burguesa en el Estado, comienza entonces a gobernar, y los derechos humanos pasan a existir solo en teoría, aunque de cuando en cuando, ante la arremetida terrorista de Napoleón y de los Borbones contra el ala liberal de la burguesía durante la Restauración contrarrevolucionaria, este sector burgués los esgrimió para defenderse hasta 1830 cuando logró consolidar al Estado como la expresión oficial de su poder exclusivo<sup>9</sup>.

De otra parte, los derechos humanos del lado del proletariado en la sociedad moderna solo le dan la libertad de vender libremente en el mercado su fuerza de trabajo pero no lo liberan de la necesidad de mercantilizarse para poder subsistir, tiene libertad para asalariarse pero no se lo libera del salario que como forma oculta hace invisible la realidad del valor del trabajo y, donde, hasta el trabajo excedente o trabajo no retribuido parece pagado y en esta mistificación se basan todas las ideas jurídicas de los obreros y de los capitalistas<sup>10</sup>.

O sea, que los derechos humanos, mientras representaban las aspiraciones, propósitos y valores de la burguesía como clase o grupo social funcionaron

---

<sup>9</sup> Ibid., pp. 157-158.

<sup>10</sup> MARX, Karl. *El capital*. Tomo I, México: FCE, 1973, p. 452.

como una ideología jurídica con un sistema de normas de derecho; pero, cuando ya detentó el poder estatal con control efectivo de territorios determinados, su ideología jurídica constituyó el derecho socialmente admitido y, excluyó la ideología de las otras clases y en particular a la del proletariado a la que estaba inexorablemente atada; viéndose estas, obligadas a luchar contra ese poder, construyendo defensivamente, desde su movilidad y organización, nuevas ideologías, entre ellas ideologías jurídicas, pero todavía basadas en las condiciones materiales de existencia de la estructura económica de la sociedad capitalista e, igualmente, todavía bajo la férula ideológica general y jurídica en particular de la burguesía como clase dominante, es decir, luchando todavía por la libertad de trabajo y no por la liberación del mismo para escapar a la lógica cosificadora del mercado laboral y a toda lógica política de subordinación.

¿Cómo pues construir una ideología jurídica realmente liberadora para la postmodernidad en el sentido que hemos definido como mejor sentido? ¿Quizás desde una jurisprudencia insurgente como sostienen Michael Tigar y Madelaine Levi?<sup>11</sup> ¿O quizás, copiando los medios por los que la burguesía pudo acomodarse en la ideología jurídica del feudalismo al principio de su surgimiento como clase para después enfrentarlo abiertamente y finalmente desplazarlo y consolidarse como clase detentadora absoluta del poderío del aparato estatal, aunque haya algunos teóricos de la “resistencia” que no crean que la teoría del poder se pueda plantear como posesión, sino, solamente, como agenciamiento micro político, es decir, que ve solo fenómenos y no fuerzas históricas ; y, que en esto consista el problema *ius filosófico* de la contradicción entre la legalidad y la ilegalidad?<sup>12</sup>. O, tal vez, ¿construyendo un partido que tome el poder y dirija el Estado socialista como una transición a una sociedad libre o comunista como lo plantearon y practicaron el marxismo y el leninismo clásicos y que llevó a todos los desaciertos del “socialismo realmente existente” que condujo a la disolución de la Unión Soviética, que había sido el resultado de muchos esfuerzos y sacrificios humanos en la primera revolución proletaria

<sup>11</sup> TIGAR, Michael y LEVI, Madeleine. *El derecho y el ascenso del capitalismo*. México, Siglo XXI, 1977, p. 14.

<sup>12</sup> DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Barcelona, Paidós, 1987, p. 18.

trunfante<sup>13</sup>; y que, a pesar de todo, permitió el desarrollo de una poderosa masa de fuerzas productivas que ahora el capitalismo mundial quiere integrar a su seno? O, tal vez sea mejor, no dar tanto rodeo e ¡idear acciones anárquicas, levantamientos, asonadas y demás actividades que conlleven a la abolición del Estado para instaurar un modo social de vida completamente ácrata como propuso el comunismo utópico anarquista ruso-germano, no romántico como el clásico anglo-francés de Owen, Saint Simón y Fourier? O ¿Continuar con todas las respuestas reformistas del liberalismo clásico o del social-demócrata de la actualidad que domina en todas las esferas y, muy especialmente, en las esferas académica de las principales potencias económicas del mundo, como en las universidades de Harvard o la London School, con toda sus figuras señeras, que constituyen los círculos más encumbrados de la llamada sociedad del conocimiento mundial?

Y no mencionamos como tendencias aparte al mussolinismo, al hitlerismo, al franquismo y al estalinismo porque, quiérase o no, esos autoritarismos son la expresión extrema del sistema democrático burgués que en épocas de crisis le entrega el poder del estado que detenta, a los grupos que lo representan, aunque con aparentes y contrarias ideologías y, que en su rol transitorio asumen el poder del Estado para tratar de limitar el supuesto exceso de libertad de la llamada “sociedad civil” como sucedió con la burguesía mundial en la época de la primera postguerra para que el llamado “nacionalsocialismo” ascendiera al poder y controlara la situación ante la amenaza generalizada de una revolución socialista en Europa; amén del análisis psicoanalítico que Freud hace del yo masificado.

Las respuestas a estas preguntas, que parten todas del supuesto teórico de que el capitalismo como formación económica puede y debe ser superado o al menos mejorado, hay que buscarlas en las luchas practicas directas e indirectas que se dan en el terreno de los directamente implicados en la marginalidad de la alienación social. Por eso, y aún sin deslindar claramente los derechos humanos

<sup>13</sup> LENÍN, V. *El marxismo y el Estado*. Moscú: Editorial Progreso s.f., pp. 5 y ss.

con los que la burguesía clásica derrotó el feudalismo, de los derechos humanos históricamente necesarios para derrotar el capitalismo, se hace necesario que el derecho comprometido socialmente con el proletariado como la nueva clase emancipadora de la sociedad, piense como puede accionar litigiosamente en su favor; y, lo mismo tendrá que hacer toda practica que se quiera históricamente comprometer con ella, pues, ella y solo ella puede ser la vanguardia de la nueva revolución histórica hacia una nueva formación económica social, muy a pesar de los críticos del supuesto economicismo de Marx, ya que el proletariado es una fuerza histórica que va más allá de la sociología de los pueblos y de la composición y del comportamiento humano de personas, de culturas y de naciones; él es, conceptualmente, la potencia histórica por antonomasia que, a nivel lógico, es una virtualidad que, en algún momento, puede coincidir con su expresión práctica y actualizarse en tales o cuales hombres proletarios conscientes que, además de trabajar, actúan políticamente y participan colectivamente en la toma de decisiones sobre el camino revolucionario a seguir; pues, las revoluciones políticas que pueden conducir a revoluciones históricas, no son producto del azar sino de la necesidad, de la acción consciente de los hombres en ciertos momentos precisos e históricamente determinados por el grado de desarrollo de las fuerzas productivas.

Sea ese compromiso condicional o incondicional, minimalista o maximalista, radical o progresista, que ha determinado todas las tendencias filosófico-políticas y filosófico-jurídicas de la actualidad; todas ellas, política e históricamente, igualmente válidas. Lo cual se evidencia en posturas por la desobediencia civil, la soberanía de los pueblos, el boicot comercial, la defensa de la seguridad alimentaria, el derecho como equidad, los tribunales morales de los pueblos, el derecho a la huelga y a la libre asociación, etcétera.

Sin embargo, queremos hacer una reflexión a partir de la convicción de que si Hegel aportó a la humanidad la dialéctica como el método racional que es el núcleo de su filosofía; entonces, también, Marx aportó su lógica del análisis económico de la realidad productiva que ocultaba formas aparentes como el salario, y que lo llevó a descubrir la verdadera causalidad lógico-económica que subyacía en el trabajo no remunerado de este concepto que, expresaba en su conversión valorativa, la plusvalía que se transfiguraba, a su

vez, en ganancia obtenida, aparentemente, en la esfera de la circulación de las mercancías, cuando en realidad, la plusvalía y el capital se producen y se reproducen en la esfera de la producción.

Queremos, igualmente, que esta reflexión nos sirva de punto de apoyo, no tanto para refutar sino para confrontar y continuar la discusión, que en el ámbito cumulativo de las disciplinas del saber es incesante e inevitable.

Se parte del supuesto de que se valida como científico o, al menos, como acertado en la historia, que sí se aplican los mismos principios y métodos de análisis que se aplican en el estudio de la revolución burguesa, junto con todo su acervo ideológico, jurídico y político, mientras duró su ascenso al poder en la era revolucionaria moderna, entonces, se estaría legitimando la lucha de nuestra época como revolucionariamente émula de aquella y, por tanto, igualmente válida e igualmente buena, etcétera, etcétera<sup>14</sup>.

La reflexión problémica que hay que contrastar es la formulada con insistencia por el materialismo histórico de que con la siguiente, nueva o última revolución histórica de la sociedad liderada por el proletariado, de acuerdo con la lógica actual y/o virtual de la realidad histórica-económica que la determina, se termina la prehistoria de la sociedad o sea la historia de la lucha de clases; es decir, que se habrá resuelto la contradicción, en la que estamos, entre las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción, que son relaciones jurídicas emanadas de las relaciones de propiedad<sup>15</sup>. Es decir, que ni el objetivo, ni los sujetos son los mismos que en aquella. Y, por lo tanto, la forma tampoco podrá ser la misma.

Cuando se postula la transición de la dominación de clases con un partido organizado y con un ejército en armas para construir un Estado socialista, como sucedió en Rusia y que sigue siendo el ideal político de los marxistas

---

<sup>14</sup> TIGAR, *op. cit.*, pp. 14, 295.

<sup>15</sup> MARX. *Contribución a la crítica de la economía política*, *op. cit.*, p. 11.

revolucionarios ¿No será esta aspiración más bien una salida política que no fue pensada con detenimiento, justamente, por la obsesiva confrontación de Marx y Engels con los utópicos y con el liberalismo; tanto con el utopismo romántico de los falansterios como con el utopismo anárquico del comunalismo, y con el igualitarismo republicanista; tal y como, también, Sócrates y Platón se confrontaron con la sofística griega, con la pasión ética de quien cree estar obligado, justificada o injustificadamente, a evitar una desorientación que lleve a alguna calamidad irreparable? Y, consiguientemente, ¿No será más bien, que buscarle una salida jurídico y político-militar a un período histórico revolucionario con el modelo de otro período histórico completamente diferente, formal y sustancialmente, lo que refleja es una cierta adhesión involuntaria e/o inconsciente a dicho modelo; en este caso, al liberalismo filosófico y político, por la fuerza de las circunstancias históricas del contexto en que vivieron, en plena época de la consolidación del poder burgués, limitadoras y obnubiladoras del entendimiento ante su avasallamiento, y que los llevó a concebir que la única salida buena, posible o “científica” para la nueva revolución, era la confrontación político militar que se había aprendido de las revoluciones del siglo XVIII para alcanzar la toma del poder, para hacerse con el Estado y desprenderse del dominio imperante de la clase dominante, como sucedió, definitivamente, con la burguesía respecto del señorío feudal; y, que por eso, no vieron los dos adalides del proletariado en el terreno político, más que al Estado como problema y al mismo Estado como solución, es decir, que la pasión les obnubiló la razón; y, entraron en franca contradicción con su propio postulado económico como la base de la materialidad social y, que tendría que haber sido llevado hasta las últimas consecuencias para encontrar una salida coherente e innovadora a la problemática social para no quedar atrapados en los epistemes de la modernidad<sup>16</sup>; sobre todo en el episteme lógico de la antítesis simple del “anti Estado burgués”, pues, la lógica verdaderamente productiva es la dialéctica de la síntesis a partir de antítesis complejas, que permite comprender la transformación transobjetiva de la realidad, es decir, que podemos comprender la dialéctica como una lógica dialéctica generativa.

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. México, Siglo XXI, 1987, pp. 78 y ss.

Por eso, y sin caer en utopías de nuevo cuño, ¿no será allí, en la materialidad económica donde hay que buscar la clave revolucionaria activa de esta época y no en la práctica política de la expropiación del Estado burgués por parte del proletariado, pues, al fin y al cabo, este no es más que el resultado de aquella; y, que al revolucionarizarla, necesariamente, se revoluciona este; quizás, disolviéndose hasta extinguirse más que aboliéndose bruscamente o “transicionándose” lentamente y, obviando la necesidad de esperar a que haya más “crisis” económicas para poder actuar, sólo motivados por entusiastas preludios?

Lo cual, no quiere decir, que se trate de posibilitar la defensa a ultranza de la eternización del Estado como si fuera algo natural y no artificial como se ha dicho, pues, aquí es donde es importante el sesgo crítico de la teoría de la ideología, en el sentido de tergiversación de la realidad con el fin de defender lo indefendible como pretenden los ideólogos modernos hacer con la inevitable desaparición histórica del capitalismo, que será, también, de manera artificial, pues, la artificialidad es la verdadera impronta de la naturaleza humana; pero, tampoco se trata de la destrucción irresponsable del Estado, de las instituciones, del derecho y de otras prácticas sociales como pretende, también, otro tipo de ideólogos modernos, tan ilusionados como aquellos.

Es decir, que el marxismo y el leninismo continuaron presos de la estrategia de poder con que el liberalismo construyó el Estado moderno, y, que más que un instrumento revolucionario para la futura sociedad, se vuelve más bien un instrumento retardatario, empantanado y confuso; pues, de lo que se trata ahora es de construir una sociedad sin clases y, obviamente, esta se construye materialistamente desde la infraestructura económica que al revolucionarizarse arrastrará consigo la disolución necesaria de toda la superestructura que tantos dolores de cabeza, no solo jurídicos y políticos ha causado y sigue causando y, que así como no poseen una historia propia, tampoco, sus extinciones lo serán por sí mismos, sino por los resultados de una acción social de conjunto en una dinámica mundial.

Hubo pues un trastrocamiento de valores en el marxismo y el leninismo clásicos, entre el convencimiento científico económico y la alternativa política

de sesgo ideológico liberal, a la hora de tomar decisiones prácticas para la transformación histórico-necesaria de esta moderna y ya vieja sociedad. Y, este pareciera ser el núcleo racional de la teoría histórico materialista de Marx que puede posibilitar una nueva crítica a la filosofía en la historia; faltando por ver qué pueden decirle a los nuevos filósofos, los economistas, los políticos los juristas y todos aquellos que se crean con derecho de filiación a este loable proyecto que hay que construir desde una estrategia histórico mundial que lógicamente vaya de lo particular a lo general y viceversa; pues, es en este terreno donde es posible materialmente y metódicamente, acontecimentalmente y cognoscitivamente, que se produzca la Historia como realidad y como episteme, como universalidad concreta. Es decir, todo aquel que se comprometa en un proceso histórico de desalienación económica y cultural real, conscientes de que a pesar de los logros de la humanidad en el periodo histórico del capitalismo, esta se merece algo mejor, pues, según el epígrafe de Goethe, “todo lo bueno merece perecer”.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, Louis. *La filosofía como arma de la revolución*. México, Siglo XXI, 1983
- DELEUZE, G. *Foucault*. Barcelona: Paidós, 1987.
- ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Cali, Editorial Horizonte, 1979
- FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. México, Siglo XXI, 1987
- \_\_\_\_\_. *Vigilar y castigar*. Bogotá, Siglo XXI, 1990.
- FREUD, Sigmund. “El malestar en la cultura”. En: *Obras completas*, tomo VII, Buenos Aires Biblioteca Nueva, 1979.
- \_\_\_\_\_. “Tótem y Tabú”. En: *Obras completas*, tomo IV, Buenos Aires, Biblioteca Nueva, 1979.
- HEGEL, G.W.F. *Fenomenología del espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1974.

LENÍN, V. *El marxismo y el Estado*. Moscú, Editorial Progreso, s.f.

MARX, Carlos. *El Capital*. Tomo I, México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

\_\_\_\_\_. *Contribución a la crítica de la economía política*. Medellín, La Oveja Negra, 1975.

\_\_\_\_\_. *Introducción general a la crítica de la economía política*. México, Editorial Cuadernos de Pasado y Presente, siglo XXI, 1984.

\_\_\_\_\_. *La ideología alemana*. Montevideo, Edición Pueblos Unidos, 1973.

\_\_\_\_\_. *La Sagrada Familia*. Bogotá, Editorial Pluma, 1980.

\_\_\_\_\_. *Manuscritos económico filosóficos de 1844*. Bogotá: Edición Génesis, s.f.

MARX, Karl y ENGELS, Federico. *La sagrada familia*. Bogotá: Editorial Pluma, 1980.

POPPER, Karl. *La miseria del historicismo*. Madrid, Alianza Editorial, 1973.

TIGAR, Michael y LEVI, Madeleine. *El Derecho y el ascenso del capitalismo*. México, Siglo XXI, 1977.

# ***Justicia de Víctimas como Política de la memoria***

**JAVIER FERREIRA OSPINO\***

*Universidad del Atlántico  
Barranquilla (Atlántico)*

## **JUSTICIA DE VÍCTIMAS COMO POLÍTICA DE LA MEMORIA**

El significado del texto no está detrás del texto, sino enfrente de él, no es algo oculto, sino algo develado. Lo que tiene que ser entendido no es la situación inicial del discurso, sino lo que apunta hacia un mundo posible, gracias a la referencia no aparente del texto<sup>1</sup>.

El soporte de una teoría de la justicia de la víctimas, requiere de la comprensión del fenómeno social, político y jurídico que busca la significación

---

\* Filósofo. Magíster en Investigación Social. Magíster en Hermenéutica Jurídica. Doctorante en Sociología, Jurídica e Instituciones Políticas. Grupo de Investigación Cronotopías, Universidad del Atlántico.

<sup>1</sup> RICOEUR, Paul. *Teoría de la interpretación: discurso y excedente de sentido*. México, Siglo XXI Editores, 2006, p. 100

de las estructuras simbólicas y lingüísticas de las víctimas. Por tal razón, este soporte debe señalar la importancia de los parámetros de significación de lo real, referenciado a la relación memoria-justicia de víctimas.

Para el entendimiento de una teoría de la justicia de las víctimas requerimos de un parámetro de interpretación que situamos en el modelo hermenéutica de Paul Ricoeur. En su modelo, se advierte que la noción de texto concilia la clásica discusión en la tradición hermenéutica entre explicar e interpretar, a partir de lo que denomina: teoría del texto. Esta discusión parte de los antecedentes en la hermenéutica contemporánea en las figuras de Schleiermacher –comprender al autor mejor de lo que el mismo se comprendió–, Dilthey –nexo de la historia–, Heidegger –el ser en el mundo– y Gadamer –la distanciamiento alienante–.

## **ANTECEDENTES DE LAS CONTEMPORÁNEAS TEORÍAS DE LA HERMENÉUTICA**

Tal como lo sugiere Grodin y Ricoeur, fuera de otros paradigmas de la hermenéutica como San Agustín, que alude a la interpretación de textos religiosos, ambos coinciden en señalar la figura de Schleiermacher, bajo el estereotipo de hermenéutica romántica. su estructura filosófica busca superar las falencias presentadas por que las primeras acciones de la interpretación se estancaron independientemente en los discursos religiosos políticos y jurídicos, y por que contenían una serie de enunciados que distaban de la práctica y que no permitían su sistematización, su romanticismo reside “en su búsqueda de una relación viva con el proceso creador”<sup>2</sup>, en donde la tarea se encuentra en la comprensión total del autor del texto, más allá de lo que este último se entendió.

Schleiermacher, propuso la interpretación gramatical, centrando su atención en el carácter objetivo del discurso para distinguir la forma lingüística

---

<sup>2</sup> RUIZ DE AZÚA, Javier. *De Heidegger a Habermas*. Barcelona, Herder, 1992, p. 88.

por fuera del autor, y a la vez de manera contraria, mostrar el carácter psicológico de la interpretación –la figura del escritor–. Esta confrontación entre lo gramatical y lo psicológico cuestiona la intención del intérprete, ya sea por un lado el olvido del autor, y por otro lado la comprensión del autor. “La dificultad de distinguir ambas hermenéuticas se complica con la superposición al primer par de opuestos (gramatical-técnico) del segundo par (adivinación-comparación)”<sup>3</sup>. Este antecedente denota como el entendimiento se funda en el discurso lo que requiere necesariamente que un nivel más intrincado de la hermenéutica, “si el comprender significa entenderse unos con otros, la comprensión en su origen es propiamente un acuerdo”<sup>4</sup>.

En este escenario la interpretación debe buscar superar el malentendido generado por la no comprensión, que a su vez, es el punto nodal del desacuerdo. De allí, que la tarea de la hermenéutica sea el restablecimiento del discurso al mundo al que pertenece, solo así se obtiene el verdadero significado del discurso blindándolo contra el supuesto mal entendimiento y los falsos juicios elaborados como absurda actualización de quien suponemos interpreta. La comprensión persigue que se presente sin distorsión una repetición de la producción mental originaria para lo que se indican unas particulares reglas de comprensión válidas.

Con Dilthey, la hermenéutica pasa de la limitada idea de la comprensión del texto escrito y pasa al análisis de la comprensión histórico –la conexión de la historia en el proceso de interpretación–. La comprensión de la historia “lleva a establecer la oposición entre explicación de la naturaleza y comprensión del espíritu”<sup>5</sup>, dado que, la hermenéutica debe dar cuenta tanto de la experiencia del individuo como el conocimiento histórico que este tiene antes del texto. Entonces, se esta presencia de una hermenéutica universal, en la que se entre lazan la individualidad del intérprete y del autor. La misión de la hermenéutica

<sup>3</sup> Ibid., p. 89.

<sup>4</sup> ALFLEN DA SILVA, Kelly. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá, Temis, 2006, p. 14. RUIZ DE AZÚA, Javier, *op. cit.*, p. 89.

<sup>5</sup> Ibid., p. 89.

para Dilthey está en comprender, que no es más que entender lo expresado, dado que en lo expresado está presente en la expresión y es comprendido cuando es entendido. Pese a ello, piensa que el principal problema de la comprensión es la asimilación del contexto de historia.

En el caso de Heidegger, la hermenéutica trasciende desde la forma de técnica psicológica, a una despsicologización de la interpretación en los siguientes términos: “el análisis de la subjetividad (o del ser ahí) como ser de la realidad”<sup>6</sup>. Para dar cuenta de la realidad la filosofía haideggeriana se orienta por dar cuenta de la realidad, del presente, y en encuentra en este, al ser instalado en ella. De ahí, que lo que se manifiesta en el presente, es un ser que lo vive, que tiene la experiencia del presente, que es una experiencia única y que no es susceptible de repetir. El ser, es un ser en el mundo de la vida, que descubre en un momento, en un instante de tiempo. En este sentido, el acto de conocer se reduce a una determinación contemplativa en la que se relaciona en un espacio temporal –el presente– las cosas que cuentan al ser a la vista. Es decir que el conocimiento se logra cuando se reduce los horizontes espacio temporales para dar cuenta del ente percibido.

La interpretación se da en el encuentro de la precomprensión y el ser, que un tiempo se enfrenta a una realidad. “hay que sacar a la luz y comprender genuinamente el tiempo como horizonte de toda comprensión y de toda interpretación del ser. Necesitamos explicitar originariamente el tiempo como horizonte de comprensión del ser desde la temporalidad como ser del ser ahí que comprende el ser”<sup>7</sup>. Es una hermenéutica que da cuenta del ser en el mundo, y da lugar a la comprensión, como espacio creador de significaciones. La interpretación es finalmente una exegesis de cosas en la que se muestra, se hace ver lo que se manifiesta al ser. Lo que hace esencial la relación interpretar-comprender es la situación de posibilidad del ser instalado en el mundo.

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 62.

<sup>7</sup> Ibid., p. 69.

En realidad, el hecho de que –el estar ahí– tenga siempre frente a sí dos caminos, encubrir o descubrir, velar y desvelar, solo quiere decir que él se encuentra siempre en la verdad y en la no verdad, esto hace parte de la constitución ontológica del estar-ahí, que se caracteriza como proyecto que está planeado, porque la verdad de la existencia es la comprensión más original y más propia que pueda alcanzar el poder-ser del estar-ahí<sup>8</sup>.

Finalmente, en el caso de Hans George Gadamer, defiende la idea de que en los procesos de interpretación, no se debe eliminar la figura del prejuicio, sino que este hace parte del proceso de comprensión, a lo que llama la liberación del prejuicio del prejuicio. En la definición de autoridad amplía este concepto en los siguientes términos: “la autoridad de una persona no se funda en un acto de sumisión y de abdicación de la razón, sino en un acto de aceptación y reconocimiento por el que conocemos y reconocemos que el otro nos es superior en juicio y apreciación”<sup>9</sup>. Con ello logra envolver los conceptos de prejuicio, autoridad y tradición, para potenciar la idea de conciencia histórica, y así, poner en situación dos polos ya enfrentados: la autoridad y la crítica.

Aludiendo al hecho del comprender y el interpretar, Gadamer encuentra que ambos están inmersos en la experiencia humana, y que esta relación permite en el ser la anticipación a la perfección como presupuesto del conocimiento. Las condiciones que hacen posible la comprensión son en su orden: la distancia temporal –descubrimiento de las condiciones en la que se comprende–, determinación de la experiencia –significación de los acontecimientos–, y la fusión de horizontes –identificación de las cosas con la idea de mundo–.

## **LA HERMENÉUTICA COMO RECONSTRUCCIÓN DEL SENTIDO EN PAUL RICOEUR**

La posición de Ricoeur, ayuda a dar luces y a fijar una postura a la relación excluyente entre interpretar y explicar, como se observó en los anteriores

<sup>8</sup> ALFLEN DA SILVA, Kelly, *op. cit.*, p. 44.

<sup>9</sup> RUIZ DE AZÚA, Javier, *op. cit.*, p. 103.

antecedentes, para ellos fija una postura intermedia que concilia ambos polos, por medio de la noción de texto que sustenta bajo los siguientes supuestos:

Primero, en el discurso oral subyacen elementos primitivos que dan lugar al distanciamiento. Esto no es más, que la dicotomía entre el decir y lo dicho, que provoca una confusión entre los actos de habla.

Segundo, “el discurso oral no consta de una simple oración o acto de habla, sino de una secuencia de ellas que están internamente organizadas, de modo que el discurso es siempre una obra”<sup>10</sup>. Los discursos orales presentan el problema en la interpretación porque tergiversa el significado de las cosas en el mudo real.

Tercero, el discurso oral desvía la atención en la significación por que pone de presente en la mayoría de los casos una no coincidencia entre lo que significa el texto, y lo que el autor ha querido decir –conocido también como dilema entre la significación verbal y la significación psicológica–. Tal como lo sostiene Ricoeur, la hermenéutica es una interpretación orientada hacia el texto, “y los textos son, entre otras cosas, instancias de lenguaje escrito, por lo que no es posible ninguna teoría de la interpretación que no llegue a enfrentar el problema de la escritura”<sup>11</sup>. Y para franquear el debate sobre la incidencia de la oralidad en la interpretación, advierte que, el paso del habla a la escritura es admisible por las condiciones de posibilidad que sostiene el discurso hermenéutico en tanto en el acto de entender o la comprensión, y la explicación.

Cuarto, “la escritura libera el discurso de la referencia inmediata a un mundo común presupuesto por el dialogo y lo abre a un mundo propio, el mundo de la obra, que constituye la problemática decisiva de la hermenéutica”<sup>12</sup>. Esta referencia indica la necesidad de establecer mejores parámetros de encauzar la realidad éntrelos interlocutores, que visto desde el texto limita al lector a abordar el escenario de mundo que el escritor ofrece.

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 107.

<sup>11</sup> RICOEUR, Paul. *Teoría de la interpretación: discurso y excedente de sentido*, p. 38

<sup>12</sup> RUIZ DE AZÚA, Javier, *op. cit.*, p. 109.

Estos cuatro aspectos conllevan a concluir en términos de Ricoeur,

*“... que la interpretación se realiza originariamente, no en la relación dialogal, que es una relación demasiado limitada para abarcar todo el campo de la interpretación, sino en el seno de una tradición histórica que la engloba. El medio para la interpretación de esta tradición histórica es la consideración del texto y de todos los documentos y monumentos que comparten el texto escrito el rasgo fundamental de que le sentido incluido en ellos mismos se ha hecho autónomo respecto de la intención del autor, de la situación inicial del discurso y de su destinatario original”<sup>13</sup>.*

## MEMORIA Y REMINISCENCIA: HISTORIA Y OLVIDO

Después de examinar en detalle los fundamentos de la contemporánea teoría hermenéutica, se relaciona la manera como se interpreta el presente para relacionarlo con la demente manifestación de su negación –el ocultamiento de la memoria–.

Inicialmente, en alusión a la semántica, Ricoeur, afirma que el mito como relato establecido como forma de manipulación y poder, debe ser subordinado al símbolo, ya que “el mito es una forma de relato: narra los acontecimientos del comienzo y el fin en un tiempo fundamental –“en aquellos días”– este tiempo de referencia añade una dimensión suplementaria a la historicidad de la que está cargado el sentido simbólico... por otra parte, el vínculo del mito con el rito y con el conjunto de las instituciones de una sociedad particular lo inserta en una trama social y enmascara, en cierta medida, el potencial temporal de los símbolos que pone en juego”<sup>14</sup>. Lo que advierte que la evocación al pasado esta cargada de representaciones que distan del presente y que son objeto de reproducción de imaginarios que son aprovechados por las formas de poder que manipulan el recuerdo presente. Pero el recuerdo como forma de presente es menos simple que el mito como relato.

<sup>13</sup> Ibid., p. 115

<sup>14</sup> RICOEUR, Paul. *El conflicto de las interpretaciones*. México: FCE, 2003, p. 32.

Ricoeur, en su tratado sobre la memoria, la historia y el olvido, nos ilustra sobre el dilema de las dos preguntas fundamentales: ¿de qué hay recuerdo?, y ¿de quién es la memoria?. A lo que sugiere revisar el entramado fenomenológico que encierra el interrogante para develar el carácter singular de la persona frente a la aspiración colectiva de recuerdo. Un acercamiento a estos planteamientos conducen a un traslado del ser al sendero del pasado en el que solo guía el recuerdo, y el protagonista es la memoria. De allí que la alusión al hecho de que acordarse sea estar en presencia de un recuerdo o ir en su búsqueda.

No obstante, a la memoria se le impone la difícil pretensión de dar cuenta en detalle de los eventos ocurridos en el pasado –tarea por demás imposible– desestimando que la autentica función de la memoria, consiste en la significación de algo ocurrido antes que nos acordáramos de ello –de ahí la afirmación de que el recuerdo es un evento único ocurrido en el pasado–. Tal como lo indica el pensamiento de Ricoeur, solo el testimonio constituye la estructura fundamental de la transición de la memoria y la historia.

Una política de a favor de la memoria ha detener en cuenta estos elementos si su pretensión es hacer justicia. Para ello, retoma los anteriores conceptos y establece el binomio memoria como recuerdo; uniendo del primero su capacidad y efectución, y del segundo como un acontecimiento singular no repetible. Con ellos se da paso a un nuevo camino de reivindicación del pasado por que se reviven las situaciones memorables –aunque sean trágicas, dolorosas, traumáticas– los acontecimientos revisten ahora el estatuto de hecho –dejando de ser una mera generalidad abstracta–.

El planteamiento de una política particular que reivindique la memoria se sostiene bajo la metáfora del instrumento musical, como eje del pasado, y a la vez presente continuo en los siguientes términos: al tocarlo lo oiga como un presente, pero cuando sigue resonando posee un presente siempre nuevo, de modo que el presente siempre precedente se convierte en un pasado. Es decir que la evocación de algo en el presente tiene vigencia en la medida que podemos reconstruir el pasado. Reconstrucción que es en sí, una mera descripción inicial, pero fundamenta el hecho de retener algo que

es propenso por el evento, a ser olvidado, o lanzado a un estado de negación. Con todo lo anterior se hace necesario reivindicar la memoria en el presente “para evocar el pasado en forma de imágenes, hay que poder abstraerse de la acción del presente, hay que saber otorgar valor a lo inútil, hay que querer soñar”<sup>15</sup> y de esto sí que conocen las víctimas.

Una teoría de la justicia que reivindique la memoria no favorece las reconstrucciones de la memoria impedida, ni de la memoria manipulada, por en ellas se esconde los estados de negación del pasado que fractura los proyectos de estado y sociedad. En cambio favorece, en un nivel ético y político la memoria obligada como exigencia y deber moral en una sociedad. Una memoria obligada se relaciona con la justicia debido a relación incluyente de uno y otro, en los siguientes términos: si la justicia de forma integral asume al otro como alteridad, y la memoria de dar cuenta efectiva del pasado, entonces el deber de memoria es el deber de hacer justicia mediante el recuerdo, a otro distinto de si, tal como lo afirmaba Aristóteles.

Un deber de memoria rebasa las consideraciones materiales de hacer justicia a las víctimas, porque nos impone la tarea de no olvidar, de no negar el pasado, “el deber de la memoria, no se limita a guardar la huella material, escrituraria u otra, de los hechos pasados, sino que cultiva el sentimiento de estar obligados respecto a estos otros de los que afirmaremos más tarde que ya no están, pero que estuvieron. Pagar la deuda diremos, pero también someter la herencia a inventario”<sup>16</sup>.

Al respecto sobre el carácter de hacer de hacer memoria obligada en el presente, Manuel Reyes ha referido lo siguiente: un modelo como recuerdo y una experiencia pasa de ser una preocupación de las mayorías bien pensantes sobre las minorías amenazadas, para convertirse en un problema de todo el mundo. Aunque todos tenemos que ver con la intolerancia cuando se nos

<sup>15</sup> RICOEUR, Paul. *La memoria, la historia y el olvido*. Barcelona, Trotta, 2010, p. 48.

<sup>16</sup> RICOEUR, Paúl. *La memoria, la historia y el olvido*, p. 121.

interroga quien padece la intolerancia entonces sufrimos de amnesia<sup>17</sup>. El deber de memoria como deber de justicia, da una prioridad moral, que reivindica al otro –la víctima–, sobre el cual existe una deuda.

## MEMORIA Y TRAUMA

Sobre el tema de la relación que establece entre el trauma y las víctimas, las consideraciones anteriores y el paradigma que defiende la puesta en marcha de una teoría de la justicia de las víctimas, habría que advertir una serie de supuesto finales para dar mayor precisión a los argumentos hasta ahora expuesto y que configuran todo el escenario de la política de memoria.

Lo primero que hay que señalar, es que pese a lo cotidianamente se conoce de manera popular, como trauma, es algo más complejo que tiene que ver con las condiciones de posibilidad que hacen que una persona gocé de esos que los psicólogos llaman calidad de vida a escala humana. El tema del trauma esta directamente relacionado con la idea recuperación. De forma errónea nuestra sociedad a validado la idea de que los eventos fatales, funestos, trágicos por mínimo o grave que sean deben ser necesariamente olvidados, como si esta forma de negación potenciara en la víctima su recuperación y superación del hecho. Pero esto no resulta del todo cierto, ya que los estados de negación no hacen más que hacer visible el dolor, el resentimiento y las heridas que no cicatrizan.

Al respecto la aspiración de una teoría de la justicia de las víctimas, es potenciar la restauración social de las víctimas, de manera que la memoria como deber de recuerdo se constituya como parámetro de reparación. El olvido, tal como se ha venido afirmando, esconde el enmascaramiento del delito, del agresor, del hecho que al quedar impune describe la injusticia. En nuestra sociedad la impunidad se disfraza bajo el eslogan casi inconsciente de indicarles a las víctimas que se olviden el hecho –es decir que lo nieguen– que sigan con sus vidas sus vidas – es decir impunidad–.

<sup>17</sup> REYES MATE, Manuel. *Heidegger y el judaísmo*. Barcelona, Anthropos, 1998, p. 135.

Una verdadera responsabilidad frente al daño, frente a la injusticia da cuenta de nuestra responsabilidad colectiva como sociedad, da cuenta un verdadero compromiso de la sociedad de cara a las víctimas, para ello establece forma de reivindicación de la víctima, responsabilidad, atención y valoración de su rol en la comunidad. Se requiere hacerles entender a las víctimas que para todos en general su tragedia es importante, que estamos en condición de escucharlos para comprenderlos y así, hacer de su trauma una experiencia de todos, bajo el deber de memoria colectiva de garantizar aunque sea moralmente la no repetición de los hechos que causaron el trauma.

El apoyo de las comunidad a las víctimas y el establecimiento de medidas legales que cobijen, por un lado, el respeto de los derechos a los injustamente tratados, y por otro lado, el reconocimiento de sanciones a los victimarios, asegura de manera mínima la aspiración a la superación del trauma de los directa e indirectamente involucrados.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. *Lo que queda de Auschwitz*. Valencia, Pre-textos, 2000.
- ALFLEN DA SILVA, Kelly. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá, Temis, 2006.
- ALFONSIN, Raúl. *Memoria política: transición a la democracia y derechos humanos*. Buenos Aires, FCE, 2004.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *Los derechos humanos como limite a la democracia*. Bogotá, Norma, 2008.
- \_\_\_\_\_. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis, 2005.
- ARENDRT, Hannah. *La condición humana*. Barcelona, Paidós, 1998.
- BOUZA-BREY, Luis. "El poder y los sistemas políticos". En: CAMINAL, Manuel. *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Tecnos
- CAMACHO GUIZADO, Álvaro. *Nuevas visiones sobre la violencia en Colombia*. Bogotá, FESCOL-IEPRI, 1997.

- CASTRO CAICEDO, Germán y otros. *Diccionario de términos del conflicto de la paz: para desarmar la palabra*. Bogotá, Planeta, 2005.
- CERON SAMBONI, Alexander. "A propósito de la justicia en la perspectiva de John Rawls". En: OBANDO CABEZA, Aristides. *Filosofía del derecho*. Popayán, Universidad del Cauca, 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia 15 de septiembre 2005.
- \_\_\_\_\_. Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia 11 de mayo de 2007.
- CORTÉS RODAS, Francisco. *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.
- DERRIDA, Jacques. *Canallas*. Barcelona, Trotta, 2003.
- D. D., Raphael. *Problemas de filosofía política*. Madrid, Alianza, 1996.
- FERREIRA OSPINO, Javier. *Prolegómenos a una teoría de la justicia de las víctimas*. Barranquilla, Educosta, 2010.
- \_\_\_\_\_. "Elementos de análisis para la comprensión de una teoría de la justicia como filosofía practica en Aristóteles". En: *Revista Jurídica CUC*, Barranquilla, Corporación Universitaria de la Costa - CUC, 2009.
- \_\_\_\_\_. "El papel de la justicia como lealtad ampliada en el mundo social". En: *III Congreso Unilibrista de Filosofía del Derecho*, Bogotá, Unilibre, 2008.
- LEVI, Primo. *Trilogía de Auschwitz*. Barcelona, Océano, 2005.
- MONTENEGRO, Armando y POSADA, Carlos. *La violencia en Colombia*. Bogotá, Alfaomega, 2001.
- OROZCO ABAD, Iván. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Temis, Bogotá, 2005.
- PIZARRO, Eduardo y VALENCIA, León. *Ley de justicia y paz*. Bogotá, Norma, 2009.
- REYES-MATE, Manuel. *La justicia de las víctimas: terrorismo, memoria y reconciliación*. Barcelona, Antrhopos, 2008.
- \_\_\_\_\_. *La razón de los vencidos*. Barcelona, Antrhopos, 2008.

---

\_\_\_\_\_. *El perdón virtud política: entorno a Primo Levi*. Barcelona, Anthopos, 2008.

RICOEUR, Paul. *Teoría de la interpretación: discurso y excedente de sentido*. México, Siglo XXI Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. *El conflicto de las interpretaciones*. México, FCE, 2003.

\_\_\_\_\_. *La memoria, la historia y el olvido*. Buenos Aires, FCE, 2000.

RODRIGUEZ MAZANERA, Luis. *Victimología*. México, Porrúa, 1988.

RUIZ DE AZÚA, Javier. *De Heidegger a Habermas*. Barcelona, Herder, 1992.



# ***La reconstrucción de la Institución Judicial desde lo instituyente***

**JULIÁN ANDRÉS DURÁN PUENTES\***

*Universidad Libre (Seccional Cali)*

*Cali (Valle)*

## **PRESENTACIÓN**

Las instituciones gravitan en torno a dos fuerzas que les crean y les destruyen: lo instituido y lo instituyente. El artículo busca establecer, desde una filosofía de las instituciones, como estas dos fuerzas afectan a la institución judicial.

En una hermosa compilación publicada en 1967, Ronald Dworkin define a la filosofía del derecho como una disciplina que tiene por objeto “el tratar los problemas filosóficos suscitados por la existencia y la práctica de las leyes”<sup>1</sup>.

---

\* Abogado y Especialista en Derecho penal de la Universidad Santiago de Cali. Licenciado y Magister en Filosofía de la Universidad del Valle. Pasante académico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en san José de Costa Rica, en el año 2005.

<sup>1</sup> DWORKIN, R. (comp.). *Filosofía del Derecho*. FCE, 1980, p. 7.

Dicha definición deja en claro dos cuestiones: la primera, que la filosofía debe estar más interesada por las prácticas judiciales que por los problemas abstractos del derecho, y la segunda, que la historia de la filosofía del derecho es mucho más corta de lo que todos pensamos, dado que resulta muy pertinente diferenciar, entre las filosofías de la justicia y la reflexión sobre las prácticas judiciales y la vida social y política de una comunidad. Dichos problemas, generados por la forma en que el derecho es agenciado a nivel de las prácticas, conlleva necesariamente a una revisión de lo epistemológico, en lo que respecta a la forma en que asumimos dichos problemas y buscamos su solución. Lo anterior, puede ser explicado de manera más sencilla: se trata de determinar en esta ponencia, si las filosofías tradicionales del derecho, están lo suficientemente dotadas desde el punto de vista conceptual y bien ubicadas desde del punto de vista metodológico, para comprender estos fenómenos y ofrecer posibles soluciones. Para dar respuesta a este interrogante buscaremos examinar de qué manera las corrientes de pensamiento han explicado los problemas del derecho y cómo es quizás una filosofía de las instituciones el paradigma epistemológico desde el cual estos deben ser debidamente explicados y tratados.

## **EL DERECHO: ENTRE EL NORMATIVISMO, EL DECISIONISMO Y EL INSTITUCIONALISMO**

La relación entre *nomos* y *ethos* ha sido abordada desde una discusión mucho más amplia, y al mismo tiempo estructural, en la filosofía del derecho. Este debate está representado por tres formas de pensar la construcción y la misión histórica y social del mismo. La primera, la del normativismo kelseniano. La segunda, la del decisionismo de Carl Schmitt y la tercera, la del institucionalismo de personajes como Santi Romano. La tres representan, a su vez, tres maneras de comprender el derecho: como normas, como decisión y como ordenamiento.

La primera forma de leer el derecho, como sistema de pensamiento, es a través del normativismo de Hans Kelsen. Para esta perspectiva, el ordenamiento jurídico tiene en la norma su sí mismo, y con ello, la entidad del derecho surge

en una perspectiva trascendental en la cual no es posible fundarle sino desde la pureza de su misma naturaleza. El derecho se auto comprende y se valida a sí mismo a través de sus propios fundamentos. Un sistema de validación vertical, muy frecuente en la biología y en la antropología de jerarquías del siglo XIX permite, según Kelsen, comprender la forma en que las normas pueden quedarse o ser desplazadas en el ordenamiento jurídico, es decir, ser obedecidas o desconocidas por los asociados. De esta forma, la validez es un criterio puramente formal, y la legitimidad del sistema jurídico deriva de la conservación de una Ley fundamental que participa como enunciado tautológico sin el cual el sistema jurídico no puede subsistir.

En conclusión, lo instituido no permite nada jurídico antes del derecho, o por fuera del derecho, es decir, del sistema normativo producido por el legislador, siendo el ordenamiento jurídico fuente de sí mismo.

La segunda lectura, la ofrece Schmitt, para quien el derecho no puede derivar su legitimidad de la existencia puramente normativa, es decir, sin la decisión de hacerle derecho al interior del sistema social. El derecho surge cuando es adoptado como decisión para la emergencia del conflicto y su legitimidad depende del grado de consistencia política de quien toma esta. Es en el mismo momento en que el juez –o el líder– toma la decisión en donde el derecho nace como fruto, no de la deliberación social o de la trascendencia normativa, sino de la voluntad soberana de que así sea. No hay así, entonces, posibilidades reduccionistas sino todo lo contrario: el derecho es visto como el resultado de la recuperación de la soberanía popular al interior de un sistema de normas muertas que no tiene defensor alguno. Sin embargo, es bueno recordar que esta soberanía siempre resulta atrapada por una elite o un caudillo que termina decidiendo por todos sobre lo jurídico y lo no jurídico.

La tercera forma, fue fundada por Santi Romano y se denominó institucionalismo. Contrario a lo que opinan Kelsen y Schmitt, el sistema jurídico no obtiene su validez o su legitimidad de la voluntad del soberano o de la pureza del sistema normativo. Son las instituciones la forma en que el sistema jurídico funda el derecho y transforma en reglas los deseos del

instituyente, que es en últimas, aquel de donde fluye el imaginario histórico-social para la creación de las instituciones. La sociedad, es en sí misma, una institución que crea instituciones secundarias (Romano; Castoriadis) en las cuales esta deposita su fuerza creativa. La sociedad es un instituyente, y de esta forma, el derecho como una construcción histórica-social, no escapa al poder de creación social. Romano, lo dice de la siguiente manera:

El orden social que es puesto por el derecho no es el que viene dado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que se originen; aquel no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que el derecho antes de ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como comunidad, como ente con sustantividad propia<sup>2</sup>.

De esta forma, el derecho es realidad histórico-social, y como tal, está vinculado a los imaginarios sociales. En este punto, la obra de Romano, Castoriadis y Ciaramelli sobre la dinámica de lo institucional en el derecho aporta los elementos básicos para la interpretación correcta de los fenómenos de su legitimación en la contemporaneidad. A través de los conceptos de lo instituido y de lo instituyente, el estudio del Derecho está vinculado a la evaluación de las tensiones entre dos fuerzas que le funda y le refundan cada vez que con activadas y puestas en juego.

El conflicto actual entre el derecho “legislado y el derecho interpretado”, y ente “lo interpretado y lo interpretante”, es una buena muestra de la pertinencia de este análisis.

---

<sup>2</sup> ROMANO, Santi. L. *Ordinamento giuridico*. Firenze, Sansoni, 1946 [1917], p. 22, citado por CIARAMELLI, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*. Trotta, Madrid, 2009, p. 16.

## UNA FILOSOFÍA DE LAS INSTITUCIONES: UN CAMBIO DE PARADIGMA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO

El institucionalismo de Santi Romano y Ciaramelli es una filosofía de las instituciones jurídicas que nos ofrece un punto de partida epistemológico diferente: si la materialización del derecho se produce en el ámbito de las prácticas judiciales, es la institución judicial y no las normas o el agenciamiento político de las mismas, lo que debe ser objeto de problematización en el derecho. Para ello, se requiere de un método diferente que, en este caso, viene contenido en una filosofía de las instituciones.

Sin embargo, el concepto mismo de institución debe ser redefinido. La posición de Romano y Ciaramelli, nos recuerda la postura de Arnold Gehlen y Hauriou en relación a la misma. Dicha similitud no es gratuita: ambos pensadores fueron leídos por Romano, y además, son citados por Ciaramelli en su trabajo.

Es Arnold Gehlen quien ofrece una definición de las instituciones que nos permite explicarla propuesta institucionalista. Es su criterio, las instituciones son el único referente que un ser como el Hombre puede tener para la orientación vital, pues este carece de dispositivos intra y extra específicos para su conducción en el mundo. Al ser el hombre “un aborto crónico”, un ser “no especializado” y “abierto al mundo”, las instituciones surgen como el único mecanismo capaz de detener la plasticidad infinita de los instintos que pueden llevar a este ser, en caso de no ser neutralizados, a constituirse en un peligro para sí mismo<sup>3</sup>. Son las instituciones, entonces, el derecho, el Estado, la familia, el matrimonio, las que permiten detener su destrucción. Siendo este el propósito de las mismas, deben ser estas fuertes, inobjetables y deben estar ubicadas más allá de toda crítica. Estas deben ser instituidas, y por lo tanto, construidas y conservadas para siempre so pena de tener que enfrentar el caos, la anarquía y la desesperanza, fruto de su ausencia. Esta postura hizo a Gehlen muy popular entre los nazis, pero sin duda tenía razón en algo: ante el exceso de libertad

<sup>3</sup> Ver GEHLEN, Arnold. *El Hombre*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1987.

con el que nace y crece el ser humano, deben las instituciones cumplir con una misión fundamental: inhibir la libertad para proteger a este ser de sí mismo. El derecho entonces, es una institución y como tal sus problemas deben ser examinados desde este ámbito y no desde la abstracción.

Ahora bien, resulta sorprendente cómo una perspectiva tan interesante en sus definiciones puede dar lugar a un efecto contrario al deseado por el mismo Ghelen, quien apreciaba el carácter como un elemento fundamental de lo humano: el sometimiento del ser a la dominación, bien porque instituciones como el Estado y el Derecho pueden dar lugar a la anulación de la autenticidad humana, bien porque el mercado y la masificación capitalista terminan por destruirlo y convertirlo en un sujeto vacío.

La solución a ello se encuentra en la identificación de las fuerzas que permiten la configuración de la institución. Estas no sólo se instituyen como el fruto de la construcción de un interés de elite o de clase para someter a otros, sino como la expresión de algo que está más allá –un trascendental– de la mera construcción de la institución burocrática: el instituyente.

Fue la filosofía del Análisis Institucional fundada por René Loureau y George Lapassade, quien descubrió la importancia de la institución, pero ante todo, del instituyente como expresión genuina de la soberanía popular sobre las instituciones. Si el ser humano sólo puede reconocerse en ello que él mismo ha creado y juzgado como propio, y por lo tanto, como legítimo, las instituciones deben ser el fruto del ejercicio instituyente mismo, el cual se manifiesta a través del juicio de los societarios, y con ello, la institución burocrática, aquella construida para la dominación y la exclusión, desaparece<sup>4</sup>. Es Lapassade, quien a través los análisis de Castoriadis sobre las relaciones entre lo instituyente y lo instituido, descubrió el verdadero papel de las instituciones que él siempre

---

<sup>4</sup> Para explorar la temática en torno a la facultad de juicio y la dimensión política y antropobiológica de tal mecanismo, ver GONZÁLEZ, William. *Généalogie et pragmatique. L'homme a l'épreuve de lui-meme*. Francia, Ed. L'Harmattan, 2003.

identifica como burocráticas. La misión de estas es destruir el instituyente, y por lo tanto, el acelerar el envejecimiento de los seres humanos para aliviar la juvenalización a la que el hombre siempre estará expuesto. Así, sí el hombre siempre será joven por su condición neoténica, la institución burocrática tendrá la misión de “madurarlos” para dominarlos<sup>5</sup>.

La propuesta que Lapassade encuentra para el asunto es diferente: es a partir de la juvenalización como el ser humano puede actualizar en su facultad instituyente, permanente y críticamente, sus propias instituciones, a fin de que estas respondan a las necesidades de la legitimidad y la soberanía que les deben acompañar. Al mecanismo mediante el cual, el ser humano juzga y actualiza permanentemente sus instituciones, Lapassade le denomina el instituyente.

Es esta una perspectiva fascinante para el estudio de los problemas del Derecho. Si como lo recuerda Dworkin, la filosofía del derecho tiene como fin el estudiar las consecuencias derivadas de la aplicación de la ley y las prácticas jurídicas, lo que hay que examinar es al derecho como una institución y a la administración de justicia como el lugar donde esta se encuentra instituida. Es a través de la liberación del instituyente, es decir, de la devolución de la institución al juicio de los societarios, siendo ésta arrebatada a “los especialistas” y en especial a “la burocracia judicial”, como la misma puede ser expuesta a la crítica y transformada. Si la institución es criticada y expuesta al instituyente mismo, ésta no solo se despoja del manto burocrático de lo instituido, sino que además la facultad instituyente, el juicio en común de los asociados, permite el regreso de la institución a la sociedad, y con ello, la recuperación de la legitimidad misma que esta ha perdido o que quizás nunca ha tenido.

El Derecho, entonces, debe ser siempre diagnosticado como institución, y por lo tanto, los estudios sobre el mismo deberán hacerse desde los horizontes

---

<sup>5</sup> Ver LAPPASADE, Georges. *Grupos, organizaciones e instituciones. La transformación de la burocracia*. Gedisa, 2008.

de cómo lo instituido –es decir, lo adulto y lo burocrático– y lo instituyente –lo crítico y lo juvenil– colisionan al interior de las formaciones institucionales para sobreponerse lo uno a lo otro.

A modo de ejemplo, vemos como estas dos fuerzas se enfrentan actualmente en la tensión existente entre el derecho legislado –lo instituido– y el derecho interpretado –lo instituyente–. Jueces y legisladores, progresistas y conservadores y diferentes grupos sociales que ven protegidos o expuestos sus derechos e intereses, combaten al interior de las mismas para limitar el poder de la deliberación, o todo lo contrario, ampliarlo para poner en discusión problemas del derecho que algunos se niegan a ubicar entera de juicio. Son los “circuitos informales de producción del derecho” como los define Habermas, los lugares donde el instituyente asoma su potencial creador y legitima el derecho en contra de los intentos de cosificación y de institucionalización burocrática.

De esta manera, si la filosofía del derecho tiene como objeto y como problema central de sus reflexiones, la búsqueda de las coordenadas de lo instituido y lo instituyente al interior de la institución judicial, su presencia y su vigencia están por largo tiempo garantizadas, y por lo tanto, garantizada la actividad de quienes se ocupan de estos menesteres: los filósofos del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, R. (comp.). *Filosofía del Derecho*. FCE, 1980, p. 7.
- GEHLEN, Arnold. *El Hombre*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1987.
- GONZÁLEZ, William. *Généalogie et pragmatique. L’homme a l’épreuve de lui-meme*. Francia, Ed. L’Harmattan, 2003.
- LAPPASADE, Georges. *Grupos, organizaciones e instituciones. La transformación de la burocracia*. Gedisa, 2008.
- ROMANO, Santi. L. *Ordinamento giuridico*. Firenze, Sansoni, 1946 [1917], p. 22, citado por CIARAMELLI, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*. Trotta, Madrid, 2009.

# ***Representaciones sociales, prensa escrita y justicia transicional en Colombia***

---

**RODOLFO TORREGROZA\***

*Universidad Libre*

*Bogotá*

## **PRESENTACIÓN**

En esta investigación se parte de la idea de que la exploración en los discursos sobre la justicia transicional en medios impresos colombianos, permite reconocer los modos y procesos de constitución del pensamiento social, por medio del cual las personas construyen y son construidas por la realidad social. Además, se reconoce que los estudios acerca de las representaciones sociales nos aproximan a la manera que las personas ven al mundo, pues el conocimiento del sentido común es el que es utilizado por la gente para tomar posición ante los distintos objetos sociales; además las Representaciones Sociales (RS) se generan a partir de la comunicación y de la interacción.

---

\* Doctor en Sociología del Derecho e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre - Sede Bogotá D.C.

Así mismo, en el periodo de justicia transicional que vive nuestro país, se hace necesario el estudio sobre cómo los actores sociales, en este caso los periodistas, se representan esta problemática y cómo de acuerdo con esa representación que es social, dado que ellos interactúan entre ellos, los lleva a adoptar una posición y a actuar conforme a dicha representación. Y si entendemos las representaciones sociales como modalidades del pensamiento de sentido común que se generan, permanecen y transforman mediante procesos comunicativos cotidianos y mediáticos, entonces, es necesario aceptar y enfatizar “el papel cada vez más determinante de los medios de comunicación de masas en la creación y la difusión de informaciones, opiniones e ideas. Es por esto que el análisis de las representaciones que son transmitidas por los medios se torna necesario.

Además, se reconoce que los estudios acerca de las RS nos aproximan a la manera que tienen las personas de ver el mundo, pues el conocimiento de estos saberes construidos en común es el que la gente utiliza para tomar posición ante los distintos objetos sociales y que las representaciones sociales (RS) se generan a partir de la comunicación y de la interacción. Por tanto se considera que mediante el estudio de la interacción y la comunicación, las RS de la justicia transicional pueden ser detectadas.

Puesto que según Jodelet, 2000: (...) “las representaciones sociales conciernen al conocimiento del sentido común, que se pone a disposición en la experiencia cotidiana son programas de percepción, construcciones con status de teoría ingenua, que sirven de guía para la acción e instrumento de lectura de la realidad, sistemas de significaciones que permiten interpretar el curso de los acontecimientos y las relaciones sociales, que expresan la relación de los individuos y los grupos mantienen con el mundo y los otros, que son forjadas en la interacción y el contacto con los discursos que circulan en el espacio público, que están inscritos en el lenguaje y las prácticas, y que funcionan como un lenguaje en razón de su función simbólica y de los marcos que proporcionan para codificar y categorizar lo que compone el universo de la vida”

Del mismo modo, la reflexión sobre las representaciones sociales de la justicia transicional en los medios es fundamental para comprender su papel dentro del proceso de construcción de la paz. Y si entendemos las RS como

modalidades del pensamiento de sentido común que se generan, permanecen y transforman mediante procesos comunicativos cotidianos y mediáticos (MOSCOVICI, 1979; FARR, 1986), entonces, es necesario aceptar y enfatizar “el papel cada vez más determinante de los medios de comunicación de masas en la creación y la difusión de informaciones, opiniones e ideas. Es por esto que el análisis de las representaciones que son transmitidas por los medios se torna necesario” (GUTIÉRREZ, 2007a: 29).

La teoría de las RS hace referencia a la comunicación, al lenguaje, es decir, al aspecto discursivo de los saberes elaborados en común. Como señalan Moscovici y Vignaux (1994), esta teoría desde su origen, ha insistido en el lazo profundo entre la cognición y la comunicación, entre las operaciones mentales y las operaciones lingüísticas, entre informaciones y significados.

De esta manera, una “representación social se define como la elaboración de un objeto social por una comunidad” (MOSCOVICI, 1963: 251). Posteriormente, Moscovici, las describe como un “conjunto de conceptos, declaraciones y explicaciones originadas en la vida cotidiana, en el curso de las comunicaciones interindividuales”. Equivalen, en nuestra sociedad, a los mitos y sistemas de creencias de las sociedades tradicionales, puede, incluso, afirmarse que son la versión contemporánea del sentido común” (1981: 181). Estas formas de pensar y crear la realidad social están constituidas por elementos de carácter simbólico ya que no son sólo formas de adquirir y reproducir el conocimiento, sino que tienen la capacidad de dotar de sentido a la realidad social.

La relación entre las RS y el discurso es fundamental para poder ubicar la manera en que éstas son construidas y la manera en que éstas circulan. Las representaciones sociales que circulan en los discursos son vehiculizadas por las palabras, los mensajes y las imágenes de los medios de comunicación y son cristalizadas en las conductas de los individuos y las comunidades.

Si asumimos que la comunicación, es el medio a través del cual los actores sociales adquieren competencias prácticas que les permiten hacer familiar lo extraño, entonces como lo dice Moscovici “podemos crear representaciones en orden de hacer familiar lo extraño, perturbante o asombroso” (2001: 20).

En esta investigación se parte de la idea de que la exploración en los discursos sobre la justicia transicional en medios impresos colombianos, permite reconocer los modos y procesos de constitución del pensamiento social, por medio del cual las personas construyen y son construidas por la realidad social. Además, se reconoce que los estudios acerca de las representaciones sociales nos aproximan a la manera que tienen las personas de ver el mundo, pues el conocimiento del sentido común es el que la gente utiliza para tomar posición ante los distintos objetos sociales y que las RS se generan a partir de la comunicación y de la interacción. Por tanto se considera que mediante el estudio de la interacción y la comunicación, las RS de la justicia transicional pueden ser detectadas.

## ANTECEDENTES

La propuesta de investigación reconoce por una parte la importancia de los discursos de los medios como instrumentos que participan en la construcción y reproducción de sentidos y hegemonías en la sociedad y en esa medida representan unas fuentes muy interesantes para leer e interpretar procesos y fenómenos sociales<sup>1</sup>.

Los antecedentes del presente proyecto de investigación están en los estudios realizados por Bonilla (1995) sobre violencia y medios y Bonilla (1998) sobre los discursos del conflicto en la prensa colombiana. Así como en las investigaciones sobre el impacto social de la comunicación en Colombia de Díaz (1999).

Así mismo, en el análisis de medios en Colombia que han realizado autores como Franco (2001) sobre las representaciones del periódico *El*

---

<sup>1</sup> Que en palabras de Jesús Martín Barbero “es la lectura del trabajo ocultado, de la interpretación velada que es cada signo, de la interpretación que imponen las palabras, de la violencia que hacen a las cosas mientras se encubren bajo el manto inocente de la designación o de la referencia, de la significación.” Ver MARTÍN-BARBERO, Jesús. *Procesos de Comunicación y matrices de cultura: Itinerario para salir de la razón dualista*. México, FELAFACS, 1987, p. 48.

*Tiempo* sobre los actores en el conflicto interno colombiano, o los estudios sobre los medios de Jesús Barbero y Germán Rey (1997), y principalmente con el trabajo doctoral de Pardo (2005) sobre el discurso como práctica social y lugar de privilegio para identificar las RS.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

En Colombia hay una situación de violencia generalizada que afecta su desarrollo como nación y su vida institucional y cotidiana. El conflicto político armado es uno de los fenómenos que más inciden en la situación de descomposición social del país e impide su desarrollo social, cultural y económico.

A pesar de los avances en los procesos de negociación y de diálogo con los grupos guerrilleros y de las expresiones públicas de los paramilitares respecto a su interés por aportar en la negociación política del conflicto, la confrontación armada sigue en escalada tanto cuantitativa (número de asesinatos, masacres, secuestros), como cualitativamente (las acciones de los actores armados están cada vez más cargadas de simbolismo, espectacularidad y sevicia).

El incremento en las hostilidades, que conlleva el creciente involucramiento de la sociedad civil en el conflicto, está generando no sólo fragmentación social sino mayores grados de polarización entre los sectores de la sociedad colombiana.

Pero la confrontación política armada así como los avances hacia la paz también se libra en el terreno de lo simbólico, en la producción de representaciones sociales sobre los desarrollos del conflicto y sobre sus actores. La guerra se libra también en el terreno de la información y en la producción de sentidos en la sociedad<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Como lo afirma Manuel Castells, “las batallas culturales son las batallas del poder en la era de la información. Se libran primordialmente en los medios de comunicación y por los medios de comunicación (...) El poder, como capacidad de imponer la conducta, radica en las redes de intercambio de información y manipulación de símbolos, que relacionan a los actores sociales,

Los procedimientos de producción y reglamentación social del discurso están mediados por instituciones políticas, económicas, profesionales, educativas, religiosas y culturales a las cuales la sociedad encomienda sus procesos de reproducción simbólica. Una de estas instituciones son los medios de comunicación a través de las cuales, la sociedad se informa sobre el acontecer local y nacional. De acuerdo con Rey (2001:1), “los medios son escenarios de representación de lo social y a la vez, lugar de circulación de opiniones, creencias e ideologías”.

De este modo, los medios tienen la posibilidad de crear y recrear discursos sobre lo que sucede en la sociedad con márgenes de credibilidad<sup>3</sup> y cobertura mayores a las de otras instituciones. Esos discursos son puestos en circulación y participan en complejos procesos de producción de representaciones.

Así, en un entorno social donde la realidad se construye, en buena medida, a partir de una interpretación que sus miembros hacen de los acontecimientos, el lenguaje se erige como uno de los vehículos mediante el cual se le otorga un significado de dicha realidad a través del discurso que muestra representaciones sociales de la misma. Así, si miramos a la sociedad como una arena de lucha política por el poder, donde los diferentes actores sociales utilizan el discurso y las prácticas comunicativas para legitimarse a sí mismos.

Así mismo, estos actores sociales son también actores discursivos<sup>4</sup> y así, “a través del discurso, estos actores discursivos son capaces de referirse

---

Cont. nota 2

las instituciones y los movimientos culturales, a través de íconos, portavoces y amplificadores intelectuales” Ver CASTELLS, Manuel. *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. Vol. 3, Fin de Milenio, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 382.

<sup>3</sup> De acuerdo con Jesús Martín-Barbero, desde el psicoanálisis, el imaginario no es algo exterior, como una ilusión que se disipa al contacto con lo real sino como parte integrante de lo real puesto que es parte constitutiva de la materia misma del sentido que lo real tiene para los seres humanos. Ver MARTÍN-BARBERO, Jesús. *Procesos de Comunicación y matrices de cultura...*, *op. cit.*

<sup>4</sup> “El actor discursivo es el participante activo de la interacción, desempeña roles discursivos y construye como sujeto social una imagen de sí, del otro y de la realidad” (PARDO, 2005:169).

subjetivamente al mundo en actitud objetivante; así, cuando en la prensa se escribe sobre cualquier hecho social, aparece no sólo un discurso que le es propio sino que, además, se establece una relación indisoluble entre la voz génesis del discurso, su productor y quienes lo interpretan o le asignan significado. Esto lo realiza en el doble proceso de producir, tematizar y organizar jerárquicamente la realidad y de exponer niveles de comprensión en los que se orienta y predeterminan maneras de reconocer y participar de lo social.

El discurso como práctica social se constituye en lugar de privilegio para situar los agentes de esta práctica. El actor discursivo es, por una parte, un ser cognitivo y social capaz del ejercicio de prácticas sociales con las cuales construye activamente significado y, por lo tanto, se representa y representa, la representación de los actores en el discurso. Por otra parte, se enmarca en una dimensión histórica y social desde donde se formula un modelo de interpretación posible que autodefine esos actores, estructurándose formas para la comprensión de la realidad” (PARDO, 2005:169-170).

Del mismo modo, los medios desempeñan funciones de mediación cognitiva desde las cuales ofrecen modelos de representaciones sociales para ayudar a interpretar o entender la realidad.

De esta manera, las inserciones de las personas en diferentes categorías sociales y su adscripción a distintos grupos, constituyen fuentes de determinación que inciden con fuerza en la elaboración individual de la realidad social, y esto es, precisamente, lo que genera visiones compartidas de la realidad e interpretaciones similares de los acontecimientos. La realidad de la vida cotidiana, por tanto, es una construcción intersubjetiva, un mundo compartido. Ello presupone procesos de interacción y comunicación mediante los cuales las personas comparten y experimentan a los otros y a las otras. En esta construcción, la posición social de las personas así como el lenguaje juegan un papel decisivo al posibilitar la acumulación o acopio social del conocimiento que se transmite de generación en generación. En este contexto, es pertinente preguntarse ¿Cuáles son las RS que circulan en el discurso de la prensa escrita colombiana respecto a la justicia transicional que se está aplicando en nuestro país?

## OBJETIVO GENERAL

Identificar las RS que sobre la justicia transicional circulan en la prensa colombiana.

## JUSTIFICACIÓN

Los medios de comunicación sirven como instituciones de mediación cognoscitiva que ofrecen a los individuos lecturas específicas de la realidad social en la cual se encuentran inmersos. Siguiendo a Barbero y Rey (1997:17), el periodismo en Colombia se ha convertido en un “operador social de la fiscalización de las acciones de otros actores (Estado, políticos y legisladores, entre otros), es un mediador entre todos aquellos actores que componen el escenario complejo de nuestros conflictos sociales, incluyendo por supuesto, el de la guerra”.

Del mismo modo, estos autores señalaban desde aquellos años, la importancia de “acerca de lo que nuestras sociedades se juegan en los procesos de comunicación, ya que su envergadura cultural y política es tal que no podemos dejárselo a los especialistas en comunicación”.

Así, las investigaciones sobre el impacto social de la comunicación en Colombia, encuentran mayor justificación; debido a que la responsabilidad del periodismo se multiplica en un escenario de justicia transicional, puesto que “ya no se trata solo de informar veraz y oportunamente. Se trata, además, de permitir una interpretación acertada, de darle herramientas a la opinión para que comprenda los procesos” (DÍAZ, 1999: 6).

Igualmente, en la investigación propuesta se parte del supuesto: “no se conoce a ciencia cierta el papel de los medios sobre el modelamiento del comportamiento y la construcción del significado sobre lo social. En este sentido, es relevante analizar, en forma crítica, el conjunto de representaciones que los medios elaboran sobre la realidad para identificar no solo la coincidencia de los

acontecimientos con lo que en efecto sucede, sino la existencia de mecanismos de orientación del pensamiento” (PARDO, 2005:168).

De esta manera, en el periodo de justicia transicional que vive nuestro país, la reflexión sobre las RS de ésta en los medios es fundamental para comprender su papel dentro de la construcción de la realidad y, en consecuencia, se hace necesario desentrañar sus significados.

## **ENFOQUE METODOLÓGICO**

Aunque es cierto que cada uno de los enfoques metodológicos existentes para el estudio de las RS hacen uso de diferentes instrumentos y métodos de análisis, dichas propuestas pueden ser agrupadas, siguiendo a Banchs, fundamentalmente en dos enfoques: el estructural y el procesal. Se trata de dos aproximaciones que abordan de modo distinto el estudio de las representaciones.

La distinción se basa en el abordaje de las RS que asume cada enfoque y los presupuestos epistemológicos y ontológicos en los que se sustenta. Para la comprensión de estos dos enfoques es preciso recordar que las RS son pensamiento constituyente y a la vez pensamiento constituido. Es decir, al ser parte de la realidad social, las RS contribuyen a su configuración y producen en ella una serie de efectos específicos. Pero también, las RS contribuyen a construir el objeto del cual son una representación, por lo que este objeto es, en parte, realmente tal y como aparece a través de su representación social.

## **EL ENFOQUE PROCESAL**

Para acceder al contenido de una representación, el procedimiento clásico utilizado por este enfoque es la recopilación de un material discursivo producido en forma espontánea (conversaciones), o bien, inducido por medio de entrevistas o cuestionarios. Los discursos cristalizados en obras literarias, soportes periodísticos, grabaciones de radio pueden ser también objeto

de análisis. Independientemente de su modo de producción, este material discursivo es sometido a tratamiento mediante las clásicas técnicas de análisis de contenido. Este tratamiento proporciona una serie de indicadores que permiten reconstruir el contenido de la representación social.

Este enfoque, en resumen, se distingue por ser una aproximación cualitativa, hermenéutica, centrada en la diversidad y en los aspectos significantes de la actividad representativa; por tener un uso más frecuente de referentes teóricos procedentes de la filosofía, lingüística y la sociología; por un interés focalizado sobre el objeto de estudio en sus vinculaciones socio históricas y culturales específicas y por una definición del objeto como instituyente más que instituido.

Si bien en términos epistemológicos se ha elegido el enfoque procesual de las diferentes estrategias metodológicas existentes, que se pueden adscribir a este enfoque, para esta investigación se ha elegido la de Grize (*et al*), puesto que esta estrategia metodológica se caracteriza por considerar que, para acceder al conocimiento de las representaciones sociales, se debe partir de un abordaje hermenéutico, entendiendo al ser humano como productor de sentidos y considerando el papel que juega el lenguaje en la construcción de RS. De esta manera, la estrategia adoptada para este estudio está basada en el enfoque teórico-metodológico de Grize (*et al*) (1987) el cuál es de naturaleza cualitativa y plurimetodológica.

## **EL ESQUEMA DE ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN**

El esquema analítico fue diseñado a partir de la fundamentación teórica de Gutiérrez (2007a), la cual está basada en la propuesta metodológica de Grize et al (1987) y algunas consideraciones teóricas de Grize sobre la lógica natural y la argumentación (1990). En un primer momento, se hace necesario definir una serie de conceptos claves para después explicar el esquema.

Una primera cuestión que es importante tener en cuenta en el estudio de las representaciones sociales es que “éstas no se expresan ni se observan

directamente. Por ello tienen que ser captadas a partir de los comportamientos verbales en general y en particular en los discursos” (GRIZE, 1993:31).

Cada vez que un individuo es llevado a expresarse sobre tal o cual tema, a defender su opinión o a explicar un fenómeno, o actuar sobre otro por medio del discurso, lo hace en función de ciertas representaciones cuya existencia es previa al comportamiento verbal. Por tanto, si uno se propone estudiar las representaciones discursivas de las representaciones mentales que los sujetos construyen sobre aquello de lo que hablan es necesario evidenciar la emergencia “en situación” de las representaciones a través del estudio de la organización argumentativa y semántica del discurso (GRIZE, et. al, 1987: 32).

De este modo, para cualquier discurso, del tema que sea, el orador se hace una idea del interlocutor y del tema. Es decir, se hace una representación de aquel a quien se dirige y del acontecimiento sobre el cual va a hablar (GRIZE, 1990: 33).

Grize llama representaciones a las formaciones imaginarias que corresponden al punto de vista subjetivo de A; y reserva el término de imagen para la esquematización. De este modo, el orador y el auditorio tienen sus propias representaciones y en el discurso se proponen las imágenes (GRIZE, 1990: 34).

Como señala Grize (1993), los modelos mentales no pueden ser observados directamente (por lo menos en el estado actual de la ciencia). Por tanto éstos no pueden ser captados: “más que a través de los comportamientos de los sujetos de todos los tipos, pero de estos los más accesibles para su análisis son los comportamientos verbales, es decir, los discursos”.

Desde esta perspectiva, el estudio del discurso deberá permitir delimitar las formas de razonamiento a las que el pensamiento discursivo recurre, poner en evidencia la existencia de ciertos sistemas, y el grado de complejidad de sus objetos (GRIZE, et al, 1987:36).

Siguiendo los planteamientos de Grize, La lógica natural puede servir de fundamento para el estudio de las RS ya que ésta concibe al discurso como una actividad compleja” (GUTIÉRREZ, 2007a: 85).

## CAPÍTULO I

### Medios de comunicación y RS

Los medios de comunicación ponen a circular significaciones que intervienen en la constitución de lo cognitivo y proveen a los sujetos de imágenes y conocimiento que sirven para enfrentar la vida cotidiana. Así mismo, los medios de comunicación proporcionan los insumos simbólicos que rigen las interacciones cotidianas de todos los actos sociales y establecen contenidos que permiten figurarse y naturalizar la complejidad de la realidad representada en diversos contextos.

Y si entendemos las RS como modalidades del pensamiento de sentido común que se generan, permanecen y transforman mediante procesos comunicativos cotidianos y mediáticos (MOSCOVICI, 1979; FARR, 1986), entonces, es necesario aceptar y enfatizar “el papel cada vez más determinante de los medios de comunicación de masas en la creación y la difusión de informaciones, opiniones e ideas. Es por esto que el análisis de las representaciones que son transmitidas por los medios se torna necesario” (GUTIÉRREZ, 2007a: 29).

Jodelet al establecer las relaciones entre las representaciones y las comunicaciones sociales concibe a las RS como: “formas de pensamiento social usadas para comunicar, comprender y dominar el ambiente social, material e intelectual. Como tales, son analizadas como productos y procesos de actividad mental que son marcados socialmente” (1991, citada por MARKUS y PLAUT, 2001:184). El ser marcado socialmente se refiere a las condiciones y contextos donde las representaciones emergen, a los circuitos por los cuales circulan, y a las funciones que sirven. La representación social es una forma de conocimiento construida en el curso de la interacción social y el intercambio comunicativo. Lleva la marca de la inserción social del sujeto, colectivamente compartida, y contribuye a la construcción de una versión de la realidad que es común y específica para una entidad social o cultural. Esta forma de conocimiento tiene objetivos prácticos y funciones sociales. Opera como un sistema de interpretación de la realidad que sirve como guía en nuestra relación con el mundo. Así orienta y organiza nuestro comportamiento y nuestra comunicación.

Lo antes expresado sirve para constatar que el proceso de comunicación se encuentra en la génesis y en las funciones de las RS y, desde luego, en su transmisión y difusión. Ambos conceptos son mutuamente interdependientes, al punto en que cualquier consideración de las representaciones sociales también significa una consideración de la comunicación. Las representaciones sociales se originan en la comunicación, se manifiestan en ella y le confieren su influjo.

## **CAPÍTULO II**

### **El concepto de Justicia Transicional**

La justicia transicional hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de crímenes de lesa humanidad, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?

Estos interrogantes no tienen una respuesta fácil, y en diversos momentos y sociedades se les han dado diferentes soluciones. Sin duda, en esta época ha ocurrido una transformación muy importante en la manera en que en la actualidad se enfocan las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias.

Así, tal y como se comprende en la actualidad, la justicia transicional, hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia.

De hecho, por un lado, los procesos de justicia transicional se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de justicia transicional se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan

en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición.

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos. Su objetivo es el reconocimiento de las víctimas y de la promoción de posibilidades de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden sorpresivamente, en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas.

La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores (KRITZ, 1997).

De hecho, por un lado, los procesos de justicia transicional se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de justicia transicional se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición.

### ***Justicia transicional en Colombia y derechos de las víctimas***

La creación e implementación en Colombia de la Ley 975 de 2005, conocida como la “Ley de justicia y paz” comprende un amplio espectro de mecanismos de justicia transicional. Este marco legal que regula el denominado por el gobierno proceso de paz, que actualmente se lleva a cabo con las Autodefensas Unidas de Colombia, debe armonizarse y ser compatible con los compromisos adquiridos por Colombia mediante la firma y posterior ratificación de tratados internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario,

específicamente en cuanto a los principios y estándares internacionales sobre los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Este compromiso es ratificado en la estrategia colombiana hacia la transición puesto que “al referirse a la configuración de este marco jurídico, el gobierno ha hecho referencia a la necesidad de adaptar en el contexto de las actuales negociaciones mecanismos propios de justicia de transición como “referentes en la construcción de un modelo colombiano de reparación y reconciliación” (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2006:53)<sup>5</sup>.

De este modo, el estado colombiano no puede dejar de lado que la superación de la impunidad depende del reconocimiento efectivo de los tres derechos de las víctimas: el derecho a la verdad y a la memoria, el derecho a la justicia o al castigo, y el derecho a la reparación. Sin el esclarecimiento público de los hechos, el castigo de los responsables y la reparación de las víctimas en las condiciones que exigen el derecho internacional y la ética democrática, es decir, sin honrar a todos los humillados y ofendidos por todas las partes contendientes, al igual que sin imponer a todos los responsables de todas las atrocidades todas las consecuencias penales, pecuniarias y políticas de sus actos de barbarie e inhumanidad, no habrá paz justa ni duradera en Colombia.

Verdad, Justicia y Reparación de las víctimas, que comprende su restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, en aras de la no repetición de los hechos, finalidad última de los modelos contemporáneos de justicia penal, que busca asegurar la comparecencia del responsable ante los jueces y la fijación

<sup>5</sup> “Sin embargo es claro que en Colombia difícilmente podría proponerse tal ejercicio de adaptación, teniendo en cuenta que no estamos frente a un proceso de transición de la guerra a la paz, ni frente a una transición democrática. “la única aproximación mínima a lo que podría ser una transición es la “negociación” entre el gobierno y un actor armado cuyos vínculos han dejado de ser un secreto a voces entreverado en el texto de varios procesos en curso, decisiones judiciales y fallos de organismos internacionales, para evidenciarse en un diálogo o proceso de negociación caracterizado por una excesiva indulgencia y generosidad con las autodefensas, que correlativamente ha recaído en detrimento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y a la reparación integral” (ILSA, 2006: 64).

de su condena, poniendo en marcha además un mecanismo de control por parte del Estado y la sociedad, de manera que su conducta ulterior puede ser supervisada y se asegure una sanción en caso de incumplimiento.

## CAPÍTULO III

### Interpretación y conclusiones

#### *Interpretación de los datos*

Los datos permiten constatar que la búsqueda de la verdad implica que los paramilitares burlarán la justicia y la misma verdad. Del mismo modo, la ley de justicia y paz es una burla a los derechos de las víctimas en lo que tiene que ver que los jefes paras hicieron un inventario de todas las fincas y predios desocupados en sus áreas de influencia para que le fueran otorgados a través de la figura de la reparación contemplada en la ley de justicia y paz.

Así mismo, a partir de los datos analizados se puede constatar la visión de la ley de justicia y paz como burla de los derechos de las víctimas puesto que los paramilitares no van a pedir perdón ni a reparar sino que se someten a la ley de justicia y paz para poder disfrutar de sus fortunas acumuladas de manera ilícita y con la vista gorda del Estado.

De los datos analizados se puede interpretar que la aplicación de los beneficios legales otorgados por los diferentes decretos reglamentarios, se convierte claramente en impunidad, en la medida que una vez los paramilitares sean amnistiados o indultados, no se les exigirá reparar a las víctimas, ni se verán judicialmente compelidos a aportar mayores elementos para el esclarecimiento de la verdad de los hechos criminales que su organización haya cometido.

Por otra parte, en los datos analizados también se identifica una imagen general de que la ley de justicia y paz está hecha a la medida de los paramilitares, puesto que no solamente está en juego la cuestión de la impunidad en sí misma, sino lo que ella implica en relación al mensaje que se envía a los actores armados y la sociedad.

Del mismo modo, en los datos analizados se constata que la ley de justicia y paz es violatoria de las obligaciones internacionales del gobierno colombiano en el tema de los derechos humanos y esto es visto como una forma de impunidad, ya que los tratados internacionales contemplan la obligación a los países miembros de imponer penas a los victimarios, acordes con los crímenes cometidos.

De otro lado, los datos obtenidos permiten constatar la valoración de la violación de los derechos de la víctimas en la ley de justicia y paz puesto que las víctimas despojadas de sus bienes exigen que haya más que reparaciones simbólicas; además, exigen que el gobierno tenga mano fuerte para que efectivamente haya una devolución real de bienes, ya que hasta el momento la manera en que este ha encarado el problema deja mucho que desear.

El tema de la contrarreforma agraria está unido al bloque de la reparación simbólica ya que la reparación contemplada en la ley de justicia y paz, en lo que tiene que ver con la adjudicación de tierras puede ser más adelante un problema que lleve a que el conflicto armado colombiano se intensifique puesto que se estaría hablando de una contrarreforma agraria, si ciertamente, como lo ha denunciado la Contraloría General de la República (2005), paramilitares y narcotraficantes se han adueñado de al menos un millón de hectáreas de las mejores tierras en 28 de los 32 departamentos de Colombia, equivalentes al 3% del territorio colombiano.

En los datos analizados se confirma que los paramilitares recibirán enormes beneficios, entre ellos, penas leves, a cambio de nada. Además, los datos analizados constatan que los decretos reglamentarios de la ley de justicia y paz fueron expedidos en claro beneficio para los colaboradores de los paramilitares; en especial los llamados “para políticos”.

Así mismo, el análisis de los datos muestra que la ley de justicia y paz es “una operación de encubrimiento” y que la verdad posiblemente nunca se va a saber. Lo que preocupa es que la verdad que va a resultar de este proceso es que va a salir una verdad negociada y no la verdad. Así mismo, estos datos permiten

interpretar que el verdadero objetivo de la ley de justicia y paz es beneficiar a los paramilitares para evitar que el país conozca la verdad en detrimento de los derechos de las víctimas.

Finalmente, podemos interpretar que la ley de justicia y paz sinónimo de burla, impunidad e injusticia y que con esta ley se violan los derechos de las víctimas ya que no va a haber ni verdad, ni reparación, ni justicia. La ley de justicia y paz es violatoria de las obligaciones internacionales del gobierno colombiano en el tema de los derechos humanos y esto es visto como una forma de impunidad, ya que los tratados internacionales contemplan la obligación a los países miembros de imponer penas a los victimarios, acordes con los crímenes cometidos.

La concesión de penas benignas sobre la base de un procedimiento que no garantiza verdad, justicia, ni reparación, constituye injusticia al permitir la exoneración de una parte muy importante de la pena sin que se den las condiciones mínimas exigidas por la Constitución y los tratados y compromisos internacionales.

La ley de justicia y paz es violatoria de las obligaciones internacionales del gobierno colombiano en el tema de los derechos humanos y esto es visto como una forma de impunidad, ya que los tratados internacionales contemplan la obligación a los países miembros de imponer penas a los victimarios, acordes con los crímenes cometidos.

La ley de justicia y paz es percibida como un pacto entre el gobierno y los paramilitares, donde estos salen beneficiados, sin que paguen por los crímenes cometidos.

La visión general es que si bien el marco oficial ofrece más oportunidades de justicia que muchos procesos de paz, también brinda menos garantías para la verdad, puesto que se pueden observar diversos argumentos en torno a que esta ley no tiene los mecanismos procesales apropiados para realmente lograr conocer la verdad sobre el paramilitarismo.

## CONCLUSIONES

Una vez identificada la representación social de la ley de justicia y paz que la revista *Semana* hace circular podemos hacer algunas reflexiones de carácter más general sobre las implicaciones de dicha ley.

Una primera cuestión que es necesario señalar es que la representación social de la revista coincide con aquello que podríamos denominar saberes sociales que circulan a través de lo que escriben los estudiosos de la justicia transicional acerca de la importancia de procesar a los perpetradores de violaciones flagrantes de derechos humanos en el país donde cometieron los crímenes o, si esto no fuera factible, en tribunales internacionales de jurisdicción universal.

En segundo lugar, como se mostró en el análisis, el contexto social e ideológico juega un papel fundamental porque las representaciones sociales son construcciones socio-cognitivas propias del pensamiento del sentido común y constituyen, según Jodelet, “una forma de conocimiento socialmente elaborado y compartido, que tiene una intencionalidad práctica y contribuye a la construcción de una realidad común a un conjunto social” (1989, 36). Es decir, las RS son sistemas cognitivos contextualizados que responden a una doble lógica: la cognitiva y la social. En el caso de esta investigación, como ya habíamos señalado existen ciertos pre construidos culturales en los que se ancla la representación identificada, estos tienen que ver con valores sociales y culturales compartidos que no es necesario explicitar en la construcción de los discursos.

En esta investigación se logró captar precisamente su carácter de construcción simbólica socialmente construida; la representación social identificada no es la suma de las representaciones individuales, es decir, la suma de las representaciones particulares de cada uno de los actores sino más bien una representación socialmente construida y compartida por los colaboradores de la revista. Además, esta representación no tiene un carácter estático y fijo sino más bien determina inexorablemente las representaciones individuales ya que las representaciones tienen que ver con la forma como nosotros, sujetos

sociales, aprehendemos los acontecimientos de la vida diaria, lo que sucede en nuestro medio ambiente, las informaciones que circulan, las personas que hacen parte del entorno próximo o lejano.

De otro lado, el estudio permitió confirmar que en el análisis de las RS es fundamental considerar su naturaleza discursiva ya que éstas son generadas en el proceso de comunicación y luego son expresadas a través del lenguaje. Esos discursos son puestos en circulación y participan en complejos procesos de producción de representaciones. Así, la investigación permitió ver que los procedimientos de producción y reglamentación social del discurso están mediados por instituciones. Una de estas instituciones son los medios de comunicación, a través de las cuales, la sociedad se informa sobre el acontecer local, nacional e internacional.

Del mismo modo, la investigación confirma que los medios de comunicación sirven como instituciones de mediación cognoscitiva que ofrecen a los individuos lecturas específicas de la realidad social en la cual se encuentran inmersos. Así mismo, los medios de comunicación se entienden como sistemas sociales que desempeñan una tarea de reconstrucción social de la realidad; es decir, las RS circulan en los medios de comunicación y estas son útiles al momento de explorar las formas en las que los medios expresan y contribuyen a la conformación de estas representaciones. Así, los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en la conformación de la visión de la realidad que tienen las personas sometidas a su influencia.

Así mismo, el análisis de la revista *Semana* permitió detectar que la aplicación de la ley de justicia y paz no debe implicar impunidad ni burla por parte de los paramilitares, ya la ley de justicia y paz se estructura con base en dos objetivos formales, que impactan al resto del marco jurídico desarrollado con posterioridad a su expedición. El primero, facilitar los procesos de paz y de reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley; el segundo, garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Es decir, la ley de justicia y paz debe ser respetuosa de los derechos a la víctimas; derecho a la verdad, derecho a la justicia y derecho a una reparación integral. Dado que estos derechos son fundamentales a

continuación se señala lo que el análisis de la revista *Semana* permitió detectar sobre cada uno de estos derechos.

- *El derecho a la verdad.* De este modo, el análisis de la revista *Semana* permitió detectar que el articulado de la ley de justicia y paz no responde a los estándares contenidos y derivados de los tratados internacionales de derechos humanos y a los principios y derechos fundamentales de la Constitución, por cuanto no adopta disposiciones para el esclarecimiento de la verdad histórica alrededor de los procesos de violencia cometidos por grupos armado ilegales y sus violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
- *El derecho a la justicia.* En relación con este derecho, se pudo constatar en la información que hace circular la revista *Semana* que el Estado renuncia al deber de investigar, juzgar y sancionar. No se satisfacen éstos deberes en relación con graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. De igual manera se desconoce el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, la observancia del debido proceso en todas las actuaciones judiciales, sobre todo respecto a la plenitud de garantías para las víctimas, y el deber de imponer penas adecuadas a los responsables de los graves crímenes de derecho internacional.
- *Derecho a la reparación integral.* El análisis de la revista *Semana* permitió encontrar falencias en la definición de diversos componentes del derecho a la reparación puesto que se pretende establecer unas medidas de restitución por debajo de los estándares internacionales como cuando se determina que la devolución de las propiedades sólo se realizará cuando esto fuera posible. Así mismo, la revista *Semana* permitió detectar que la ley de justicia y paz no alude a medidas necesarias y posibles para restituir la vida familiar muchas veces destruida por los delitos, sobre todo por los desplazamientos forzados y los asesinatos.

Del mismo modo, en el análisis del corpus de estudio se confirmó que la ley de justicia y paz desconoce la difusión de la verdad histórica como una

medida necesaria para la reparación integral y establece que la única verdad a la que alude es la verdad judicial. También permitió confirmar que esta ley no contempla la necesidad de pronunciamientos en los cuales el Estado reconozca su responsabilidad general con el fenómeno paramilitar, sus responsabilidades particulares, regional y temporalmente ubicadas.

Finalmente, son muchos los desafíos que tiene la aplicación de los mecanismos de la justicia transicional en Colombia puesto que los resultados que pudo arrojar la ley 975 de 2005 en sus años de aplicación hasta el momento son precarios en lo que tiene que ver con poblaciones afectadas por el conflicto armado y su acceso a la verdad y su posterior reparación, por lo que no solo las víctimas del conflicto armado han alzado su voz pidiendo una ley de víctimas que les garantice la reparación integral, sino también las organizaciones no gubernamentales, junto con organismos internacionales. Otro desafío importante, tanto en nuestro país como a nivel internacional, es realizar investigaciones sobre la representación social de las víctimas, así como del fenómeno de la victimización, tal y como lo manifiesta el propio Moscovici (2008).

## BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma". En: AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar (comps.). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 101-146.

BANCHS, María (1980). "Cambios en la identidad psicosocial de estudiantes venezolanos en Francia". En: *Revista de Psicología*, VII, Caracas, Escuela de Psicología de la Universidad Católica de Venezuela, pp. 415-438.

\_\_\_\_\_. "Las Representaciones Sociales. Un enfoque europeo para el estudio de las cogniciones sociales". En: *Boletín de Avepso*, volumen V. Madrid, 1982.

\_\_\_\_\_. "Concepto de Representaciones Sociales Un análisis comparativo". En: *Revista Costarricense de Psicología*, San José de Costa Rica, 5, 8 y 9, 1986, pp. 27-40.

- \_\_\_\_\_. “Aproximaciones procesuales y estructurales al estudio de las representaciones sociales”. En: *Papers on Social Representations*, Vol. 9, 2000, pp. 3.1-3.15.
- BARBERO, J. y REY, G. “El periodismo en Colombia: de los oficios y los medios”. En: *Revista Signos y pensamiento*, No. 30, Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 1997.
- BERGER, P. y LUCKMANN, T. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1991.
- BONILLA, J. *Violencia, medios y comunicación. Otras pistas en la investigación*. Bogotá D.C., Editorial Trillas. 1995.
- BONILLA, J. y GARCÍA, M. (1998). “Los discursos del conflicto. Espacio público, paros cívicos y prensa colombiana”. En: *Cuadernos de comunicación*, Bogotá D.C., PUJ.
- CASTELLS, Manuel. *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. Vol. 3, Madrid, Fin de Milenio, Alianza Editorial, 1988.
- CHARAUDEAU, Patrick (1985). “Una teoría de los sujetos del lenguaje”. En: *Discurso. Cuadernos de Teoría y Análisis*, Año 2, No. 7, México, C.C.H., UNAM, 1985, pp. 53-67.
- CINEP. *Violencia Política en Colombia*. Colombia, CINEP, 2002.
- COLOMBIA NUNCA MÁS. *Verdad, memoria y lucha contra la impunidad. 1966-1998*. Bogotá D.C., Colombia Nunca Más, 2003.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. “Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Doc. ONU E/CN.4/RES.2005/66”. En: COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*. Bogotá D.C., 2007.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA. *Colombia: violencia y democracia*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C., 1995.
- COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN. *Elementos para la construcción de una hoja de ruta*. Bogotá D.C., CNRR, 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Comunicado de prensa sobre demanda contra la ley de justicia y paz, Ley 975 de 2005, 18 de mayo de 2006, Expediente D6032, sentencia C-370/06.

- \_\_\_\_\_. Comunicado de la Corte Constitucional sobre la sentencia que declaró ajustada a la Constitución la Ley 975 de 2005, 19 de mayo de 2006.
- \_\_\_\_\_. Sentencia C-370 de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 44, 2001.
- \_\_\_\_\_. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, No. 162, párr. 225.
- \_\_\_\_\_. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154.
- CHOMBART DE LAUWE, M.J. *Un monde autre: l'enfance. De ses représentations a son mythe*. Paris, Payot, 1971.
- DE ROSA, Anamaria. "Sur l'usage des associations libres pour l'étude des représentations sociales de la maladie mentale". En: *Connexions*, No. 51, Vol. I, 1988, pp. 27-50.
- \_\_\_\_\_. "The Boomerang effect of the radicalism of discourse analysis: no communication without representations, no representations without communication". En: *Theory and Method in Societal Psychology*, Pecs, Hungría, 26-29 de abril, 2001, versión borrador. Disponible en <http://www.europhd.psi.uniroma1.it/pdf/derosa2001.pdf>.
- \_\_\_\_\_. "¿Por qué es importante? Notas inspiradas en una mirada reflexiva a la teoría de las representaciones sociales". En: SILVIA VALENCIA, 2006.
- REPRESENTACIONES SOCIALES (coord.). *Alteridad, epistemología y movimientos sociales*. México, Universidad de Guadalajara - Maison des Sciences del L'Homme, pp. 79-173.
- DÍAZ, A. *Medios de comunicación, liderazgo mediático y gobernabilidad democrática*. Bogotá D.C., PNUD, 1999.
- ECHANDÍA, Camilo. *El conflicto armado y las manifestaciones de violencia en las regiones de Colombia, Presidencia de la República de Colombia*. Bogotá D.C., Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Observatorio de Violencia, 1999.
- ELEJABARRIETA, F. "Las representaciones sociales". En: ECHEVARRÍA, A. *Psicología social socio cognitiva*. Bilbao, Desclée de Brouwer, S.A., 1991.

- FISKE, John. *Introduction to communication studies*. 2<sup>a</sup>.ed., London, Routledge, 2002.
- FRANCO, L. *Lo que el periódico el Tiempo construyó de los actores en conflicto interno colombiano*. Bogotá D.C., Uniandes. 2001.
- GIMÉNEZ, Gilberto. “La concepción simbólica de la cultura”. En: *Estudios sobre la cultura y las identidades sociales*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, ITESO, 2007, pp. 25-511.
- GIRALDO, Javier S.J. *Búsqueda de verdad y justicia. Seis experiencias en posconflicto*. Bogotá D.C., CINEP, 2004.
- GRIZE, Jean-Blaise. “Recherches sur le discours et l’argumentation”. En: *Revue de Sciences Sociales*, France, 1974.
- \_\_\_\_\_. “Schématisation, représentation et images” en *De la logique a l’argumentation*, Genève, Librairie Droz, 1982 [1978].
- \_\_\_\_\_. *De la logique a l’argumentation*, Genève. Librairie Droz, 1982.
- GRIZE, Jean-Blaise (et al). *Salaries face aux nouvelles technologies. Vers une approche sociologique des représentations sociales*. París, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1987.
- \_\_\_\_\_. “Logique naturelle et représentations sociales”. En: JODELET, D. (comp.). *Les représentations sociales*, Paris, P.U.F., 1989, pp. 152-168.
- \_\_\_\_\_. *Logique et langage*. Paris, Ophrys, 1990.
- \_\_\_\_\_. “Logique naturelle et représentations sociales”. En: *Papers on social representations*, versión electrónica, volumen 2, 1993.
- GUTIÉRREZ VIDRIO, Silvia. “Análisis argumentativo y esquematización”. En: *Revista Versión. Estudios de Comunicación y Política*, No. 1, octubre, México, UAM-Xochimilco, 1991.
- \_\_\_\_\_. “Las representaciones sociales del campo de la comunicación”. En: *Anuario de Investigación de la Comunicación*, CONEICC, X Consejo Nacional para la Enseñanza y la Investigación de la Ciencias de la Comunicación A.C, octubre, 2003, pp. 105-132.
- \_\_\_\_\_. “El análisis del discurso argumentativo. Una propuesta de análisis”. En: *Escritos*, Universidad Autónoma de Puebla, No. 27, enero-junio, 2003, pp. 45-66.

- \_\_\_\_\_. “Consumo de medios y representaciones sociales. El caso de los alumnos de comunicación de la UAM-X”. En: Anuario de Investigación 2005, México, Departamento de Educación y Comunicación, UAM Xochimilco, 2006, pp. 326-352.
- \_\_\_\_\_. “Los asalariados frente a las nuevas tecnologías: cuestiones metodológicas para el análisis de representaciones sociales. Ficha teórico-metodológica”. En: *Revista electrónica Cultura y Representaciones Sociales. Un espacio para el diálogo transdisciplinario*, Año 1, No. 2, marzo de 2007, pp. 153-161.
- GUTIÉRREZ, S. y PIÑA, Juan M. “Representaciones sociales: teoría y métodos”. En: AUTORES VARIOS. *Educación Superior. Estudios de Representaciones Sociales*. Coordinadores: María Isabel Arbesú, Silvia Gutiérrez y Juan Manuel Piña, Editorial Gernika, 2008, pp. 13-48.
- HAYNER, Priscilla. *Unspeakable truths: Confronting state terror and atrocity*. New York, Routledge, 2001.
- HENDERSON, James. *Cuando Colombia se desangró. Un estudio de la Violencia en metrópoli y violencia*. Bogotá D.C., El Áncora Editores, 1984.
- HERZLICH, Claudine. *Santé et Maladie. Analyse d'une représentation sociale*. Paris, Mouton, 1969.
- \_\_\_\_\_. “La representación social: sentido del concepto”. En: MOSCOVICI, Serge (comp.). *Introducción a la Psicología social*. Barcelona, Ed. Planeta, 1979.
- HOBBSBAWN, Eric. *Rebeldes primitivos*. Barcelona, Ed. Ariel, 1968.
- IGNATIEFF, M. *El honor del guerrero: Guerra étnica y conciencia moderna*. Madrid, Taurus, 1998.
- INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, f. 2520*. Santiago de Chile - Chile, 2000.
- ILSA. *Observatorio a la legislación sobre alternatividad penal y los derechos de las víctimas en el marco del conflicto armado en Colombia*. Comunicados de prensa, 2006.
- JODELET, D. “La representación social: fenómenos, conceptos y teoría”. En: MOSCOVICI, S. *Psicología social II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*. Barcelona - Buenos Aires - México, Paidós, 1984.

- \_\_\_\_\_. “Représentations sociales: un domaine en expansion”. En: JODELET, D. (et al). *Les représentations sociales*. Paris, Presses Universitaires de France, 1989.
- \_\_\_\_\_. “Représentation Sociale”. En: *Grand Dictionnaire de la Psychologie*. Paris, Larousse, 1991, pp. 168-672.
- \_\_\_\_\_. “Representaciones sociales: a un saber sociocultural sin fronteras”. En: JODELET, D. y GUERRERO, A. (comps.). *Develando la cultura*. México, Universidad Nacional de México, 2000, pp. 7-30.
- JOINET, L. *49° período de sesiones, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II*. ONU - Comisión de Derechos Humanos, 1997.
- KRITZ, Neil J. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*. New York, Simon, 1997.
- KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, University of Chicago Press, 1962.
- LAHIRE, Bernard. *Portraits sociologiques*. París, Nathan, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La culture des individus*. París, Editons La Découverte, 2004.
- LEFRANC, Sandrine. *Políticas del perdón*. Madrid, PUV publicaciones, 2004.
- MARKUS, H. & PLAUT, V. “Social representations: Catching a good idea”. En: DEAUX, K. & PHILOGÉNE, G. (comps). *Representation of the social*. USA, Blackwell Publishers Ltda., 2001.
- MARTÍN BARBERO, Jesús (1988). “Ponencia: Enseñanza de la Comunicación: la legitimación de una profesión como campo intelectual”. En: *Seminario-Taller subregional andino sobre Metodología de la Enseñanza de la Comunicación*. Cali, Colombia, 1988, pp. 10.
- \_\_\_\_\_. “Teoría/investigación/producción en la enseñanza de la comunicación”, *Diálogos de la Comunicación*, núm. 2, FELAFACS, Lima, 1990.
- \_\_\_\_\_. “Recepción: uso de medios y consumo cultural”. En: *Diálogos de la Comunicación*, No. 30, Lima, FELAFACS, 1991.
- \_\_\_\_\_. “Los oficios del comunicador”. En: *Renglones*, No. 48, México, ITESO, 2001, pp. 5-22.

- McQUAIL, Denis. *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*. México, Paidós Comunicación, 1992.
- MEDINA, Carlos. *ELN: Una historia contada a dos voces*. Bogotá D.C., Rodríguez Quito Editores, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Autodefensas, Paramilitares y Narcotráfico en Colombia. Origen, desarrollo y consolidación. El caso Puerto Boyacá*. Bogotá D.C., Ed. Documentos Periodísticos, 1990.
- MEERTENS, Donny. *Ensayos sobre tierra, violencia y género*. Bogotá D.C., CES - Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- MORA, Martín (2002). “La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici”, En: *Athenea Digital 2*, otoño, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Psicología social I. Influencia y cambio de actitudes. Individuos y grupos*. Buenos Aires, Paidós, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Psicología social II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*. Buenos Aires, Paidós, 1986.
- MORLEY, David. *Televisión, audiencias y estudios culturales*. Buenos Aires, Amorrourtu Editores, 1996.
- \_\_\_\_\_. (1998). “Populismo, revisionismo y los “nuevos” estudios de audiencia” en CURRAN, J.; MORLEY, D. y WALKERDINE, V. (comps.) *Estudios culturales y comunicación. Análisis, producción y consumo cultural de las políticas de identidad y el posmodernismo*. Barcelona, Paidós Comunicación, 1998, pp. 417-437.
- MOSCOVICI, Serge. *La psychanalyse, son image et son public*. Paris, PUF, 1961.
- \_\_\_\_\_. “Attitudes and opinions”. En: *Annual Review of Psychology*, No. 14, 1963, pp. 231- 260.
- \_\_\_\_\_. *El psicoanálisis, su imagen y su público*. Buenos Aires, Huemul, 1979.
- \_\_\_\_\_. *La era de las Multitudes. Un tratado histórico de psicología de masas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- \_\_\_\_\_. “The phenomenon of social representation”. En: GERARD, Duveen (ed.). *Explorations in social psychology*. Nueva York, New York University Press, 1984.

- \_\_\_\_\_. “Introducción: el campo de la psicología Social”. En: MOSCOVICI, S. (Ed.) *Psicología Social I: Influencias y Cambio de Actitudes. Individuos y Grupos*. Paidós, Barcelona, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Psicología social I. Influencia y cambio de actitudes. Individuos y grupos*. Buenos Aires, Paidós. 1985.
- \_\_\_\_\_. *Psicología social II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*. Buenos Aires, Paidós, 1986.
- \_\_\_\_\_. “Des représentations collectives aux représentations sociales: éléments pour une histoire”. En: JODELET, D. (ed). *Les Représentations Sociales*. París, PUF, 2001.
- \_\_\_\_\_. “Why a theory of social representations?”. En: DEAUX, K. & PHILOGÉNE, G. (comps). *Representation of the social*. USA, Blackwell Publishers Ltda., 2001.
- \_\_\_\_\_. “The Social representation of victims”. In: *9th International Conference on Social Representations*, Bali, 30th June – 5th, 2008, July. Tomadode:[http://www.euophd.eu/html/\\_onda02/07/PDF/12th\\_lab\\_scientificmaterial/derosa/moscovici\\_2008.pdf](http://www.euophd.eu/html/_onda02/07/PDF/12th_lab_scientificmaterial/derosa/moscovici_2008.pdf).
- MOSCOVICI, Serge y HEWSTONE, M. “De la ciencia al sentido común”. En: MOSCOVICI, Serge. *Psicología social II, Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*. Barcelona, Paidós, 1986, pp. 679-710.
- MOSCOVICI, Serge y VIGNAUX, George. “Le concept de themata”. En: GUIMELLI, G. (ed.). *Structures et transformations des représentations sociales*. Neuchâtel, Delachaux et Niesle, 1994.
- MUGNY, G. & CARUGATI, F. *L'intelligence au pluriel: les représentations sociales de l'intelligence et son développement*. DelVals, Cousset, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Social representations of intelligence*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- OQUIST, Paul. *Violencia, política y conflicto en Colombia*. Bogotá D.C., Instituto de Estudios Colombianos - Biblioteca del Banco Popular, 1978.
- ORENTLICHER, D. “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”. In: *Yale Law Journal*, No. 100, 1991, pp. 2537-2615.

- PIÑA, Juan Manuel. "Introducción". En: PIÑA, Juan M. y PONTÓN, Claudia (coords.). *Cultura y procesos educativos*. México, Centro de estudios sobre la Universidad, UNAM y Plaza y Valdés, 2002.
- \_\_\_\_\_. "Imágenes sociales sobre la calidad de la educación. Los actores de tres carreras de la UNAM". En: PIÑA, Juan M. (coord.). *Representaciones, imaginarios e identidad: actores de la educación superior*. México, Centro de Estudios sobre la Universidad - UNAM y Plaza y Valdés, 2003.
- PIÑUEL, José Luis. "Estrategias de comunicación y representaciones sociales". En: *Telos*, No. 11, Madrid, 1987, pp. 54-11.
- PLON, M. "La théorie des jeux et le jeu de l'idéologie". In: *La Pensée*, No. 166, 1972, pp. 36-68.
- PNUD. *El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2003*. Bogotá D.C., PNUD, 2003.
- REYES, A. "Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias". En: *Revista Análisis Político*, No. 12, Bogotá D.C., 1991.
- RICHANI, Nazih. *Sistemas de guerra: la economía política del conflicto en Colombia*. Editorial Planeta - Universidad Nacional. Bogotá D.C., 2003.
- RIVAS, P. "Éxodo en las zonas rurales y urbanas de Colombia. Causas y tendencias del desplazamiento forzado de población y respuestas gubernamentales". En: GALINDO, A. y PENA, M.A. (eds.). *Emigración y valores*. Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2007.
- RITZER, G. *Teoría Sociológica Contemporánea*. México, McGrawHill, 1997.
- RODRÍGUEZ, O. "¿Por qué las representaciones sociales? Un acercamiento de la teoría al análisis del EZLN". En: URIBE, F. *Los referentes ocultos de la psicología política*. México, Casa Abierta al Tiempo - Universidad Autónoma de México - Unidad Iztapalapa, 1997.
- RODRÍGUEZ SALAZAR, Tania. *Las razones del matrimonio. Representaciones, relatos de vida y sociedad*. Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2001.
- TEITEL, R. "Transitional Justice Genealogy". En: *Harvard Human Rights Journal*, No. 16, 2002, pp. 69-94.

- THOMPSON, Edward, P. *The making of the English Working Class*. Penguin, Harmondsworth, 1968.
- THOMPSON, John B. *Los media y la modernidad*. Barcelona, Paidós, 1998.
- TIRADO, Álvaro. *Nueva historia de Colombia*. Volumen II, Capítulo 15: “Del Frente Nacional al momento actual: Diagnóstico de una crisis”, Bogotá D.C., Editorial Planeta, 1989.
- TODOROV, Tzvetan. *Los abusos de la memoria*. Barcelona, Ediciones Paidós, 2000.
- UPRIMNY, R. y SAFFON, M. “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”. En: *Entre el perdón y el paredón*. Bogotá D.C., Ediciones Uniandes, 2003.
- UPRIMNY, R. y LASSO, L.M. “Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”. En: FUNDACIÓN SOCIAL - FESCOL y EMBAJADA DE ALEMANIA (eds.). *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*. Bogotá D.C., Editorial Gente Nueva, 2004.
- UPRIMNY, R. y VARGAS, A. “La palabra y la sangre, violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia”. En: PALACIO, G. (comp.). *La irrupción del paraEstado. Ensayos sobre la crisis colombiana*. Bogotá D.C., ILSA - CEREC, 1990.
- UPRIMNY, R. “¿Justicia transicional sin conflicto, sin transición y sin verdad? Consensos y disensos en torno al proyecto de ley de verdad, justicia y reparación”. En: *Hechos del callejón*, Bogotá D.C., PNUD, 2005.
- URIBE, María Victoria. *Limpiar la Tierra. Guerra y Poder entre esmeralderos*. Bogotá D.C., CINEP, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Ni canto de gloria ni canto fúnebre. El regreso del EPL a la vida civil*. Bogotá D.C., CINEP, 1994.
- \_\_\_\_\_. “Esclarecimiento histórico y verdad jurídica: notas introductorias sobre los usos de la verdad”. En: *Diálogo Mayor Memoria Colectiva, reparación, justicia y democracia: el conflicto colombiano y la paz a la luz de experiencias internacionales*. Bogotá D.C., Universidad del Rosario, agosto de 2005.
- \_\_\_\_\_. “Justicia transicional en Colombia: Algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano”. En: *Revista Foro No. 55*, Bogotá D.C., 2005.

VERGES, Pierre. "Représentations sociales de l'économie: une forme de connaissances". In: JODELET, D. *Les représentations sociales*. Paris, PUF, 1989, pp. 387-405.

VERGES, P.; APOTHÉLOZ, D. y MEIVILLE, D. "Cet obscur objet du discours: opérations discursives et représentations sociales". En: *Pensée naturelle logique et langage. Hommage a Jean-Blaise Grize*. Genève, Université de Neuchâtel, 1978.

### Documentos consultados

DE ROSA, Ana María. "The boomerang effects of the radicalism of discourse analysis no communication without representations, representations without communication. Theory and method". In: *Societal Psychology*. Pecs, Hungary, 2001. Disponible en: <http://www.europhd.psi.uniroma1.it7pdf/derosa2001.pdf>.

GUTIÉRREZ VIDRIO, Silvia. "El análisis de las representaciones sociales desde una perspectiva discursiva". En: *Memorias de la V Jornada Internacional e III Conferencia Brasileira sobre Representaciones Sociales*, Brasilia, Brasil, 2007. Tomado de: [www.geosites.com.br/vjirs/anais-online-trabalhos-completos.asp](http://www.geosites.com.br/vjirs/anais-online-trabalhos-completos.asp)

HUHLE, Rainer. *De Nuremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas*, 2002. Tomado de <http://www.derecho.org/koaga>.

JODELET, D. *Conferencia presentada en las Primeras Jornadas sobre Representaciones Sociales*, CBC - UBA, 2003. Disponible en: <http://www.cbc.uba.ar/dat/sbe/rep soc.html>.

\_\_\_\_\_. "Social Representations: The Beautiful Invention". En: *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2008, 38: 4. Tomado de: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-5914.2008.00383.x/full>.

PARDO, Neyla. *Representaciones sociales de los actores armados en la prensa colombiana*. 2005. Tomado de: [http://www.informatica-tecnologia.net/ieco/index.php?option=com\\_content&task=view&id=164&Itemid=101](http://www.informatica-tecnologia.net/ieco/index.php?option=com_content&task=view&id=164&Itemid=101).

RATY, H. y SNELLMAN, L. "Making the unfamiliar familiar. Some notes on the criticism of the theory of social representation". En: *Papers on social representations*, vol. 1(1), 1992. Disponible en: <http://www.swp.uni.linz.ac.at/conten/psrindex.htm>.

RIVAS, Pedro y REY, Pablo. *Las autodefensas y el paramilitarismo en Colombia (1964-2006)*. 2005. Tomado de: [www.confines.mty.itesm.mx/articulos](http://www.confines.mty.itesm.mx/articulos).

- ROSE, D. (et al). "Questioning consensus in Social Psychology". En: *Papers on social representations*, vol. 4, 1995. Disponible en: <http://www.swp.uni.linz.ac.at/content/psr/psrindex.htm>.
- VALENCIA, José y ELEJABARRIETA, Fran. (1994). "Rationality and Social Psychology: some notes on the relationship between rational choice theory and social representation theory". En: *Papers on social representations*, vol. 3, 1994. Disponible en: <http://www.swp.uni.linz.ac.at/content/psr/psrindex.htm>.
- WAGNER, W. "Speaking is acting representation". En: *Papers on social representations*, vol. 3(2), 1994. Disponible en <http://www.swp.uni.linz.ac.at/cont>
- \_\_\_\_\_. "Description, explanation and method in social representation research". En: *Papers on social representations*, vol. 4, 1995. Disponible en: <http://www.swp.uni.linz.ac.a>



# ***Cuatro problemas de la teoría del Derecho***

---

**YEZID CARRILLO DE LA ROSA\***  
*Universidad Libre (Sede Cartagena)*  
*Cartagena (Bolívar)*

## **PRESENTACIÓN**

Este ensayo tiene como propósito realizar un acercamiento al pensamiento jurídico moderno y contemporáneo, para ello, inicialmente se propone una aproximación al positivismo jurídico, a sus expresiones y críticas más significativas y a sus aspectos conceptuales más importantes desde sus orígenes; (a) luego se intenta precisar en que consiste lo que se ha denominado

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Libre - sede Cartagena. Director del grupo de Teoría Jurídicas y Derechos Fundamentales (categoría C, Colciencias) y del grupo de Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

la crisis del positivismo y el debate que con ocasión del mismo se suscita entre los partidarios del positivismo y sus críticos; finalmente (b) se formulan críticas más significativas a las tesis centrales del positivismo jurídico. En desarrollo de lo anterior trataremos de dar cuenta de alguno de los problemas centrales del pensamiento moderno y contemporáneo: el problema de la obediencia y la validez del derecho, el problema de la discrecionalidad y la creación judicial del derecho, el problema de la conceptualización del positivismo jurídico y el problema de la inclusión de la moral en el derecho.

## 1. EL PROBLEMA DE LA OBEDIENCIA Y LA VALIDEZ DEL DERECHO

Un aspecto central de la teoría positivista es el de cómo fundamentar la obediencia del derecho en algo distinto de la fuerza bruta, lo que es posible sólo si se puede distinguir el derecho del poder. Con el iusnaturalismo la obediencia y la validez del derecho estaban aseguradas por referencia a ciertos valores superiores (razón) o supra-históricos (Dios). Al desconectar el derecho creado históricamente (positivo) de la moral, el positivismo jurídico debe hallar fundamento de validez en un criterio que ya no puede ser un derecho ideal (natural), ni puede ser tampoco un criterio meramente fáctico (el poder), sino jurídico. El positivismo formalista (exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos) había resuelto el asunto apelando a la noción de soberanía de la ley y a la consideración de que el derecho positivo no reflejaría el capricho y arbitrariedad del poder, sino una voluntad objetiva y justa que se expresa en forma clara y completa en la ley, de allí que lo mejor es someterse al dictado de la autoridad soberana. No obstante, las críticas de las concepciones socialistas del derecho que señalan la ausencia de neutralidad e imparcialidad de la norma frente a los intereses sociales y las relaciones de poder y las objeciones de las corrientes sociológicas que señalan no sólo la inoperancia y la insuficiencia del derecho frente a la realidad social cambiante, sino la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema de derecho<sup>1</sup>, hacen insostenible el positivismo

<sup>1</sup> CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2008, pp. 265-266

formalista y dan paso a un positivismo que se ha denominado sociológico o antiformalista, que si bien sigue sosteniendo que el derecho es la ley (forma) esta es portadora de un contenido (valores, fines, propósitos) que debe ser descubierto por quien aplica el derecho; de allí que sus consideraciones se centren en la búsqueda de un método jurídico racional que garantice la interpretación correcta de la ley según la voluntad o intención del legislador<sup>2</sup>. Sin embargo, estas críticas antiformalistas conducen al surgimiento de tendencias escépticas (escuela libre del derecho y el realismo jurídico norteamericano) que desconocen el aspecto normativo del derecho y, a otras, que priorizan el aspecto fáctico, como es el caso de la primera jurisprudencia analítica (BENTHAN y AUSTIN) que identifica el derecho con lo que ordena el soberano. Para Austin, por ejemplo, existe una obligación si existe una norma y, una norma, si hay un mandato, siendo el mandato la expresión de un soberano que habitualmente es obedecido y que respalda su querer con una sanción<sup>3</sup>, asimilándose al caso del asaltante que ordena a su víctima entregarle dinero bajo la amenaza de causarle un mal<sup>4</sup>.

La norma fundamental kelseniana pretende superar esta dificultad apelando a un criterio objetivo y jurídico para Kelsen, la validez de una norma no puede hallarse en un pacto o contrato social, ni en la mera constatación del hecho de que quien emitió la orden es un soberano, sino en otra norma, ello es, en un deber ser. El propósito de la teoría pura del derecho es el de describir los sistemas jurídicos positivos<sup>5</sup>, independiente de toda consideración axiológica o fáctica; de allí su carácter universal y objetivista<sup>6</sup>. Esta ciencia normativa debe posibilitar el paso de una multiplicidad de normas heterogéneas (Constitución, leyes, decretos, etc.), a un sistema jurídico coherente y unitario<sup>7</sup>. La noción de

<sup>2</sup> CARRILLO, *op. cit.*, pp. 71-73

<sup>3</sup> AUSTIN, John. "La delimitación del ámbito de la teoría del derecho". En: CASANOVAS, Pompeu y otros. *El ámbito de lo jurídico, lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Crítica, 1994, p. 182.

<sup>4</sup> HART, H.L. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 8.

<sup>5</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Novena edición, traducción de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 15.

<sup>6</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México D. F., Grupo Editorial Éxodo, 2006, pp. 21 y 108

<sup>7</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho, op. cit.*, pp.135 y ss.

sistema jurídico, por una parte, posibilita el conocimiento del derecho como un todo unitario, completo y coherente (dimensión lógico-epistemológica) y, por otra, le otorga validez a una norma en particular y define su naturaleza y su estatuto ontológico (dimensión ontológica)<sup>8</sup>. Kelsen distingue entre sistemas nomo-estáticos y sistemas nomo-dinámicos. En los primeros, en los que incluye el iusnaturalismo, la validez de la norma viene dado por el contenido de éstas, que puede subsumirse o deducirse de otras normas hasta llegar a la norma básica que fundamenta todo el sistema; por el contrario, en los sistemas normativos dinámicos, como el derecho, las normas pueden tener el contenido moral que quieran pero valen si han sido autorizadas o promulgadas por el órgano competente conforme a un procedimiento prescrito por una norma superior y anterior<sup>9</sup>. Kelsen considera, con arreglo a la clasificación anterior que las fuentes del derecho se encuentran jerárquicamente subordinadas en torno a una fuente suprema que atribuye directa o indirectamente carácter jurídico a todo el conjunto de normas y que la llama la norma fundamental. Ésta no sólo permite otorgarle validez a la primera norma jurídica del sistema (Constitución), sino también, interpretar las normas como objetivamente válida independiente de las relaciones de fuerza explicables causalmente, pues ella no ha sido dictada por algún legislador humano o divino, es una hipótesis básica de la que deriva la validez de la Constitución y las demás normas<sup>10</sup>. Ahora bien, la norma fundamental tuvo muchas variaciones y muchas críticas<sup>11</sup>; especialmente el carácter no normativo de la norma fundamental, pues si fuese norma debería estar fundamentada a su vez en otra norma que estaría a su vez fundamentada en otra norma en un regreso al infinito, pero lo que se aprecia es que únicamente si esta norma tiene un carácter suprapositivo puede operar como punto de cierre del sistema jurídico; por tanto, al no estar la norma fundamental apoyada en ninguna otra instancia se hallaría por fuera

<sup>8</sup> CARRILLO DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 270 y ss.

<sup>9</sup> SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 2ª edición, 1993, p. 122. y MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. editorial Ariel, S. A. 1994, p. 87 y KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp. 109-110

<sup>10</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp. 111-112 y ss.

<sup>11</sup> CARRILLO DE LA ROSA, *op. cit.*

del sistema y no tendría ni el carácter de norma ni de jurídica<sup>12</sup>. Tenemos, entonces, que la norma fundamental no es norma ni es jurídica, no obstante, sin ella no operaría la traducción de los actos subjetivos del poder a derecho, el paso de la mera causalidad (ser) a normatividad (deber ser) y, por consiguiente, la transmutación de la fuerza descarnada a la racionalidad del derecho<sup>13</sup>.

En realidad, Kelsen nunca pudo dar cuenta de esta última norma fundamental que cierra y dota de unidad al sistema y da cuenta de la validez de las normas que lo componen. Será la teoría de Hart la que resuelva este problema para la concepción del derecho (sistema jurídico) según el positivismo jurídico. Para Hart, es claro que la metáfora del asaltante y el asaltado no permite comprender la idea de obligación, pues quien accede a las pretensiones del asaltante “se vio obligado” a ello, pero no puede decirse que “tenía la obligación<sup>14</sup>; para que se pueda hablar de obligación es fundamental que se hable de reglas sociales, porque es en virtud de ellas que un comportamiento es asumido como modelo de conducta y hace que un caso particular quede cobijado por ella<sup>15</sup>. Las reglas se caracterizan porque, a diferencia de los mandatos, pueden ser advertidas desde por un observador que no las acepta (punto de vista externo) o por un miembro del grupo (participante) que las acepta y las usa como guía de conducta (punto de vista interno); los enunciados que realice el observador se denominan enunciados externos y los que realice el participante enunciados internos<sup>16</sup>.

Ahora bien, para Hart, no es posible hablar de sistema jurídico si sólo hay normas que imponen deberes u obligaciones (reglas primarias). Una sociedad primitiva en la que sólo existan reglas primarias adolecería de varios defectos: uno de ellos sería el de la falta de certeza respecto del derecho válido<sup>17</sup>; otro

<sup>12</sup> BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. *El silencio del emperador*. Bogotá D.C., Ediciones Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 87.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>14</sup> HART, *op. cit.*, p. 102.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 114-115.

defecto sería el del carácter estático de las reglas, debido a que no habría posibilidad de llevar a cabo un cambio deliberado de tales reglas<sup>18</sup>; finalmente, la ineficacia de las normas (difusa presión social), pues en caso de violación de éstas no habría manera de resolver las disputas<sup>19</sup>. La existencia de un sistema jurídico moderno presupone la presencia no sólo de reglas primarias, sino también de reglas secundarias. Las primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no ejecutar; las secundarias de las reglas primarias y cumplen respecto de ellas funciones básicas: de cambio, de adjudicación y de reconocimiento<sup>20</sup>. Las reglas de cambio permiten la adaptación de las normas jurídicas a la realidad social, pues en ellas se indica el procedimiento que permite conocer cómo pueden eliminarse, derogarse o introducirse nuevas reglas primarias al sistema jurídico<sup>21</sup>; las reglas de adjudicación permiten fundar de manera incuestionable un juicio que establezca cuándo una regla primaria ha sido violada o no y aplicar la sanción instituida<sup>22</sup>; finalmente, la regla de reconocimiento, que cumple el papel de norma fundamental, garantiza la unidad del sistema y criterio último de validez, a partir del cual podemos identificar y reconocer una norma como válida dentro del sistema jurídico. La regla de reconocimiento de Hart no es presupuesta como en Kelsen, sino que forma parte del ordenamiento jurídico; no es un presupuesto o una ficción, es un hecho que puede asumir las formas más diversas, entre ellas: la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a una práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas específicas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares. En los sistemas jurídicos modernos la regla de reconocimiento es más compleja<sup>23</sup>, por que no es sólo un hecho, es también una regla consuetudinaria que se expresa en una práctica convergente<sup>24</sup>. Es un hecho que puede advertirse desde un punto

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp.136-137

de vista externo y expresarse en enunciados externos, tal y como lo haría un observador que no se siente vinculado ni obligado por ella (ejemplo: “en Colombia el derecho dispone que...”) y, es derecho, porque desde un punto de vista interno es reconocida y aplicada en la práctica por los tribunales y funcionarios que utilizan los criterios previstos en ella para identificar el derecho y apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas; estos tribunales al referirse a ella utilizan un lenguaje que se expresa con enunciados internos, tal y como sucede con quienes aceptan la regla de reconocimiento (Ejemplo: “El derecho dispone que...”)<sup>25</sup>.

## 2. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Sin lugar a dudas, Hart resuelve para el positivismo jurídico el problema de la validez del derecho y la obligación jurídica sin necesidad de recurrir a la moral o al poder; no obstante, su teoría abre una nueva fuente de discusión. Hart reconoce que la existencia de las reglas no son siempre suficientes para resolver los conflictos sociales, pues al servirse las reglas de conceptos clasificatorios generales, que deben ser aplicados a hechos concretos, el derecho formulado en las reglas en ocasiones aparece como indeterminado<sup>26</sup>; por tanto, cualquiera sea la técnica usada para comunicar pautas de conductas generales (precedente o legislación) en algún momento, al ser aplicadas, especialmente en los casos no obvios, se encontrarán indeterminadas debido a lo que se ha denominado la textura abierta, que es una característica inherente a los lenguajes naturales<sup>27</sup>; por ejemplo, es indiscutible que un automóvil es un vehículo, pero no parece

<sup>25</sup> HART, *op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>26</sup> SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*. 2ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1993, p. 122, y MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Editorial Ariel S.A., 1994. HART, H.L. “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”. En: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José J. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona, Editorial Crítica, 1994, pp. 118-119.

<sup>27</sup> HART, H.L. *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 159.

tan clara en el caso de una bicicleta<sup>28</sup>. En casos como éste, si el juez no quiere inhibirse debe usar su discrecionalidad y ejercer su poder de creación buscando razones fuera de la ley (extralegales)<sup>29</sup>; Ahora bien, este poder de creación no es equiparable al del legislador, sobre todo porque los poderes conferidos al juez son intersticiales, para un caso particular, y no pueden ser usados para proponer reformas de gran alcance.

Dworkin considera que la teoría de Hart es mucho más refinada que la de Austin<sup>30</sup>, pero no acepta esta tesis, pues, para él, en los casos difíciles los juristas y jueces hacen uso no sólo de las reglas sino de principios, directrices políticas y otros tipos de pautas<sup>31</sup>; en consecuencia, la tesis positivista de la discrecionalidad judicial no puede ser aceptada, debido a que cuando las normas positivas (reglas) son insuficientes el juez debe guiarse por los principios para tomar sus decisiones. Para Dworkin, las limitaciones de la teoría positivista radica en que no puede dar cuenta de los principios, pues a diferencia de las reglas la existencia y validez de éstos no depende de una regla de reconocimiento, sino en el sentido de conveniencia y oportunidad desarrollados en la sociedad y en el foro durante largos períodos de tiempo, de allí que su poder y vigencia depende del sentido de adecuación presente en los problemas de cada período histórico<sup>32</sup>.

Los principios constituyen estándares al igual que las reglas, pero a diferencia de estas últimas no son aplicables de manera de disyuntivas, a la manera de todo o nada, pues no establecen consecuencias jurídicas que

<sup>28</sup> HART, H.L. *El concepto de Derecho*, op. cit, p. 158.

<sup>29</sup> BAYÓN, Juan Carlos. "Derecho, convencionalismo y controversia". En: NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, María C. (comp.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, p. 61.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 4ª reimpression, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1999, pp. 68 y ss.

<sup>31</sup> Como en el conocido caso Riggs v. Palmer, en el que un nieto asesina a su abuelo para poder heredarlo y a pesar de estar de por medio un testamento válido y conforme a ley el tribunal le niega el derecho de heredar apoyándose en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo (Ibíd., pp. 72-73).

<sup>32</sup> Ibíd., pp. 83-85.

sobrevengan cuando no se cumplen las exigencias previstas por él<sup>33</sup>; pero además, los principios tienen una dimensión de peso o importancia que está ausente en las reglas: cuando dos reglas interfieren o chocan, una de las dos es válida, por el contrario, cuando los principios colisionan es al juez al que corresponde valorar el peso relativo que cada uno de ellos tiene en el caso<sup>34</sup>.

Según Alexy, las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva; de ahí que comúnmente se identifican como mandatos definitivos o derechos definitivos; los principios, en cambio, son mandatos de optimización que ordenan se realice algo en la mayor medida fáctica y Jurídicamente posible, de allí que puedan ser cumplidos en diversos grados, pues su cumplimiento depende de sus posibilidades fácticas y jurídicas cuyo campo está determinado por otras reglas y otros principios opuestos<sup>35</sup>. Esta distinción entre reglas y principios<sup>36</sup> tiene consecuencias importantes en la aplicación y justificación de los derechos, debido a que mientras las reglas son aplicables en la forma de todo o nada, los principios no<sup>37</sup>; si se da un supuesto de hecho y la regla se considera válida se aplica, de lo contrario no se aplica, los principios no determinan la decisión de esta forma; éstos exigen ponderación<sup>38</sup>. Los principios se parecen a los valores<sup>39</sup> y así como no es posible establecer un orden jerárquico y de prioridad entre los valores, que nos conduzca con certeza en cada caso a un resultado correcto, tampoco ello es posible en el ámbito de los principios. Alexy

<sup>33</sup> Ibid., pp. 74-75.

<sup>34</sup> Ibid., pp. 77-78.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2ª reimpresión corregida, México, Ediciones Distribuciones Fontamara, 2002, pp. 29 y 13.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 83-85.

<sup>37</sup> Ibid., pp. 86-87.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, op. cit., pp. 13 y 30 y 32, y ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 157 y ss.

<sup>39</sup> La diferencia estriba, según Alexy, en que en los principios se trata de lo que es debido de manera definitiva y los valores de los que es definitivamente mejor (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 14 y ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 147).

reconoce sin embargo, que es posible establecer un orden débil que comprenda tres elementos: (a) condiciones de prioridad, según el cuales posible que una solución dada para un caso concreto rebase el contexto de ponderación y pueda determinarse una relación de prioridad que sirva de marco para nuevas ponderaciones; (b) estructuras de ponderación, que exigen una realización lo más completamente posible de un principio en relación con sus posibilidades fácticas (principio de proporcionalidad<sup>40</sup> y (c) prioridad prima facie, que establece las cargas de la argumentación<sup>41</sup>.

Dworkin, además, distingue entre argumentos políticos y argumentos de principios. Los primeros describen objetivos y justifican una decisión política que favorece o protege una determinada meta colectiva; los argumentos de principio describen derechos y justifican una decisión política, mostrando que la misma respeta o asegura algún derecho individual o del grupo<sup>42</sup>. Las críticas al poder de creación judicial que sostiene que este debe estar subordinado a la legislación, se apoya, por una parte, en el argumento democrático del gobierno de las mayorías y, por otra parte, en que si el juez legisla aplica retroactivamente la ley. Dworkin sostiene que si el juez se apoya en argumentos políticos, las críticas serían correctas, pero no lo son si el juez puede mostrar que su decisión fue tomada con fundamento en argumentos de principios<sup>43</sup>; pues en este caso las decisiones de los jueces están limitadas por las tradiciones jurídicas que reflejan la moralidad implícita de una masa de decisiones particulares que otros jueces han ido tomando<sup>44</sup>; así las cosas no puede afirmarse que los jueces crean derechos, sino que aplican derechos políticos preexistentes. Éstos son creaciones de la historia y de la moralidad, por eso la supuesta tensión entre

<sup>40</sup> El principio de proporcionalidad comprende tres subreglas: la regla de adecuación, la regla de la necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto. El principio de proporcionalidad requiere que el acto realizado por el Estado sea adecuado y necesario y exige que se afecte un principio, el que se beneficia debe tener una mayor realización (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 38).

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 14-16.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 148 y 158.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 150-151.

<sup>44</sup> DWORKIN, R., op. cit., p. 153.

creación judicial e historia institucional se disuelve, porque los jueces, lejos de contradecir las decisiones políticas del pasado, las reflejan en las suyas<sup>45</sup>, pues el Derecho tiene una naturaleza interpretativa<sup>46</sup> y el proceso judicial es una práctica interpretativa en la que se da cuenta del estado actual de los principios en un período específico de la historia de la práctica. Los anteriores argumentos se encuentran asociados a la tesis de Dworkin de que el concepto de derecho debe ser determinado en cada caso por los jueces, y para ello deben interpretar la práctica de otros jueces<sup>47</sup>. Esta interpretación tiene una particularidad, la de tratar de mostrar el objeto que se interpreta bajo su mejor ángulo, tratando de resaltar de él lo mejor que el mismo puede ser (interpretación constructiva)<sup>48</sup>. Ella exige que los jueces decidan los casos difíciles de manera coherente con los principios válidos de la estructura y la historia política, de suerte que se puedan tratar los casos iguales como iguales. Hércules es la metáfora que usa Dworkin para ilustrar la forma como un juez filósofo, que asuma su teoría, debe llegar a sus conclusiones y decisiones<sup>49</sup>. Según Dworkin, Hércules, para solucionar los casos difíciles, lejos de usar su discrecionalidad reelabora los principios inherentes, en los que su sociedad se apoya, para descubrir cuáles son los derechos que tienen los ciudadanos<sup>50</sup>.

### 3. EL PROBLEMA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Como consecuencia de las críticas al positivismo jurídico, sus defensores se dan a la tarea de determinar el núcleo básico de éste. Así, Kelsen sostendrá que el positivismo jurídico es la teoría que considera que la previsibilidad y seguridad

<sup>45</sup> Ibíd., p. 154.

<sup>46</sup> ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 1999, p.7.

<sup>47</sup> RIDDALL, J. G. *Teoría del derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, p. 147.

<sup>48</sup> DWORKIN, R. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Editorial Gedisa, segunda reimpresión, 2005, pp. 19-40.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit, p. 177.

<sup>50</sup> RIDDALL, J.G., op. cit, p. 145.

jurídica son valores fundamentales del sistema jurídico y, además, que el derecho y la moral constituyen órdenes sociales distintos y separados<sup>51</sup>. Bobbio, por su parte, distingue entre el positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho<sup>52</sup>, como una determinada teoría o concepción del derecho y como una determinada ideología<sup>53</sup>. El primero se caracteriza por distinguir entre el derecho ideal (valor-deber ser) y el derecho real (hecho-ser), fenoménico, y considerar que sólo esta última forma merece ser estudiada<sup>54</sup>. En tanto teoría, el positivismo jurídico, comprende aquellas concepciones del derecho que articula la existencia del derecho a la creación del Estado y de su poder soberano de coacción y que, por tanto, identifica el derecho válido con el derecho estatal<sup>55</sup>.

Finalmente, Bobbio señala cómo el positivismo, a pesar de querer ser una teoría científica no se limita a proponer un esquema teórico, sino, además, una determinada forma de cómo debe ser el derecho. Para Bobbio es correcto hablar de ideología en el positivismo jurídico por cuanto esta defiende el deber absoluto e incondicionado de obedecer a la ley en cuanto tal; no obstante, considera más exacto llamar a esta posición positivismo ético que positivismo ideológico<sup>56</sup>.

Para Nino, uno de los grandes problemas del positivismo jurídico radica en que bajo este término se han agrupado teorías diversas e inconexas que en la mayoría de las ocasiones nada tienen que ver con sus postulados o que, incluso, algunas veces fueron rechazadas por autores considerados positivistas o, sostenidas por autores positivistas, pero no como parte esencial de sus teorías<sup>57</sup>. Entre estas Nino señala al denominado escepticismo ético,

<sup>51</sup> SQUELLA, Agustín. *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. Segunda edición, México, Ediciones Distribuciones Fontamara, 1998, p. 11.

<sup>52</sup> A esta primera modalidad del positivismo Bobbio lo denomina "positivismo jurídico metodológico" (Ibíd., p. 13).

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Octava reimpresión, México, Ediciones Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 39-40.

<sup>54</sup> Ibíd., p. 41.

<sup>55</sup> Ibíd., p. 43.

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid, Editorial Debate, 1993, pp. 227-228.

<sup>57</sup> NINO, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 9ª edición, Barcelona, Editorial Ariel. S.A., 1999, p. 30.

al positivismo ideológico y al formalismo jurídico, al cual nos referimos en el ensayo anterior (1.2.). A juicio de Nino, ninguna de las posiciones anteriores da cuenta del positivismo defendido por autores como Kelsen, Ross, Hart o Bobbio; la tesis que defienden estos autores, y que los hace positivistas, es aquella que defiende el positivismo metodológico o conceptualista y que afirma que el concepto de derecho no debe elaborarse teniendo en cuenta elementos valorativos sino propiedades descriptivas y fácticas verificables (contrastables) empíricamente<sup>58</sup>. La tesis central del positivismo metodológico, que Nino identifica con la teoría de Hart, se resume en la tesis de la separación conceptual o de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral y afirma que su aceptación o separación marca la línea divisoria entre positivistas y no positivistas<sup>59</sup>.

Hoerster, igual que Nino, sostiene que algunas de las tesis endilgadas al positivismo jurídico no solo son insostenibles, sino que, a menudo, ni siquiera han sido defendidas por positivista alguno; otras, por el contrario, están bien fundamentadas<sup>60</sup>. Detrás del concepto genérico de positivismo jurídico se esconden, según Hoerster, cinco tesis diferentes. La primera de ellas, que él denomina tesis de la ley sostiene que el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley; en la actualidad esta tesis no es sostenida por nadie, hoy es admitido por todos los positivistas que además del derecho legal existen el derecho consuetudinario y el derecho judicial<sup>61</sup>. Conforme a la segunda, llamada tesis de la neutralidad, el concepto de derecho debe ser definido a partir de criterios puramente formales, ello es, neutros con respecto de su contenido (positivismo metodológico o conceptual); esta es, en efecto, una tesis positivista; de modo que desde la perspectiva de la definición del

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p. 37.

<sup>59</sup> El concepto y la validez del derecho. Segunda edición, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997, p. 13-14. Y BULYGIN, E. "Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?". En: AARNIO, A; PIETILÄ, K y UUSITALO (eds.). *Interests Morality and the Law*. Tampere. Research institute for Social Sciences, 1996, pp. 144 y ss.

<sup>60</sup> HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Gedisa, 1992, p. 9.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 11.

derecho, este puede tener cualquier contenido por muy injusto que sea, siempre y cuando esté conforme con los criterios de validez del respectivo orden jurídico<sup>62</sup>. La tercera tesis o tesis de la subsunción, que defiende la idea de que la aplicación del derecho se realiza siempre mediante una subsunción del supuesto de hecho en la norma, fue, en sus inicios, acogida por el positivismo, pero hoy es considerada como refutada por los más importantes teóricos<sup>63</sup>. La tesis cuarta o tesis del subjetivismo afirma que los criterios de derecho recto no son de naturaleza objetiva sino subjetiva (escepticismo ético). Ahora bien, Hoerster afirma que esta tesis no hace parte del núcleo esencial del positivismo jurídico; al igual que Nino, señala que no es contradictorio, desde la perspectiva positivista, creer en la existencia de principios objetivos o criterios válidos de lo que es el derecho recto o correcto, es decir, de lo que debe ser un derecho justo o razonable y considerarlos como parte de una ética jurídica; lo que no es admisible es considerarlos criterios definitorios del derecho efectivamente vigente<sup>64</sup>. La tesis quinta, tesis del legalismo, plantea que las normas de derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias (positivismo ideológico). Al igual que Nino, Hoerster reconoce que esta tesis por lo menos no ha sido sostenida por los más importantes positivistas entre los que se cuentan Kelsen y Hart, como ha quedado suficientemente ilustrado<sup>65</sup>.

Como se señaló en el ensayo anterior, para Hart la expresión “positivismo jurídico” no tiene un único significado<sup>66</sup>, pero existen, al menos, tres tesis que son compartidas por los más importantes teóricos del positivismo jurídico: la primera es la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, la segunda es la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tercera la tesis de la discrecionalidad jurídica. La primera tesis usualmente se le denomina tesis de la separabilidad y según ella el derecho y la moral pueden ser

<sup>62</sup> Ibid., p. 12.

<sup>63</sup> Ibid., p. 13.

<sup>64</sup> Ibid., p. 15.

<sup>65</sup> Ibid., p. 17.

<sup>66</sup> BETEGÓN, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid, Ediciones McGraw-Hill, 1997, pp.78-80.

independientemente identificados y analizados<sup>67</sup> o, como sostiene Austin<sup>68</sup> y después Hart, no hay conexión conceptual necesaria entre el derecho que es y el que debe ser (moral)<sup>69</sup>. Como ya se dijo, la tesis de la separabilidad (tesis analítica) no puede confundirse con la tesis de la separación, según la cual el derecho y la moral son fenómenos empíricos distintos<sup>70</sup>. La generalidad de los positivistas, admiten que el derecho y la moral interactúan en la sociedad<sup>71</sup> y de hecho puede existir una relación compleja entre el derecho y la moral, desde un punto de vista empírico<sup>72</sup>, pero tales conexiones no son necesarias lógicamente ni conceptualmente sino contingente<sup>73</sup>. La tesis de las fuentes sociales afirma que la existencia y contenido del derecho depende de hechos sociales complejos, esto es, de una práctica social observable y verificable, que es en últimas la que determina las fuentes últimas o los criterios (test) últimos de validez jurídica (uno de esos criterios lo constituye las normas puestas en vigor por el legislador, pero no es la única, también deben incluirse la costumbre y el precedente)<sup>74</sup>; en consecuencia, el derecho es producto de las acciones de los seres humanos y, por tanto, una realidad convencional<sup>75</sup>. La tesis de las fuentes sociales nos remite a la regla de reconocimiento que, en tanto regla social, supone la existencia de una conducta convergente aceptada desde el punto de vista interno<sup>76</sup>. La tercera tesis es la tesis de la

<sup>67</sup> COLEMAN, J. "Negative and positive positivism". En: *Journal of Legal Studies*, No. 11, 1982, pp. 139.

<sup>68</sup> "La existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra" (AUSTIN, J. *The Province of jurisprudence Determined*. 1861, p. 184).

<sup>69</sup> HART, H.L. Positivism and the Separation of Law and Morals". En: *Harvard Law review*, No. 71, 1958, pp. 593-601.

<sup>70</sup> RODENAS, Ángeles. "¿Qué queda del positivismo jurídico?". En: *Revista Doxa*, No. 26, 2003, p. 447.

<sup>71</sup> CABELL, Tom. "El sentido del positivismo jurídico". En: *Revista Doxa*, No. 25, 2002, p. 309.

<sup>72</sup> HART, H.L. *Law, liberty and morality*. Stanford, Stanford Univ. Press, 1963, p. 20.

<sup>73</sup> HART, H.L. *El nuevo desafío del positivismo*. Traducción de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan R. Páramo, original inédito, Sistema, No. 36, mayo de 1980, p. 4.

<sup>74</sup> HART, H.L. *El nuevo desafío del positivismo*, op. cit., pp. 4 y 6.

<sup>75</sup> "El contenido mínimo del positivismo jurídico". En: ZAPATERO, V. (ed.). *Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*. Vol. II, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, p. 36.

<sup>76</sup> COLEMAN, J. "Second Thoughts and Other First Impressions". En: BRIAN, Brix (Ed). *Analyzing law. Essays in Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 262.

discrecionalidad; a ella ya hemos hecho alusión en el cuerpo de este escrito y podemos sintetizarla diciendo que esta afirma que siempre existirán casos no previstos o no regulados legalmente y que en esos casos el juez debe usar su discrecionalidad y crear derecho aunque esa discrecionalidad esté limitada por el propio ordenamiento jurídico<sup>77</sup>.

Hart considera que la teoría de la adjudicación de Dworkin, ataca las tres tesis centrales del positivismo y no sólo la tesis de la discrecionalidad<sup>78</sup>; sin embargo, para Hart, no hay razón para no admitir que una regla de reconocimiento pueda prever el uso del procedimiento hercúleo dentro de los criterios que proporciona para identificar el derecho, convirtiendo en relevante el argumento y el juicio moral para identificar este; pero la incorporación de los principios morales constituiría un hecho contingente de incorporación de principios morales en un sistema jurídico y en ningún caso necesario<sup>79</sup>. La anterior tesis es compatible, según Hart, con la tesis de la separación conceptual necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la separabilidad) y la tesis de que la identificación y estatus de cualquier regla siempre puede ser reconducida a una fuente social (tesis de las fuentes sociales)<sup>80</sup>. Esta última consideración de Hart se convertirá en el punto de partida de los positivistas incluyentes actuales.

<sup>77</sup> HART, H.L. *El nuevo desafío del positivismo*, op. cit., pp. 4 y 7.

<sup>78</sup> HART, H.L. *El nuevo desafío del positivismo*, op. cit., p. 10.

<sup>79</sup> “Pero a menos que sea verdad que los jueces en algún sentido deben emplear este método de decisión en los casos difíciles, continúa siendo meramente un rasgo contingente del derecho que se da en aquellas jurisdicciones en las que la regla de reconocimiento establecida en la práctica judicial prevé su uso. En tal caso, la conexión entre derecho y moralidad no sería conceptual sino debida a las fuentes sociales del derecho que incorporan esa moralidad” (HART, H.L. *El nuevo desafío del positivismo*, op. cit., p. 11).

<sup>80</sup> “Sólo si los principios morales fueran relevantes para la argumentación jurídica propio vigore, es decir, no por su incorporación contingente, sino por sus cualidades morales o rectitud intrínsecas, su relevancia refutaría la tesis principal del positivismo y establecería la conexión conceptual entre el derecho y la moralidad en que insiste Dworkin” (HART, H.L. *El nuevo desafío del positivismo*, op. cit., p. 11).

#### 4. EL PROBLEMA DE LA INCLUSIÓN DE LA MORAL EN EL DERECHO

Al igual que Dworkin, Alexy formula críticas al positivismo y especialmente a una de sus tesis centrales, la tesis de la desvinculación<sup>81</sup>. Alexy defiende abiertamente la inclusión de la moral en el derecho y, por consiguiente, la existencia de una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la vinculación)<sup>82</sup>. Para Alexy, en el positivismo debemos distinguir la tesis de la separabilidad y la tesis de la separación. La primera sería la tesis débil y sostendría simplemente que es posible atribuirle al derecho cualquier contenido moral y que las relaciones que se den entre el concepto del derecho y la moral son meramente contingente y no necesarias; la segunda, presupone la tesis anterior, pero sostiene además, que existen buenas razones que justifican la exclusión de los elementos morales del derecho<sup>83</sup>. Los no positivistas, por el contrario, comparten la tesis de la vinculación o la idea de que el derecho debe incluir elementos morales. La tesis fuerte de la vinculación, que niega la tesis de la separabilidad, sostiene que es conceptualmente necesario incluir elementos morales; la tesis débil, ve la inclusión de la moral como algo preferible o deseable, no como conceptualmente necesaria sino como normativamente necesaria<sup>84</sup>.

Alexy sostiene que de admitirse la tesis de la separación dos serían los elementos definitorios del derecho: la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social. En otro lugar Alexy ha sostenido la tesis de que dos son las propiedades del derecho: la coerción o fuerza y la corrección o rectitud<sup>85</sup>. El positivismo, en la medida en que sostiene que los elementos definitorios del

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral". En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y moral*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1998, pp. 115-116.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, pp. 115-116.

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. "Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional". En: FERRER MCGREGOR, Eduardo (comp.). *Interpretación constitucional*. México, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 2.

<sup>84</sup> *Ibíd.* p. 3.

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. "La naturaleza de la filosofía del derecho". En: *Revista Doxa*, No. 26, 2006, pp. 155.

derecho se encuentran en una decisión de autoridad o en la eficacia social, estaría cercano a la primera, mientras que los antipositivistas, a la segunda. Una interpretación radical de la tesis de la vinculación sustituiría enteramente la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento por la corrección moral, lo que en la práctica conduciría a la anarquía; por ello, para Alexy, la cuestión no es si puede sustituirse, sino si se puede vincular la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento con la corrección moral<sup>86</sup>.

La necesidad de corrección se revela al mostrar la contradicción performativa que se suscita cuando se afirma que “X es una república, soberana, federal e injusta”<sup>87</sup>. Alexy imagina un grupo social gobernado por forajidos que inicialmente conforman un orden sin sentido, debido a que está constituido por reglas que no revelan la intención de sus autores y se muestran contradictorias, y que posteriormente se convierte en un orden social predatorio, en el que los bandidos se organizan y al menos se establece la prohibición de la violencia y la jerarquización de los bandidos; estos órdenes no podrían considerarse todavía sistemas jurídicos por razones conceptuales<sup>88</sup>; sin embargo, si en una etapa posterior los bandidos se organizan y transforman el orden en un sistema de reglas y, a pesar de su injusticia extrema, tanto los súbditos como los gobernantes lo aceptan apoyados en razones superiores, es posible llamarle sistema jurídico por razones conceptuales; Alexy se pregunta cuál es la diferencia entonces entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos y la respuesta la halla en lo que él denomina pretensión de corrección. La pretensión de corrección afirma que el sistema jurídico (las normas individuales e incluso las decisiones jurídicas) incorpora, necesariamente, una pretensión de rectitud. En relación con el sistema jurídico tendría un carácter definitorio, de suerte que si esta es desconocida, implícita o explícitamente, no puede considerarse a este como tal; no así en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, en relación con las cuales la pretensión es calificativa,

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *op. cit.*, p. 156.

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, *op. cit.*, pp. 125-127.

ello es, las trata simplemente como normas defectuosas<sup>89</sup>. Ahora bien, según Alexy la inclusión de la moral en el derecho resuelve algunos problemas como el de fundamentación y justificación del derecho a partir de las exigencias de la razón práctica, la realización de la pretensión de corrección en la creación y aplicación del derecho y la cuestión de los límites del derecho. Sin embargo, Alexy es consciente que la inclusión de la moral origina serios problemas como el de la falta de límites y de consensos (certeza) en el razonamiento moral, de allí la necesidad en el derecho de las decisiones autoritativas que pongan fin a las discusiones, y el del conocimiento y la justificación moral.

Como lo señalamos en el ensayo anterior, el positivismo actual ha distinguido entre un positivismo duro o excluyente y un positivismo blando o incluyente como respuesta al problema de la inclusión de la moral en el derecho, sofisticando de tal manera sus argumentos que en ocasiones pareciesen confundirse con los argumentos de los no positivistas<sup>90</sup>. El positivismo jurídico excluyente o duro (Raz) sostiene que es conceptualmente incoherente incluir o hacer referencia a la moral en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico<sup>91</sup> y que, por tanto, la identificación, existencia y el contenido del derecho nunca pueden depender de criterios de moralidad o de juicios de valor moral sino de hechos sociales exclusivamente<sup>92</sup>. El positivismo incluyente, admite, por el contrario, que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico pueda incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción<sup>93</sup>, pero si lo hace no es porque ello sea necesario sino contingente o circunstancial. El positivismo incluyente no afirma, como si lo hacen los antipositivistas, que ciertas normas formen parte del derecho en virtud de su valor moral, tampoco

<sup>89</sup> Ibid., p. 127.

<sup>90</sup> WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp.15-16.

<sup>91</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Clarendon Press, 1979, p. 50. Hay traducción en español: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Segunda edición, traducción y notas de Roldando Tamayo y Salmoran, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, pp. 55 y ss.

<sup>92</sup> RODENAS, Ángeles. “¿Qué queda del positivismo jurídico?”. En: *Revista Doxa*, No. 26, 2003, p. 418 y BAYON, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 57.

<sup>93</sup> Ibid., p. 445.

afirma, y esto lo diferencia del positivismo excluyente, que la identificación de una norma como derecho depende sólo de la existencia de convenciones; para esta versión del positivismo la identificación del derecho puede depender tanto de la corrección moral como de la existencia de convenciones<sup>94</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES: CRÍTICA A LAS TESIS CENTRALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Como ya se ha dicho, el positivismo jurídico comprende tres tesis: la denominada tesis social o tesis de las fuentes sociales, la tesis de la separación, y la tesis de la discrecionalidad. Ahora bien, lo que se ha denominado la crisis del positivismo jurídico en líneas generales afecta a la versión fuerte de la tesis de la separación y de la tesis de las fuentes sociales.

### 5.1 Crítica a la tesis de la separación

La tesis de la separación, como ya se ha dicho, se expresa diciendo que una cosa es la existencia del derecho y otra su mérito y, por ello, la afirmación de que algo es derecho no depende de que satisfaga determinados valores morales universales<sup>95</sup>. Esta última tesis, que se formuló como antítesis de la tesis básica del iusnaturalismo “*Lex injusta non est lex, sed corruptio legis*” constituye el fundamento de las otras dos tesis. Ahora bien, la tesis de la separación puede tener un sentido descriptivo o normativo.

Tiene un sentido meramente descriptivo, cuando es enunciado desde el punto de vista externo de un observador e implica la afirmación de que un sistema jurídico no requiere necesariamente estar vinculado a la moral positiva o a las creencias morales de alguna persona o grupo de personas. En este

<sup>94</sup> BAYÓN, Juan Carlos. *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, op. cit., p. 47.

<sup>95</sup> McCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidle Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, 1986, p. 128.

sentido la tesis implicaría (a) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas creencias o reglas de moralidad positiva sea de una persona o de un grupo o de toda la sociedad, (b) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico sin que exista en esa sociedad regla moral o creencia alguna de una persona o de un grupo de personas o de toda la sociedad que establezca la obligación de obedecer las normas jurídicas. Estas tesis tienen un carácter contra-intuitivo, pues parecen estar en contra de la experiencia común<sup>96</sup>; por el contrario, para alguno o la mayoría de sus destinatarios, todos los sistemas jurídicos que conocemos se caracterizan (a) porque incluyen dentro de sus normas gran parte de las creencias o reglas que ellos conciben como morales y (b) porque todos o algunos de sus destinatarios comparten una regla moral de obedecer (prima facie o absoluta) las normas jurídicas o a al menos gran parte de ella<sup>97</sup>.

La tesis de la separación tiene un sentido ético normativo en el caso de una formulación hecha por un observador crítico, o por un participante no-aceptante, quien, desde el punto de vista moral propio o crítico, afirma que un sistema jurídico no requiere necesariamente estar en conexidad con algún tipo de creencias y/o alguna regla moral que él defienda. En este sentido la relación del derecho no es con la moral positiva o social sino con la moral crítica e implica (a) que alguien puede afirmar sin caer en contradicción que existe un sistema jurídico que no incluye dentro de sus normas ninguna creencia y/o regla moral que él acepta o (b) que alguien puede afirmar, sin caer en contradicción que existe un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia o regla moral que él acepta que establezca la obligación moral de obedecerlo. A diferencia de las anteriores afirmaciones, estas parecen confirmar la experiencia común<sup>98</sup>. No obstante (a) no parece plausible del todo, debido a que parece imposible que un sistema jurídico no incluya alguna norma con la que el participante no aceptante o el observador crítico no esté moralmente de acuerdo, pero en

<sup>96</sup> HIERRO, Liborio L. "¿Por qué ser positivista?". En: *Revista Doxa*, No. 25, 2002. p. 281.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 281.

este caso, lo relevante es que la tesis sostiene que si se da alguna coincidencia, esta es meramente contingente y no conceptualmente necesaria. Por el contrario, (b) parece más plausible, en la medida en que tanto el observador crítico como el participante no aceptante, pueden reconocer la existencia de un sistema jurídico y la coercibilidad jurídica de sus normas como un hecho social, a pesar de negar legitimidad moral a sus autoridades y obligatoriedad moral a sus normas. Con fundamento en lo anterior, puede decirse que la tesis de la separación es una tesis esencialmente axiológica y no ontológica, como comúnmente se entiende, y que ella puede traducirse en la afirmación de que la conexión o concordancia entre las normas jurídicas y las normas de una moral crítica es meramente contingente o circunstancial y solo puede establecerse desde un punto de vista moral y no jurídico, de igual manera, que la obligación moral de obedecer a las normas jurídicas es asimismo contingente y sólo puede establecerse desde un punto de vista moral y no jurídico<sup>99</sup>.

Ahora bien, a la tesis de la separación se le han planteado tres objeciones relevantes. Una primera objeción puede enunciarse a partir de la propia idea de Hart de contenido mínimo de derecho natural y que se opone a la tesis positivista de que el derecho puede tener cualquier contenido aunque parece que esta idea de Hart no es clara y en todo caso ella no conduce a inferir una conexión necesaria entre lo que es el derecho y lo que es moral. Una segunda objeción afirma que cualquier sistema jurídico debe satisfacer ciertos principios mínimos que constituyen la moral interna del derecho: generalidad, publicidad, no retroactividad, comprensibilidad, no contradictoriedad, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y coherencia institucional (FULLER). De suerte que un sistema jurídico que cumpla con estos requisitos y que al mismo tiempo admita la esclavitud debería considerarse un sistema jurídico válido. La tercera objeción es la de que los sistemas jurídicos modernos necesariamente incorporan gran parte de la moralidad positiva de los pueblos civilizados que coincide con ciertos contenidos de cualquier moral crítica racionalmente fundamentada y por ello son candidatos a obediencia prima facie racionalmente fundada. La tesis de Dworkin, también coincide en partes con esta objeción.

---

<sup>99</sup> *Ibíd.*, p. 284.

## 5.2 Crítica a la tesis de las fuentes sociales

La tesis de las fuentes sociales es epistemológica y ontológica<sup>100</sup>. Conforme a ella es positivista toda concepción filosófica que considere que el derecho es un fenómeno de origen social y sus fuentes son convencionales o las decisiones humanas<sup>101</sup> (tesis fuerte) y, además, quien considere que la existencia de un sistema jurídico es un hecho observable y puede enunciarse con una proposición descriptiva y veritativa, y quien considere que la existencia de una norma jurídica, a pesar de no ser un hecho observable, puede enunciarse por medio de proposiciones descriptivas y por ello veritativa (tesis débil)<sup>102</sup>.

La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales puede considerarse una interpretación radical de la tesis hartiana que sostiene que la existencia y el contenido del derecho, de una comunidad, depende de un conjunto de hechos sociales, materializados en un conjunto de acciones de los miembros de la sociedad, que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad ni a juicio evaluativo alguno, y que el positivismo identifica con la regla de reconocimiento que se expresa en una práctica social. Ahora bien, en nuestra forma de vida nos hallamos con formas distintas de prácticas sociales, por ejemplo, las prácticas siquiátricas, medicas, estéticas, etc., cada una de ellas regida por un sin número de reglas que pueden describirse y reconducirse a criterios últimos. En el caso del derecho puede hacerse una descripción de la o las diversas prácticas convergentes; pero también esa práctica como cualquier otra práctica puede valorarse con arreglo a principios.

Toda práctica social responde a principios o fines y, por tanto, puede describirse y también evaluarse con arreglo a esos principios, valores o fines que

<sup>100</sup> HIERRO, Liborio L., *op. cit.*, p. 279.

<sup>101</sup> “La existencia de leyes depende exclusivamente de que hayan sido establecidas mediante decisiones humanas” (McCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidle Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, 1986, p. 129).

<sup>102</sup> HIERRO, Liborio L., *op. cit.*, p. 280.

la justifican. Una práctica social es un medio para alcanzar fines, para realizar valores, una practica social no es un fin en si mismo, siempre quiere alcanzar un estado de cosas; el derecho es una práctica social pero lo es también la moral; de suerte que la discusión sobre si la descripción de esa práctica, que permitiría elaborar un concepto de derecho independiente de si se considera correcta o no (moralidad) es el derecho válido o si el modelo con el que se juzga esa práctica social es el derecho correcto es una discusión irresoluble porque se está discutiendo cuestiones diferentes. En tanto práctica social, el derecho depende de un montón de circunstancias históricas y culturales que lo pueden hacer diferente. Al igual que la moral, el derecho puede cambiar según las dinámicas sociales, los hechos políticos, económicos, culturales. La descripción del estado actual de esa práctica puede hacerse a través de una cantidad de instrumentos metodológicos y conceptuales y esa descripción puede o no reflejar con cierta eficiencia y precisión la práctica del derecho. Pero por eso tenemos que concluir que ese es el derecho válido.

La categoría de validez pertenece a un mundo totalmente distinto del mundo de los hechos (Kelsen) y no podemos derivar un deber ser de un ser. El mismo Hart admite que de la regla de reconocimiento no se puede predicar validez porque ella es un hecho esencialmente; por consiguiente, la regla de reconocimiento lo que hace es describir una practica, la práctica del derecho, la forma como en una sociedad dada se identifica, se modifica, se interpreta y se aplica el derecho.

Como se puede inferir, la regla de reconocimiento no produce el derecho, ni establece los criterios para determinar el derecho válido, ella es una descripción de una práctica, pero no te puede decir porque razón dentro de esa práctica determinadas reglas son consideradas derecho. La regla de reconocimiento es establecida en la práctica judicial, ello quiere señalar que primero es la práctica y después la regla de reconocimiento, que no es más que la descripción de esa práctica; pero como de esa descripción se puede inferir deberes, la regla no es en realidad un regla por que no prescribe nada, es la descripción de un hecho.

Por otra parte, por momentos parece que las teorías de Dworkin y de Hart no son tan incompatibles en la práctica, aunque conceptualmente aparenten

tener muchas diferencias. Por ejemplo, si un juez decide un caso apelando a la moral social o a la moral liberal porque no encuentra una respuesta clara en el ordenamiento jurídico; tendría importancia para el juez o para el abogado o para el ciudadano que el caso se decidió de esa manera y apelando a consideraciones morales porque estas eran conceptualmente contingente o necesarias si al fin y al cabo las consecuencias son las mismas. La Corte Constitucional colombiana llegaría a consecuencias diferentes si admite que el uso que está haciendo de los principios morales es contingente o no; realmente, deberíamos preguntarnos, qué es lo relevante en esta discusión, pues así planteada, la tesis de la separación conceptual parece ser una tesis sin sentido, debido a que lo relevante no es si el uso que se hace de los principios morales en la resolución de los casos difíciles es contingente o necesario, sino el uso mismo y las consecuencias que se desprenden de ese uso.

Finalmente, como ya se ha dicho, la regla de reconocimiento puede incluir como criterio de identificación del derecho a ciertos principios morales o políticos, pero lo más importante de los principios, como ya se ha visto, no es la identificación formal sino su materia y contenido. Un antipositivista podría suscribir todas las tesis del positivismo incluyente y no ser inconsistente con las consecuencias que se derivan de tal postulado, sin embargo, un positivista incluyente si bien puede suscribir todas las tesis, no puede ser consistente con las consecuencias que se derivan y es que, en últimas, la identificación del derecho depende de consideraciones materiales no preestablecidas, de conceptos que caen en el ámbito de la moral y política. La discusión entonces no es tanto ¿Qué es el derecho? es posible para un antipositivista admitir que el derecho son las reglas positivas, la cuestión entonces es ¿por qué debo obedecer al derecho o cuando y en que condiciones debo obedecerlas? ¿Por qué debo admitir como vinculantes las normas creadas mediante decisiones humanas? ¿Debo obedecer un derecho defectuoso o inmoral?; por otra parte, ¿Se puede derivar de la tesis de las fuentes sociales la obligación de obedecer el derecho o ella es sólo una tesis descriptiva, no normativa? ¿Debe entonces distinguirse entre la existencia del derecho, su identificación y su validez y, por ello, puede admitir la existencia de un derecho que no obligue o la existencia de un derecho que no sea válido o que sea válido pero no obligue?

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2ª reimpresión corregida, México, Ediciones Distribuciones Fontamara, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- \_\_\_\_\_. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”. En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y moral*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1998.
- \_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Segunda edición, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997.
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 1999.
- AUSTIN, John. “La delimitación del ámbito de la teoría del derecho”. En: CASANOVAS, Pompeu y otros. *El ámbito de lo jurídico, lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Crítica, 1994.
- \_\_\_\_\_. *The Province of jurisprudence Determined*. 1861.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Derecho, convencionalismo y controversia”. En: NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, María C. (comp.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.
- \_\_\_\_\_. “El contenido mínimo del positivismo jurídico”. En: ZAPATERO, V. (ed.). *Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*. Vol. II, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002.
- BETEGÓN, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid, Ediciones McGraw-Hill, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Octava reimpresión, México, Ediciones Distribuciones Fontamara, 2004.
- \_\_\_\_\_. *El positivismo jurídico*. Madrid, Editorial Debate, 1993.
- BULYGIN, E. “Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?”. En: AARNIO, A; PIETILÄ, K y UUSITALO (eds.). *Interests Morality and the Law, Tampere*. Research institute for Social Sciences, 1996.

- CAMBELL, Tom. "El sentido del positivismo jurídico". En: *Revista Doxa*, No. 25, 2002.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2008.
- COLEMAN, J. "Negative and positive positivism". En: *Journal of Legal Studies*, No. 11, 1982.
- \_\_\_\_\_. "Second Thoughts and Other First Impressions". En: BRIAN, Brix (Ed). *Analyzing law. Essays in Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- DOMAIN. "La autonomía del razonamiento jurídico". En: *La Ética en el ámbito de lo público*. 1994, traducción en español, de J. Raz, Editorial Gedisa, primera edición, 2001 [1994], Barcelona, Oxford, Oxford University Press,
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 4ª reimpresión, Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1999.
- \_\_\_\_\_. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Editorial Gedisa, segunda reimpresión, 2005.
- HART, H.L. "El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna". En: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José J. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona, Editorial Crítica, 1994.
- \_\_\_\_\_. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- \_\_\_\_\_. "Positivism and the Separation of Law and Morals". En: *Harvard Law review*, No. 71, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Law, liberty and Morality*. Stanford, Stanford Univ. Press, 1963.
- \_\_\_\_\_. *El nuevo desafío del positivismo*. Traducción de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan R. Páramo, original inédito, Sistema, No. 36, mayo de 1980.
- HIERRO, Liborio L. "¿Por qué ser positivista?". En: *Revista Doxa*, No. 25, 2002.
- HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Gedisa, 1992.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Novena edición, traducción de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho*. México D. F., Grupo Editorial Éxodo, 2006.

- McCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reídle Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, 1986.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Editorial Ariel S.A., 1994.
- NINO, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 9ª edición, Barcelona, Editorial Ariel. S.A., 1999.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979. Traducción en español: *La autoridad del derecho. ensayos sobre derecho y moral*. Segunda edición, traducción y notas de Roldando Tamayo y Salmoran, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.
- REDONDO, María C. (comp.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002.
- RIDDALL, J. G. *Teoría del derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.
- RODENAS Ángeles. “¿Qué queda del positivismo jurídico?”. En: *Revista Doxa*, No. 26, 2003.
- SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
- SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*. 2ª edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1993.
- SQUELLA, Agustín. *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. Segunda edición, México, Ediciones Distribuciones Fontamara, 1998.
- WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid, Marcial Pons, 2007.

***Tercera Parte***



**Lógica y Argumentación Jurídica**



# ***Investigación y argumentación en la formación de abogados***

---

**ALEJANDRO CASTILLO RIVAS\***

*Universidad Libre*

*Bogotá*

## **PRESENTACIÓN**

El presente artículo es producto de la reflexión académica en el marco del seminario de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, desarrollado con los estudiantes de último año de Derecho de la Universidad libre de Bogotá, en el que se evidencian varios problemas del orden cognitivo, metodológico y didáctico, para abordar de manera crítica y comprensiva los problemas centrales de la teoría jurídica contemporánea, que directa o indirectamente nutren al llamado Nuevo Derecho Colombiano, entre los cuales se destacan problemas abiertos en el derecho colombiana, como son las tensiones entre el formalismo y el antiformalismo, entre principios y reglas, así como las rupturas

---

\* Abogado, profesor de la Facultad de Derecho y jefe de la División Académica de Planeación de la Universidad Libre. E-mail: alejandrocastillor@gmail.com.

entre validez jurídica y legitimidad, entre otros, aproximación reflexiva que en este primer avance se centra en la investigación formativa y la argumentación jurídica, que a nuestro juicio continúan siendo espacios académicos ajenos a la realidad y los aportes de la teoría jurídica del derecho constitucionalizado, en la mayoría de los programas de Derecho de las universidades colombianas.

## 1. FORMACIÓN INVESTIGATIVA

La formación del abogado latinoamericano en general y del colombiano en particular, ha tenido cambios drásticos en las últimos dos décadas, especialmente porque las universidades han entrado en la lucha de obtener certificaciones nacionales e internacionales que avalen su presencia en el ámbito de la educación superior. Ya no basta que el abogado sepa leyes, como se consideraba en el auge del pensamiento positivista, también es necesario que el estudioso del Derecho sea consciente de que esta disciplina o ciencia está influenciada e influye en las distintas esferas epistemológicas, sociales, económicas, políticas, incluyendo los contextos axiológicos y pedagógicos, por lo tanto, es una persona que tiene y debe saber desenvolverse en éstos sin perder su perfil de jurista.

Bobbio señala que el principio de unidad es predicado tanto en relación a la derivación de todas las normas de uno o varios ordenamientos de la misma norma fundamental, como haciendo referencia a la unidad de todas las normas entre sí, a través de la labor del intérprete del Derecho, que ha de eliminar, a la hora de resolver un supuesto concreto, las posibles antinomias, así como ha de integrar las lagunas existentes con normas procedentes del mismo ordenamiento o de otros superiores o parciales. Sin embargo, este último factor de unidad no se consigue de forma plena o absoluta, pese a que la hermenéutica jurídica muestra el esfuerzo constante de la jurisprudencia para considerar al Derecho como un sistema coherente y pleno (CARMEN MARÍA GARCÍA MIRANDA: 1998).

Con base en lo anterior, podemos señalar como primera premisa que la formación del abogado no puede estar ajena a la realidad que lo rodea, cualquiera

sea la categoría de dicha realidad, por eso, como lo señalan Contreras y Leyva (pp. 74-75), “proponer un sistema de investigación jurídica y sociojurídica, flexible e integrado al contexto económico, social y político, se sustenta la conveniencia de impulsar un currículo, para los programas académicos de Derecho, que incorpore lineamientos integracionistas en la formación profesional de quienes participan del ejercicio de enseñanza-aprendizaje a nivel de la educación superior”.

En este orden de ideas, surge el interrogante de ¿Tiene incidencia en la formación del abogado el incluir asignaturas de corte investigativo?, es necesario primero aclarar qué es investigación jurídica y qué no es, al respecto, Carrasco Fernández señala, parafraseando a Álvarez Londoño, que no es investigación jurídica: a) La exposición de un sistema o sub-sistema normativo (v.gr. explicar la normatividad existente en materia de contratación internacional). b) La censura o crítica y propuesta de reforma de un sistema o sub-sistema normativo (v.gr. exponer el código penal vigente, explicitar sus ambigüedades y realizar una propuesta de reforma); c) La comparación expositiva y/o censura de dos o más sistemas o sub-sistemas normativos existentes, en ausencia de una consideración positiva acerca de los problemas que plantea la formulación de tercios de comparación; d) (Y tampoco lo es la) identificación de una fuente de derecho relevante para un caso y/o su mera aplicación a los hechos.

Los anteriores ítems, entonces si bien pueden constituir elementos claves en lo que respecta al estado del arte y al marco teórico conceptual, como punto de partida, como lo señala Carrasco Fernández, utilizarlas como contextos investigativos es devolvernos a esa imagen del jurista encerrado en una biblioteca que a la luz de una vela trata de desentrañar el sentido de la ley, mientras a sus espaldas suceden transformaciones de todo orden.

Así las cosas, si queremos que los futuros abogados sean partícipes de los cambios regionales, nacionales y globales, es necesario que, además de manejar asignaturas de corte moderno, también logremos que se apropien de lo importante que es ser investigador y que las respectivas asignaturas no sean simplemente teóricas, sino que impliquen trabajo de campo serios y propositivos.

Hoy todos reconocemos los aportes de Robert Alexy en cuanto a los problemas fundamentales del derecho contemporáneo, la funcionalidad jurídica, su eficiencia y el campo de la legitimidad o expresión correctiva del derecho, en el marco de los derechos fundamentales y el derecho constitucionalizado, sin embargo, en nuestras facultades de derecho el mayor énfasis formativo lo continuamos haciendo en la dogmática jurídica, lo que es importante conocer a profundidad, pero no agotar las posibilidades de una formación integral de los futuros abogados, por lo menos en las tres dimensiones del derecho contemporáneo, más en un contexto como el nuestro el colombiano, donde en aras de la legalidad formal se han cometido atropellos contra los bienes y el patrimonio públicos, y lo más grave violentando los derechos fundamentales de las personas y las comunidades, falsos positivos, desplazamiento forzado, saqueo de los recursos públicos y falsedad en documentos, entre otros.

Al respecto es interesante ver el trabajo de Manuel Atienza “Interpretación Constitucional”, publicado por la Universidad Libre en el año 2010, de manera particular el capítulo titulado, los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos.

La investigación jurídica, enfrenta varios problemas de carácter epistemológico. El más grave de ellos, es como diría Norberto Bobbio, “el complejo de inferioridad que tiene el jurista frente a los demás científicos”, a este problema, sumamos otro, que es la falta de aportaciones jurídicas de gran trascendencia en la historia de la humanidad, pues las mismas no tienen el mismo impacto, como las aportaciones realizadas por la Física, la Química, la Biología, la Psicología (<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/050707190037.html>).

Nuestras escuelas de derecho, sin perder su rostro propio, y la esencia dogmática del derecho, no pueden ocultar o dejar como un tema más en la formación de juristas, la dimensión de la legitimidad jurídica, no es suficiente formarnos para la validez, esta es necesaria pero no suficiente para el ejercicio de la profesión con transparencia. Al respecto siempre es conveniente recordar la entrevista al profesor de Harvard Duncan Kennedy ¿Son los Abogados

necesarios? Publicada en 1987, en el cual se critica el papel de los “Abogados empresariales”, en cuanto su ejercicio profesional en los Estados Unidos, “que hacen lobby en contra de la legislación regulatoria y tratan de hacerla pedazos ante los tribunales”, en nuestro país no podemos continuar ensombreciendo la realidad, de una ética sin moral, como lo expresó en su obra *Adela Cortina*, que desde el sector público o privado se viene ejerciendo por algunos profesionales del derecho, que a cambio de grotescas recompensas de dinero o prebendas, aceptan sin el menor rastro de vergüenza, al decir de Duncan.

Pues bien, la investigación formativa que se imparte en nuestras facultades, además de superar los esquemas petrificados de las “metodologías de investigación”, tienen que articularse de manera creativa a cultivar la pasión, la actitud y la alegría por el mundo académico, en compromiso extensivo con la realidad social, política, jurídica, económica y ética del país, la región y el mundo. En este sentido, la investigación aséptica, que la actividad docente aislada de la realidad, son en mi criterio tan nocivas para la formación de un abogado, como lo es la tradicional práctica transmisionista que continua imperando en medio educativo colombiana.

El derecho, es apreciado por la opinión general de las personas, como un mundo de reglas y sanciones, recordemos los primeros capítulos del Concepto de Derecho de H. Hart, pero esa apreciación parcial también la vivimos en nuestro ambiente universitario, lo que se puede percibir en la minimización de los espacios académicos, lúdicos y de extensión social que tienen nuestros programas de derecho para la formación social, humanística, histórica, ética e interdisciplinaria, considero que es el momento que nuestra Asociación Colombiana de Facultades de Derecho, valore de manera objetiva y propositiva lo que está pasando con la formación de nuestros abogados, en estos años de reformas, competencias y créditos académicos y flexibilización curricular, lo cognitivo instrumental, que en mi concepto ha subordinado la dimensión axiológica del abogado como profesional y como ciudadano, nos ha convertido en contestatarios de las políticas del Estado, que nos pide rendir cuentas de la dogmática de las competencias, descuidando la dimensión reflexiva, la convivencia, la tolerancia, el análisis comparativo y la formación de intersubjetividad.

Al respecto, recordamos a Paul K Feyerabend cuando expresa en su clásico libro *Contra el Método* (1970: 19), “Puede demostrarse lo siguiente: considerando cualquier regla, por fundamental que sea, hay siempre circunstancias en las que se hace aconsejable no sólo ignorar la regla, sino adoptar su opuesta”.

## 2. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Pero de la misma manera crear una nueva cultura en la formación de abogados, requiere que en nuestras escuelas de derecho, así como debemos des-dogmatizar la investigación la filosofía socio jurídica, abriendo nuestro entendimiento hacia las posturas de la filosofía crítica, humanística e interpretativa, que asuma en el justo equilibrio los aportes de la dogmática jurídica, en sus expresiones más avanzadas del positivismo jurídico, que desde las concepciones anglosajonas con John Austin (1879) a la cabeza en el siglo XIX, pasando por los aportes de Hans Kelsen en las primeras décadas del siglo XX, que en la *Teoría Pura del Derecho* (1934), no solo delimita el objeto y su método, buscando dotar al derecho al rango de ciencia, desde los parámetros epistemológicos de la ciencia básica, desarrolla ampliamente en la obra *La Estructura de las Revoluciones Científicas* de Thomas Kuhn (1971).

Recordemos que el iusfilosofo vienes pretende deslindar el método del derecho centrado en el deber ser, estableciendo una relación imperativa, desarrollada en la razón práctica kantiana, en contraste con el método de la ciencia positiva, que responden al principio de causalidad, que determina una relación lógica del ser, que permite desde la antigüedad griega construir las lógicas formales, hasta las sofisticadas lógicas proposicionales, del positivismo lógico de la Escuela de Viena, que indudablemente impregnaron, el esfuerzo teórico purista de Kelsen.

Problemática ampliamente desarrollada en mi ensayo “Crítica a la Positivización del Derecho: Reflexión Iusfilosofica desde la Teoría Crítica” (2005) y publicado en la Revista *Nueva Época* de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

Los modelos y estilos de argumentación jurídica que predominaron en el derecho contemporáneo en armonía con los desarrollos del derecho positivo, hasta los aportes de las escuelas del positivismo analítico, donde indudablemente resaltamos el esfuerzo de H.L.A Hart, en la obra *El Concepto de Derecho* (1968: G. Carrión) por tratar de conciliar el derecho basado en reglas, con los aportes de la lingüística y de manera particular con los usos del lenguaje, las intencionalidades, los contextos y las significación de las palabras, para tratar de romper la férrea reducción del derecho al mundo de las normas, heredades del mismo purismo jurídico, llevado al traste histórico, con los trágicos resultados de la primera y segunda guerra mundial, que ya el gran filósofo alemán Edmund Husserl había alertado en su discurso sobre la “Crisis de la Humanidad Europea” (1935), al expresar que la cosificación utilitaria de todos los espacios sociales, intelectuales y valorativos de la sociedad habían arrinconado la dimensión subjetiva, humanística de la ciencia y el Estado mismo.

El formalismo jurídico, ante los derechos fundamentales había hecho crisis, el Juicio de Núremberg nos recuerda que en aras de la validez formal, las decisiones judiciales no podían justificar los atropellos contra los derechos fundamentales, menos aun los genocidios cometidos en el régimen hitleriano, los principios, los valores, que sustentan la dignidad y la vida misma, sumo supremo de los derechos humanos, como la tolerancia y el pluralismo, no podían seguir como principios emblemáticos de la modernidad, pero distantes de la razón práctica y la justicia social, en el campo del derecho los esfuerzos del positivismo analítico, para conciliar la dimensión funcional y dogmática del derecho positivo, con la dimensión ética y correctiva de la justicia, era una alternativa más retórica, que no resolvía esta ruptura, entre el formalismo y el iusnaturalismo de la posguerra, del llamado realismo y el liberalismo jurídico.

Ruptura que trato de remediar de manera tímida, entre otros H. Hart (1961), con la mediación de la lingüística, desde los aportes del filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein, que insistió en que hay incontables tipos diferentes de usos del lenguaje de lo que llámanos símbolos, palabras, oraciones, que indudablemente impactan las formas de argumentación, al respecto siempre recomendaremos la Introducción a la Lógica de Irving Copi y Carl Cohen,

de manera especial el capítulo 15 la Lógica y el Derecho, poco estudiado en nuestras facultades de Derecho.

Precisamente Hart, entre las tres tesis que presenta sobre el positivismo incluye la tesis sobre La separación conceptual del derecho y la moralidad.

Arguye que aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la Moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento “de facto” entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la Moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. Sustentan esta tesis Bentham y Austin, insistiendo en la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

Considera Hart que la tesis sobre la separación conceptual entre el derecho y la Moral es falsa y de que existe alguna forma de conexión necesaria, no meramente contingente, entre la validez jurídica y las exigencias de la moralidad, lo que es un rasgo central de las teorías clásicas del Derecho Natural.

Ahora, en lo que respecta a la investigación jurídica, según Leoncio Lara Sáenz (1992) ésta consiste en “...el conjunto de actividades tendientes a la identificación, individualización, clasificación y registro de las fuentes de conocimiento de lo jurídico en sus aspectos sistemático, genético y filosófico”.

Eso en sí, bien puede considerarse como la semblanza para la investigación jurídica, pero teniendo en cuenta que hoy se habla de investigación socio-jurídica, ¿Cómo podremos ajustar lo anterior a ésta última?

Cuando se trata de la investigación socio-jurídica ello implica que las ciencias jurídicas no son ni pueden ser consideradas, tal y como se ha ido anotando, como aisladas del contexto sociológico y antropológico, es decir, que los movimientos sociales y políticos son determinantes en la evolución jurídica, por ello es que en la actualidad para hablar de investigación jurídica es fundamental incluir el elemento social.

¿Qué paradigmas son los que se relacionan con la investigación socio-jurídica? Jürgen Habermas (citado por DANIEL ALEJANDRO DODDS BERGER: 2010) al tratar sobre la evolución del derecho y sus paradigmas, considera que el desarrollo de éstos demuestra “cómo la lógica, la reflexión y las formas jurídicas no tienen un carácter perpetuo, sino que se han ido desarrollando a la par de los cambios desarrollados en las sociedades occidentales, desde el advenimiento de la modernidad”, porque indudablemente el Derecho evoluciona a la par que la sociedad y, por ende, no es ajeno a los cambios que los avances tecnológicos inciden en ésta. Así las cosas, aceptando que existen principios inescindibles del Derecho, dichos principios a la vez se van ajustando a los avances tecnológicos, es decir, que ya conceptos como “bienes”, “obligaciones”, “contratos”, “derechos de autor” no se limitan a asuntos netamente aprehensibles, sino que deben tenerse en cuenta, por ejemplo, el uso de las TIC’s y, sus instrumentos con relación a los mismos.

Pese a lo anterior, el Derecho sigue teniendo en cuenta sus paradigmas a través de los cuales analiza casos y elabora diagnósticos, basado en “una reconstrucción racional de formas de consciencia, filtradas y sintetizadas en una teoría, que busca orientar la acción” (ARATO, ANDREW: 1996, citado por DANIEL ALEJANDRO DODDS BERGER: 2010) y es por ello que hoy puede hablarse no solo de derecho penal, derecho civil, derecho administrativo, sino también de derecho penal constitucional, derecho civil constitucional, etc., a la vez que puede tratarse sobre prejudicialidad civil-penal, o prejudicialidad laboral-civil, sin que ello signifique que cada área citada tenga su particular modo de tratar los problemas respectivos.

Pues bien, son indudables los aportes de la lógica proposicional y la lingüística (semiótica) a formas del discurso y modos de argumentar, que indudablemente calaron en las nuevas alternativas de la argumentación jurídica, permitiendo espacios para las hermenéuticas, pero siempre con las restricciones impuestas por los límites de las reglas jurídicas, que desde las posturas formalistas restringían la validez jurídica a los precedentes, funcionales o las llamadas reglas de referencia a portadas por H. Hart, excluyendo la posibilidad de asumir los principios y valores, incorporados en el cuerpo constitucional, en el marco del llamado nuevo derecho, que para el caso colombiana se determinada con

la Constitución Política de 1991, que por su naturaleza y concepción jurídica, filosófica, ética y política constitucionaliza el derecho, convirtiéndose en regla de referencia suprema, tanto en sus principios, derechos fundamentales, que regla lo público y lo privado.

Es en este sentido el liberalismo jurídico y el iusnaturalismo anglosajón, liderado por R. Dworkin desde su obra fundamental *El Imperio de la Justicia*, deslinda campos con el positivismo analítico hartiano, en su ya famoso debate en torno a las decisiones jurídicas en los casos difíciles, al respecto recomendando el trabajo del jurista colombiano César Rodríguez, publicado por Siglo del Hombre en 1997.

Sin embargo es preciso resaltar, que si bien el debate referido es de trascendencia para comprender el nuevo derecho constitucionalizado, también es cierto que dicho debate se queda en lo enunciativo, pero como tal no resuelve el problema en torno a las decisiones judiciales, para los llamados casos difíciles. Pues bien, en la entrevista de Manuel Atienza a Robert Alexy (publicada en la *Revista virtual Doxa*, No. 24, Cuadernos de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante), de manera didáctica y profunda el Iusfilosofo de la Universidad de Kiel, afirma que la argumentación jurídica en el derecho constitucionalizado, “responde a una argumentación practica general, en una dimensión ideal y critica, la conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el derecho y la moral, que es algo excluido por el concepto positivista del derecho” (ATIENZA- ALEXY: 1999, 6)

*La Teoría de la Argumentación Jurídica* desde la propuesta de Alexy (1976) se centra en dotar al derecho constitucional en un método propio de una disciplina práctica, que requiere superar las ataduras deterministas del positivismo, pero además de las formas de argumentación de la lógica promocional, retomando los aportes de la semiótica y la filosofía del lenguaje, nutrida de manera profunda por el lingüista italiano Umberto Eco en sus obras *El Signo* (1973) y *Semiótica y Filosofía del Lenguaje* (1984).

Pero en el campo del derecho la argumentación requería de una teoría, un método y un modelo propio, compatible con la naturaleza imperativa

y de precedentes institucionalizados, que hacen del derecho una disciplina práctica, que de obligante aceptación y obediencia, que para responder a una sociedad tolerante y pluralista, requiere de un Estado que incorpore los derechos fundamentales en su propia esencia, de tal manera que el acuerdo o pacto general, que convoca y agrupa a esa comunidad, los incorpora en una constitución y se compromete a velar por su cumplimiento, en el marco de legalidad, que la propia institucionalidad le garantiza en el mismo marco de constitucionalidad.

Es un esfuerzo paradigmático, del iusfilosofo alemán, para incorporar en la dogmática y funcionalidad jurídica, una teoría general del derecho que concilie la dimensión positiva del derecho, con su dimensión correctiva, propia de expresión ética y social de la justicia, es decir de la legitimidad de las decisiones jurídicas en cuanto a su impacto y armonía con los derechos fundamentales, que sustentan en principios éticos, sociales, culturales, históricos, antropológicos y jurídicos, que son generales, en la medida que posibilitan la pluralidad, la diferencia y el respeto a la tolerancia, por ello los principios y valores, que hacen posible el respeto y la prevalencia de los derechos fundamentales, se transforman en precedentes, que afinan, internacionaliza y obliga su cumplimiento en las decisiones judiciales, todo lo cual es desarrollado de manera original por Robert Alexy en la *Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales* (1993), complementando en su *Teoría del Discurso y Derechos Humanos* (1995).

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ATIENZA, Manuel. *Interpretación Constitucional*. Bogotá, Universidad Libre, 2010.

- \_\_\_\_\_. *El Derecho como Argumentación*. México, Editorial Fontamara, 2005.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- BOBBIO, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. 1961.
- CASTILLO RIVAS, Alejandro. "Crítica a la Positivización del Derecho". En: *Revista Nueva Época* No. 24, Universidad Libre, 2005.
- CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel. *Retos de la Investigación Jurídica y Socio-Jurídica en el Nuevo Milenio*.
- CONTRERAS CAPELLA y otros. *Perspectiva de la Investigación Jurídica y Sociojurídicas en los Programas Académicos de Derecho que se ofrecen en los países que conforman la Unasur*.
- DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, Ariel, 2005 [1989].
- ECO, Umberto. *Semiótica y filosofía del lenguaje*. Barcelona, Editorial Lumen, 1990 [1984].
- \_\_\_\_\_. *El Signo*. Barcelona, Editorial Lumen, 1976.
- FEYERABEND, Paul K. *Contra el Método: Esquema de Una teoría Anarquista del Conocimiento*. Ediciones Orbis, S.A. 1970.
- HART, H.L. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1963.
- HARBERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid, Trotta. 1997.
- HUSSERL, Edmundo, (1970) "La Crisis de la Humanidad Europea 1935". En: *Revista Eco*, No. 119, Buchholz, Bogotá, 1970.
- IRVING M., Copi y COHEN, Carl. *Introducción a la Lógica*. Editorial Limusa, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Losada, 1979.
- KUHN, Thomas. *La estructura de las Revoluciones Científicas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- RAWLS, Jhon. *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- RODRÍGUEZ, César. *La Decisión Judicial. Estudio preliminar*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, 1997.

# ***El lenguaje lógico jurídico y su implicación en el estudio sistémico del Derecho***

---

**JORGE ENRIQUE LEÓN MOLINA\***  
*Universidad Católica de Colombia*  
*Bogotá*

## **PRESENTACIÓN**

El presente escrito pretende enunciar ciertos parámetros lingüísticos aplicados a una teoría sistémica del Derecho, haciendo hincapié en las diversas formas lingüísticas presentes en el Sistema Jurídico, su interpretación, y su formulación lógica. Por ende y de acuerdo a este planteamiento, en primer lugar se plantearán unas consideraciones semánticas, en virtud de las cuales se estudiarán los signos lingüísticos como elementos formadores de proposiciones

---

\* Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Investigador adscrito al semillero de investigación “Teoría del Derecho, Lógica Jurídica y Lógica Deóntica” de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

jurídicas; luego se estudiará la teoría de la conmensurabilidad, para darle un aterrizaje lógico al problema de la sintaxis expresado en la unidad anterior, luego unas consideraciones sistémicas, mediante las cuales puedan aterrizar los conceptos Lingüísticos en forma de variables sistémicas, y por último, unas consideraciones lógicas de la lógica del lenguaje jurídico.

## CONSIDERACIONES SEMIÓTICAS

Entendemos como semiótica a la ciencia en virtud de la cual son estudiados los objetos presentes en el mundo real, mas concretamente, los enunciados en virtud de la física y la practica (Siguiendo en esta terminología a Jhon Locke). Esta ciencia procura construir una teoría general de los signos en todas sus formas; ya sea lingüística o extralingüísticamente, individual o social, animal o humana, etcétera<sup>1</sup>.

En virtud a lo anteriormente expuesto, cabe resaltar conceptos como los siguientes:

### El signo

Un Signo no es un signo en sí mismo, sino que lo es en tanto que actúe como tal; razón por la cual cualquier cosa es un signo o simplemente puede serlo, en la medida en que tenga la capacidad de representar un algo determinado, o en la medida en que se utilice para sustituir una cosa por otra. Según Peirce, signo es “cualquier cosa que es determinada por otra cosa (denominada Objeto), y que así determina un efecto sobre una persona o cosa (denominada Interpretante), siendo este último determinado por el signo”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Al respecto, Charles Morris explica que el alcance de la semiótica es muy amplio, dada la ubicuidad del signo, que está presente en muchas partes. Esto permite que esta ciencia se relacione con disciplinas muy variadas y diversas. *Signo y pensamiento*. Blasco, Joseph (et al), Barcelona, Ed. Ariel Filosofia S.A., 1999, p. 60.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 60.

Entonces, una Relación Sígnica es una relación tríadica, establecida entre un signo, un objeto y un pensamiento interpretante (el cual es también un Signo). Esta facultad del signo de mediar entre un objeto y su interpretante, es conocida como Terceridad; cuya formulación gráfica sería algo así:

Objeto ----- Signo ----- Interpretante

Por ejemplo podríamos plantear el siguiente: “Juan hirió a Pedro con un cuchillo en un brazo, causándole lesiones personales”.

En el anterior ejemplo, el objeto es el móvil del delito, el cual es el cuchillo con el que Juan configuro el signo, es decir, hirió a pedro, permitiendo que el operador de justicia interpretara que esa conducta era constitutiva de un tipo penal: Lesiones Personales.

## LA TERCERIDAD COMO ELEMENTO DE LA RELACIÓN SÍGNICA

La terceridad hace referencia a la esencia del signo, ya que sirve para mediar entre el objeto y el Interpretante. Esta categoría involucra tres elementos cuales son: objeto, signo e Interpretante, mientras que la acción Sígnica, es decir, la relación existente entre los elementos de la terceridad, involucra una doble relación Diádica:

- La que se da entre el Signo y el Objeto
- La que se da entre el Signo y el Interpretante<sup>3</sup>.

La vinculación entre el signo y el Interpretante no es de naturaleza contingente, sino esencial a su carácter de signo; ya que su existencia como signo depende de su capacidad de producir un determinado tipo de interpretación.

<sup>3</sup> Así las cosas, la naturaleza del signo es la de mediador entre el objeto y el Interpretante, cuya función es que el objeto pueda determinar un intérprete a través de Él. *Ibíd.*, p. 62.

Esta vinculaciones el medio del cual se sirve el objeto para producir el Interpretante, y esta es su razón de ser como signo. En conclusión, algo es un signo en la medida en que pueda producir una interpretación; cuyo propósito, como signo, es producir un Interpretante. Entonces, la semiosis es una relación triádica entre Interpretante y objeto a través de un signo determinado; esto sobreentendiendo que el objeto y el signo deben estar previamente relacionados de uno u otro modo.

El Objeto es aquello acerca de lo cual el signo presupone un conocimiento, para que sea posible proveer alguna información adicional acerca de dicho objeto. Dicho de otra forma, es la posibilidad de comprensión de un signo como representación de otra cosa, lo que le convierte en signo<sup>4</sup>. Así pues, el signo representa el objeto en alguno de sus aspectos. Por ende, el signo relaciona al Interpretante con el objeto solo mediante uno de los aspectos de dicho objeto; esta relación recibe el nombre de Fundamento del Signo, ya que es aquello mediante lo cual se representa un objeto, y por lo tanto, aquello mediante lo cual el Interpretante se relaciona con un objeto por medio de un signo. Esto puede entenderse de la siguiente forma:

Pedro ha hurtado varias joyas de la casa de María; es decir, que Pedro hurtó anillos, cadenas, aretes, perlas, diamantes, etcétera, de la casa de María. Por ende, se ve claramente que Pedro ha hurtado y las joyas hurtadas son la evidencia del delito cometido por Pedro.

Sin embargo, el intérprete puede existir aun en casos en que no haya quien interprete los signos ni tenga el pensamiento. En otras palabras, puede existir Interpretante aunque no haya intérprete, en la medida en que el signo pueda producir una interpretación determinada en el momento en que ya haya un intérprete. Otra explicación sería que para que algo tenga interpretación,

---

<sup>4</sup> Sin embargo es necesario anotar que un signo puede ser malinterpretado: en la medida en que produzca interpretaciones no apropiadas. Esto dado que el Signo no determina completamente el Interpretante. *Ibíd.*, p. 63.

no es meramente necesario que alguien lo pueda interpretar. Esta relación es conocida con el nombre de Significación, ya que los intérpretes no crean interpretantes, sino que los captan<sup>5</sup>. Los interpretantes posibles pueden ser de tres clases; a saber:

- **Inmediato.** Es el pensamiento que expresa lo que el signo pide, sin el cual no es comprensible el enunciado determinado. Es el Interpretante tal como se revela en la correcta comprensión del signo. Por ejemplo: “Jorge Representa Judicialmente a Pablo en un proceso penal por Homicidio.” En virtud del cual el proceso penal es el Signo, y el Interpretante puede darse cuenta que Jorge es el Abogado de Pablo. El Interpretante Inmediato recibe a menudo el nombre de Significado.
- **Dinámico.** Es definido como un estado mental que interpreta el efecto inmediato que el signo, como signo, determina en un momento determinado. También hace referencia a todos los pensamientos que puede tener un sujeto al momento de interpretar un signo; esto es, tanto los objetos como los signos propios de dicho signo; hasta alcanzar así al Interpretante final. Por Ejemplo: “Pablo Disparo su arma de fuego contra César, causándole la muerte. Por lo tanto, Jorge Representa judicialmente a Pablo en el Proceso Penal por el Homicidio de César”.
- **Final.** Hace referencia a la forma en la que el signo se representa si mismo como un elemento relacionado con el objeto. Este Interpretante puede existir si se tienen en cuenta concepciones completas y verdaderas acerca de los objetos presentes en el signo.

Los anteriores interpretantes son posibles en la medida en que sea tenido en cuenta el concepto de Decisignos, ya que correlativamente a ellos, se distinguen a su vez dos tipos de objetos de un signo, que en principio no son dos elementos distintos, sino dos formas de un mismo objeto; los cuales son:

<sup>5</sup> Esto refuerza la tesis de que el signo existe en todo momento, aunque en un momento determinado no produzca ninguna representación mental en un sujeto, ya que su objeto es producirla. Es decir, la capacidad de producirla en uno o varios sujetos (ibíd., p. 65).

- **Objeto inmediato.** Hace referencia al objeto representado por el signo tal y como este representado por el signo.
- **Objeto dinámico.** Hace referencia al objeto tal como es en si mismo y que sirve para determinar el tipo de representación que el signo ofrece.

## CLASIFICACIÓN DE LOS SIGNOS

Los signos tienen una clasificación que se ha ido universalizando en la medida del tiempo, basada en el concepto de Fundamento expuesto por Peirce, el cual se define como la relación sostenida entre el signo y el objeto, en virtud de la cual un determinado Interpretante explotaba tal relación, y a la postre determinaba el tipo de interpretación a seguir. Esta relación enunciada hace que el signo sea signo, es decir, en su fundamento de ser signo. Basado en esos fundamentos, los signos pueden ser:

- **Índices.** Un signo es un índice en la medida en que este represente una relación diádica con un determinado objeto, ya que da cuenta de la existencia de dicho objeto, mas no de sus cualidades. Además, es un signo Singular, ya que representa un solo objeto, y lo representa en su mera existencia, sin descubrirlo ni describirlo. El índice se fundamenta en una calidad llamada Secundidad, que describe la existencia del objeto, aunque su carácter singular también permite llamarlo Sin signo<sup>6</sup>. Ejemplo de los índices por excelencia son los pronombres relativos, y los demostrativos (aquí, allá, allí, aquel... que, el que, quien...).
- **Ícono.** Los iconos son signos que comparten características con el objeto que representan. Es menester que entre el signo y el objeto

---

<sup>6</sup> Los índices se diferencian de otros signos por medio de tres rasgos o cualidades: Primera. Los índices no tienen ningún parecido signficante con los objetos. Segunda. Se refieren a Individuos, a unidades singulares, a colecciones singulares de unidades. Tercero. Dirigen la atención hacia sus objetos sin conocer previamente sus características.

exista un isomorfismo, es decir, que concuerden tanto la descripción del objeto, como el objeto mismo; ya que esta correspondencia entre las propiedades del signo y las del objeto. Así las cosas, el icono es aquel signo que representa cualquier cosa con la que exista una correspondencia de caracteres; es decir, en la medida en que la cosa contenga en si misma una serie de propiedades que, al momento de ser explotadas, representen otras cosas, entonces el signo es icónico. Por ejemplo: “el Cuchillo de Juan es un arma blanca, pero también puede representar un cubierto de mesa, o el móvil mediante el cual Juan configuró el tipo penal de Homicidio al atacar a Pedro, etcétera.”

El fundamento de los signos icónicos es la Primeridad, ya que por medio de estos signos se nos permite obtener un determinado conocimiento de un objeto por su mediación.

- **Símbolo.** El símbolo es una abstracción de un objeto al cual se refiere una ley; en si misma no opera, son que requiere de una determinada asociación de ideas que vinculan tanto al objeto como al símbolo. El fundamento del símbolo es La Ley, o El Habito; ya que este no hace referencia a un solo signo, sino a varios objetos que cumplen esa misma función de representación. Es conocido también como Legisigno<sup>7</sup>.

Según lo anteriormente expuesto, se debe tener en cuenta lo siguiente: Índices e iconos a menudo también cuentan con un cierto carácter simbólico; ya que además de la experiencia previa obtenida por el intérprete del objeto que representa. Producen una serie de interpretantes, quienes tienen mecanismos de interpretación tales como hábitos o leyes, propios de los símbolos.

<sup>7</sup> Esta relación es curiosa, ya que expresa que un signo, como por ejemplo, un semáforo en verde, hace referencia a un objeto que autoriza la circulación de vehículos en un sentido. Mas, a su vez, es una réplica de un símbolo exactamente igual presente en alguna otra parte de la ciudad, y on la misma función. *Ibíd.*, p. 74.

Los símbolos incluyen elementos iniciales que lo permiten interpretar como tal. Así las cosas, los símbolos son los únicos signos generales; o sea que sin ellos no sería posible la generalidad de los enunciados<sup>8</sup>.

Índices, iconos y símbolos se compenetran entre sí en la relación Sígnica, dado que sin ninguno de ellos, no sería posible distinguir el mundo real de un mundo ideal mediante ningún tipo de descripción. Por ejemplo: Juan le dice a Pedro: “Esto es un atraco, deme su dinero o le disparo” apuntándole con un arma.

Expresamente le muestra el arma y su intención para así configurar el hecho denominado Hurto, no una idea de este hecho. Si solo apunta sin decir nada, el arma es un conector dinámico de la acción perseguida por Juan, que en este caso sería vaga, ya que puede perseguir un hurto, un homicidio, o unas Lesiones Personales.

## LA SINTAXIS

Esta es una disciplina propia de la semiótica, que estudia un aspecto del signo en la relación semiótica; además, necesitan de una terminología propia que sirva para hablar de la relación del signo con el elemento que se ocupa. Es importante aclarar que el signo no es reducible ni a la sintaxis ni a la semiótica, la otra ciencia, ni ninguna de estas disciplinas puede dar cuenta separadamente del signo, lo cual pone en evidencia la dificultad de diferenciar las relaciones entre cada una, dado que están mutuamente permeadas y no completamente

---

<sup>8</sup> Habiendo explicado esto podemos afirmar que la tridivisión entre índices, iconos y símbolos es en realidad una subdivisión de los símbolos: símbolos-índices, símbolos-iconos y símbolos-símbolos. Son estos últimos los que se consideran puramente convencionales, ya que si no lo fueran, su significado se tendría que determinar por medio de una ley o un hábito. Entonces un Símbolo Convencional es aquel signo constituido como signo; es decir, se usa y se entiende como tal, independientemente del hábito o ley originaria, y sin atender los motivos que le originaron. *Ibid.*, p. 76.

definidas. Veamos: La sintaxis es la ciencia que estudia las combinaciones de signos estableciendo las denominadas Reglas Sintácticas, que son reglas que determinan las combinaciones independientes y permitidas entre los elementos del conjunto de oraciones. Estas reciben el nombre de Oraciones; también establece las denominadas Reglas de transformación, las cuales sirven para determinar las oraciones que pueden obtenerse a partir de otras oraciones.

En este punto, la sintaxis lógica nos enseña a estudiar la mera forma abstracta de los enunciados y sus combinaciones; y establece reglas validas para todos los enunciados que relaciona, independiente de sus contenidos<sup>9</sup>. En cuanto a los signos, la sintaxis toma la función de los signos dentro de las oraciones, discriminando sus combinaciones posibles, en pro de identificar los signos necesarios para la formación de una oración. Según Morris, al respecto, surgen en una oración dos tipos de signos: el Dominante y el Especificador. Veamos: Un cierto signo Dominante con relación a ciertos Especificadores puede ser Especificador respecto de otros. Por ejemplo: Juez puede ser Especificador de Abogado, pero Abogado puede a su vez ser Especificador de hombre; así pues, en la oración “Quien quiera ser juez de la República debe ser Abogado” el signo Dominante será Juez y Abogado un Especificador. Sin embargo, si describiéramos las calidades necesarias por el Abogado para ser Juez, la oración se Especificaría aun mas<sup>10</sup>.

Por otro lado, si pretendemos que la oración exprese una situación propia de la realidad, necesitamos entonces emplear los denominados Signos Indéxicos, que nos sirven para localizar el objeto del que queremos hablar. Así

<sup>9</sup> En caso de los lógicos, ellos hacen el estudio de los sistemas de signos componentes de los lenguajes en un cierto grado de abstracción, dejando de lado los aspectos sintácticos de otros problemas sgnicos, dado que el objeto de estudio de los lógicos ha sido siempre solo un tipo de oración: los Enunciados. Es decir, aquellas oraciones que son susceptibles de calificarse como verdaderas o falsas. En resumen, la sintaxis lógica es solo una parte de la sintaxis. *Ibíd.*, p. 81.

<sup>10</sup> Esta clasificación de los signos en Dominante y Especificador ha de ser tenida en cuenta en forma relativa; ya que ningún termino es Dominante o Especificador en si mismo, sino en su función con relación a otro en virtud de una oración determinada. *Ibíd.*, p. 82.

pues, una oración susceptible de ser verdadera o falsa implica signos Indéxicos; los cuales son un signo caracterizador dominante con posibles especificadores de caracterización, y algunos signos que muestren la relación de los signos caracterizadores e indéxicos entre sí y con respecto a los elementos de su propia clase. La formula general de una oración de este tipo sería: Signo Dominante Caracterizador [Especificadores de caracterización (Signos Indéxicos)]<sup>11</sup>.

Entonces, la oración se compone de ciertos signos: sus conexiones, sus proposiciones, hasta los signos de puntuación. Así las cosas, la oración no es más que un conjunto organizado compuesto por signos denominados Palabras, y por la conexión existente entre los signos, que permite la existencia de la oración. En caso que un signo Dominante, también llamado Regente en la concepción signica de L. Tesnière, tenga varios signos Subordinados, esta oración toma el nombre de Nudo. El Nudo por lo general es un verbo; y en virtud de esta relación con el nudo, los subordinados son de dos clases; a saber:

- **Actantes.** Son las cosas que participan en el proceso específico por el verbo. Estos pueden ser cosas, personas, objetos, animales, etcétera.
- **Circunstantes.** Son aquellos elementos que expresan las circunstancias de tiempo, modo, lugar, etcétera, en que tiene lugar un proceso.

A su vez, los verbos pueden ser de varias clases, dependiendo si estos pueden regir diversos Actantes y si tienen diversas valencias, según los Actantes que rigen. Estos son:

- **Monovalentes.** Verbos que solo rigen un Actante. Por ejemplo el verbo correr. En la terminología propia de la lógica formal, equivaldría a los llamados Predicados monádicos. Ejemplo: Juan Corre.

<sup>11</sup> Estas conexiones entre las palabras establecen relaciones de dependencia mediante las cuales un término Regente se une para con un término Subordinado; sin embargo, estas relaciones signicas son relativas, dado que la regencia o dominancia de un signo no implica que el otro signo esté subordinado a Él, ya que puede subordinarse a un tercer signo. *Ibíd.*, p. 82.

- **Bivalentes.** Verbos que rigen dos Actantes. En la terminología propia de la lógica formal, equivaldría a los llamados Predicados Diádicos. Ejemplo: Juan Hirió a José.
- **Trivalentes.** Verbos que rigen más de dos Actantes. En la terminología propia de la lógica formal, equivaldría a los llamados Predicados Tríadicos. Ejemplo: Juan da un puño a Pedro<sup>12</sup>.

## LA CONMENSURABILIDAD COMO IDEA DE LENGUAJES LÓGICO-JURÍDICOS

Es la relación nacida en virtud de la intersección de dos conjuntos determinados; es decir, de sus propiedades comunes. Por ejemplo:

$$A = 1, 2, 3, 4... \infty$$

$$B = 2, 4, 6, 8... \infty$$

$$A \cap B = 2, 4$$

Esta relación implica la identificación de elementos comunes entre los conjuntos, sin necesidad del desarrollo de nuevos conjuntos. En el ámbito jurídico, cada conjunto hace referencia a un sistema determinado, y dicha referencia se hace sobre una situación fáctica determinada; dado que pueden concurrir *n* sistemas en una o varias situaciones fácticas objeto de estudio del Derecho.

En virtud de los sistemas jurídicos, este concepto atañe a situaciones concretas; razón por la cual será necesario el uso de la lógica del cambio de Georg Henrik Von Wright<sup>13</sup>; ya que las situaciones fácticas presentes en los

<sup>12</sup> Sin embargo, según Morris, desde el punto de vista formal los signos pueden dividirse sintácticamente en constantes y variables individuales y constantes y variables predicativas; entendidas como los correlatos formales de los índices y los caracterizadores. Los operadores corresponden a caracterizadores de clase. En cuanto a los puntos, paréntesis y corchetes, son recursos lingüísticos necesarios para indicar ciertas relaciones entre signos. Estos signos Tienen el nombre de Formadores, que además incluyen las constantes lógicas; es decir, el conjuntor, disyuntor, la implicación, la negación, la doble implicación, etcétera. *Ibíd.*, p. 83.

<sup>13</sup> KALINOWSKY, Georges. *Lógica del Discurso Normativo*. Madrid, Editoriales Tecnos, 1976.

sistemas son transitorias. Aplicando la lógica del cambio ( $pTp$ ) a la relación de conmensurabilidad de los conjuntos ( $A \cap B$ ) podríamos plantear la siguiente relación Primaria:  $T(A \cap B) \equiv ((A) \cap (B)) T$

A partir de esta relación, debemos desarrollar un determinado metalenguaje; veamos:

## 5.1 Características generales de la conmensurabilidad

Según Lariguét<sup>14</sup>, la conmensurabilidad tiene las siguientes características:

Si los elementos propios de los casos son conmensurables, los casos mismos también son conmensurables.

Por ejemplo podría plantearse lo siguiente: Jaime hurta el banco Bancafé; y en la huida, Juan y Pedro tratan de detenerlo. Pero Jaime les propina dos disparos, uno a Juan y otro a Pedro, que terminan con la vida de estos.

En este caso pueden apreciarse dos conjuntos modelos: el hurto y el homicidio. Veamos.

*Hurto.* Jaime se apropió de bienes ajenos, y ejerció sobre estos actos de señor y dueño, y además, mediante violencia. Atentando así contra el derecho real a la propiedad. Gráficamente podemos expresarlo de la siguiente forma:  $Hu = T(A \cap B)$

Relación en donde T hace referencia al momento de comisión de la conducta punible denominada Hurto, A hace referencia a la Apropiación abusiva y mediante violencia, y B hace referencia a los Bienes apropiados. De todo esto se concluye que Jaime se apropió de algunos bienes ajenos en forma abusiva y violenta.

<sup>14</sup> LARIGUET, Guillermo. *Dogmática Jurídica y Aplicación de Normas*. México D.F., Editorial Fontanamara S.A., 2004, p. 157.

*Homicidio*. Jaime propina dos disparos: uno a Juan y otro a Pedro. Que resultan ser mortales para ambos. Gráficamente podemos expresarlo de la siguiente forma:  $K1 = T ((A \cap C) \cap (A \cap L))$

En donde: T hace referencia al tiempo o momento de comisión de la conducta punible denominada Homicidio, A hace referencia al sujeto activo de dicha conducta punible, y C y L hacen referencia a los sujetos pasivos, es decir, quienes sufren las consecuencias del delito. De todo esto se concluye que Jaime dispara contra Juan, y dispara contra Pedro, y causa una Vulneración del Derecho a la Vida en ambas personas.

Según Lariguet, la conmensurabilidad hace posible que en caso de una laguna normativa, pueda determinarse otro sistema aplicable; es decir, que plantea la existencia de una única solución posible a la situación fáctica al interior del sistema.

Esto solo puede ser posible basándonos en el concepto de reducción semántica, que se analizara a continuación.

## REDUCCIÓN SEMÁNTICA

Herramienta racional de progreso científico en el sentido que las teorías reducidas son absorbidas por teorías que explican mejor ciertos fenómenos. La reducción implica la posibilidad que una teoría T1 pueda ser explicada, ya sea en forma total o en forma parcial, por otra teoría T2. En consecuencia, T1 pasa a ser una hipótesis derivada de T2.

Existen varios tipos de reducción semántica; a saber: total. Se da cuando T1 es una sola hipótesis derivada de T2; ya que T1 es totalmente explicada por T2.

Parcial. Se da cuando algunas hipótesis de T1 son reducidas a T2, de manera que T2, de manera que T1 es parcialmente explicada por T2<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 66.

Además, para que opere la reducción, deben darse las siguientes condiciones: es necesario que todos los conceptos de una teoría T1 puedan ser definidos a partir de una teoría T2.

Además, la Hipótesis de T1 se puede derivar a partir de T2.

## 6.1 Niveles de reducción

La reducción también puede operar en varios niveles; los cuales son:

- **Ontológico.** Caracterizado por la posibilidad de mostrar qué entidades de cierto dominio puedan ser entendidas en términos de entidades de otro dominio.
- **Semántico.** Caracterizado por la posibilidad de mostrar que los términos de un dominio puedan ser definidos en los términos de otro dominio; y traducidos a él.
- **Metodológico.** Caracterizado por la posibilidad que una teoría sea deducida a partir de otra<sup>16</sup>.

## TIPOS DE CONFLICTOS

Es claro que los sistemas normativos tienen ciertos defectos eventuales en su ejecución. Dichos conflictos pueden ser de alguna de estas naturalezas:

- **Lógico.** Conflictos presentados en caso de haber lagunas normativas o contradicciones lógicas entre las normas constitutivas de un sistema jurídico determinado.
- **Axiológico.** Conflictos presentados en caso de presentarse o lagunas axiológicas o conflictos entre razones o principios de distinto peso al interior de un sistema Jurídico Determinado.

---

<sup>16</sup> Al igual que Lariguet, usaremos en nuestro estudio la Reducción Semántica. *Ibid.*, p. 67.

- **Semántico.** Conflictos que se dan en caso de problemas de penumbra surgidos en virtud de la aplicación de normas jurídicas en situaciones particulares.

La reducción semántica no hace referencia a todo un aparato conceptual, sino a conceptos determinados; no a sistemas completos, sino a sistemas parciales.

La relación de conmensurabilidad implica una relación de implicación entre sus conceptos. Si esto es así, los sistemas entonces se referirán a los mismos casos de acuerdo a lo siguiente: en caso de Lagunas. El sistema contará con una meta-norma que establecerá como proceder de acuerdo a los recursos propios del sistema.

El sistema prescribe la posibilidad de integrar el sistema defectuoso, con soluciones de otro sistema; aun si este otro sistema fuese conmensurable.

## CONCEPCIÓN SISTÉMICA SEGÚN ARACIL

Para Aracil, un sistema concreto es aquel que está formado por un  $x$  número de partes, caracterizadas por una serie de magnitudes a las cuales se les asocia las variables  $x_1x_n$ ; que sirven para representar un atributo, cualidad, propiedad o característica del sistema. Además, es posible la asignación de un valor numérico<sup>17</sup> a dicha característica.

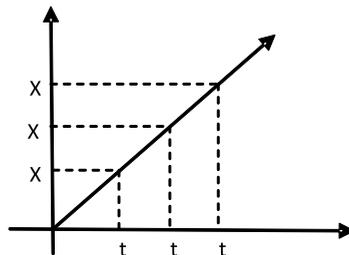
Esta consideración abre las puertas a la “Matematización” de la teoría de los sistemas; es decir, a la descripción matemática de los sistemas, en virtud de la cual la matemática suministrará un determinado lenguaje que permitirá representar el sistema estudiado; además de su capacidad descriptiva,

<sup>17</sup> Este valor numérico puede ser: o el resultado de una medida experimental, o de una asignación de carácter subjetivo. Lo cual nos permite concluir que en el estudio de los sistemas podemos asociar un conjunto de variables cuyo conocimiento numérico es posible. ARACIL, Javier. *Máquinas, Sistemas y Modelos: Un Ensayo sobre Sistémica*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1986, p. 18.

añade también una potencia deductiva derivada de la íntima relación entre matemática y lógica. Entonces, se concluye que al emplear un lenguaje matemático no solo es posible hacer una descripción del comportamiento del sistema mediante números y figuras, sino que es posible dar razón del sistema, al menos hasta cierto punto.

También es posible estudiar el comportamiento de un sistema, es decir la facultad que este tiene para desenvolverse en las posibles situaciones en las que se pueda encontrar; este estudio puede llevarse a cabo precisando las evoluciones de las magnitudes que lo conforman en un tiempo determinado; En lenguaje matemático, valga decir, se requiere disponer de unas determinadas variables  $x_j$  parametrizadas por el tiempo ( $t$ ). Así las cosas, si se dispone de una curva de evolución para todas las variables que intervienen en el sistema, se tendrá una descripción completa de su comportamiento. Gráficamente de la siguiente forma<sup>18</sup>:

Figura 1.



Entonces, el conocimiento del comportamiento de un sistema está dado por el registro de la evolución de todas las magnitudes que determinen su evolución. A su vez, la evolución conjunta de todas estas variables está determinada por el conjunto de relaciones dadas en el sistema, es decir que las mutuas influencias entre las distintas variables son las que determinan, a la postre, tanto la magnitud como la evolución del sistema.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 20.

Entonces, uno de los objetivos de la sistémica consiste en estudiar la relación existente entre un sistema y su estructura, y esta con su comportamiento.

Es menester anotar que un sistema se manifiesta mediante la evolución temporal de las magnitudes que se le asocian; es decir, mediante el registro temporal de distintas magnitudes durante un tiempo determinado. El registro de valores tomados de una variable  $x_j$  en un  $t$  determinado, se denomina como “Narración”, en la cual se desenvuelve un determinado sistema, con la peculiaridad que esta se realiza mediante números.

*Historia del Sistema.* Crónica de lo acaecido en el sistema en un tiempo determinado. Esta descripción puede ser: 1) Descripción Externa del Sistema: Esta descripción nos permite determinar que hace el sistema sin tener en cuenta como lo hace. Ya que como se dijo, indica externamente el comportamiento del sistema<sup>19</sup>. Pero, si lo que se busca es profundizar en el conocimiento de un sistema, es menester explicar su comportamiento. Es ahí donde se explica mediante una descripción interna. 2) Descripción Interna del Sistema. Esta es la manera como se pueden determinar los mecanismos que permiten a su vez explicar como se genera el comportamiento del sistema. Para ello, es necesario redondear la idea de modelo.

## EL MODELO

Sistema artificial y abstracto que representa el mismo comportamiento del sistema concreto original del que deriva, o al menos una aproximación aceptable a él<sup>20</sup>. Los comportamientos del sistema se hacen explícitos mediante un “Proceso de Modelado” en el cual se analiza el sistema en dos estados a saber: A) *Análisis*. Proceso de modelado que disecciona el sistema; es decir, que

<sup>19</sup> Esta descripción también es conocida como una “Caja Negra” ya que muestra el comportamiento del sistema sin mostrar el mecanismo que produce dicho comportamiento. *Ibíd.*, p. 22.

<sup>20</sup> La construcción del modelo requiere hacer explícitos los mecanismos que dan lugar a los comportamientos del sistema. *Ibíd.*, p. 23.

lo estudia a profundidad. B) *Síntesis*. Proceso de modelado que articula todas las partes del sistema en una sola entidad.

También es bien sabido el uso de las metáforas en el estudio general de las ciencias, dado que ante la imposibilidad de expresión de un determinado concepto, se hace necesaria la remisión del científico a imágenes, a comparaciones, a intuiciones simbólicas, a analogías en general, a metáforas que sean capaces de satisfacer la necesidad intelectual que se requiera<sup>21</sup>.

Así pues, Ortega establece dos usos de la metáfora, veamos:

- **Superficial.** Uso en virtud del cual la metáfora se reduce a una simple relación de nombre y significados. Esta trasposición es propia de la literatura, con más veras, en la poesía
- **Profundo.** Uso en virtud del cual inevitablemente es necesaria para pensar en ciertos objetos difíciles de comprender; entonces, la metáfora en este caso, opera como un método de intelección. Dado que opera como un procedimiento intelectual que nos permite conocer aquello que se encuentra lejos de nuestra propia potencia intelectual.

Es así la metáfora un complemento a nuestro intelecto, dado que representa un puente entre la intuición y la lógica<sup>22</sup>.

*Metáfora Científica.* Metáfora que no agota su interés siendo empleada como mera ilustración pedagógica elemental, ni como mera vulgarización de la ciencia, sino que son empleadas para generar ciencia, por cuanto prevén elementos de carácter intuitivo al científico para el desarrollo de su trabajo como tal.

---

<sup>21</sup> Dado que la metáfora propone un salto cualitativo entre todos los objetos considerados por el científico, desde la simple comparación, hasta una forma de identificación de ciertos elementos. Todo con el fin de dar una formación a una nueva entidad que posea características de todos sus elementos constitutivos. *Ibíd.*, p. 24.

<sup>22</sup> Dado que, en palabras de Aracil “Con lo más próximo y lo que mejor dominamos, podemos alcanzar con tacto mental con lo remoto y mas arisco”. *Ibíd.*, p. 25.

En virtud de este concepto, nacen dos tipos de metáforas a saber:

- **Análogas.** Se denominan metáforas perfectamente análogas a las metáforas basadas sobre una analogía profunda entre los términos involucrados en ellas.
- **Audaces.** Metáforas con las que se buscan nuevos campos del conocimiento. Estas son las que se encuentran en la base de todo proceso creador de ciencia<sup>23</sup>.

Así como se conocen cosas nuevas por medio de la experiencia, así también mediante procesos de aprendizaje pasados pueden desarrollarse nuevas estructuras cognitivas a través del empleo de metáforas; al considerar como tales a las estructuras previamente aprendidas. Entonces, la Sistémica es un proceso de prolongación metafórica del estudio de los sistemas, cuya formalización aun esta en desarrollo<sup>24</sup>.

## 9.1 Sistemas, modelos y estructuras

El proceso de modelado de un sistema social o humano, como el Derecho, se basa en el suministro de sugerencias plausibles respecto al comportamiento de la realidad modelada. Este sistema se modela de esta forma dado que en virtud de su carácter social, carece de un conocimiento generalmente aceptado en forma universal por todos y cada uno de sus receptores. Así las cosas, el proceso de modelado se convierte en un principio generador de conocimiento, al articular en su operación elementos propios de la experiencia del modelador.

### ***Hipótesis de Causalidad***

Es tácita y se presenta en virtud a la relación entre las partes que integran y articulan el sistema. La relación causal existente entre sus elementos

<sup>23</sup> Esto provoca que, en cada una de las prolongaciones metafóricas de conceptos científicos se produzca un crecimiento, es decir, un avance en la ciencia que utilizo la metáfora. *Ibíd.*, p. 26.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 27.

integrantes genera una serie de mecanismos que lo desarrollan, y además, determinan sus causas.

### ***Comportamiento Dinámico de un Sistema***

Es el comportamiento propio de un sistema, basado en las relaciones de causalidad existentes entre sus partes integrantes. Así las cosas, el análisis de sus estructuras ha sido el punto de partida para una teoría matemática de dichos sistemas, que proporciona a la sistémica, formas, pautas y hormas que sirven para organizar el modelo de comportamiento dinámico del sistema estudiado.

### ***Organización Elemental del Sistema***

La organización de un sistema dinámico se da en base a los siguientes estadios:

#### ***Estructuración Elemental***

Son aquellas formas en las cuales puede organizarse un sistema, estas pueden ser, por ejemplo, las estructuras de realimentación y las estructuras jerarquizadas<sup>25</sup>. Veamos:

- a) ***Realimentación***. Esta se presenta a su vez de dos formas; a saber:
- ***Negativa***. Es la realimentación que se encarga de los comportamientos propositivos o autorregulados por el sistema.
  - ***Positiva***. Es la realimentación encargada de los procesos auto catalíticos, es decir, aquellas conductas de crecimiento del sistema.
- b) ***Jerarquizadas***. Es aquella que permite organizar las estructuras complejas mediante subestructuras de diferentes niveles de complejidad, simplificando así en gran manera un determinado sistema complejo. Se ha inclinado por una teoría matemática de los sistemas dinámicos, cuyo estudio ha influido en todas las ramas de la ciencia.

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 30.

- *Estructuras de Reacción-Difusión.* Son aquellas estructuras que suministran un mecanismo que permite al modelador del sistema dar cuenta de ciertos procesos morfo genéticos presentes en él.
- *Estructuras Matemáticas.* Son aquellas estructuras relacionadas con ecuaciones diferenciales, que permiten modelar el sistema. Así las cosas, una Teoría matemática de los Sistemas Dinámicos suministra un conjunto de formas, pautas u hormas que permiten ubicar una percepción sistémica del problema estudiado, con el fin de organizarlo o estructurarlo en un modelo de comportamiento dinámico. Este modelo, por consiguiente tiene la siguiente estructura: mediante subestructuras de diferentes niveles de complejidad, se busca simplificar un determinado sistema complejo.
- *Estructuras Informáticas.* Son aquellas estructuras en virtud de las cuales se construyen y se analizan los modelos con los que el sistemista realiza su estudio de una realidad compleja.

Además de estas estructuras, la sistémica dota al estudioso del sistema de una serie de técnicas de tipo matemático-informático, cuya función es construir y analizar los diversos modelos con los que se realiza el estudio de la realidad, replicando el modelo abstracto de un sistema real. Entonces, mediante una interpretación matemática de un diverso campo del conocimiento, es posible que la potencia deductiva de la matemática permita la adopción de una determinada sintaxis fuertemente formalizada.

En cuanto a sus aspectos semánticos, se goza de una especie de libertad, ya que se trata sobre la decisión del usuario de un lenguaje, que dará un resultado plausible de acuerdo a los resultados planteados y alcanzados<sup>26</sup>.

*Modelo.* Construido siempre para representar una determinada situación concreta; cuyo móvil siempre es y será la obtención de alguna utilidad. De

<sup>26</sup> En cuanto a la alusión a un modelo determinado, no debe dejarse de lado que dicho modelo aparte de tener una utilidad, haga referencia a una cierta belleza, determinada en un modelo operativo de Sistema. *Ibíd.*, p. 32.

esa determinada situación, ya sea para conseguir un conocimiento mejor de la realidad sometida a estudio, o para realizar previsiones de un futuro comportamiento, o ambas a la vez, pero siempre motivado por una determinada idea de utilidad<sup>27</sup>. Esta concepción estética-utilitaria de los sistemas permite que estos puedan ser analizados mediante la simplicidad intrínseca en lo aparentemente complejo de ellos.

## 10. ASPIRACIÓN DE LA TEORÍA SISTÉMICA

La teoría sistémica no aspira más que a desarrollar variables que permiten el estudio de los objetos reales que en situaciones determinadas pueden denominarse sistemas. Esto significa que lo que se pretende es estudiar problemas ligados a la complejidad propia de los sistemas, que en otras circunstancias hubiesen pasado desapercibidas a todo tratamiento riguroso y formalizado. Esto con base en la definición de modelado.

*Modelado.* Entendido en un sentido tanto formal como material, como aquellos requerimientos desarrollados en torno a la teoría matemática de los sistemas dinámicos y también, en forma especial, a la simulación del comportamiento de aquellos requerimientos en dichos modelos.

## 11. LENGUAJES FORMALES

Usar lenguajes formales en el estudio de una determinada ciencia es muy útil, dado que nos permite evitar la imprecisión, la ambigüedad y la vaguedad que se presenta comúnmente en los lenguajes comunes; es decir, en los lenguajes naturales. Más, presenta un problema práctico, y es que los lenguajes formales carecen en gran medida de toda expresividad.

---

<sup>27</sup> Sin embargo, el modelo como tal presenta una cierta armonía, ya que al representar una cierta situación permite, por lo tanto, comprender como hacer explícitos todos los mecanismos que sirven para interpretar una determinada situación problemática. *Ibíd.*, p. 33.

Sin embargo, todo lenguaje formal debe contener, al menos, tres tipos de datos, a saber: una especificación del conjunto de símbolos, al cual pertenece; es decir, una expresión del alfabeto. Por ejemplo:  $(, \rightarrow, \neg, A, A1$

Una especificación detallada de las reglas necesarias para formar sucesiones finitas de símbolos que han de ser “Gramaticalmente Correctos”. Ejemplo:  $(A1 \rightarrow (\neg A2))$  Esta sucesión de reglas es conocida comúnmente con el nombre de Fórmula<sup>28</sup>.

Indicar las traducciones permisibles entre el castellano y el lenguaje formal, es decir, entre el lenguaje natural y el lenguaje formal.

En este punto se le otorga a las formulas un cierto significado material. Este proceso modela el lenguaje desarrollado, pero también es posible la mala manipulación del mismo.

## CONCLUSIÓN

En virtud de los estudios lingüísticos adelantados en el numeral 1 de este escrito, hasta las concepciones sistémicas expresadas en el numeral III, podemos afirmar que la base axiomática del sistema siempre será una formulación lingüística que de origen a una axiomatización jurídica de una conducta dada en el mundo real, dado que lo que se procura con esta labor axiomatizadora es, simplemente, obtener una respuesta jurídica a una determinada situación fáctica que afecte el mundo del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

ARACIL, Javier. *Máquinas, Sistemas y Modelos: Un Ensayo sobre Sistémica*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1986.

<sup>28</sup> ENDERTON, Herbert B. *Una Introducción Matemática a la Lógica*. 2ª edición, México D.F., 2004, p. 29.

BLASCO, Joseph (et al). *Signo y pensamiento*. Barcelona, Ed. Ariel Filosofía S.A., 1999.

ENDERTON, Herbert B. *Una Introducción Matemática a la Lógica*. 2ª edición, México D.F., 2004.

KALINOWSKY, Georges. *Lógica del Discurso Normativo*. Madrid, Editoriales Tecnos, 1976.

LARIGUET, Guillermo. *Dogmática Jurídica y Aplicación de Normas*. México D.F., Editorial Fontanamara S.A., 2004, p. 57.

# **Arthur Kaufmann y la hermenéutica jurídica actual**

---

**JUAN ANTONIO PABÓN ARRIETA\***

*Universidad del Atlántico*

*Barranquilla (Atlántico)*

## **PRESENTACIÓN**

Un cuento que me impactó en la infancia cuando lo escuché en la bella narración de una querida y bien recordada maestra samaria, fue *El traje nuevo del Emperador* del escritor danés Hans Christian Andersen, en el que se describe cómo dos charlatanes que se presentaron ante un reino imaginario, lograron tramar y estafar a un presumido rey que sólo estaba atento a sus vestidos y como debía lucirlos ante sus súbditos, sin interesarle nada la suerte del reino y de sus habitantes. Más que reír, que lo hice, y sentirme feliz momentáneamente, con

---

\* Abogado de la Universidad del Atlántico. Magister de Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad Alcalá de Henares. Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Atlántico. Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Barranquilla.

el hecho de que los charlatanes estafadores lograron hacer desfilas desnudo al rey, con la complacencia de sus consejeros, quedé perplejo ante la voz del niño en el cuento que dijo ante la multitud: “¡Pero si no lleva nada encima! (...)”<sup>1</sup>.

El que fuera un niño que, desde su inocencia, lograra descubrir que el rey estaba desnudo y que el niño pusiera en evidencia lo que estaba a la vista y nadie captaba, tal y como era en su esencia y su apariencia, y que sólo él fuera el que lograra comprender el horizonte de sentido de la situación, y penetrar a través de la apariencia en la esencia de la situación y revelarla, fue toda una revelación para mí. ¿Porqué un niño logró comprender la situación?, constituyó una pregunta sin respuesta que me acompañó durante largo trayecto de mi vida.

Llama la atención, que lo que como niño observe del cuento, como maestro en mi hogar lo viví, con mi hijo menor, Juan Sebastián, en ese entonces de ocho años, que en el momento en que les explicaba a mis hijos, Alfredo y Patricia, el primero egresado de derecho y la segunda en inicios de la carrera de derecho, el conflicto entre ley y derecho, y entre justicia y ley en la desobediencia de Antígona frente al decreto de Creonte en la que ordenaba bajo pena no darle sepultura a su hermano Polinices por haberse levantado en armas en contra de Tebas, Antígona se rebela en contra.

Al preguntarles a Alfredo y a Patricia, cuál era en esencia el conflicto entre el decreto de Creonte y la desobediencia de Antígona, y ante la equivocación de sus respuestas; levantó la mano Juan Sebastián que no formaba parte de dialogo, y solicitó ofrecer una respuesta. Ante la insistencia de Juan Sebastián se le otorgó el uso de la palabra, y nuestra sorpresa fue mayor, ya que respondió que era un conflicto en contra de la justicia, ya que todos los seres humanos tenemos el derecho a ser enterrados luego de muertos.

Comprender, todo es comprender, no existe edad para el comprender, es suficiente el uso libre de la razón y con ayuda de los sentidos, esa es la actividad

---

<sup>1</sup> ANDERSEN, Hans Christian. *El traje nuevo del Emperador*. Madrid, Edimat, p. 522.

del hombre para relacionarse con la naturaleza, la sociedad y consigo mismo para lograr conocer y conocerse y para encontrar su destino y ordenarlo, encontrarse él mismo y encontrarse con los demás. Comprender el entorno y comprenderse asimismo. Comprender, en sociedad y en la soledad, para interpretar y aplicar el derecho que él mismo ha creado como instrumento para la convivencia. Y ese derecho, crearlo a un caso determinado con la finalidad de realizar el ideal ético de la justicia, crear el derecho desde la tradición que trae el hombre concreto dentro de una determinada cultura, incluida, la jurídica, en la realidad diaria de la vida, ha sido en el pasado, lo es en el presente, y seguro, lo seguirá siendo en el futuro, una labor particular de la hermenéutica, específicamente, de la hermenéutica jurídica.

Comprender es atrapar el sentido de las cosas desde la tradición, en la medida en que no se puede realizar la comprensión más o menos correcta, sino es comprendiendo desde la herencia que se recibe de nuestros antepasados, fijada en la cultura, y que es el presupuesto ontológico básico de la hermenéutica. Así, el sujeto en forma activa participa en la comprensión, la crea y la recrea y modifica el entorno, pero desde el ser ahí. Empero, la recepción de la tradición no puede ser una labor mecánica y repetitiva, por el contrario, es una labor modificadora de la tradición misma, que se enriquece con la comprensión cada vez que el hombre retorna al texto a comprender.

Este fenómeno de la hermenéutica no escapa a la actividad jurídica, lo que quiere decir que, sólo es posible comprender, comprendiendo desde la tradición particular del hombre. Por tanto, fuera de la actividad de la comprensión de la realidad que por herencia se nos aparece frente a la vista, y de todos los sentidos, y sin penetrar en esta realidad para auscultar sus esencias jurídicas, es cómo es posible comprender en forma más o menos correcta algo. En otras palabras, se comprende desde la tradición, sin embargo, en la comprensión cada vez que uno se apropia de la tradición la va modificando, y la tradición resulta otra.

Esta labor de la comprensión desde la tradición, constituye toda una actividad de orden hermenéutico y es crucial en la revelación del horizonte de sentido de las normas jurídicas. Revelar, desentrañar lo que permanece oculto

en las normas jurídicas, y tal desentrañamiento de lo que está oculto, no es una simple deducción lógica de normas jurídicas desde la pureza de éstas. Por ello, la hermenéutica jurídica parte de la tradición para lograr hacer posible la creación de una decisión justa y correcta, entre las variadas gamas de decisiones justas y correctas que pueden crearse.

Comprender, el no reír ni llorar, sólo comprender, es hoy, la gran labor del jurista en su tarea de interpretar las leyes, y de interpretarlas desde una actividad creadora, y de riesgos. Esta actividad creadora en la comprensión jurídica es una gran contribución que la hermenéutica jurídica ha tomado de herencia de la hermenéutica filosófica, y, esta herencia, que ha implicado una gran transformación en la ciencia del derecho, y en la creación de decisiones jurídicas justas y correctas, bueno es reconocerlo, se debe en gran medida a filósofos del derecho de la talla de Luis Recassens Siches, Carlos Cossio y Arthur Kauffman, entre otros.

Hago memoria y traigo al presente la escena que, frente a la ignominia de los procesos de Moscú y de sus consecuencias, uno de los dramas del Siglo XX, en la cual el totalitario régimen político de José Stalin, desconociendo las reglas humanitarias y las garantías judiciales, exterminó a miles de soviéticos por delitos que no cometieron, una mente brillante como la de León Trosky se acordaba de Baruch Spinoza y en la vivencia del drama llamaba a comprender, y decía: “(..). Los procesos de Moscú deshonoran al régimen político que los concibió ¡el régimen del bonapartismo sin honor y sin conciencia! Todos los ejecutados murieron maldiciendo a ese régimen.

Que quienes lo deseen derramen lágrimas amargas porque la historia avanza con tanta irresolución: dos pasos hacia adelante, uno hacia atrás; pero las lagrimas no son de ningún provecho. Es preciso de acuerdo con el consejo de Spinoza, ¡no reír ni llorar, sino comprender!”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> TROSKY, León. *Yo Acuso. La era de la Revolución Permanente. Antología de escritos básicos*. México, Juan Pablo Editores, 1973, p. 261.

Trotsky se refería a la carta que escribió Baruch Spinoza en septiembre de 1665, dirigida a Henry Oldenburg, secretario de la Sociedad Real de Londres, en la que le anuncia estar escribiendo una obra que por su contenido se puede tratar del Tratado Teológico Político, y en la que Spinoza recordaba el célebre anciano que reía de todo en la historia de Demócrito, en contraposición con un importante personaje de Heráclito que reía como respuesta por todo el mal que veía. Spinoza, expresaba: “A mí, empero, esas turbas no me incitan ni a reír ni a llorar, sino más bien a filosofar y a observar mejor la naturaleza humana.” (...). “Pues no pienso que me sea lícito burlarme de la naturaleza y mucho menos quejarme de ella, cuando considero que los hombres, como los demás seres, no son más que una parte de la naturaleza”<sup>3</sup>.

Comprender, sólo comprender, ni reír, ni llorar, seguir la tradición, pues no sólo hay que rechazar la risa del célebre burlón, sino también las lágrimas como una respuesta. Comprender, es la tarea de la hermenéutica jurídica y, es Arthur Kaufmann uno de los que mejor la expone. Por ello, este trabajo dedicado a la hermenéutica jurídica tiene como centro de estudio el pensamiento de Arthur Kaufmann.

## 1. MI ENCUENTRO CON KAUFMANN

Antes de estudiar a Kaufmann y su hermenéutica jurídica, me debatía entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en la incertidumbre que ofrece la duda cuando se presenta no como un método, no como un procedimiento o un camino para entrar al encuentro aproximativo y participativo con la verdad en un ambiente de pluralismo y tolerancia, sino como fruto de la confusión, de la oscuridad y el caos.

Cuestionaba el punto de vista que el derecho era igual a la ley, pero carecía de argumentos iusfilosóficos con suficiente peso para lograr superar

---

<sup>3</sup> Tomado de ESPINOSA, Julieta. *Signos Filosóficos*. Vol. IX, No. 17, México, enero-junio 2007, pp. 37-61.

ese limitado punto de vista de considerar que el derecho era igual a la ley positiva. En otras palabras, comprendía de alguna forma que, por la vía de la identificación del derecho con la ley, se crean las condiciones para fundamentar e intentar justificar las violaciones a los derechos y a las libertades por parte de instituciones autoritarias y antidemocráticas, como lo había realizado el fascismo y nazismo.

Pero la comprensión de que algo olía a mal en los terrenos del positivismo jurídico era muy incompleta, en la medida en que no encontraba la claridad y la esencia del porqué no estaba de acuerdo con la versión del positivismo jurídico en lo que hace referencia a lo que es o debe ser el derecho, a pesar de sus raíces garantistas y democráticas.

No estaba de acuerdo con la identificación de derecho y ley, pero no desconocía que el positivismo legalista había nacido como una respuesta a la arbitrariedad, y como una corriente del pensamiento jurídico y filosófico encaminado a las garantías para las libertades y los derechos de las personas.

Del positivismo jurídico, también conocía y estaba de acuerdo y lo estoy con el principio de legalidad, y de la función garantista que esta institución tenía y tiene; lo mismo, de la existencia de principios como el que no existe crimen sin ley que la defina previamente o el de la tipicidad del delito o del debido proceso; sin embargo, me negaba a reconocer que derecho y ley eran lo mismo, y no podía entender cómo una corriente del pensamiento que nació como respuesta a la arbitrariedad fue utilizada por los regímenes totalitarios en forma abusiva.

Por otra parte, las conexiones justicia y derecho constituían una antinomia que no podía encontrarle el correcto sentido de cómo resolverla, de cómo compaginarla; en especial, cuando se identificaba derecho con justicia. Sabía que derecho y justicia no eran lo mismo pero no lograba fundamentar correctamente en que estribaba su diferencia y la esencia de cada una de ella.

La historia me demostraba que existen principios rectores de la justicia válidos en todo tiempo y lugar, por ejemplo, que lo igual debe ser tratado

en forma igual, y que lo desigual debe ser tratado en forma desigual; o, que lo justo es darle a cada uno lo que se merece o el de que la justicia era y es proporción, la dignidad humana, hacer el bien, no matarás, no robarás; sin embargo, estas reglas válidas en todo tiempo y lugar requerían de determinación y de contenidos materiales.

Tenía conciencia que el iusnaturalismo filosófico jurídico, al identificar justicia con derecho, mejor, al reducir el derecho a la indeterminación de lo que es o debe ser la justicia, presentaba inseguridad jurídica en la sociedad y a los derechos y libertades de las personas, en la medida en que la ausencia de claridad y certeza del derecho bajo esta perspectiva y la particular variabilidad subjetiva de lo que cada cual expresa como justicia, ofrece demasiada incertidumbre y permite la arbitrariedad, y la confusión entre valores éticos y derecho, y la práctica del iusnaturalismo por la dictadura franquista lo demostró.

La misma historia me confirmaba que existían valoraciones acerca de la justicia que no eran fijas en el tiempo, y que por el contrario, eran y son mudables. Para mi fortuna, un hecho feliz me trajo a la ruta que me condujo a encontrarle la comprensión correcta acerca de lo que debería ser la justicia y el derecho, y de cuáles eran y son sus conexiones.

El hecho feliz fue haberme encontrado en 1999 con un amigo del bachillerato, y compañero de ilusiones de justicia y de estudios de filosofía política y del arte en nuestra primera juventud, Numas Armando Gil Olivera, que estaba al frente del Instituto de Filosofía de la Universidad del Atlántico y de la Cátedra Julio Enrique Blanco, instituto que en un acto bárbaro y arbitrario fue suprimido por una rectora anticaribe, pero que la academia lo mantiene vivo pues aunque no existe en la estructura burocrática, permanece en la academia y la memoria no lo deja desaparecer.

Numas Armando Gil me retó a que volviera al camino de la filosofía, y mi señora me animó, y me invitó a la presentación de la Filosofía del Derecho de Arthur Kaufmann que acababa de ser traducido y editado en el Externado de Colombia por el desaparecido y brillante maestro Luis Villar Borda, y al lado de ambos participé en la presentación de la obra de Kaufmann. Este acto oficialmente

constituyó la presentación de la obra y así lo registra José Antonio Santos, en su obra *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*:

*“Por otro lado, también trabó amistad con el profesor de la Universidad Externado de Colombia Luis Villar Borda, Presidente honorario de la Asociación de Filosofía del Derecho y Filosofía Social de Colombia, en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social celebrado en 1991 en Gotinga. En este congreso comentó a Kaufmann que le había gustado mucho su obra *Rechphilosophie in der Nach-Neuzeit* y le pidió permiso para llevar a cabo la traducción en castellano, a lo cual este accedió. Posteriormente le regalaría su *Rechphilosophie* de 1997 sugiriéndole si podría realizar la traducción de la obra. A raíz de la traducción de este importante libro, Kaufmann tuvo una mayor influencia en Latinoamérica. El citado libro sería traducido en coautoría junto a su colaboradora, formada en Heildeberg, Ana María Montoya. Apesar de no compartir sus planteamientos, muestra un gran respeto intelectual por su obra. También su influencia se aprecia en Numas Armando Gil Olivera, discípulo de Rafael Carrillo y Presidente de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, (...)”<sup>4</sup>.*

En el mismo texto citado, José Antonio Santos, expresa con admiración que se editaron 2500 ejemplares en Colombia. Una vez agotada se hizo una reimpresión en 2001, y exalta que se ha vendido más que en Alemania, muy a pesar, que Alemania es una nación en donde nació la imprenta y con mayor nivel de lectura. En esas mismas páginas, están las notas a pie de página 106 y 109, en la que en la primera se expresa: “La traducción de esta obra se presentó por Luis Villar Borda en la Universidad del Atlántico, a invitación de la Cátedra Julio Enrique Blanco del Instituto de Filosofía, en Barranquilla. Se le hicieron un par de reseñas rigurosas de juristas prestigiosos del ámbito colombiano, como Juan Pabón y Julio Ojito Palma, Gil Olivera, N.A.: «Murió el profesor Kaufmann», en el *Heraldo*”.

Gracias a Numas Armando Gil, llegué a Kaufmann, luego a Gustav Radbruch –maestro de éste–, a Hans George Gadamer, Martín Heidegger, Paul Ricoeur,

<sup>4</sup> SANTOS, José Antonio. *Kaufmann Arthur en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Granada. Editorial Comares, 2008, pp. 256-257.

Jean Grodín, Baltasar Gracián, Quintiliano de Calahorra –a este gigante gracias a Eleucilio Niebles– a Emilio Betti, Lorenzo Valla, Giambattista Vico, Juan Vives, Carlos B. Gutiérrez, y retorné a los estudios de Platón, Aristóteles, el Eclesiastés, el Evangelio según Juan, en fin, a los estudios de hermenéutica.

## 2. LA HERMENÉUTICA, UNA FILOSOFÍA

Mi encuentro con Kauffmann, huelga anotar, el estudio de su obra, de su obra que está en español o parte de ella, me puso en camino a una dirección distinta de lo que constituye la interpretación y la hermenéutica jurídicas, y en este encuentro se produce un fenómeno del conocimiento que funciona como un acontecimiento, y es el estremecimiento de lo que se consideraba y en parte es una idea dominante todavía de lo que se entiende por hermenéutica jurídica.

Es sabido que la hermenéutica jurídica había sido considerada como un método, era la idea generalizada que sobre ella se ha tenido y se continúa teniendo en amplios círculos de las distintas disciplinas del saber. En la modernidad, la idea de una realidad externa al hombre, realidad a conocer por un sujeto cognoscente, y el de que la comprensión en un fenómeno mecánico y pasivo, es una idea predominante.

En la modernidad, el sujeto es concebido por serias corrientes del pensamiento occidental como un sujeto separado de la realidad, y la comprensión como una apropiación de parte del sujeto de la realidad que existe independiente del sujeto, y por tanto, esa comprensión es una actividad pasiva y refleja de la realidad, y se realiza mediante el método; y, en este sentido la verdad es algo ajeno al hombre y la comprensión es apropiación de la realidad. Bajo esta perspectiva de la hermenéutica como método, como camino, como procedimiento se rebela Kaufmann.

La idea metodológica como fuente de la comprensión se observa en las obras de Renato Descartes, en especial, en “Discurso al Método” y en “Reglas para la dirección de la mente”. En ésta, en la regla 3ª se expresa: “En cuanto a método, entiendo por ello reglas ciertas y fáciles cuya exacta observancia permite que nadie

tome nunca como verdadero nada falso, y que, sin gastar inútilmente ningún esfuerzo de inteligencia, llegue mediante un acrecentamiento gradual y continuo de ciencia, al verdadero conocimiento de todo lo que sea capaz de conocer.

*(...). Pero, si el método nos da una explicación perfecta del uso que hacer de la intuición intelectual para no caer en un error contrario a lo verdadero, así como del medio de hallar deducciones que nos permitan llegar al conocimiento de todo, nada más, creo yo, se exige para que sea completo, puesto que ninguna ciencia se puede adquirir más que por medio de la intuición intelectual o por medio de la deducción (...)*<sup>5</sup>.

Frente a esta confianza absoluta a la razón y al método como hilo conductor para conquistar la verdad como realidad exterior al sujeto, y al método como el hilo de Teseo que permite la correcta orientación para encontrar la realidad, la rebelión de de Kaufmann se expresa, así:

### 3. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Por hermenéutica se entiende la frase que vulgarmente dijera Friedrich Ernest Daniel Schleiermacher como el “arte del comprender”. Si bien esto es cierto, no es exacta, por el contrario, la opinión frecuente de que la hermenéutica es un método entre varios posibles. Con seguridad, tiene también funciones metodológicas especialmente en las ciencias comprensivas. Pero, considerada en su esencia, la hermenéutica no es un método, sino filosofía trascendental.

Esto ya lo fue para Schleiermacher, ha continuado siéndolo para genuinos hermeneutas posteriores como Dilthey, Gadamer y Ricoeur. Es una filosofía trascendental en el sentido de formular las condiciones que hacen posible cualquier comprensión del sentido. Como tal, no describe método alguno; sólo dice bajo que presupuestos puede ser algo comprendido conforme a su sentido. Y puesto que nada en cuanto existe sería inaccesible al intelecto. La comprensión

<sup>5</sup> DESCARTES, Renato. *Reglas para la dirección de la mente*. Barcelona, Ediciones Orbis, 1983, p. 157.

(¡no el método!) de la “física”, la “religión” o la “economía” se produce con arreglo a las mismas condiciones trascendentales que la comprensión del “derecho”. En ningún caso, se puede malinterpretar la universalidad de la hermenéutica como algo absoluto, la hermenéutica no es sino una de las varias posibilidades que tenemos de tratar con el mundo, y también con el derecho. En consecuencia, no se excluyen otras teorías como, por ejemplo, la analítica o la argumentación, antes más bien las recomiendo por ser completamente necesarias”<sup>6</sup>.

La posición de Kaufmann es categórica, la hermenéutica no es un método, entre los distintos métodos que se pueden utilizar como reglas o procedimientos para comprender la realidad; sino que ella, es una filosofía que se encarga de estudiar y reflexionar sobre las condiciones que hacen posible el comprender, y que no desecha los métodos como instrumentos o caminos de la comprensión, pero, no se limita a las reglas del método ni al procedimiento.

La hermenéutica tiene en este sentido un aspecto de universalidad que no puede ser entendido de forma absoluta, por el contrario, convive con otras formas de comprensión.

Kaufmann tiene claro que la comprensión es una actividad del ser, y es desde el ser que se comprende, y en el lenguaje, y como la comprensión se realiza en el ser, la comprensión constituye una manifestación del ser en la que él mismo se auto comprende, comprende comprendiéndose como parte integrante de esa realidad a comprender. Anota Kaufmann que la hermenéutica toma en consideración los ingredientes irracionales y los comprende en forma racional. Kaufmann lo sostiene, así: “*Ciencia del derecho, ¿sólo un arte? Computar lo irracional con lo racional, esto hace la hermenéutica*”. Tal y como ya se expuso en el capítulo anterior, la hermenéutica misma no es irracional. Ella sólo quiere arrojar luz en los procesos que no son racionales o no lo son exclusivamente. Y que precisamente el sentimiento jurídico tiene que ver con la hermenéutica fue reconocido muy

<sup>6</sup> “La comprensión hermenéutica del método jurídico”. En: *Hermenéutica y Derecho*, edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos, Granada, Editorial Comares, 2007, pp. 92-93.

tempranamente por el genial Gustav Radbruch. Este escribió en un ensayo en 1907: “El sentimiento jurídico anticipa el resultado, la ley debe dar luego los fundamentos y límites para ello”. Y en 1932 agregó sobre eso: “El sentimiento jurídico exige un espíritu ágil, que pueda pasar de lo particular a lo general y nuevamente de lo general a lo particular”. Es difícil decirlo mejor. El sentimiento jurídico es el arte de tener pre-comprensiones (pre-juicios) correctas. Todavía de manera más aguda, particularmente perspicaz, dijo Albert Einstein: “La fantasía es más importante que el saber”. Las pre-comprensiones son lo humano en la aplicación del derecho, ninguna técnica por desarrollada que sea que sea la puede medir”<sup>7</sup>.

Se comprende, comprendiendo, no existen reglas ni caminos que garanticen el resultado, es el resultado él comprueba la corrección del método y del camino, y aquí es, como entiende o puede entender la brillantez del gran poeta español Don Antonio Machado cuando expresó:

*“Caminante, son tus huellas  
el camino, y nada más;  
caminante, no hay camino, se hace camino al andar.  
Al andar se hace camino,  
y al volver la vista atrás  
se ve la senda que nunca  
se ha de volver a pisar.  
Caminante, no hay camino,  
sino estelas en la mar”<sup>8</sup>.*

Los caminos los edifica el ser, pero aun existiendo varios, la elección previa del camino o de los caminos, no siempre asegura la corrección del resultado, y es, el resultado correcto el que al final indica si el camino, el método o los métodos elegidos, han sido los correctos, y en esto el gran poeta castellano coincide con Kaufmann cuando expresa: “Con agrado habrán de leerse las sentencias siguientes:

<sup>7</sup> *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 127.

<sup>8</sup> MACHADO, Antonio. *Campos de Castilla. Proverbios y cantares*. Madrid, España, 2004, p. 91.

Radbruch: “La interpretación es el resultado, el medio de interpretación será elegido después que el resultado ha sido verificado”. Engisch: la creación del derecho “es una constante interacción, un ir y venir de la mirada entre la premisa mayor y circunstancias de hecho”.

Comte: “Conocimiento de las reglas y conocimiento a través de las reglas”<sup>9</sup>.

#### **4. LA SUPERACIÓN DEL OBJETIVISMO DE LA CIENCIA MODERNA Y LA HISTORICIDAD DEL DERECHO EN LA HERMENÉUTICA COMO FILOSOFÍA**

En la perspectiva de la concepción metódica de la ciencia moderna, Kaufmann siguiendo a Hans George Gadamer, como estudioso que lo fue de éste, en especial, luego de los años ochenta del siglo pasado, critica el objetivismo de la ciencia moderna, como forma del comprender, y la crítica la realiza en razón a que el sujeto se enfrenta a la realidad como si no formara parte de la realidad misma, y cómo si ésta se conformara por fuera de la historia del ser.

Para Kaufmann, el proceso de determinación del derecho no es un mero acto o actividad en la que el sujeto, mediante la subsunción de la realidad a una norma jurídica positiva existente en el ordenamiento jurídico, deriva el derecho, como lo plantea el positivismo objetivista de la ciencia moderna. Muy por el contrario, para él, esta es una mera actividad pasiva, lógica e incorrecta, por fuera de la realidad del ser en él tiempo, y por tanto, no conduce a la creación de un derecho más o menos correcto y algo justo en cada caso particular.

Kaufmann es del criterio que la subsunción es una actividad incompleta para la creación del derecho, y que para la creación del derecho por pertenecer sólo al ámbito de la lógica formal, para su determinación, hay que ir más allá de una mera actividad receptiva de subsumir el caso a la ley, y expresa que la

<sup>9</sup> *Filosofía del Derecho, op. cit.*, p. 167.

determinación del derecho, es un acto creador del hombre, y que en este proceso el ser ontológicamente se manifiesta como un ser para la vida que actúa desde la tradición modificando esta. Así, sostiene: “La hermenéutica se enfrenta al concepto objetivista del conocimiento objetivista del conocimiento, suprime el esquema sujeto objeto (aquel que reconoce al objeto en su pura objetividad sin adición de elementos subjetivos conocimiento como “reproducción” del objeto en la conciencia) para los fenómenos de la comprensión (se aplica hoy a las ciencias naturales). Más bien, la comprensión es a la vez objetiva y subjetiva; que lo comprendido se introduce así mismo en él “horizonte del comprender” y, en vez de limitarse a recibir pasivamente en su conciencia el objeto a comprender, contribuye a crearlo. En otras palabras, no “subsume” sencillamente el caso bajo la ley y se sitúa completamente fuera de este proceso, sino que cumple un papel creador-activo en la denominada “aplicación del derecho”. Y como es inútil buscar una “corrección objetiva” del derecho, al margen del proceso de comprensión hermenéutica, por la misma razón está llamado al fracaso cualquier intento de separar, en las ciencias comprensivas, racionalidad de personalidad del comprender”<sup>10</sup>.

Él, por tanto, considera que en el proceso de creación del derecho, como un procedimiento mediante el cual el sujeto capta la realidad, capta la cosa materia de comprensión, y le incorpora su propia personalidad, por tanto, no deduce el derecho de un subsumir la ley al caso, sino a una transformación de la realidad utilizando la ley como material de trabajo. Por esto, es contundente su crítica a la creación del derecho como un mero procedimiento formal de subsunción por fuera de la historia del ser que comprende, e incluso, se manifiesta en contra de este tipo de enseñanza del derecho: “Hasta dónde está dominada la idea de la subsunción (la aplicación del derecho es una conclusión puramente deductiva de la ley) que infortunadamente todavía aquí y allá en las universidades se enseña (...)”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> KAUFMANN, Arthur. “La comprensión hermenéutica del método jurídico”. En: *Hermenéutica y Derecho*, p. 93.

<sup>11</sup> *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 115.

Como puede observarse, en esta crítica al objetivismo y de la historicidad de la ciencia del derecho y de la creación del derecho, existe una coincidencia de Kaufmann con la hermenéutica jurídica gadameriana. Gadamer, dice: “(...). En la medida en que el verdadero objeto de la comprensión no son eventos sino “significados”, esta comprensión no se describe correctamente cuando se habla de un objeto en sí y de un acercamiento del sujeto a él. En toda comprensión histórica está implicado que una tradición que nos llega habla siempre al presente y tiene que ser comprendida en esta mediación, más aún, como esta mediación. El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y reproducir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo”<sup>12</sup>.

Posteriormente, Gadamer, agrega que no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que se pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción<sup>13</sup>.

## 5. LA SUPERACIÓN DEL IUSNATURALISMO Y DEL IUSPOSITIVISMO POR LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Kaufmann, descubre que la lucha entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo constituye una lucha entre hermanos, que por mucho que parezca un enfrentamiento entre dos rivales que no tienen semejanzas, por el contrario, es una disputa entre semejantes, y que además, tomar partido a favor de cada uno de ellos ha constituido un tremendo error histórico, en la medida en que ésta es una lucha sin sentido, y de que lo que se debe hacer es impulsar la superación de esta disputa entre hermanos. Identifica las semejanzas entre iusnaturalismo y del iuspositivismo así: “Esta semejanza

<sup>12</sup> GADAMER, Hans George. *Verdad y método*. Tomo I, Salamanca, Sígueme, 2006, pp. 400-401.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 402.

entre estos enemigos irreconciliables se manifiesta especialmente en tres puntos: El “concepto ontológico sustancial del derecho”, que ve a éste como algo cosificado, rígido y establecido a priori; por un lado, la “naturaleza”, sea ésta lo que sea; por otro lado, la “ley”.

La “ideología de la subsunción”, que exige deducir las decisiones jurídicas concretas de normas superiores procediendo, de una forma puramente deductiva y “estrictamente lógica”, sin recurrir a la experiencia. Para el derecho natural, este razonamiento de subsunción ha de inferir de unos principios éticos jurídicos absolutos las normas de derecho positivo, y de éstas las decisiones jurídicas concretas. Para el positivismo, dichas decisiones han de ser deducidas de las leyes, con la ayuda de las directrices del propio legislador los “materiales legales” –mediante un simple silogismo (“modus bárbara”).”

La idea de que existe un “sistema cerrado”. Conforme a eso, tanto el derecho natural como el positivismo, pretenden formular, por vías puramente deductivas, una suma de proposiciones legales completas y sin lagunas, prontas para el uso y no necesitadas de interpretación alguna, con las cuales resolver cualquier cuestión jurídica posible”<sup>14</sup>.

Al identificar las semejanzas de las dos corrientes, él, identifica las debilidades de las dos y muestra cómo, a pesar de sus debilidades, ellas pueden aportar a la creación del derecho correcto, e identifica cómo es necesario acudir a la hermenéutica como una alternativa para la comprensión correcta de lo jurídico que permita la creación del derecho correcto.

Se apoya en lo fuerte de ambas corrientes, más le introduce un conjunto de elementos, entre los que pueden destacarse los siguientes: 1) El rescate de la idea de un derecho natural histórico, esto ya lo había formulado Tomás de Aquino en su Tratado de la Justicia y la Ley, la justicia, debe ser histórica, y por tanto, el derecho es histórico también, y el derecho nave en

<sup>14</sup> “La comprensión hermenéutica del método jurídico”. En: *Hermenéutica y Derecho*, pp. 91-92.

la historicidad del ser. 2) Derecho no es equivalente a la ley positiva, como tampoco el derecho puede ser equiparado a la justicia. 3) El derecho es un acontecimiento del ser, por consiguiente, es lenguaje y se crea en el lenguaje, en el diálogo intercomunicativo, en un ambiente de tolerancia y de libertad entre iguales. 4) Si bien el derecho y la moral son dos esferas independientes, entre estas existen comunicaciones, y tomando a Radbruch no puede existir un derecho extremadamente inmoral porque deja de ser derecho. 5) La ley y el derecho se determina en cada caso concreto. 6) Las leyes son materiales de trabajos en manos del jurista, éste las trabaja y con ellas crea el derecho. 7) Los ordenamientos jurídicos, no son un orden cerrado en sí mismo, ni son completos y carentes de lagunas; por el contrario, son abiertos, llenos de lagunas e incompletos por naturaleza, y 8) El derecho es estable y móvil, se crea y se recrea.

Finalmente, concluyo con el epígrafe que guía la Filosofía del Derecho de Kaufmann: “Imperativo categórico de la tolerancia: Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana.”

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSEN, Hans Christian. *El traje nuevo del Emperador*. Madrid, Edimat.
- DESCARTES, Renato. *Reglas para la dirección de la mente*. Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.
- ESPINOSA, Julieta. *Signos Filosóficos*. Vol. IX, No. 17, México, enero-junio 2007.
- Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 127.
- GADAMER, Hans George. *Verdad y método*. Tomo I, Salamanca, Sígueme, 2006.
- KAUFMANN, Arthur. “La comprensión hermenéutica del método jurídico”. En: *Hermenéutica y Derecho*, edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos, Granada, Editorial Comares, 2007.
- MACHADO, Antonio. *Campos de Castilla. Proverbios y cantares*. Madrid, España, 2004.
- OLLERO, Andrés y SANTOS, José Antonio (eds.). “La comprensión hermenéutica del método jurídico”. En: *Hermenéutica y Derecho*, Granada, Editorial Comares, 2007.

SANTOS, José Antonio. *Kaufmann Arthur en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra, Granada*. Editorial Comares, 2008.

TROSKY, León. *Yo Acuso. La era de la Revolución Permanente. Antología de escritos básicos*. México, Juan Pablo Editores, 1973.

# ***La laguna axiológica, la opinión y clima del intérprete***

---

**JUAN CARLOS JIMÉNEZ TRIANA\***  
*Universidad Católica de Colombia*  
*Bogotá*

## **PRESENTACIÓN**

Las lagunas en los sistemas jurídicos siguen siendo temas de alto interés dentro la academia y la práctica judicial, en ese sentido las formas de resolverlas o revelar su existencia ha sido estudio de inagotables líneas, pero en especial la laguna axiológica la cual se presenta como un caso complejo de interpretación donde los elementos proporcionados por un determinado conjunto de normas no permite llevar la consecuencia establecida, haciendo del operador un integrador de elementos que no se contemplaron en el enunciado y por lo tanto es un caso que no se encuentra reglado de manera correcta según su opinión, donde en esta ultima concurren elementos jurídicos y extrajurídicos para dar un nuevo contenido a la norma.

---

\* Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Grupo de investigación CISJUC, dirigido por el doctor Alberto Bernal Villa.

## NOCIONES DE SISTEMA JURÍDICO

Uno de los temas que ha dado gran vuelo en la academia tanto en juristas, abogados, jueces o en su conjunto operadores del Derecho, ha sido la delimitación y denominación del conjunto normativo de carácter jurídico, poniéndose de presente la necesidad de reconocer al menos algunas de las características<sup>1</sup> y complejidades.

Para Aracil (1997:11) un sistema es un objeto complejo formado por una serie de elementos articulados y relacionados entre sí, de tal manera que su conexión se dinamiza dentro del entorno que es precisamente un sistema, luego se trata de una unidad compuesta dotada de identidad propia que se distingue de su entorno, aunque mantenga interacción con él.

De la misma manera, el sistema puede entenderse en cierta medida como una configuración exclusiva de sus elementos, que forman propiedades en su interacción y permiten concebir formas de conjunto C y la relación R con sus partes.

El sistema jurídico recoge por medio de normas<sup>2</sup> una serie de hechos o conductas y les da unas consecuencias jurídicas, que deben ser analizadas por los jueces en cargo de su deber jurisdiccional, este sistema se puede reconocer como un conjunto de enunciados que tiene consecuencias normativas<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Las características del sistema jurídico han tenido diferentes puntos que han sido desarrollados desde la pregunta. ¿Qué hace al sistema jurídico diferente a los demás sistemas normativos?, donde se presentan algunas diferencias con los demás sistemas, la lógica jurídica a proveído de carácter racional y semiótico de los elementos que componen a los conjuntos normativos de orden jurídico. Véase KALLINOWSKI, Gorges. *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973, pp. 23 y ss.

<sup>2</sup> Norma jurídica es una prescripción emitida por una autoridad normativa u agente humano de expedición de normas, dirigida a unos sujetos normativos que en su carácter deóntico permite, prohíbe u obliga la realización de una determinados estados de cosas, estas prescripciones están formuladas en oraciones deónticas. Véase. BULYGIN, E. y MENDONCA, D. *Normas y sistemas normativos*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005, p. 15.

<sup>3</sup> Así lo proponen Alchurrón y Bulygin en el desarrollo de su idea de sistema jurídico. Véase. ALCHURRON, C. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Quinta reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.

Las propiedades formales de los sistemas jurídicos serán la completitud, coherencia e independencia, resultado de su dinámica en conjunto, de tal forma que estos presupuestos se relacionan en un conjunto de normas que tienen una aceración en la acción<sup>4</sup> como punto cardinal pues establece el estatus deóntico de la misma (ALCHURRON, C. y BULYGIN, E. 2006:29).

En desarrollo de lo dicho, varios filósofos del Derecho emprenden un estudio del sistema jurídico desde modelos formales, abarcando una explicación racional a través del uso de lenguajes más rigurosos que el inicialmente formulado y de tal forma revelar de forma exhaustiva las inconsistencias del mismo.

En ese orden de ideas un sistema jurídico se presenta como una analogía con los sistemas normativos, en la medida que son reguladores de conductas pero al primero le aparejan las propiedades mencionadas por los profesores argentinos Alchurron C. y Bulygin E., adicionalmente están conformados por normas y enunciados.

Desde lo expuesto es pertinente concretar que el sistema jurídico se puede definir desde la idea de Tarski, como un sistema deductivo en general que contiene un conjunto finito de enunciados y estos contemplan unas consecuencias que correlacionan deductivamente (ALCHURRON, C. y BULYGIN, E.2006:93).

Continuando con el estudio propuesto, la idea del sistema jurídico bosquejada supone también algunas complejidades, pero solo será referida las lagunas y en su desarrollo, la laguna axiomática que para los efectos se darán algunas apreciaciones de las primeras con el fin de llegar a la segunda.

<sup>4</sup> En este sentido la acción se constituye en una lógica que hace parte de la lógica deóntica propuesta por Von Wright, de esta manera las prescripciones normativas obligan, permiten o prohíben una determinada acción o abstención. Véase VON WRIGHT, Georg H. *Norma y Acción, una investigación lógica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1979, pp. 53 y ss.

## LAS LAGUNAS COMO RESULTADO DE LA CORRELACIÓN DEDUCTIVA

En las lagunas existe cierto grado de indeterminación en la aplicación del Derecho, que pone de presente la inconsistencia de las propiedades del sistema jurídico. Sin embargo, la existencia de las mismas ha sido aceptada por facciones de estudiosos, ha sido totalmente rechazada y ha sido considerado como un tema contingente en el Derecho (ATRIA, 2005:15).

El uso del término laguna ha tenido varias acepciones en la teoría del derecho, que a pesar de sus diferencias tienen un común denominador, la indeterminación por problemas de tipo conceptual en el nivel de casos genéricos y las normas de este mismo tipo o en problemas empíricos o semánticos (MORESO, 1998:88).

Se trata entonces de una dificultad de origen interpretativo que se presenta desde el operador mismo del Derecho, desde luego esta inconsistencia puede también presentarse en el estatus deóntico de las normas, pues a saber la norma en cuestión no permite determinar cuál es el carácter que posee, luego su aplicación no puede inferirse en su simple observación de sus elementos constitutivos<sup>5</sup>.

Para aclarar este punto, la subsunción o calificación jurídica de un caso complejo C1, puede resultar una laguna L1 dentro del universo de posibilidades UP, que a su vez tiene su origen en tres circunstancias:

- 1) *Laguna de conocimiento*: Consiste en una falta de datos en el caso concreto, donde esta ausencia impide determinar la aplicación de la norma que se supone recoge el supuesto de hecho y le adjudica una consecuencia jurídica.

<sup>5</sup> Los elementos constitutivos son en este sentido el carácter deóntico; Obligación, Prohibición y Permiso, además de sus condiciones de aplicación, la relación normativa.

- 2) *Laguna de reconocimiento*: Esta laguna se da en ocasión en el lenguaje que supone tener una vaguedad o indeterminación en su formulación semántica que no hace posible su subsunción en el caso, pues el solo ejercicio de inferencia no satisface los postulados de aplicabilidad.
- 3) *Laguna normativa*: Este tipo se da en el ejercicio propio de los usos racionales de inferencias de un universo casos que no pueden ser correlacionados con una solución maximal<sup>6</sup> normativa alguna, es entonces la imposibilidad de llevar supuestos genéricos o casos complejos a una consecuencias normativas.

Finalmente, se tendría que adicionar una clase mas de laguna que aunque fue contemplada por los profesores argentinos, no lo es por Moreso como una clase independiente, esto podría tener sustento teniendo en cuenta que esta cuarta forma no tiene su origen como caso complejo desde los sustentos normativos, si no desde los supuestos de interpretación que tiene el operador. No obstante, puede considerarse que a su vez presenta un problema de indeterminación al confrontar el sistema en su totalidad con el caso reglado, por lo tanto será contemplado.

- 4) *Laguna axiológica*: Es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho si esta reglado por una norma, pero según la opinión del intérprete, se encuentra axiológicamente inadecuada, por razón de unas circunstancias que debió tener en cuenta el legislador o autoridad normativa y de haberlas concebido las consecuencias jurídicas serian otras (GUASTINI, 2010: 181 y ss.).

Para lograr un rigor en el estudio que se emprenderá con respecto a esta última clase de laguna es menester encontrar un lenguaje que permita la reconstrucción de las situaciones que deben ser tenidas en cuenta para aclarar

<sup>6</sup> Solución maximal determina el estatus deóntico de la permisión como la abstención de la conducta a realizar, es entonces un permiso en sentido positivo. Véase ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, 2006.

varios puntos que serán puesto en consideración y es por lo tanto el uso de la lógica deóntica que permitirá o por lo menos aproximará a un planteamiento más razonable y científico.

## NOCIONES DE LÓGICA DEÓNTICA

Las leyes de la lógica prescriben la forma correcta de pensar de los sujetos, pero también de manera descriptiva enuncia los principios del correcto pensar, así pues se enmarca en un deber de pensar acorde a unas leyes que encarnan la coherencia y no contradicción en los sustentos de un discurso o una idea.

El nacimiento de la lógica deóntica tiene una fecha muy precisa en el año de 1951 con el artículo “Deontic Logic” de von Wright, aunque no puede desconocerse los numerosos antecedentes a la misma, como fue la inquietud de Leibniz en la posible analogía que puede presentarse entre los operadores de la lógica modal aleática y los conceptos normativos, de tal manera que estos coinciden en su alcance (BULYGIN y MENDOCNA, 2005: 25).

Como resultado de lo anterior los operadores deónticos, se presentan como aquellos que hacen al enunciado normativo sostenga un carácter o estatus deóntico para su aplicación en las conductas humanas y en consecuencia von Wright propone de manera definitiva las analogías de la Lógica Modal y de los cuantificadores con la lógica de las normas.

E alguno M posible P permitido  
-E ninguno -M imposible -P Prohibido  
-E todos -M-necesario -O Obligatorio<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Originalmente Von Wright le da al operador obligación “-p-“, que se expone de mejor manera con la letra “O” por ser entendida en la academia de esta manera. Véase VON WRIGHT, Georg H. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Editorial UNAM, 1998.

Dada la complejidad del asunto solo se referirá a algunas nociones que resultan de vital relevancia en la existencia de una lógica de normas, en primer lugar la posibilidad de construir inferencias desde proposiciones de carácter prescriptivo no deben sostenerse desde los valores de verdad o falsedad, dado que hacerlo solo daría la condición gramatical y obviaría la condición lógica de las proposiciones, lo cual ha sido ampliamente sustentado por Kalinowski (ALARCÓN, 2000:33).

Un término que debe introducirse es la validez como punto de satisfacción normativa y no como una forma paralela de verdad, que para von Wright este vocablo incide en una norma en la medida que exista otra norma que permita su promulgación, pero no es exacto afirmar que el fundamento de la existencia de la validez de una norma este en otra<sup>8</sup>.

Por otra parte el carácter de las normas jurídicas es eminentemente deóntico, en atención a lo que se prohíbe, permite u obliga, tal como lo expone von Wright en muchos de sus trabajos, luego en primer lugar los operadores deónticos deberán ser tenidos para la formulación de una norma que podrán reconocerse como:

O – Obligación P – Permiso – P – Prohibición<sup>9</sup>.

La lógica de las normas o lógica deóntica<sup>10</sup> está compuesta por tres formulaciones lógicas a su vez; Lógica de las proposiciones, siendo el estudio de los estados “p”, Lógica del cambio, siendo el estudio de la proposición “T” como transformación de los estados, Lógica de la acción, siendo el estudio de las

<sup>8</sup> Para Kelsen el paralelismo que existe entre la verdad y la validez no tiene ningún sustento. Véase ALARCÓN CABRERA, Carlos. *Lecciones de lógica jurídica*. Sevilla, Editorial MAD, S.L., 2000, p. 36.

<sup>9</sup> Para Alarcón son estos los operadores deónticos presentes en las formulaciones normativas, los cuales han sido empleados por los filósofos del derecho en sus notaciones. Véase ALARCÓN CABRERA, Carlos. *Lecciones de lógica jurídica*. Sevilla, Editorial MAD, S.L., 2000, p. 46

<sup>10</sup> En este contexto Deóntica, se refiere lo que debe ser o debería ser. Véase en: VON WRIGHT, Georg H. *Norma y Acción, una investigación lógica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1979, p. 78.

proposiciones “d” acción, “f” abstención, guardando relación con los aspectos de habilidad, capacidad y destreza del agente (VON WRIGHT, 1979:87).

Piénsese en una norma que prohíbe (p), donde (p) es un estado de cosas que no puede llegar a darse y de esa manera el legislador lo ha dispuesto, luego es acertado que se encuentra en un estado de cosas (–p) donde el estado prohibido no se ha dado, de esta manera podría formularse  $\neg P (d ( \neg pTp ) ) \vee (f (pT\neg p) )$  donde (–P) prohibición de (d) actuar en (–pTp) la transformación de un estado no p a un estado p, y en su normal disyuntiva la (–P) prohibición de (f) abstenerse de (pT–p) ante un estado p, siendo su deber un estado (–p).

Una vez establecida la notación que será presupuesto para el estudio de la laguna axiológica, es menester continuar con el estudio que ocupa estas líneas.

## **LAGUNA AXIOLÓGICA, LA OPINIÓN Y LAS CONSIDERACIONES COMO ELEMENTOS DE LA ATMOSFERA DEL INTÉRPRETE**

Durante el transcurso de las intervenciones de muchos estudiosos y académicos en el tema de las lagunas, varias precisiones resultaron debido a las reiteraciones del uso de situaciones complejas, vagas o de penumbra<sup>11</sup>, asimismo se enmarca las enmarañadas líneas de la laguna axiológica, desde la imposibilidad de aplicar soluciones o consecuencias jurídicas cuando otros elementos debían de tenerse presente en la redacción de la norma.

Por consiguiente, los elementos que debían de tenerse en cuenta, según opinión del intérprete, se circunscriben a ciertos elementos extraños al conjunto normativo que se conforma para la solución por medio de la correlación

<sup>11</sup> La vaguedad y las zonas de penumbra el derecho Así se encuentra expresado en recurridas obras. Véase. HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 155 y ss. Véase también en ATRIA; BULIGYN; MORESO; NAVARRO; RODRIGUEZ y RUIZ MANERO. *Lagunas en el derecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 45 y ss. Véase también en ALCHURRON, C. y BULYGIN, Eugenio, *op. cit.*, 2006.

deductiva es decir, un caso donde se obliga que (w) puede resolverse con las normas que aparejan su consciencia jurídica o conjunto normativo de solución nominada, de lo cual (q) se establece como la consecuencia directa de (w), cuya solución lógica supondría el uso de el *modus ponens*:

$$\begin{array}{c} O(w \rightarrow q) \\ w \\ \hline q \end{array}$$

Figura 1.

De ser así, como se expresa en la figura no existiría razón para considerar que existe alguna clase de laguna, pero supóngase que (w) establece la obligación a un agente de policía de retener transitoriamente a una persona que se encuentre en un alto estado de embriaguez a un centro de retención siendo (q) la consecuencia, la retención transitoria.

Al principio puede considerarse que la medida pueda ser adecuada, luego (q) como una correlación deductiva se acopla, pero consideremos el siguiente escenario: un Juez constitucional debe abocar su conocimiento por medio de una acción de inconstitucionalidad<sup>12</sup>, y debe decidir sobre su apego o no a la norma superior.

Este caso se encuentra presente en la jurisprudencia Colombiana, el cual fue decidido en la Sentencia C-720 de 2007, el cual toma elementos que para el juicio de este estudio resultan ser la materialización de la laguna axiológica.

<sup>12</sup> La acción de inconstitucionalidad, es la procuración de un ciudadano en preservar la integridad de la Constitución y su supremacía, juicio que debe ser llevado por un juez constitucional. Véase CUENCA GÓMEZ. Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales para la validez jurídica*. Madrid, Editorial Dikinson, 2008, pp. 155 y ss.

Las normas demandadas son los artículos 186 numeral 8, 192, 207, en los cuales se establece la retención transitoria como medida correctiva frente al alto estado de excitación o de embriaguez, el tenor de las normas se desarrolla por medio de la habilitación normativa (art. 186 numeral 8), definición y sentido deóntico en relación a las autoridades tal como se ha estudiado, art. 207 en el que se establece las condiciones de aplicación.

Ahora recojamos estas normas en notaciones lógicas donde, art 186 numeral 8 es (a), el art. 207 es (c), respectivamente la unión de estos conforman el conjunto (w)<sup>13</sup>, por su parte (q) se conforma con el art. 192 que es (b).

Durante la exposición de meritos y justificación de la decisión, la Corte Constitucional colombiana subraya elementos de gran trascendencia que por motivos de la exposición no se presentaran, pero vale mencionar el test de estricta proporcionalidad aplicado a la luz de los derechos fundamentales comprometidos en especial la libertad como un valor normativo y axioma del sistema jurídico colombiano.

Hasta ahora se ha dicho que la laguna axiológica se da en la opinión del intérprete y que esto atiende a las razones que el legislador obvio para formular la norma, luego (w) como conjunto normativo contiene elementos (a, c) y sus respectivas propiedades conforman un antecedente de la consecuencia de (q), que se conforma con (b) como elemento.

$$(a \wedge c) \in w$$
$$(b) \in q$$

Figura 2.

A pesar de la presencia de los elementos de (w) como conjunto, estos resultan insuficientes para (q) privar de la libertad a una persona a pesar de

<sup>13</sup> Esta notación es la misma que se encuentra en la Figura 1.

su sentido como medida preventiva, luego es necesario explorar un nuevo conjunto para determinar una reglamentación compuesta.

### **5.1 La opinión del intérprete como opinión pública y razones de justificación y atmosferabilidad**

Ahora bien introduciendo el concepto ya mencionado, la opinión pública en Habermas significa diferentes cosas, según se contemple como una instancia crítica del ejercicio del poder social y político o como una instancia receptiva divulgada por instituciones o bienes de consumo que por ello es manipulable; ambas con las características fundamentales de notoriedad pública (HABERMAS, 2009:261).

Tratando de dar claridad a lo anterior es menester enseñar que para Habermas la autocomposición del razonamiento público esta guiado por aquellas experiencias de lo privado que procede de la subjetividad de la esfera íntima de las pequeñas familias que está inserto en lo público (HABERMAS, 2009:66).

Lo público se conoce como el vehiculo en donde la opinión se da a conocer, de esto se desprende la organización pública que Habermas definió como “aquellas organizaciones que en contraposición a sociedades cerradas, son accesibles a todos” (HABERMAS, 2009:41).

Habermas reconoce que una disputa argumental a cerca de un asunto forma la opinión pública, crítica del apoyo o el rechazo que se genera del consenso que a su vez puede ser ingenuamente manipulable<sup>14</sup>, por ello la fuerza del mejor argumento tiene la pretensión de tener la capacidad racionante que es morlamente pretensiosa, que busca lo correcto y lo justo coincidiendo con la naturaleza de la cosa (HABERMAS, 2009:91)

<sup>14</sup> Manipulable en este contexto hace referencia a las explicaciones del saber común las cuales poseen la propiedad de constituir fácilmente explicaciones ideológicas con apariencia de científica, capaces de alcanzar amplio consenso, es decir se constituyen proporciones con el rango de conocimiento superior. Véase EDLBERT, C.A. *Manual básico de criminología*. Bogotá, Edlbert C.A., Temis, 2005, p. 10.

La constitución de la opinión pública sugiere una entidad de control sobre la vida pública de una sociedad, que contiene una carga subjetiva generalizada que se concreta en un consenso entre los divergentes en una lucha de argumentos, que siendo atractivos pueden encontrar refugio en las mayorías dándose una especie de juicio sin las reglas de la verificación.

Habermas (2009:97) señala que alrededor del año 1735 en Francia, la prensa se convierte en un órgano crítico de un público políticamente racionante, que reseivira el nombre de cuarto poder. Fue el interés de las familias en Alemania, Francia e Inglaterra por la disertación de temas de interés general que permitió un cambio estructural de la vida privada, pues en un principio en un hogar de estos países era el ropero pero con la evolución de los espacios de discusión convirtieron la sala de juegos o de visitas en lo más importante, tanto que la estructura física de estas construcciones cambió a salones amplios y roperos pequeños.

La opinión es un juicio encierto o el cual no ha sido completamente comprobado, pero la idea de un consenso de Kant en Habermas (2009:141) cumple con la función de control pragmático de la verdad, entonces una plena publicidad que permita el acceso a todos los individuos y su intervención tiene como consecuencia un progreso a un óptimo universal.

En este momento es válido afirmar que la opinión pública cumple la función de comunicar el juicio de la colectividad en la que están inciertos los individuos, luego es parte de la atmósfera por su carácter de reproche a las actividades públicas, pero entienda una como actividad externa (observable) o interna cuando puede ser observada por parte de los demás agentes que concertan una opinión.

Por otra parte Hegel en Habermas (2009:151) señala que la opinión pública es de la concurrencia de los intereses particulares penetrando en el subjetivo opinar de muchos.

*“En el camino histórico de su realización la razón exige una coincidencia con la unidad ininteligible de la conciencia general. Una unificación de las consecuencias empíricas; la publicidad ha de mediar entre aquella y esta; su generalidad es de una conciencia empírica*

*consciencia a la que la filosofía de del derecho hegeliana dará su nombre: opinión pública”*  
(HABERMAS, 2009:149).

Por su parte la publicidad cumple la función de integración del opinar subjetivo en la objetividad, entendiéndose que la interacción de los individuos mediante la posición que les define con respecto a un tópico determinado comienza a tomar forma de opinión pública cuando estas se encuentran con una generalizada forma de racionamiento.

La manipulación de la publicidad tiene como efecto un plebiscito configurado en un clima de opinión que se dirige a través de un cálculo socio psicológico encaminado a producir reacciones previsibles. En este sentido para Habermas (2009:243) plebiscito es una variable dependiente a la publicidad temporalmente fabricada.

La opinión pública en este sentido funge como un elemento sugestivo en el ambiente del intérprete, quien puede considerar desde su percepción las tendencias de la información que recibe, la cual puede ser reinterpretada según corresponda su posición en la dinámica del mensaje o bien como B. Berelson le concede mayor importancia al contenido, pero dada su complejidad debe iniciarse hacia un estudio de análisis de contenido, lo cual no será abordado pero podría de ser de gran ayuda en el esclarecimiento de la intención comunicativa con respecto a la decisión (TOUSSAINT, 1997:25).

Una vez bosquejado el tema de la opinión pública, es válido en palabras de Toussaint (1997:43), figurar la opinión de los individuos dentro de una más amplia esfera que converge en procura de su publicidad, la opinión pública, de tal manera que esta hace parte de la atmosfera del intérprete.

Por su parte atmosferabilidad se puede afirmar que consiste en el espacio de movilidad que tiene un agente con respecto a su entorno, que no se circunscribe como social y psicológico únicamente, por el contrario abarca un mayor nivel de contenidos que en definitiva tornan al agente en determinadas posiciones y le proporcionan mayor o menor razones o consideraciones para abordar una determinada figura dentro de su ambiente.

En la complejidad de la idea de atmosfera Navalles encuentra como cierto que se trata de una metáfora solida, que sin embargo puede encontrar traspies tal como lo expuso de la siguiente manera: “Atmosfera es el bosquejo de una metáfora solida y evanescente que nos permite confrontar los cánones que una disciplina como la psicología social que ha edificado, porque –y si acudimos a un ejercicio critico del conocimiento– en el instante mismo en que una metáfora se propone, se deberá asumir que esa misma metáfora habrá de desvanecerse” (NAVALLES, 2008:312).

De tal manera la atmosfera del intérprete puede revelar cuáles fueron los motivos en los cuales el operador jurídico determino la existencia de una laguna axiológica, en tal sentido la opinión pública encuentra una incidencia directa en la estructura social de una determinada colectividad, tema que será de gran importancia en lo siguiente de esta exposición.

Las justificación de una decisión puede tener elementos internos, los cuales coinciden con la disposición de un procedimiento racional o razonable del mismo, y otro externo que consiste en conceptos no autorreferentes que además demuestran la existencia de las premisas en la justificación interna, es decir necesitan de la observación de otros elementos que permitan su configuración, en ese orden de ideas, (w) se presenta como un conjunto incompleto en consideración de la corte y solicita incluir nuevos elementos de un conjunto no contemplado al momento de la expedición de las normas estudiadas en la decisión C-720 de 2007.

### **LA LAGUNA AXIOLÓGICA EN EL CASO DE LA RETENCIÓN TRANSITORIA POR AUTORIDADES DE POLICÍA, EL PUNTO DE LA CORTE Y CONSIDERACIONES FINALES**

Se ha dicho que los sistemas jurídicos son compuestos normativos que tienen consecuencias jurídicas correlacionadas, luego en función de esto el intérprete puede emplear la metodología jurídica en función de una solución que sea capaz de establecer procedimientos donde de normas vigentes se establecen premisas para una decisión (ALEXY, 2007: 24).

En los discursos jurídicos lo que se trata es la justificación de un caso particular dados unos parámetros establecidos en funciones que sea establecida ya sea de progreso, control, técnica, estabilización y heurística<sup>15</sup>.

En el caso concreto de la Sentencia C-720 de 2007, la Corte considera que los enunciados normativos debían contener además de los que (w) presentaba elementos que garantizaran la constitucionalidad de la medida, donde en un estudio de las normas constitucionales afectadas, haciendo un razonamiento de contenido donde justifica desde diferentes puntos, donde quizá la noción más clara será:

$$-P \text{ d } (pt-p) \wedge O \text{ f } (pT-p)$$

Figura 3.

Bajo este razonamiento, la Corte considera que es (-P) prohibido, (d) privar<sup>16</sup> de la libertad a una persona sin orden de autoridad judicial competente o sin que se encuentre en un estado de flagrancia, donde se debe entender (p) como un estado de cosas constitucional y (-p) como su contrario, es decir que al agente de orden público le está prohibido provocar en segundo o en la disyuntiva ( $\wedge$ ), esta la (O) obligación de (f) abstenerse de privar de la libertad a una persona salvo exista una orden de autoridad judicial competente o que se encuentre en un estado de flagrancia, donde (p) es un estado de cosas constitucionales y su negación corresponde a su contradicción.

Sin embargo, la Corte encuentra que la finalidad es constitucional, es decir la retención puede proceder en la medida que persigue la protección del individuo la colectividad y el orden público, por tal motivo encuentra que en las normas puede existir una omisión parcial del legislador y en consecuencia

<sup>15</sup> Alexy recoge las funciones de la argumentación desde la dogmática jurídica y las establece dada su diferencia en su finalidad o forma. Véase ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 255 y ss.

<sup>16</sup> Para los efectos se reemplaza el acto como verbo por uno de contenido de la norma, en este caso privar de la libertad sin orden de autoridad competente o si no se trata de un caso de flagrancia.

adiciona las normas con el siguiente contenido: La retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i). se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii). se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii). El retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv). la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v). Los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi). Los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición<sup>17</sup>.

Es de aclarar que las normas estudiadas fueron declaradas inexecutable, pero los efectos de la sentencia fueron diferidos a un plazo cierto, pero lo interesante de la decisión versa en la forma en que le dan contenido a una disposición normativa por medio de lo que se ha conocido como las sentencias aditivas, esto sin embargo presenta serias complicaciones en la medida de la legitimidad democrática, adicionalmente el cambio de sistema dada la alteración de los conjuntos originales normativos.

Finalmente desde los argumentos expuestos por Alexy, pareciera ser el sistemático el más adecuado para hacer diagramar el razonamiento al cual se sometió la decisión, esto por supuesto deberá tener como cierto la existencia de una vinculación débil del derecho y la moral, tema que a la fecha no es pacífico en las esferas académicas y judiciales, pero adicionalmente verlo desde la pretensión de corrección material que deben tener los sistemas jurídicos en razón de la progresividad.

<sup>17</sup> Colombia, Corte Constitucional, sala plena, Sentencia C-720 de 2007, expediente D-6692, Magistrado Ponente: Catalina Botero Marino. Acción de inconstitucionalidad presentada por Zulma Isabel Bañol Zapato contra los artículos 186 (numeral 8°), 192 y 207 del Decreto 1355 de 1970, “por el cual se dictan normas sobre policía”.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos. *Lecciones de lógica jurídica*. Sevilla, Editorial MAD, S.L. 2000.
- ALCHURRON, C. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Quinta reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ATRIA: BULIGYN; MORESO; NAVARRO; RODRÍGUEZ y RUIZ MANERO. *Lagunas en el derecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BULYGIN, E. y MENDONCA, D. *Normas y sistemas normativos*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2005.
- Colombia, Corte Constitucional, sala plena, Sentencia C-720 de 2007, expediente D-6692, Magistrado Ponente: Catalina Botero Marino. Acción de inconstitucionalidad presentada por Zulma Isabel Bañol Zapato contra los artículos 186 (numeral 8º), 192 y 207 del Decreto 1355 de 1970, “por el cual se dictan normas sobre policía”.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales para la validez jurídica*. Madrid, Editorial Dickinson, 2008.
- EDLBERT, C. A. *Manual básico de criminología*. Bogotá, Edlbert C.A., Temis, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre interpretación*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 55, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- HABERMAS, J. “Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública”. En: HABERMAS, J. Barcelona, Gustavo Gili, 2009.
- HART. H.L.A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- KALLINOWSKI, Gorges. *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973.
- MORESO, Juan José. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- NAVALLES, J.G. *Idea de atmósfera: Psicología social y otros prolegómenos*. Athenea Digital [en línea], primavera de 2008. Recuperado el 27 de abril de 2010, de Athenea digital: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=5370>.

TOUSSAINT, Florance. *Crítica a la información de las masas*. México D.F., Editorial Trillas, 1997.

VON WRIGHT, Georg H. *Norma y Acción, una investigación lógica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1979, p. 78.

\_\_\_\_\_. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. México, Editorial UNAM, 1998.

# ***Colonización, Cosificación y Codificación en el Derecho: ¿es realmente útil el lenguaje jurídico?***

---

**JUAN PABLO STERLING CASAS\***  
*Universidad Pontificia Bolivariana  
Bucaramanga (Santander)*

## **Presentación**

El presente trabajo pretende ilustrar el fenómeno de codificación propio del derecho –en especial en el paradigma positivista– y que a su vez se convierte en el presupuesto de la legitimidad procedimental de éste

---

\* Docente de planta (asistente) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. Docente de posgrado (maestría) en la Universidad Santiago de Cali (USC), Universidad Industrial de Santander (UIS) y Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB). Abogado egresado de la Universidad del Cauca. Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho (Universidad Industrial de Santander), especialista en resolución de conflictos con énfasis en procesos de mediación (Harvard University Law School, EE.UU.), especialista en argumentación jurídica (Universidad de Alicante, España), Profesor Investigador Visitante (Duke University Law School, EE.UU.). Correo electrónico: [juan.sterling@upb.edu.co](mailto:juan.sterling@upb.edu.co).

y que es producto de un consenso ilusorio, tal como lo plantea Luhmann. Pero para llegar a esta codificación se pasa previamente por dos etapas; primero una fase de colonización de lo que Habermas denominaría “mundo de la vida” por parte del derecho y posteriormente una más sofisticada que acude al lenguaje y a la necesidad de nombrar hechos y objetos que llamaré etapa de cosificación. Una vez desarrolladas las dos etapas nombradas, la codificación organiza, a través de textos (códigos), las normas generando así un lenguaje propio resultante de una invasión y una trasmisión de significado restringida. De esta manera el derecho se convierte en un elemento unificador de la sociedad a partir de una “generalización de expectativas” evidenciadas en un lenguaje común y aparentemente consensuado pero ininteligible para el ciudadano, pero en realidad no es otra cosa que un ejercicio de alejamiento del lenguaje y el ciudadano común que legitima el papel del jurista como un traductor.

### **COLONIZACIÓN, COSIFICACIÓN Y CODIFICACIÓN EN EL DERECHO: ¿ES REALMENTE ÚTIL EL LENGUAJE JURÍDICO?**

*“Una proposición sólo puede decir cómo es una cosa, pero no qué es ella”*

LUDWIG WITTGENSTEIN

La crítica que pretendo realizar parte de un proceso que consta de tres etapas: colonización, cosificación y codificación. Dicha crítica radica en la afirmación según la cual el derecho parece estar dirigido a los abogados, entendidos éstos como un cuerpo élite con cierta jerga especializada, y no al ciudadano común. De lo anterior se presenta un fenómeno que muestra al abogado como un traductor de un falso lenguaje jurídico especializado. La sola afirmación ya es una provocación a la ética del discurso (usando términos de Habermas), pero más allá de ello pretendo cuestionar cómo el derecho en un ejercicio de colonización a través del lenguaje domina el mundo de la vida para poder estructurar una codificación que refuerce un consenso ilusorio –propio del paradigma jurídico positivista– y así lograr una legitimidad procedimental sustentada en la generalización de expectativas.

## LEGITIMIDAD PROCEDIMENTAL, COMUNICACIÓN Y DEMOCRACIA

El fenómeno de la codificación da soporte al paradigma positivista. Pero este fenómeno se sustenta en una generalización de expectativas a partir de la reducción de contingencias que pretendo explicar acudiendo al fenómeno de cosificación previa una colonización.

El derecho es una respuesta a la excesiva presencia de contingencias en la vida del hombre, es una de las posiciones de Luhmann, de esta manera la limitación de dichas contingencias es una de las tareas, sino la principal, del derecho. Se genera así una función integradora en la cual se crean una serie de esperanzas comunes a los individuos, es decir, ideales, valores o sueños “compartidos” por la mayoría, fines deseables por “el común” de las personas: “En esta dirección se destaca la importancia funcional del derecho, que mediante una generalización congruente de expectativas socialmente vividas a las que les da una representación normativa responde a la excesiva contingencia y complejidad del sistema social<sup>1</sup>.

Esta generalización de expectativas como respuesta al enorme universo de contingencias posibles se explica a partir de la complejidad propia de un sistema social en la cual las acciones de un individuo responden a un principio de selectividad. Un hombre puede decidir entre una acción u otra y cada una de ellas con consecuencias distintas. De esta manera se empiezan a configurar las condiciones básicas para la existencia de un sistema social en el cual la comunicación es esencial. Sin comunicación no habría sociedad plantea Luhmann, ya que la comunicación es el medio posible por el cual se pueden reducir las contingencias y se puede generar una generalización de expectativas, es decir sólo a través de la comunicación se puede lograr una participación en el sistema pues se dota de sentido las selecciones para hacerlas de alguna manera aceptables, al respecto tenemos: “Comunicación es proceso de selecciones, y es, a su vez, un acontecer selectivo”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá, Temis, 2005, p. 186

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt M., Suhrkamp, 1997, p. 236.

Resumiendo tenemos que el derecho opera como sistema social a partir de una comunicación, que busca una reducción de expectativas ante la complejidad ofrecida por un enorme mundo de contingencias propias del mundo de la vida. Las preguntas que surgen son: ¿Para qué el derecho reduciría contingencias? ¿Qué papel cumple la democracia? ¿Cómo se usa el lenguaje para esta tarea?

Para responder a estos interrogantes se parte de que se busca una legitimidad procedimental del derecho que no parte de la verdad como base, esto a raíz de un consenso ciudadano ilusorio que es posible gracias al proceso en el cual se generalizaron expectativas. En otras palabras se abandona la justificación de decisiones desde el plano individual y subjetivo para legitimarlas a partir de un proceso “democrático” en el cual se generalizan ideales y valores. Donde no hay consenso sobre la aceptación, la voz de “las mayorías” parece crear un “velo de legitimidad” que lo cubre de aceptación general y representación popular. No todos estamos de acuerdo, pero la mayoría acalla a los que no opinan como ésta, he aquí la ilusión de la democracia y del positivismo, aquella que nos indica que “la mayoría” genera una ficción de aprobación total a partir del trazado de una línea que todos debemos seguir ya que se nos han generado expectativas “comunes”, fines deseables “por todos”: una buena propiedad inmobiliaria, educación, ciertos bienes básicos, reproducción, pago de impuestos, y la trasmisión a nuestros hijos de estos valores y bienes valores. Una vida artificial, pero deseado por el común, es una vida “normal” y “correcta” por la cual el derecho se preocupa. Dice Mejía Quintana: “Ello precisa la suposición del consenso ciudadano, y dado que la positividad del derecho impide fundar la legitimidad en la creencia en valores o principios, en definitiva, se legitimaría tanto el derecho como el sistema político”<sup>3</sup>.

El papel del lenguaje cobra importancia aquí, pues es a partir de éste de donde se construye esta legitimidad. El lenguaje es la base de todo, los límites de nuestro mundo están definidos por nuestro lenguaje planteaba Wittgenstein, incluso la ciencia, para explicar sus teorías y hacerlas fáciles a los receptores

---

<sup>3</sup> MEJÍA QUINTANA, *op. cit.*, p. 187.

se vale del lenguaje para este fin. El derecho no es ajeno a este fenómeno, a esta realidad innegable, pues de la construcción de un lenguaje jurídico depende el éxito de una adecuada legitimidad, validez y eficacia. El derecho es lenguaje parecería ser la premisa que podemos utilizar, y al ser lenguaje padece los mismos fenómenos de éste, el derecho, como el lenguaje es cuna construcción social.

La gran muestra de la sofisticación del lenguaje jurídico es el fenómeno de la codificación. Sin duda este fenómeno es vital para el sostenimiento del derecho y su carácter autopoiético: el generar y regular su propio lenguaje se hace inagotable y necesario en la cotidianidad. Como se mencionó líneas arriba, para llegar a este fenómeno de codificación, se pasa por dos etapas previas: colonización y cosificación.

## **ETAPA 1: COLONIZACIÓN**

Partiré sosteniendo que el derecho actúa como un colonizador del mundo de la vida, de nuestra cotidianidad. Habermas en su planteamiento teórico, propone como punto de partida el concepto de la acción comunicativa entendido este como un fenómeno interpretativo a partir del cual se puede entender el desarrollo de determinada cultura (saber cultural). La cultura se encuentra caracterizada por cierta organización y necesidad de interacción a partir de la comunicación. El fundamento de la acción comunicativa, se encuentra en primer lugar en la teoría de los sistemas que suponen una acción y una organización social de acuerdo a las necesidades. También sostiene, por otro lado, la intersubjetividad como fundamento de la acción, que se desarrolla en el mundo de la vida, es decir, en los espacios de la cotidianidad.

El mundo de la vida funciona así: en primer lugar está compuesto por la cultura, la sociedad y la personalidad (aquí se ve la fuerte influencia de la teoría de los sistemas de Parsons). Cada uno de estos tres elementos hace referencia a criterios interpretativos incluso algunas veces son meras suposiciones o especulaciones básicas (cotidianas) sobre la cultura y su influencia sobre la razón para la acción de acuerdo con pautas apropiadas de relaciones sociales (la sociedad) y al modo de ser y comportarse de las personas (la personalidad).

Al respecto Schutz y Luckmann nos dicen: “Por mundo de la vida cotidiana debe entenderse ese ámbito de realidad que el adulto alerta y normal simplemente presupone en la actitud de sentido común. Designamos por esta presuposición todo lo que experimentamos como incuestionable; para nosotros, todo estado de cosas es aproblemático hasta nuevo aviso”<sup>4</sup>.

El derecho se transforma en un colonizador del mundo de la vida en la medida que su poder invade nuestra cotidianidad y son cada vez más escasos los espacios “despoblados” de derecho en nuestra vida: “... el poder, revestido de apariencia de legitimidad siendo en esencia violento, refiere la invasión de los mecanismos sistémicos en el mundo de la vida que entraña el fenómeno de la ‘colonización del mundo de la vida’”<sup>5</sup>.

Como colonizador el derecho irrumpe de forma coactiva en la gran mayoría nuestros comportamientos, se vuelve así una razón para la acción sustentada en la ya mencionada generalización de expectativas: aquellas conductas deseables por la mayoría son permitidas, mientras que aquellas que no son aprobadas por éstas serán objeto de castigo, de esta manera nuestra cotidianidad es invadida, colonizada por el sistema jurídico. La consecuencia es clara: son casi inexistentes los espacios de nuestro mundo de la vida en los cuales no haya presencia del derecho, todas nuestras acciones, por más insignificantes que parezcan, de alguna u otra manera tienen consecuencias jurídicas y están dominadas, colonizadas por el derecho, desde relaciones laborales, familiares, incluso los avances en la ciencia, que suponen el descubrimiento del hombre de espacios antes desconocidos y fenómenos antes inexplicables, son inmediatamente colonizados por el derecho, por ejemplo la clonación o asuntos relativos a tecnologías en computación, hasta la regulación de contenidos por Internet y propiedad en la órbita geostacionaria.

---

<sup>4</sup> SCHUTZ, Alfred y LUCKMANN, Thomas. *Las estructuras del mundo de la vida*. Buenos Aires, Amorrortu, 1977, p. 25.

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo II: Crítica de la razón funcionalista, Madrid, Taurus, 1987.

Así pues, el derecho es un agresivo colonizador, alimentado por la generalización de expectativas traducidas en un consenso ilusorio en aras de generar una legitimidad procedimental. Coloniza nuestra cotidianidad, nuestro mundo de la vida, nuestras más simples decisiones y acciones ya están bajo su dominio. A lo largo de la historia, Habermas determina cuatro momentos en los cuales hay procesos de “juridización” a través del derecho como un instrumento colonizador del mundo de la vida orientado por las directrices del capital: 1) El Estado burgués (prevalencia del concepto de ley y persona jurídica); 2) el Estado burgués de derecho (con interés en la funcionalidad del Estado y una regulación del poder público); 3) el Estado democrático de derecho (formación jurídico-constitucional de la idea de libertad y derechos de participación política) y 4) El Estado social y democrático de derecho (garantías de libertades y frenos a los desmanes del sistema económico, un Estado interventor).

Así las cosas, el diagnóstico de la modernidad en lo referente al derecho es devastador, pues la racionalización, no sólo del derecho, sino la cultural también, conllevan a una pérdida de sentido y de libertad racional. Las consecuencias son un choque entre razón subjetiva y objetiva y la pérdida de símbolos, tradiciones o valores gracias a lo que Habermas ya denominó “la colonización del mundo de la vida” y consiste en la consolidación de estructuras que legitiman la acción racional de acuerdo con los fines de la sociedad moderna. En este punto el derecho se convierte en razón instrumental, en un instrumento poderoso de los sistemas económicos y político-administrativos para someter al socio-cultural, es decir, al mundo de la vida, “La integración social se vuelve entonces una integración sistémica”<sup>6</sup>.

## ETAPA 2: COSIFICACIÓN

La fuerza del derecho por sí sola no permite una legitimidad duradera. Se requiere de otro proceso más sofisticado que permita la aceptación racional

<sup>6</sup> MEJÍA QUINTANA, *op. cit.*, p. 241.

por parte de quienes han sido colonizados. En otras palabras: el derecho no se sostiene únicamente por la fuerza que emana de él como producto de una “voluntad superior”, si esto fuera así nada lo separaría de ser un régimen totalitario o nada lo diferenciaría de la orden de un delincuente, el derecho no es únicamente fuerza. Se requiere de algo adicional, algo que asegure en primer lugar un entendimiento de quién recibe la orden, pero además se requiere de una aceptación consciente y racional por parte de éste, hablamos de la construcción y enseñanza de un lenguaje, un lenguaje jurídico que cosifica pues: “el dominio del hombre sobre la naturaleza y sobre sí mismo está estrechamente relacionado con el proceso de linguistización”<sup>7</sup>.

Hablaré de un proceso de cosificación centrado más en el lenguaje (para diferenciarlo del ilustrado por Lukacs y Honneth), es decir en la acción de nombrar las cosas, de delimitarlas con un nombre para asignarles ciertas características y funciones, es decir algo más cercano a lo que Nietzsche planteaba en la voluntad del poder. De esta manera llegaremos a un proceso de colonización más sofisticado: la imposición del lenguaje por aquel que es más fuerte, es decir nombra las cosas y determina su contenido y utilidad quien tiene el poder para hacerlo: “[627] Me guardo muy bien de hablar de “leyes” químicas; esto tiene un especial sabor de moral. Se trata más bien de una fijación absoluta de relaciones de poder: lo que es más fuerte se apodera de lo que es más débil, en la medida en que esto no puede conservar su grado de autonomía. ¡Aquí no caben ni la piedad ni la conciliación, y aún menos un respeto de las «leyes»!”<sup>8</sup>.

La cosificación así entendida nos sugiere que el derecho a través de la asignación de nombres a nuestras acciones cotidianas perfecciona su plan de generalizar expectativas. Parece bastante coherente pensar que una vez el derecho ha colonizado nuestro mundo de la vida con su coacción y uso legítimo

<sup>7</sup> DEMMERLING, Christoph. *Sprache und Verdinglichung*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt Am Main, 1994, p. 127.

<sup>8</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *La voluntad de Poder*. Libro Tercero: Fundamentos para una nueva valoración, traducción: Eduardo Ovejero y Maury, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1967.

de la fuerza avanza a una fase más elaborada y más racional dónde coloca nombres a los fenómenos y acciones que van a ser objeto de su regulación, de esta manera es más fácil para la comunidad la obediencia, pues en primer lugar se construye un lenguaje “común” del cual supuestamente todos hemos sido partícipes, y en segundo lugar dicho lenguaje es aparentemente entendible.

En primer lugar la cosificación del lenguaje es retomada por Christoph Demmerling luego de la crítica Habermasiana al concepto de cosificación. En este orden de ideas Demmerling propone: “Un intento de pensar desde Habermas hacia Marx, a través de Wittgenstein y Adorno, Demmerling recupera: 1) Del segundo Wittgenstein, el fundamento contextual que da sentido a los juegos del lenguaje, y 2) De Adorno, el sinsentido que se produce por la abstracción del lenguaje conceptual. Desde ahí Demmerling intenta reformular la categoría de cosificación como cosificación de y en el lenguaje”<sup>9</sup>.

Demmerling parte de la noción de juegos del lenguaje usada por Wittgenstein y que plantea que las palabras cobran significado a partir del contexto cultural en el cual se utilicen. Para Wittgenstein, suponer que el lenguaje tiene su realización en algo extra-lingüístico, desconociendo que las palabras sólo tienen sentido al interior de un determinado momento contextual en el uso del lenguaje –juegos del lenguaje– lleva a creer que las palabras y su referente existen independientemente de estos juegos. Demmerling plantea que a este fenómeno se lo puede entender también bajo la categoría de cosificación. Así tenemos que: “El lenguaje es cosificado cuando las palabras son arrancadas del único espacio que les otorga significación: la praxis contextual lingüística humana. Suponer que las palabras tienen existencia autónoma es cosificarlas; este diagnóstico, según Demmerling, es complementario al concepto de fetichización en Marx y al de cosificación en Lukács, los últimos enfocados a las relaciones humanas prácticas e intelectivas y, el primero, a las lingüísticas”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> SIERRA, Wladimir. “Cosificación: avatares de una categoría crítica”. En: *Revista de Filosofía “Sophia”*, Quito Ecuador, No. 1, 2007. El texto puede ser consultado en la dirección: [www.revistasophia.com](http://www.revistasophia.com).

<sup>10</sup> Ídem.

En este orden de ideas el otorgamiento de nombres por parte de los seres humanos a una naturaleza abstracta, de esta manera se estaría descontextualizando el lenguaje y se superaría dicha abstracción. Así una filosofía sociolingüística sería la solución a los problemas de vaguedad del lenguaje. Surge así una especie de necesidad de nombrar.

En el derecho este fenómeno es muy interesante. El derecho cosifica, dota de nombres situaciones de nuestra cotidianidad, y dependiendo del contexto les da cierta utilidad y contenido. Para un abogado un “auto” no es el mismo “auto” que el ciudadano alejado del lenguaje jurídico conoce, así muy seguramente cuando un abogado a su cliente comente: “El juez sacará su auto mañana” aquel podría responder: “a mi no me interesa si el juez tiene carro o no”.

El ejemplo más conocido de la cosificación en el mundo del derecho es el del Tú-Tú de Alf Ross. Tratemos de recrear un poco la situación: Una comunidad primitiva posee una creencia en una deidad, el Tú-Tú, que es la causa última de toda desgracia o fortuna para dicha población, de tal manera que todo lo que ocurre, desde un desastre natural hasta una mala cosecha pasando por periodos de abundante pesca o buen clima es obra del Tú-Tú. El significado de la palabra Tú-Tú sólo puede ser entendido por dicha comunidad, para un observador esta carecería de sentido salvo que alguien le explique bajo qué contexto se usa, nos dice Ross al respecto: “Lo que se ha dicho aquí en modo alguno contradice la afirmación de que ‘Tú-Tú’ es una palabra sin sentido. Sólo al juicio ‘N.N. está Tú-Tú’, tomado en su conjunto, se le puede adscribir referencia semántica. Pero no se puede separar en esta referencia una cierta realidad o cualidad que pueda ser atribuida a N.N. y que corresponda a la palabra ‘Tú-Tú’. La forma del juicio no se adecua a lo aludido por él, y esta falta de adecuación es, por supuesto, consecuencia de las creencias supersticiosas de la tribu”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> ROSS, Alf. *Tú-Tú*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 16.

La tribu llama Tú-Tú, es decir coloca este nombre, a una serie de fenómenos del mundo de la vida, de su cotidianidad que seguramente no entiende. Si hay inundaciones: es culpa del Tú-Tú, si hay una buena pesca: Es obra del Tú-Tú, esa es su explicación a través de la necesidad de nombrar, de deificar, de identificar y concretar lo abstracto, la necesidad de cosificar.

En el derecho también tenemos “Tú-Tú”, es decir, actuamos de la misma forma que los nativos de la tribu descrita por Ross. ¿Alguien ha visto un matrimonio? ¿Podría señalarlo? Podremos encontrar respuestas diversas como: Una pareja heterosexual, un documento, un anillo, eso es un matrimonio, pero en realidad se sabe que no lo es, una pareja es una pareja, no un matrimonio, un papel es un papel, no un matrimonio, un anillo es un anillo, no un matrimonio. Ahora bien, un abogado nos diría que un matrimonio es un contrato (de acuerdo al artículo 113 del Código Civil) entre un hombre y una mujer encaminado a producir efectos jurídicos, pero además hay un compromiso de procrear, convivencia y ayuda mutua. Al ser un contrato es un acuerdo, una convención de voluntades, además de éste surge una sociedad conyugal, es más, algunos sostienen que es además de un contrato una institución, y un sacramento diría la iglesia. Ahora bien, retomemos: ¿Alguien ha visto un matrimonio? ¡El matrimonio como tal no existe! Es una cantidad de situaciones cotidianas, de nuestro mundo de la vida, a las cuales el derecho les ha colocado un nombre un rótulo: “matrimonio”, así como los nativos nombraron, rotularon una serie de eventos con el nombre de “Tú-Tú”.

“Estafa”, “auto”, “traslado”, “mutuo”, “usufructo”, “nuda propiedad”, “aluvión” son nombres, son formas de cosificación en el derecho. Es la limitación a nuestro mundo de la vida, que ya ha sido colonizado, a través de la asignación de nombres que las vuelven cosas “tangibles”, pero que no es otra cosa que el etiquetamiento de nuestras acciones en el mundo de la vida.

Ahora bien, surge una pregunta: ¿Para qué cosifica el derecho? La respuesta es para poder codificar y llegar a la etapa superior: el proceso de codificación que culmina la creación de expectativas generales en aras de la legitimidad procedimental.

### ETAPA 3: CODIFICACIÓN

El fenómeno de codificación es fundamental en el paradigma jurídico positivista. Dicha cosificación es la manera más efectiva desde el plano jurídico de organizar una situación caótica es decir un sinnúmero de contingencias que deben ser ordenadas y reguladas, nótese como siempre está presente la idea de generalizar expectativas. Así tenemos que nos encontramos ante una situación de desorden y diversidad de normas y prácticas jurídicas que requieren ser colonizadas y cosificadas para proceder a asignarles una ubicación y una consecuencia determinada en un texto codificado. He aquí la tercera etapa del proceso que he descrito. En palabras de Bulygin tenemos: “La codificación napoleónica significó un hecho totalmente novedoso y revolucionario, pues borró de un plumazo todo el derecho existente y lo reemplazó por códigos elaborados por los mejores juristas de la época. [...] Es un aspecto fundamental de los códigos su pretensión de ser completos y consistentes en el sentido de suministrar una y sólo una solución en todos los problemas jurídicos en un cierto ámbito”<sup>12</sup>.

La codificación, según el mismo Bulygin, trajo consigo dos consecuencias en el derecho: en primer lugar supuso una “positivización” del derecho y en segundo lugar la concepción de justicia como un mero acto de legalidad.

Desde esta perspectiva se pretende generar una infalibilidad del derecho, entendido como un conjunto de normas ya codificado. La código ofrece una sola solución y aquello que no se encuentre dentro de éste (que no esté codificado) sencillamente no es derecho, no hace parte de él, no le interesa. Cabe resaltar que esta tesis que sostiene que existe una sola respuesta correcta en el derecho no es exclusiva de autores que comúnmente son etiquetados como positivistas, un ejemplo de esto es la obra de Ronald Dworkin, quien a pesar de ser un férreo crítico de este paradigma sostiene una tesis similar en cuanto a la existencia de una sola respuesta correcta en el derecho<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> BULYGIN, Eugenio. *El positivismo jurídico*. México D.F., Distribuciones Fontamara, 2006, p. 68

<sup>13</sup> Ver DWORKIN, Ronald. “No Right Answer”. En: P.M.S. Hacker & RAZ, Joseph [eds.]. *Law, Morality and Society, Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 58-84.

La “positivización” del derecho es un concepto fundamental en el proceso que describo. Este concepto constituye la principal herramienta del derecho para la obtención de legitimidad a través de la generalización de expectativas. Cuando se ha colonizado y cosificado todo está listo para ser ordenado y ubicado de tal manera que el derecho a través de normas (códigos) presente un escaparate una variedad de conductas “estándar” y “deseables” por todos, desde en qué momento se considera que existe la vida, pasando hasta cómo se debe conformar la familia, hasta llegar a que situaciones constituyen la muerte y sus consecuencias; todo lo anterior asignando nombres a situaciones de nuestra cotidianidad. El hilo conductor de esta “positivización” parece ser que lo que está codificado es lo que la mayoría quiere, pero en la práctica se asume como una voluntad totalizadora ante la cual no hay oposición, las minorías son borradas ante un falso consenso. La justificación de decisiones fundada en la razón individual es reemplazada por el concepto moderno de consenso construido a través de un proceso democrático generando así una ilusión de voluntad suprema que ignora a quienes no han querido ser parte de dicho proceso o piensan distinto a una clase dominante.

La importancia del código es vital entonces. Una graciosa ilustración se puede apreciar en la gran mayoría de facultades o escuelas de derecho de nuestro país. El estudiante de derecho (sólo por citar un ejemplo, pues la situación es similar en abogados y funcionarios judiciales) se siente indefenso, desnudo, ante la ausencia de un código. La ausencia de respuestas concretas a las contingencias presentadas por usuarios o clientes es una realidad aterradora y un fantasma recurrente de estudiantes, abogados o funcionarios. Y ¿por qué no pensar que el derecho no es otra cosa que un gran código que ofrece respuestas a contingencias con dos opciones: legal/ilegal (como lo plantea Luhmann)? Algo así como una especie de “Dr. Know”<sup>14</sup> que todo lo sabe y aquello que no sepa no está dentro del sistema, no existe.

<sup>14</sup> Personaje de la película “Inteligencia Artificial” (2001) dirigida por Steven Spielberg. “Dr. Know” es un programa informático que contiene millones de datos sobre la vida y el universo. Por una cantidad de dinero el usuario debe cuidadosamente seleccionar qué debe preguntarle para así obtener una respuesta deseada, ya que ésta puede ser interpretada de diversas formas. Es una especie de programa “sábelo-todo”.

El derecho como sistema entonces sólo reconocería aquello que se encuentra codificado, es decir, todo aquello que ha sido colonizado, nombrado (cosificado) y organizado en un texto o código. Todo aquello que no este en el código es por que no le interesa al derecho, es una contingencia que ha sido eliminada (recordemos que Luhmann plantea que el derecho surge como una respuesta a las excesivas contingencias de la vida que generarían un infinito mundo de posibilidades) dejando así sólo un camino general y consensuado.

Este proceso de tres etapas: colonización, cosificación y codificación va a generar, a mi juicio, una serie de situaciones que merecen ser analizadas. Dichas situaciones tienen que ver con el lenguaje jurídico, pues al parecer los códigos parecen estar dirigidos más a los abogados que a la comunidad en general. El derecho así parece apropiarse de un lenguaje y volverlo exclusivo para ciertas elites generando así una posición anti-ética pues lejos de aclarar y brindar soluciones entendibles aleja al ciudadano común del sistema jurídico y legitima la función del abogado como un traductor que ni siquiera está amarrado a un significado único.

### **¿ES REALMENTE ÚTIL EL LENGUAJE JURÍDICO?**

Diré que no lo es. No lo es mientras legitime la función del abogado como un traductor. El lenguaje jurídico presenta situaciones que deben ser revisadas, la primera es su falsa especificidad y la segunda una falta de ética en el discurso.

### **FALSA ESPECIFICIDAD DEL LENGUAJE JURÍDICO**

Sostiene el profesor Diego Eduardo López Medina: “En el abogado y sus prácticas corrientes se nos informa que el lenguaje jurídico es un lenguaje de especialidad, tiene una lógica propia, y finalmente, posee formas especializadas de interpretación”<sup>15</sup>. Esta apropiación que hace el abogado del lenguaje común

---

<sup>15</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá, Temis - Uniandes, 2008, p. 10.

para transformarlo en un lenguaje especial sólo entendido por ciertas elites es reiterativa, incluso en la academia. Se habla de una filosofía del derecho como si éste tuviese una filosofía especial alejada de una más general, y ni hablar de el término “lógica jurídica” que sugiere una lógica especial y única en el derecho y consagra axiomas jurídicos que no son otra cosa que una sencilla aplicación de los ya conocidos principios lógicos; decir que “una norma no puede ser válida e inválida al mismo tiempo” y presentar esto como el gran axioma lógico jurídico no es otra cosa que aplicar el principio lógico de contradicción (el ser es y no puede a la vez no ser), por tal razón prefiero hablar de lógica aplicada a derecho.

En un ejercicio interesante, puede cualquiera de los lectores (y asumo que la gran mayoría están interesados en el tema de la filosofía y el derecho por lo que son abogados o estudiantes de derecho o carreras afines) puede realizar: tomen cualquier código, incluso la Constitución Política o una sentencia judicial, y hagan que un ciudadano común, alejado de la academia o el mundo práctico del derecho lo lea, posteriormente imagen sobre si ha entendido lo que le quieren decir, y qué palabras desconoce. Muy seguramente no entenderá lo que ha leído, tendrá que ser ilustrado en aquellas palabras que desconoce y tendrá que haber una explicación sobre aquellas que él entiende de una manera, pero en el derecho son de otra. ¿Por qué no usar un lenguaje más sencillo? Incluso en el ámbito constitucional, la inclusión del “lenguaje constitucionalmente aceptable” es ya una muestra de la modulación del lenguaje por parte de la Corte Constitucional. Nuestro derecho constitucional ha sido ya raptado por una elite que crea y usa términos propios como “vía de hecho”, “estado de cosas inconstitucional”, “mínimo vital” entre otros, que no otra cosa que una muestra de un falso lenguaje especializado que requiere ser traducido pues al parecer el ciudadano es demasiado estúpido para entenderlo. Así el abogado es un Hermes contemporáneo, un dios que se encarga de transmitir mensajes de otros dioses a los mortales que son incapaces de entender el magnífico y complejo lenguaje divino.

## **LA ÉTICA DEL DISCURSO EN EL DERECHO**

Cuando nos comunicamos existe un principio ético básico: se debe hacer todo lo posible para que la otras o las otras partes nos entiendan. Todo acto

contrario a esto supone una falta de ética en el discurso. Ante esta situación cabe resaltar los aportes de dos autores: Paul Grice y Jürgen Habermas.

Paul Grice, habla de un principio cooperativo<sup>16</sup> en el lenguaje. Este principio implica que en toda comunicación se debe tener la máxima cantidad de información disponible, pero no más que la necesaria; además de no afirmar aquello que se considera falso, carente de evidencia, irrelevante; y por último evitar situaciones que generen falta de claridad, ambigüedad, demasiada extensión o desorden. No se requiere mucho análisis para entender que el derecho no cumple cabalmente con este principio, sobre todo en la parte atinente a la claridad, la ausencia de ambigüedad y el orden del discurso.

La gente común no entiende el derecho porque éste no se da a entender. Ni el legislador ni el juez son concientes de esta situación y consideran que sus producciones, ya normas o sentencias, son un producto exclusivo para cierta elite, elite que se encarga además de explicar el contenido al vulgo profano que no conoce ni está interesado en tal producto. Todo el proceso, desde la colonización hasta la ordenada codificación da como resultado un lenguaje para unos pocos iluminados en el tema.

Desde el punto de vista de Habermas y su teoría de la racionalidad comunicativa se trata de ilustrar las condiciones en las que debe tomar lugar una discusión racional. Ahora bien debemos tratar de indicar si puede haber un acople entre esta teoría y el derecho situación que no ocurre.

Al intercambiar información las personas asumen que han satisfecho las “condiciones normales de comunicación verbal”<sup>17</sup>. Esto significa la suposición de inteligibilidad semántica y sintáctica de la acción discursiva encaminada a un propósito. De aquí se desprende que la pretensión de validez del discurso se

---

<sup>16</sup> GRICE, Paul. “Logic and Conversation”. En: *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, New York, P. Cole and R. Morgan, 1975, pp. 26 y ss.

<sup>17</sup> FETERIS, Eveline. *Fundamentos de la argumentación jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 106.

forma en la subjetividad de los participantes, por lo que dicha validez se refiere no al tema de la discusión sino a la información que cada uno considera como verdadera a partir del mundo de la vida compartido. Desde luego, este mundo de la vida se conforma, entre otros, por las reglas de comunicación aceptadas.

Para cuestionar esta pretensión de validez se pueden acudir a varios recursos:

- 1) Cuestionar el entendimiento y contenido de las proposiciones;
- 2) Rebatir la verdad de dichas proposiciones;
- 3) Cuestionar las intenciones del hablante (ética del discurso); o
- 4) Cuestionar las normas de la acción comunicativa.

De lo anterior surge un discurso [Diskurs] que busca un consenso racional a través de argumentos racionales (idea luego retomada por Alexy) y encontrar así una verdad de las aseveraciones: la verdad surge de un consenso o “verdad consensual”. Desde luego las anteriores situaciones nos llevan a una reflexión central en el texto: ¿Es el discurso algo que se puede construir efectivamente o sólo se queda en un ideal utópico?

Habermas sostiene que la Ética del Discurso tiene un componente cognitivista y constructivista sosteniendo que: “Mientras que la verdad de una proposición expresa un hecho, no hay en el caso de los juicios morales, nada equivalente a que un estado de cosas «sea el caso». Un consenso normativo, alcanzado bajo condiciones libres e inclusivas de debate práctico, establece una norma válida (o confirma su validez). Las normas válidas no «existen» sino en el modo de ser aceptadas intersubjetivamente como válidas. La «validez» de una norma moral significa que «merece» reconocimiento universal a causa de su capacidad para vincular la voluntad de sus destinatarios únicamente por medio de razones. El mundo moral que nosotros, como personas morales, debemos hacer realidad conjuntamente, tiene un significado constructivo”<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Barcelona, Paidós, 2003, pp. 85-85 y 87-88.

Ante la presencia de una situación ideal del discurso observamos como el derecho, por su esencia y por las prácticas en su desarrollo engendradas no es un escenario propicio para hablar de un discurso ético. La práctica deformada del derecho, tanto en jueces como en abogados supone un esquema de argumentación donde se privilegie ante todo las técnicas argumentativas por encima de la veracidad de las proposiciones y la validez de los argumentos, lo anterior en busca de una verdad procesal, que en últimas será el criterio a tener en cuenta en discusiones jurídicas.

## BIBLIOGRAFÍA

- BULYGIN, Eugenio. *El positivismo jurídico*. México D.F., Distribuciones Fontamara, 2006.
- DEMMERLING, Christoph. *Sprache und Verdinglichung*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt Am Main, 1994.
- FETERIS, Eveline. *Fundamentos de la argumentación jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GRICE, Paul. "Logic and Conversation". En: *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, New York, P. Cole and R. Morgan, 1975.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo II: Crítica de la razón funcionalista, Madrid, Taurus, 1987.
- \_\_\_\_\_. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Barcelona, Paidós, 2003.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá, Temis - Uniandes, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt M., Suhrkamp, 1997.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá, Temis, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *La voluntad de Poder*. Libro Tercero: Fundamentos para una nueva valoración, traducción: Eduardo Ovejero y Maury, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1967.

ROSS, Alf. Tú-Tú, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

SCHUTZ, Alfred y LUCKMANN, Thomas. *Las estructuras del mundo de la vida*. Buenos Aires, Amorrortu, 1977.



# ***Sobre la Teoría de la Argumentación como argumentación constitucional***

**PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO\***

*Universidad Santo Tomás  
Bucaramanga (Santander)*

## **PRESENTACIÓN**

El ensayo desarrollo la siguiente idea: además de la validez, la solidez y el carácter persuasivo que debe comportar toda buena argumentación, y, en particular, toda argumentación judicial, ésta es cada vez más exigente en cuanto a su carácter constitucional. Dicho rasgo, sin embargo, es bastante esquivo y difícil de examinar; al tiempo, también es bastante rico en matices y derivaciones filosóficas y jurídicas. Se procede la siguiente manera: en la primera parte se alude a la argumentación en general y a sus criterios formales y retóricos más importantes. De aquí se pasa, en un segundo momento, a

---

\* Licenciado en Filosofía y Letras, Universidad de Caldas. Magíster en Lingüística, Universidad de Antioquia. Profesor Titular de la Escuela de Filosofía - UIS y de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

complejizar sobre las limitaciones de esta perspectiva cuando se pretende estudiar la decisión judicial de una corporación como la Corte Constitucional. En la tercera parte se entra de lleno a analizar el rasgo constitucional que se exige a los argumentos de los jueces. A lo largo de toda la exposición se alude a alguna jurisprudencia. Un posible subtítulo de este trabajo también podría haber sido: “¿Cómo argumenta el juez constitucional?”

Cada vez más se recurre a la pregunta: ¿son constitucionales los argumentos X presentados por el demandante (por ejemplo en una demanda de constitucionalidad) o los expuestos por los jueces de instancia al resolver tal o cual tutela?

A primera vista, pareciera no comportar ningún misterio esta forma de plantear un problema. Sin embargo, mirado más de cerca, o incluso visto de manera superficial, la pregunta puede llevar a este otro interrogante: ¿qué es un argumento constitucional y qué es un argumento no constitucional? ¿Cuándo un argumento es constitucional y cuándo no?

Y estos problemas se tornan muy importantes por las siguientes tres razones, entre otras: Porque cada vez más se toman decisiones bajo la rúbrica de que tal argumentación es o no constitucional. Porque no siempre queda claro lo que se quiere decir con estas expresiones. Porque, de todos modos, y en vista de la llamada constitucionalización del derecho, se entiende fácilmente que no puede haber decisiones que contraríen o contradigan (y ya estas expresiones no son las correctas) la Constitución.

## 1. METODOLOGÍA

Se observará que algunos criterios como la validez del razonamiento jurídico, la misma solidez y la persuasión, son mucho más moldeables al momento de interpretar a la luz de ellos cómo llega a ser inconstitucional una ley o cómo llega a resolverse una tutela. Pero se muestra en un segundo momento que algunas veces estos procedimientos no iluminan ni son los determinantes a la hora de resolver algunos casos de nuestra vida constitucional. Por último,

y en tercer lugar, el texto propone algunos sentidos de lo que quiere decir argumentar de manera constitucional. Como se señaló hace un momento, algunas sentencias nos servirán de guía en este recorrido.

## 2. CRITERIOS DE ARGUMENTACIÓN FÁCILMENTE APLICABLES

La validez de un argumento es quizá el elemento más fácilmente determinable al momento de calificar la expresión de un razonamiento. Incluso, lo que está de por medio en la fuerza del silogismo jurídico no es otra cosa que su estructura válida, la cual se constituye a la vez en su principal criterio de certeza. Si es un delito condenable a cinco o más años portar prendas privativas de las Fuerzas Militares, y Mario portaba una de ellas, entonces la decisión deductiva y por ello certera no puede ser otra que esta: Mario tendrá una condena de cinco o más años. El razonamiento, de esta manera, resulta válido, lo cual quiere decir que su conclusión, o la decisión en este caso, es una consecuencia necesaria de las premisas.

La solidez es también fácil de determinar hasta cierto punto. En efecto, somos capaces, por ejemplo, de diferenciar estos dos razonamientos: Puesto que todas las Aves son Bonitas y las Cacatúas son Aves, entonces las Cacatúas son Bonitas. Y, Dado que todos los accionistas son Beodos y que todos los Caleños son Accionistas, por lo tanto todos los Caleños son Beodos.

Resulta claro que afirmar que los accionistas son beodos no es lo mismo que decir que las aves son bonitas; tampoco afirmar que las cacatúas son aves, que es una proposición verdadera, puede compararse con la afirmación, a todas luces falsa, de que todos los caleños son accionistas. Por ello, y pese a la validez de ambos argumentos, una de sus conclusiones no es sólida: que las cacatúas son botitas parece no tener discusión, pero que todos los caleños son borrachines es una proposición absurdamente falsa.

La solidez de un razonamiento hace referencia a la verdad o falsedad de las proposiciones que lo componen: si éstas son verdaderas, entonces, si la inferencia es correcta, la conclusión también será verdadera. Pero si la inferencia

es correcta y las premisas son falsas, la conclusión entonces resultará falsa, sin que ello afecte la validez del razonamiento.

Estos dos rasgos de la argumentación son fáciles de comprender al margen de la aplicación del derecho. Dicho de otra manera, el lógico no compromete sus conceptos si los aplica a un saber u a otro. En cambio, cuando se examina la validez y la solidez en el campo más amplio de la llamada argumentación retórica y se busca establecer los lazos entre ésta y la labor de los jueces cuando aplican el derecho, es decir, cuando argumentan sus decisiones, el problema se hace más complicado. Por ejemplo, ¿cómo saber si la aplicación de un silogismo válido a una situación concreta no genera injusticia o inequidad? La Sentencia T-629 de 2010 parece mostrar que recurrir al silogismo jurídico válido no resulta siempre constitucional. Veamos:

Dos jueces de instancia le negaron a una prostituta su derecho al trabajo, la dignidad y la igualdad, en razón al objeto ilícito que constituye la prostitución. La actora (en adelante Lais) alegaba que ella había trabajado bajo las condiciones de subordinación, con horarios estrictos, días de descanso y salario establecido: \$5.000 por botella de aguardiente vendida a sus clientes, \$10.000 por el litro, \$20.000 diarios por administrar el establecimiento y sanciones por faltar al trabajo.

Sin embargo, el silogismo parece desvirtuar esta situación: puesto que ningún contrato puede estar afectado de ilicitud, y el ejercicio de la prostitución es de este tipo, entonces Lais no tenía un contrato de trabajo (más adelante veremos cómo la Corte desvirtúa este razonamiento, y cómo plantea el problema de si fueron o no constitucionales los argumentos de los jueces de instancia).

Por lo pronto, obsérvese que no es del mismo calado el silogismo anterior en el que se decía que si alguien usaba prendas privativas de las fuerzas armadas debía ir a la cárcel, que éste en el que se establece que no se pueden establecer contratos sobre objetos ilícitos. En principio, las diferencias radican en lo siguiente:

Es menos problemática la situación de quien hace uso de estas prendas que de quien dice que ha trabajado en la prostitución. Dicho de otra manera, puede

llegar a ser más justificable prostituirse por algún pago que usar la vestimenta de las Fuerzas Armadas.

La prostitución es más común que la actividad del particular que quiere vestir como un soldado. Si, hipotéticamente, los civiles, en un estado de catástrofe militar eminente, decidieran defenderse de una arremetida nuclear catastrófica y para ello usaran los camuflados del ejército, quizá la norma de la referencia no podría aplicarse sin más.

Por último, es quizá muy problemático escudriñar argumentos que se digan constitucionales para defender a un particular que usa prendas de las Fuerzas Militares, que debatir los argumentos de un juez que no concede la tutela al trabajo, la dignidad y la igualdad de una prostituta.

Como quiera que esto sea, lo que sí parece quedar fuera de duda es que los esquemas formales de la lógica cuando ésta se dedica al estudio de los argumentos, son bastante problemáticos cuando se los quiere trasplantar al derecho, en particular, a las decisiones de los jueces.

Por si fuera poco, cuando se trata de examinar el concepto de validez en el ámbito de la argumentación jurídica, el tema también se vuelve problemático, y ello por las siguientes razones. Por ejemplo, en la Sentencia T-209 de 2008, los jueces de instancia encontraron que el embarazo de una menor no podía corresponder a un acceso carnal violento en razón a que el embarazo se produjo con anterioridad a la fecha de la supuesta violación. La solidez del argumento parece no merecer controversia: si el embarazo no es producto de la violación, entonces no se cumple una de las causales de la Sentencia C-355 de 2005 sobre la despenalización del aborto para la interrupción voluntaria del embarazo. Con todo, también esta vez la Corte Constitucional encontró argumentos constitucionales para desvirtuar la decisión de los jueces de instancia. Por lo tanto, el tema de la solidez de los argumentos, cuando se trata de aplicarlos al derecho, pueden llegar a tomar direcciones insospechadas. En otras palabras, no es del mismo calado el argumento no sólido que hacía referencia a que todos los caleños son alcohólicos (afirmación fácil de desvirtuar), al argumento de los jueces de instancia que negaron la IVE una menor, el cual no parecía fácil de desvirtuar.

Hasta aquí tenemos entonces lo siguiente: la validez y la solidez son requisitos que todos reconocemos como fundamentales en una argumentación. Si un argumento es válido (es decir, si estructuralmente está bien formado) y si es sólido (es decir, si contiene premisas verdaderas) no dudamos en afirmar que se trata de un buen argumento. Incluso, cualquiera podría pensar que sería error o estupidez no aceptar argumentos que son válidos y sólidos. Veremos, sin embargo, que, cuando el asunto se aplica al derecho, todo este panorama, tan aparentemente claro, parece borrarse con mucha facilidad. Por lo pronto, examinemos el tercer rasgo.

Hoy suele reconocerse que pese a los dos criterios anteriores, la persuasión de un argumento es también un elemento imprescindible dentro de todo proceso de argumentación.

### **3. PROBLEMAS JURÍDICOS Y FILOSÓFICOS DE ESTOS CRITERIOS. LOS CASOS CONCRETOS**

#### **3.1 T-1226 de 2004**

Con base en el numeral 4 del artículo 380 del C.P.C., el señor Benedicto Palacio solicitó la revisión de un fallo de instancia que lo vinculaba como padre de una niña. Como es sabido, esta causal de revisión, como las demás de este artículo, es bastante exigente: se requiere que el perito cuya prueba determinó decisivamente el fallo del juez, sea condenado penalmente por dicha prueba; y, en vista de que esto no sucedió, la conclusión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no se dejó esperar: el señor Benedicto debía resignarse a seguir como padre de la niña. Pero ¿si dos pruebas genéticas establecían fehacientemente que este señor no era el padre de la menor, por qué debía el actor de esta tutela resignarse o entregarse a la decisión de la Corte Suprema de Justicia? La respuesta es ésta: en primer lugar, porque una prueba anterior realizada por una genetista de Bienestar Familiar sí establecía su paternidad; en segundo lugar, porque la perito, como ya se dijo, no fue condenada por la realización de dicha prueba; y, en tercer lugar, porque las dos pruebas posteriores, que sí lo excluían de la paternidad, no fueron practicadas

dentro del proceso que le llevó el juez de instancia. Por fortuna, en la sentencia de tutela de la referencia, la Corte Constitucional revocó el fallo de la C. S. J. y envió a suspender temporalmente los efectos civiles del registro civil de la niña mientras se iniciaba de nuevo el proceso por la vía ordinaria (volveremos más adelante sobre este caso).

### 3.2 T-622 de 2010

Con base en el artículo 121, numeral 6, del Reglamento Penitenciario y Carcelario, una mujer (en adelante Carolina), fue obligada a permanecer un (1) mes en una celda por haber besado a su amiga (o novia) en una cárcel colombiana mientras ambas estaban privadas de la libertad. Una vez más, como en el caso del señor Benedicto, nos encontramos ante una norma clara: según el numeral 6 de este artículo, los presos que cometan actos obscenos en sus sitios de reclusión cometen una falta grave cuya sanción es la que ya hemos establecido: un (1) mes en una celda oscura, de la cual sólo podía salir una vez al día por dos horas para ver al sol. En este caso, a diferencia del señor Benedicto, la fortuna no nos acompaña: en sede de tutela la Corte Constitucional ratificó la sentencia de los jueces de instancia que negaron el amparo de los derechos a la dignidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad de Carolina.

### 3.3 T-629 de 2010

Dos jueces de instancia le negaron a una prostituta su derecho al trabajo, la dignidad y la igualdad, en razón al objeto ilícito que constituye la prostitución, pese a que, como alegaba la actora (en adelante Lais) ella había trabajado bajo las condiciones de subordinación, con horarios estrictos, días de descanso y hasta salario establecido: \$5.000 por botella de aguardiente vendida a sus clientes, \$10.000 por el litro, \$20.000 diarios por administrar el establecimiento, y hasta sanciones por faltar al trabajo. Una vez más, la norma jurídica del caso es bastante clara: puesto que no se puede contratar bajo objeto ilícito y la prostitución lo es, entonces... etc., etc., etc... Por su parte, la Corte Constitucional, en un fallo que causa muchas molestias entre quienes todavía aman el silogismo pero detestan a las prostitutas, amparó los derechos de esta mujer, que, además, por razones de su oficio o de lo que

fuera, estaba embarazada y esperaba mellizos, hecho éste que la hacía sujeto especial de protección.

Así las cosas, tenemos tres situaciones que guardan bastante semejanza: en la primera la Corte Suprema de Justicia niega el recurso de revisión a quien, con pruebas fehacientes, puede sustentar que no es el padre de una niña. En el segundo caso, una mujer es encarcelada por besar a otra e incurrir por lo tanto en un acto obsceno. En el último, la prostituta Lais es abatida por los jueces de instancia al no concedérsele su derecho al trabajo, el buen nombre y la dignidad. Pero, ¿qué es exactamente lo que hay de común en estas situaciones? Varias cosas:

Para empezar, no deja de sorprender que estamos enfrentados a casos que serían resueltos por la sociedad en un sentido contrario a como fueron resueltos por algunas instancias. Posiblemente la sociedad reclamaría que es apenas justo que el señor Benedicto sea excluido de la paternidad que fue judicialmente declarada. Frente al caso de Carolina, quizá también la sociedad podría considerar que nada tiene de obsceno esto de que dos mujeres se den un beso.

Y, quizá, con algún esfuerzo, podría también entender que ofrecer el cuerpo es una forma de trabajo o que, más simplemente, Lais en efecto sí trabajaba en el bar Pandemo. Cualesquiera sean las consideraciones del público, es claro entonces que sus puntos de vista pueden llegar a ser diferentes a los expresados en el derecho por parte de los jueces. Dicho de otra manera, estos tres casos en algún momento pueden despertar la idea de que las decisiones de los jueces son contrarias a lo esperado por el auditorio, es decir, por las personas que integran la sociedad.

De otra parte, en todos los casos aquí tratados hay un fuerte vínculo entre la decisión proferida y un silogismo. La revisión, bajo el expreso numeral 4 del artículo 380, sólo es posible si la perito ha sido condenada. Pero puesto que la perito no ha sido condenada, entonces no hay lugar a la revisión. Por su parte, si la ley establece como falta grave los actos obscenos y un beso es un acto obsceno, entonces este acto constituye una falta grave. Por último, si no

puede haber contrato con objeto ilícito y la prostitución es un objeto de esta naturaleza, entonces no hay contrato laboral en esta materia.

Pero también hay diferencias. En el caso de paternidad, la Corte Constitucional ordena suspender temporalmente los efectos del registro civil de la niña mientras se surte otro proceso por vía ordinaria en el que el señor Benedicto haga valer dos pruebas genéticas que lo excluyen de la paternidad. Por su parte, esta misma corporación negó el amparo de la mujer que había besado a otra y que consistía en proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y el buen nombre. Y, sin embargo, en el caso de la prostituta, la Corte Constitucional decidió amparar el derecho al trabajo que le asistía a Lais y hasta obligó al dueño del bar a pagar cinco meses de salarios a la afectada por el despido injustificado. Entonces:

¿Qué hace que un caso sea difícil? La naturaleza misma de la argumentación.

Uno puede discutir tesis aparentemente insólitas. Cuando esto pasa, es decir, cuando cruzamos el lugar de lo aparente y nos proponemos ir más allá, de inmediato nos damos cuenta de que estamos abarrotados de muchas certezas que pueden llegar a tambalear a causa de alguna mente inquieta que pareciera querer sembrar dudas sobre nuestras creencias más sólidas. Este ejercicio de poner en duda algunas de las convicciones más profundas de los seres humanos es el propio de la argumentación, que fue inaugurada –con certeza podemos decirlo– hace ya cerca de 2.500 años en Grecia. Para que podamos ver cómo una argumentación puede hacer difícil una idea que parece fácil, veamos un ejemplo tomado del Fedro de Platón. Empecemos pues del siguiente modo: no olvidemos que de lo que se trata en estos momentos es de señalar que la misma naturaleza de la argumentación nos puede conducir a la creación de casos difíciles. Para empezar tomemos este ejemplo nada jurídico, pero sí muy sugestivo. Después ejemplificaremos con algún material jurídico.

¿A quién debemos dar nuestro amor? ¿A alguien que esté enamorado de nosotros o a alguien que no lo esté? Vamos a argumentar en favor de la idea de que es preferible hacerle el favor al no enamorado en lugar de al enamorado. Presentemos algunos argumentos como los presentados por

Lisias ante el joven Fedro: Los enamorados se arrepienten de los favores que hacen una vez cesa su enamoramiento. Los no enamorados, por el contrario, no tienen ocasión de arrepentirse. Por lo tanto, es preferible hacerle el favor a los no enamorados.

Los enamorados quieren adueñarse de su objeto de amor, y les prohíben a quienes dicen amar acercarse a otros amigos. Los no enamorados, por el contrario, puesto que no quieren adueñarse de su objeto de amor, no sienten celos si éste se hace a uno o a mil amigos. Por lo tanto, es preferible hacerle el favor a los no enamorados.

Los enamorados quieren alardear de que han conseguido los favores de su amor, pues se empeñan locamente en ello y sienten una alegría tan profunda cuando lo logran, que hasta terminan revelando las intimidades secretas de sus amoríos. Los no enamorados son discretos y prudentes. Por lo tanto, es preferible hacerle el favor a los no enamorados.

El campo del derecho también es ilustrativo al respecto. Cuando una sociedad no discute algunos de sus dogmas más profundos, por ejemplo, cuando no se discute (o no se discutía) sobre la igualdad de género, sobre el libre desarrollo de la personalidad, sobre si deben crearse colegios mixtos, sobre si es correcto separar los colegios: unos para los niños negros y otros para niños blancos, sobre si es o no constitucionalmente válido el matrimonio entre personas del mismo sexo, sobre si es no permitido el ingreso de homosexuales a las filas del ejército; cuando no se discuten estas y otra infinidad de cosas, o mejor, cuando no se discutían, el campo para la argumentación se hacía innecesario, pues, por regla general, ni los dogmas ni los valores absolutos resisten el más mínimo asomo de crítica argumentativa. Como afirmara Chaïm Perelman, “las creencias más sólidas son las que no sólo se admiten sin prueba alguna, sino que, muy a menudo, ni siquiera se explican” (PERELMAN, 1994, p. 122).

Pero hoy sabemos que todos esos dogmas que antaño no se discutían “pueden venirse a pique” si se los comienza a examinar desde una perspectiva amplia de la argumentación. Es claro que si algo tiene que ser argumentado,

no es entonces ni un hecho ni una verdad, en la medida que no es algo que todo el mundo acepta o debería aceptar. Si fuera un hecho que no deben admitirse homosexuales en el ejército o que la prostitución no puede ser objeto de contrato, con seguridad no tendríamos nada que argumentar. Pero hoy sabemos, no sólo por la sentencia de la prostituta Lais sino por otros casos de tenor similar, que podemos someter a discusión muchos eventos de la vida real que no son propiamente hechos, por más que parezcan serlo ¿Es obsceno un beso entre dos mujeres? ¿Atenta contra las buenas costumbres la prostitución? ¿Podemos tutelar el derecho a la filiación y revisar una sentencia incluso si pasamos por alto el artículo 380 del C.P.C. que establece las causales de revisión de manera estricta?<sup>1</sup>.

Pero veamos algunos otros casos del campo jurídico que gozarían de absoluta claridad si no fuera porque la sociedad se dispone de cuando en vez a discutir sus fundamentos. Dos niños en Zapatoca, Santander, reciben la santa ceniza pese a que profesan una religión diferente a la católica. Puesto que estamos en un colegio eminentemente religioso –hecho consabido por el padre y la madre de los niños– ¿se debe suponer que no les asiste a estos padres el derecho de reclamar para sus hijos la libertad de culto? Si los colegios de determinada región son iguales en calidad pero a unos van los niños blancos y a otros los niños negros, ¿puede decirse que se trata de un asunto de discriminación? Si una prostituta presta sus servicios de copera en un bar y eventualmente accede a tener relaciones sexuales con algunos de los clientes ¿es ella empelada del establecimiento y debería indemnizársele si es injustamente despedida del trabajo? Si una persona es demandada por el pago de los cánones de arrendamiento, ¿debería exigírsele, para ser escuchado en audiencia, que esté a paz y salvo y que presente los recibos de pago correspondientes? Si el esposo de la señora Ana no ha sido visto en los dos últimos años, ¿puede ella reclamar algunos títulos que están a favor de su marido para el alimento de sus hijos?

<sup>1</sup> La pregunta parece retórica. Sin embargo, bien vale la pena examinar las sentencia de 2009 de la Corte Suprema de Justicia que pone fin a este periplo iniciado en 1996.

Todos estos ejemplos (tomados de nuestra vida constitucional -excepción hecha del reconocido entre líneas caso *Brown vs. Consejo Escolar*) y una infinidad de los que diariamente se tratan en las altas cortes, llegan a crear polémica entre los expertos del derecho y no resultan de fácil solución a simple vista. Dicho de otra manera, de vez en vez los asociados a un Estado deciden discutir, con base en argumentos, el ajuste entre las normas jurídicas y los casos concretos; al tiempo, estas discusiones van perfilando las normas y las van ajustando con más precisión a las situaciones del mundo real tal y como lo hemos visto en las anteriores sentencias de tutela de la Corte Constitucional.

Así las cosas, creo que es plausible la siguiente tesis: por la naturaleza misma de lo que significa argumentar, podemos decir que, en principio, todo caso jurídico que requiera de la argumentación es ya de por sí un caso difícil, y más todavía si es un caso cuya respuesta parece obvia a simple vista por alguna razón particular que está a la mano, pero que al examinarse con más cuidado, sobre todo en sus detalles particulares, exige pensar en más razones que aquellas aparentemente disponibles en las normas y fáciles de aplicar. Este es el caso de las sentencias referidas anteriormente: en el caso del señor Benedicto sentimos que, pese a la aplicación en derecho del art. 380 del C. P.C., deberíamos ser capaces de argumentar en favor de sus intereses. En la sentencia de Carolina, también nos sigue pareciendo que la sola aplicación de la norma no es suficiente para quedar satisfechos con la decisión, en especial porque no se entiende en qué sentido se constituye como acto obsceno el beso que le dio a su novia. En el caso de Lais, también sentimos que podría haber argumentos para considerar que la prostitución es un trabajo tan digno como este da dar una conferencia o la misma de ser profesor. Por lo tanto, si hay necesidad de más argumentación, es posible que nos estemos enfrentando a un caso difícil.

Lo podemos decir de esta manera: la argumentación se hace más “fácil” allí donde nos enfrentamos a un grupo de servidores de cualquier dogma o de creencias que no estamos dispuestos a cambiar. Y puesto que las normas jurídicas, trátese de reglas o principios, vehiculan valores en algún sentido en particular, no es difícil entender por qué la aplicación del derecho es también una toma de postura sobre lo que creemos correcto, bueno, digno de imitación,

malo etc. ¿Dejaríamos que nuestros hijos se educaran en filosofía, literatura, arte y deporte con profesores homosexuales? Si alguien respondiera que no, le preguntaríamos: ¿Le negaría a su hijo disfrutar de las conversaciones con Sócrates, de las frases mágicas de Oscar Wilde, de la delicadeza del gusto de Leonardo Davinci y la habilidad de Martina Navratilova sólo porque estos maestros son o fueron homosexuales?<sup>2</sup>.

Muy ligado con estas ideas, nos encontramos con el tema de la crisis del silogismo. Como veremos a continuación, los casos también pueden llegar a ser difíciles cuando consideramos que la mera subsunción silogística no es suficiente para resolverlos. Dicho de otra manera y con las sentencias que venimos comentando, hay un momento en que, dadas las circunstancias de cada caso, llegamos a la consideración de que estos silogismos no son suficientes:

Están prohibidos los actos obscenos. Estos se califican como faltas graves. Puesto que el acto del beso de Carolina con su novia es obsceno, entonces ella acaba de cometer una falta grave.

Está prohibido contratar sobre objetos afectados de ilicitud. Entre estos objetos están aquellos que atentan contra las buenas costumbres. Puesto que la prostitución es de este tipo, entonces Lais no trabajaba en el bar Pandemo.

La revisión del numeral cuatro del C.P.C. establece que la perito debe estar condenada.

La perito en cuestión no ha sido condenada. Por lo tanto, no hay mérito para la revisión del caso.

<sup>2</sup> Vale la pena recordar que en la Sentencia C-481 de 1998 se solicitó declarar inconstitucional una Decreto sobre el ejercicio docente que establecía como causal de mala conducta de los profesores su inclinación homosexual. Es curioso, pero al lado de estas conductas estaban incluidas, también como causales de mala conducta, las siguientes: traficar con notas, asistir con frecuencia en estado de embriaguez, abandonar el cargo y la aplicación de castigos denigrantes a los alumnos. Y uno se pregunta: ¿en que se parecen estas conductas al gusto por las parejas del mismo sexo?

Pero antes de pasar al tema del silogismo debo hacer la siguiente advertencia: no hay manera más cruel de argumentar que aquella que se termina con esta frase escalofriante: “De malas”. Es decir: “de malas” don Benedicto, Lais y Carolina si los jueces, siguiendo el más riguroso razonamiento legal, llegaron a determinar que el primero es el padre de una niña que no es su hija; si Carolina fue llevada a un calabozo o si a una prostituta no se la indemniza por despido injusto. “De malas” es la expresión que escucho una y otra vez en las aulas de clase cuando presento estos casos para que los estudiantes los analicen. Y yo estoy de acuerdo con ellos: uno tiene que ser muy “de malas” si algún día su dignidad, su buen nombre, su libre desarrollo de la personalidad y su derecho al trabajo queda en manos de un juez que le diga a uno... “de malas”.

¿Qué es argumentar constitucionalmente?

# *¿Qué es una filosofía de la argumentación?*

**SERGIO L. CARO A.\***

*Universidad del Atlántico  
Barranquilla (Atlántico)*

## **PRESENTACIÓN**

En esta ponencia se ensaya la idea de una Filosofía de la Argumentación (FA), cuya reflexión se orienta siguiendo al menos dos hipótesis de trabajo: I) una FA es un estudio no técnico o no instrumental, ni descriptivo ni normativo de la argumentación; y II) una FA es una reflexión sobre el argumentar que se orienta de manera distinta que las teorías de la argumentación (TA), dado que persigue al menos tres propósitos: comprender el argumentar i) como nota

---

\* Filósofo, Universidad del Atlántico (e). Investigador activo del Grupo de Investigación Cronotopías, reconocido por Colciencias en Categoría C, inscrito al Departamento de Investigaciones de la Universidad del Atlántico, Programa de Filosofía, Facultad de Ciencias Humanas. Docente de Filosofía inscrito a la planta de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, D. C. (IED Floridablanca). E-mail: asnofilosofo@gmail.com, sergiocarorroyo@gmail.com.

ontológica constitutiva de la experiencia humana del existir, ii) como praxis lingüística característica de nuestra actividad racional y iii) como concepto central para la elaboración de una posición metafilosófica coherente con el que-hacer de la filosofía. En esta ponencia se desarrolla el propósito descrito en iii) a partir de la sustentación de la tesis “la argumentación es el núcleo de la filosofía”, para esto se propone una noción integral de la argumentación que tiene en cuenta el carácter no fragmentado del argumentar, la cual se describe a partir de la obra del maestro barranquillero Nelson Barros Cantillo.

Pensar qué es la filosofía, suele ser, como señalan Deleuze y Guattari<sup>1</sup>, una cuestión que es mejor plantearse cuando se llega a la vejez, “a media noche cuando ya no queda nada por preguntar”, cuando el espíritu se encuentra lo suficientemente sobrio de las ganas de ponernos a filosofar y cuando se logra alcanzar “ese grado de no estilo en el que por fin se puede decir: ¿pero qué era eso, lo que he estado haciendo durante toda mi vida?”. En el caso de muchos, la cuestión nunca deja de ocupar interés, puesto que su vigencia permanece intacta en virtud de que la filosofía acontece como un pensamiento del pensamiento, el cual, se caracteriza por un devenir constante. Esta ponencia es un breve resumen de lo que ha sido mi andar reflexivo por esta cuestión.

La respuesta a la pregunta ¿Qué es la filosofía? puede ser, en su mejor expresión, la aproximación a un sentido muy propio de la experiencia filosófica particular del filósofo que la plantea, ¿Significa esto que la cuestión se encuentra a priori condenada a la preferencia arbitraria de quien ofrece una respuesta? Acaso, cualquier intento de comprender qué es la filosofía debe entenderse como un acto cargado per se, por algún prejuicio que conducirá la reflexión al margen del resto de las disciplinas, exclusivamente por el camino que mejor convenga para satisfacer nuestros intereses e imaginación. ¿Es la filosofía un cosmético conjunto de pareceres u opiniones que se renuevan o cambian según la temporada? Pienso que no. La filosofía es expresión universal del pensar, por lo tanto, en cuanto filósofos, somos universales o pretendemos serlo. No

<sup>1</sup> DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix. *¿Qué es la filosofía?* Barcelona, Anagrama, 2001, p. 7.

quiere decir esto que las filosofías particulares de las épocas, las culturas y los hombres y mujeres, por filosofías, se conviertan automáticamente en verdades universales definitivas, sino que, en virtud de la definitiva universalidad del filosofar, cada época, cultura, hombre y mujer tiene derecho a su propia filosofía particular, que por particular, no es necesariamente arbitraria.

La finalidad de esta ponencia es esbozar en qué consiste una filosofía de la argumentación. En principio entenderemos que una filosofía de la argumentación persigue al menos tres propósitos: comprender el argumentar como nota ontológica constitutiva de la experiencia humana del existir, como praxis lingüística característica de nuestra actividad racional y como concepto central para la elaboración de una posición metafilosófica coherente con el quehacer de la filosofía.

En este texto solo nos ocuparemos del tercer propósito. En este sentido, como veremos, una filosofía de la argumentación es una reflexión sobre el argumentar que se orienta de manera distinta a la reflexión sobre el argumentar que hacen las teorías de la argumentación, o los intentos reflexivos que desde las mismas persiguen la fundamentación filosófica del argumentar.

Para concebir qué pueda ser una “filosofía de la argumentación” (en adelante FA), el primer paso se orienta a entender qué es una “teoría de la argumentación” (en adelante TA) y en qué consiste una “fundamentación filosófica de la argumentación”. Hay que señalar que una FA se ocupa de contribuir a la elaboración de una propuesta de respuesta a la pregunta ¿qué es la filosofía?, para esto presenta la tesis “La argumentación es el núcleo de la filosofía” (en adelante TI); para comprender el sentido de TI se debe tener claridad sobre el sentido mismo de la noción de “argumentación”, y para advertir esto, no basta con una teoría de la argumentación, se hace necesario poner el término en una perspectiva de estudio más amplia, lo cual nos conduce a uno de los temas acerca de lo que se quiere proponer como una filosofía de la argumentación. En el proceso filosófico de ampliar el sentido de la noción de argumentación, se vincula además de lo anterior, el problema de la racionalidad vista desde la perspectiva del lenguaje (ii) y cuestiones relativas a la ontología de la praxis del vivir humano (i).

La filosofía no se puede comprender meramente como un procedimiento lingüístico sin más<sup>2</sup>; en consecuencia, TI se debe juzgar en un sentido laxo, sólo aplicable a la filosofía en un dominio explicativo que la concibe como “práctica discursiva”. Hecha esta aclaración, queda formulado que el espacio de operación de esta tesis se dirige exclusivamente al modo de ser discursivo de la filosofía. En este orden de ideas, la expresión contenida en TI, no puede significar algo distinto a: La argumentación, comprendida como un acto lingüístico, nos orienta en la comprensión sobre la manera cómo funciona la filosofía, entendida ésta, como espacio de acontecer discursivo.

### ¿LA ARGUMENTACIÓN ES EL NÚCLEO DE LA FILOSOFÍA?

Ahora bien, porque afirmar que “la argumentación es el núcleo de la filosofía”. Los motivos para esto surgen principalmente de dos razones, una filosófica y una empírica, la primera afirma que la filosofía no es una disciplina que deba buscar verdades definitivas; y la segunda, tiene que ver con el hecho que la historia de la filosofía se muestra como una práctica discursiva<sup>3</sup> caracterizada principalmente por la tensión y dinamismo de los puntos de vista que emergen y circulan en ella.

La dinámica discursiva de la filosofía se presenta de una manera tan amplia y flexible que, en sí misma ha contenido posiciones tan radicales, como

<sup>2</sup> El filosofar presupone la toma de posición o partido, el asumir una actitud hermenéutica con respecto al entorno cultural de la época (entiéndase por “entorno cultural” al conjunto de vivencias o experiencias que afectan la situación particular de una época por efecto de todo aquello que es producto intelectual o material de los seres humanos. A esto se añade que el filosofar como acción intelectual, supone, como todo evento cognitivo de los seres humanos, toda una dinámica biológica a nivel del cerebro; de allí que, comprender la filosofía como práctica lingüística no constituye la totalidad de la explicación sobre el filosofar, sino apenas, un nivel explicativo entre otros posibles.

<sup>3</sup> Se usa el término “práctica discursiva” en el sentido propuesto por Foucault, que lo entiende como el “conjunto de reglas anónimas e históricas determinadas en el tiempo y en el espacio que han definido y establecido para una época dada las condiciones de ejercicio de una función enunciativa”; es decir la noción de práctica discursiva se refiere a la acción misma de usar el lenguaje en tanto práctica social. Cfr: ALBANO, Sergio. *Michel Foucault: Glosario epistemológico*. Buenos Aires, Quadrata, 2006, p. 66.

las opuestas a las dos razones que he mencionado arriba. Ha habido filósofos que han querido convertirla en una “ciencia estricta”, capaz de formular los fundamentos últimos de toda aspiración humana; bajo esta motivación, que resultó muy atractiva, en diferentes sentidos, para pensadores como Descartes, Kant y Husserl, subyace la idea de la filosofía como “lógica única”, capaz de convertirse en el tribunal de todo lo pertinente al ser humano. Esta idea de “filosofía”, resulta ser, de cierto modo, incompatible con la mayoría de las intuiciones que me he formado al respecto, sobre todo en lo referente a la relación que guarda ésta con la “argumentación”. Por esta razón, la propuesta metafilosófica de una FA busca comprender el quehacer filosófico como una disciplina abierta, no excluyente, que no debe ser entendida como descubridora de verdades incorregibles, sino, más bien, como generadora de propuestas hermenéuticas, como una práctica que se desarrolla en la más laxa dinámica argumentativa, en la que existe un pluralismo de opiniones, todas ellas susceptibles de ser tenidas en cuenta, valoradas, evaluadas y criticadas. Estos dos modos de comprender la filosofía se pueden representar según dos “tendencias” diferentes, me refiero a “la filosofía fundacionista” y “la filosofía no-fundacionista”, o también según la clasificación propuesta por Richard Rorty cuando habla de una “filosofía sistemática” y de una “filosofía edificante”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Las cuales se definen, según Adolfo León Gómez: “Los fundacionistas creen que todo sistema de conocimiento tiene fundamentos firmes: primeros principios, verdades evidentes, infalibles e incorregibles, a veces necesarios y universales: Platón, Agustín, Descartes, Locke y los empiristas ingleses, Kant, Russell en algunos momentos y el Circulo de Viena en su corta vida. A partir de las verdades o evidencias primeras, según ellos, se pueden extraer otras derivadas mediante reglas o métodos. Los no-fundacionistas aceptan que todo sistema debe tener bases pero nunca firmes, ya que situaciones nuevas pueden forzar su replanteamiento. En principio nada hay infalible, ni incorregible, así de facto, que no sea corregido durante años, siglos o milenios” (GÓMEZ GIRALDO, Adolfo León. *Seis lecciones sobre teoría de la argumentación*. Cali, AC Editores, 2000, p. 13). El filósofo estadounidense, Richard Rorty, también indica una clasificación similar al respecto, habla de una “filosofía sistemática” y de una “filosofía edificante”, su criterio de clasificación consiste en señalar a la filosofía que tiene como punto de partida la epistemología y a la filosofía que tiene su punto de partida en la desconfianza hacia las pretensiones de la epistemología, respectivamente. Los primeros se caracterizan por seleccionar un área o un conjunto de prácticas propios de una cultura para considerarlos como el paradigma de la actividad humana; después de esto, tratan de demostrar como el resto de la cultura puede beneficiarse de este ejemplo... Algunos filósofos de esta clase (sistemáticos), son, según Rorty; Tomás de Aquino, por la utilización de Aristóteles para conciliar

El fundacionismo o sistematismo filosóficos se podrían sintetizar en la tesis “la epistemología es el núcleo de la filosofía”; pero ¿Cuál epistemología? Sólo el tipo de posición epistemológica que se considera a sí misma como descubridora del “sustrato mental” que funda la estructura sobre la que se soporta el conocimiento y la realidad, y por tanto, como la única capacitada para “desacreditar o confirmar las pretensiones de conocimiento que se dan en la ciencia, en la moralidad, en el arte o en la religión”<sup>5</sup>. Este tipo de epistemología tiene como presupuesto una concepción representacionista del lenguaje que entiende que “el rasgo esencial del lenguaje es su capacidad de representar la manera de ser de las cosas”<sup>6</sup>; también considera que la razón de existir de las palabras consiste en dar una representación o una imagen de la realidad, de manera que el valor de verdad de los enunciados depende exclusivamente de su correspondencia o adecuación con las cosas; esta concepción ve un carácter puramente objetivo de la lengua<sup>7</sup> y entiende que los lenguajes y las verdades son algo que hay que hallar, que buscar, algo que se descubre en la Realidad y por tanto, que sólo puede ser de una manera. De esta concepción del lenguaje se sigue una comprensión de lo racional cerrada, excluyente, absoluta,

Cont. nota 4

a los Santos Padres; Descartes y Hobbes, por su crítica a la escolástica; la Filosofía de la Ilustración, por su idea de que la lectura de Newton lleva naturalmente a la destitución de los tiranos; Carnap, por intentar superar la metafísica por medio de la lógica; entre muchos otros que, según Rorty han intentado remodelar la cultura inspirándose en el modelo del último logro cognitivo (RORTY, Richard. *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Madrid, Cátedra, 1983, p. 331.). Por su parte los “filósofos edificantes” se caracterizan por su desconfianza ante la idea de que la esencia del hombre es ser un conocedor de esencias; de que aun cuando tengamos una creencia verdadera justificada sobre todo lo que deseamos saber, quizá lo único que tengamos sea conformidad con las normas del momento; de que el último vocabulario o la última argumentación, tomada del descubrimiento científico más reciente, quizá no exprese representaciones privilegiadas de las esencias, sino que sea simplemente uno más del posible número infinito de vocabularios o argumentaciones con las que se puede describir el mundo (ibíd., p. 332).

<sup>5</sup> RORTY, Richard, *op. cit.*, p. 13.

<sup>6</sup> BRANDOM, Robert. “Truth and assertibility. *Journal of philosophy*”. Citado por: RORTY, Richard. *Representación, práctica social y verdad*. En: *Objetividad, relativismo y verdad: Escritos filosóficos 1*, LXXIII, Barcelona, Paidós, 1996, p. 207.

<sup>7</sup> ANSCOMBRE, Jean-Claude y DUCROT, Oswald. *La argumentación en la lengua. Prólogo de Marta Tordesillas*. Madrid, Gredos, 1994, pp. 9-10.

monológica y obligante<sup>8</sup>, pues se asumiría como modelo único de racionalidad aquel que describa la estructura o los criterios de aquel lenguaje que tiene el privilegio de representar la realidad tal cual ésta es, la consecuencia inmediata de esta consideración supone que todo aquello que quede fuera de los límites de este lenguaje privilegiado, queda sujeto al imperio de lo irracional. La filosofía como epistemología, en el sentido señalado, hace posible la formulación de una doctrina absoluta y válida el dogmatismo, lo cual no es compatible con la dinámica discursiva que describe la historia del pensamiento filosófico.

Según lo anterior, la respuesta a la pregunta ¿Por qué afirmar que “la argumentación es el núcleo de la filosofía”? Podría expresarse: porque la filosofía es un espacio discursivo abierto, caracterizado por desarrollarse según la dinámica del habla argumentativa, cuya finalidad no es algo distinto a la de proponer o crear interpretaciones crítico-reflexivas, relativas a los diferentes aspectos de la existencia. Siguiendo lo anterior, hace falta indicar que, por antonomasia, en el espacio discursivo de la argumentación se traza en el entramado fluctuante de la razón. Se han señalado hasta aquí por lo menos dos expresiones diferentes de meta-filosofía. Se ha tomado partido por una filosofía de la filosofía inspirada en la noción de argumentación, y se ha dicho que este tipo de expresión meta-filosófica se presenta como uno de los objetivos o problemas que perseguiría aclarar una FA. Ahora bien, en qué sentido se puede hablar de una filosofía de la argumentación.

## ¿QUÉ ES UNA FILOSOFÍA DE LA ARGUMENTACIÓN?

Se ha dicho que una FA es una reflexión sobre el argumentar que se orienta de manera distinta a como lo hacen las teorías de la argumentación o los

---

<sup>8</sup> Cfr: MATURANA, Humberto. *La objetividad: Un argumento para obligar*. Santiago: Dolmen, 2002. En esta obra Maturana hace una distinción relativa al dominio de la cognición, según la cual existen dos caminos explicativos para la realidad, el de la objetividad “entre paréntesis” y el de la objetividad sin paréntesis, el segundo camino desconoce la base biológica y social del conocimiento y por tanto se convierte en medio para forzar u obligar.

intentos que persiguen la fundamentación filosófica de la misma; que indaga sobre las consideraciones propuestas en i, ii y iii indicados arriba. Continuar esta reflexión explorar sobre qué es aquello que hace una FA. En principio debemos entender que una TA es un estudio técnico, que su pretensión es describir la estructura de la argumentación, los diferentes argumentos, la variedad de elementos que intervienen en su realización, la formulación de criterios o reglas para su funcionamiento, validez y corrección diferentes contextos de uso.

En el campo de estudio de la TA subsiste una pluralidad de perspectivas sobre el habla argumentativa que, si bien resulta plausible afirmar que no se encuentran completamente integradas<sup>9</sup>, no se podría decir que tal fragmentación se deba a incompatibilidades irreconciliables, más bien, a mi modo de ver, remiten a profundizaciones, desarrollos y en algunos casos, radicalizaciones, de aspectos distintos y presentes en el habla argumentativa, en este orden de ideas, existen en el campo enfoques lógico-formales, retóricos, lingüísticos, pragmáticos, dialécticos, semióticos, erísticos, analítico-discursivos, entre otros<sup>10</sup>. En este conjunto de programas de estudio, encontramos que algunos se ocupan de la descripción e interpretación del acto de habla argumentativo como tal y otros tratan de orientarlo mediante la formulación de algunas reglas de discusión. En este orden de ideas, las TA pueden ser descriptivas o prescriptivas.

<sup>9</sup> REYGADAS, Pedro y HAIDAR, Julieta. “Hacia una teoría integrada de la argumentación”. En: *Estudios sobre las culturas contemporáneas*, año/vol. VII, No. 013, Universidad de Colima, México, junio de 2001, p. 108. Disponible en: <http://www.redalyc.org>.

<sup>10</sup> En general el campo de estudio de la TA se suele dividir en teorías de la primera ola, que se consideran como fundantes, entre las cuales se destacan la nueva retórica de Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca (1958), los acercamientos lógico-dialécticos de S. Toulmin (1958) y los enfoques desde la lingüística elaborados en *La argumentación en la lengua* de Jean-Claude Anscombe y Oswald Ducrot (1980) y *La Lógica Natural* de Jean Blaise Grize y Georg Vignaux (1972-74). Por otra parte se encuentran las teorías de la segunda ola, “que continuaron el trabajo fundador o propusieron nuevas evaluaciones de la argumentación”, entre las que se destacan los desarrollos de la lógica informal de Blair, Johnson, Govier y otros, los acercamientos semiolingüísticos de Charaudeau, la problematología de Michel Meyer, los aportes de la Teoría de la acción comunicativa de Habermas, la pragma-dialéctica de Franz van Eemeren y Rob Grootendorst, la Gramática de la argumentación de Lo Cascio, el enfoque erístico de Kotarbinski, entre algunas otras perspectivas (ibíd., pp. 107-113 y 123)].

Esta diversidad de enfoques sugiere que la argumentación es un evento complejo, que en su desarrollo material integra una serie de elementos o dimensiones (comunicativos, semánticos, no lingüísticos, psicológicos, entre otros), que las TA estudian por separado, no porque no logren percibir la integralidad del evento como tal, sino porque sus estudios obedecen a intereses teóricos y empíricos distintos. El proyecto de elaborar una reflexión que integre las diferentes dimensiones del habla argumentativa, permitirá una visión no fraccionada del evento argumentativo, que podría facilitar considerar a la argumentación como acto de habla básico de la práctica discursiva.

De las muchas dificultades que implican el llevar a cabo un proyecto de tal magnitud, sobresale la de integrar las teorías descriptivas y las prescriptivas o normativas<sup>11</sup>; es decir, el encontrar un equilibrio entre la manera como comprendemos las regularidades empíricas del funcionamiento real del discurso en un contexto y la elaboración de un criterio o ideal que pueda ser considerado como útil para aumentar la comprensibilidad e intencionalidad de la práctica discursiva<sup>12</sup>. El sentido de esta consideración se sustenta en la necesidad de hacer visible la amplitud o extensión de la manera cómo opera la argumentación en nuestras prácticas discursivas.

Al menos dos puntos de vista que ilustran la llamada “argumentatividad” de la práctica discursiva, son los desarrollados en *La Argumentación de la Lengua* de Anscombe y Ducrot y la pragma-dialéctica de Franz Van Eemeren y RobGrootendorst; el primero señala aspectos elementales, a nivel de la lengua, y el segundo muestra aspectos complejos a nivel de los textos o discursos propiamente dichos. Para Anscombe y Ducrot<sup>13</sup> uno de los aspectos

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 123.

<sup>12</sup> Una posible vía para dirigir nuestros esfuerzos al respecto de este punto, podría ser elaborar un ideal normativo muy general, que además de sugerir procedimientos, señale restricciones de tipo disposicional pero no relativas a la forma del argumento o a la argumentación como tal. Con disposicional me refiero a restricciones relativas a la disposición o actitud de los participantes de una situación comunicativa.

<sup>13</sup> Cfr: ANSCOMBRE, Jean-Claude y DUCROT, Oswald. *La argumentación en la lengua*. Prólogo de Marta Tordesillas, Madrid, Gredos, 1994, pp. 27-74.

constituyentes del sentido de un enunciado es “pretender orientar la secuencia del diálogo” hacia algún tipo de conclusión, de manera que se reconoce a la argumentación como una condición propia de las frases, ampliándose así su sentido, comprendiéndola no sólo como una especie de relación particular entre enunciados, sino también como elemento integrado a la estructura interna del enunciado mismo<sup>14</sup>. Desde esta perspectiva se asume que la función principal del lenguaje no es representar directamente la realidad, sino, servir “como un medio de construir discursos”<sup>15</sup>, orientados a la interacción y comunicación entre las personas.

Por su parte, Eemeren y Grootendorst<sup>16</sup>, muestran que al nivel del discurso la argumentación debe entenderse como un acto de habla complejo dirigido a lograr un acuerdo o a resolver una diferencia de opinión. Todo acto de habla se encuentra orientado a lograr un efecto comunicacional y un efecto interactivo, el primero se refiere a la comprensión del acto de habla por parte del oyente, y el segundo a la aceptación de dicho acto o a la consecución de determinada reacción; en este orden de ideas, la argumentación experimenta una situación comunicacional plural, en la medida que su función comunicacional básica, a saber, apoyar un punto de vista, se vale de otros actos de habla, con efectos comunicacionales distintos, como lo son afirmar, explicar, prometer, describir, confirmar, aclarar, entre otros; para conseguir su finalidad interactiva, que es, persuadir o convencer. En este sentido podemos entender que una argumentación está hecha de actos de habla, cuya orientación comunicacional básica no es propiamente argumentativa. Estos dos puntos de vista muestran la argumentatividad que subyace al lenguaje, a la elaboración de textos y por tanto, al discurso. Hay que señalar, además, que existen algunos estudios que sostienen, en un sentido estricto, una perspectiva integrada de la argumentación, como es el

<sup>14</sup> Ibid., pp. 213-214.

<sup>15</sup> Ibid., p. 193.

<sup>16</sup> EEMEREN, Franz y GROOTENDORST, Rob. *Argumentación, comunicación y falacias: Una perspectiva pragma-dialéctica*. 2ª ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 47-53.

caso del profesor Nelson Barros Cantillo. Barros<sup>17</sup>, ha elaborado un estudio que señala la relación de complementariedad con la que operan la lógica formal, la retórica, y los razonamientos no-monotónicos en la argumentación jurídica, con la finalidad de engrosar el conjunto de las herramientas argumentativas de las que puede disponer la praxis discursiva del abogado. El estudio de Barros se puede entender como un estudio técnico o instrumental de la argumentación, en la medida que se ocupa de la elaboración de estrategias y modos de razonamiento que amplifiquen la pragmática del discurso jurídico.

Hasta aquí, se ha mostrado que una interpretación no representacionista del lenguaje impulsa un estudio filosófico sobre la racionalidad como la creación de mecanismos que permitan a las personas ampliar las posibilidades de la hermenéutica recíproca que implica la vida en sociedad, y no como la búsqueda de un criterio privilegiado que des-vele el orden y modo de ser ocultos de las cosas, esta idea permite comprender la diferencia de las creencias, deseos y conductas humanas, sobre el mundo y sobre sí mismos, individuales o colectivas, como manifestación natural de nuestras experiencias y vivencias, y no como defecto, arbitrariedad, confusión o no-correspondencia de la manera de ser de algunos con respecto a la manera correcta de pensar, sentir y actuar de otros, lo cual no deviene necesariamente en relativismo. También se ha intentado mostrar que una comprensión de la práctica discursiva interpretada a partir de la integración de las TA, reconoce que los aspectos retórico, formal, dialéctico, lingüístico, pragmático, etc., del habla, operan de manera integrada en la práctica real de argumentaciones, de modo que no resulta plausible pensar que ser racional consista en aplicar una lógica exclusiva.

Un elemento esencial para el desarrollo de una TA es la comprensión que se tenga sobre la noción de argumentación. Para este efecto, a continuación se amplía la perspectiva desarrollada por Barros; según la cual, el discurso

---

<sup>17</sup> “La lógica de las decisiones jurisdiccionales no rivaliza con la retórica que se ocupa de lo mismo excluyéndose por entero de ésta, sino que se complementa densamente con ella mediante complejas interacciones pragmáticas, semánticas y sintácticas”. BARROS CANTILLO, Nelson. *Las nuevas herramientas de la argumentación jurídica*. 2ª ed., Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2006, p. 34.

jurídico integra aspectos tanto de las lógicas clásicas y no clásicas, como de la retórica, mostrando así como ambos modos del discurso operan de manera complementaria en la praxis de la argumentación jurídica. Esta idea y su respectivo desarrollo, es la que permite elaborar una comprensión integral de la argumentación, por lo menos en el sentido que facilita el análisis de la estructura de los argumentos, la cual es diferente a las interpretaciones formalista (lógica estándar) y retórica (Perelman); que conducen a una comprensión no excluyente de lo racional, ligada a lo razonable y lo suficientemente amplia para reconocer en ella el núcleo lingüístico de la estructura y funcionalidad discursiva de la filosofía. De esto, resulta interesante identificar el potencial de reflexión filosófica que caracteriza al razonamiento jurídico.

## PERSPECTIVA INTEGRAL DE LA ARGUMENTACIÓN PARA UNA FA

Barros desarrolla su idea principalmente en la obra *Las Nuevas Herramientas de la Argumentación Jurídica* del profesor Nelson Barros Cantillo.

En esta obra el profesor Barros ofrece un punto de vista sólido que considera, inversamente a la posición perelmaneana, como no plausible la idea de “que hay una especie de brecha teórica insalvable entre lógica formal y argumentación persuasiva”<sup>18</sup>; por lo cual, a continuación, presentaremos algunas de las razones que Barros aduce a favor de esta tesis y las respectivas consecuencias filosóficas a las que estas nos conducen. Por otro lado, hay que anotar que, si bien la obra tiene como tema el contexto de la Ciencia Jurídica, no ocurre que por tal razón no podamos desprender de ella algunos posibles corolarios que nos acerquen a nuestro propósito principal<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Ibid., p. 15.

<sup>19</sup> Esto en virtud de que el Derecho puede ser considerado “como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos” y por lo tanto, como instrumento de la razón práctica” (ATIENZA, Manuel. “El derecho como argumentación”. En: *Revista Isegoría*, No. 21, junio-diciembre, 1999, España, Instituto de Filosofía (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), 1999, p. 38); se podría tomar éste, como un modelo particular que encarna la mayoría de los aspectos característicos

Muchas veces la circunstancia procesal o alguna parte de ella, no es susceptible de ser manejada demostrativamente en “sentido formalmente riguroso” por el carácter probabilístico o difuso de su constitución<sup>20</sup>; ante esta variante del evento procesal, resalta la necesidad del uso de los sistemas de lógica borrosa o de la teoría de las probabilidades en la resolución de tales circunstancias inciertas: “para salir de la incertidumbre [...], el investigador [...] no tiene más opciones lógicas que las que le proporciona el sistema de razonamiento no monotónico”<sup>21</sup>. De igual forma hay momentos del proceso que exigen el espacio para la interpretación flexible y para la aplicación rigurosa de criterios formales estrictos.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos aducir, que no sólo el demostrativo o lógico (monotónico) y el persuasivo o retórico, los niveles lingüísticos de expresión del razonamiento judicial. La no monotonía de los sistemas lógicos borrosos se inscribe como un tipo de expresión intermedia entre el uno y el otro, pues sus “esquemas de razonamiento no son tan

Cont. nota 19

de la argumentación (razón) práctica, esto en razón de la ley lógica que afirma que cuando existe una relación de subordinación entre dos conceptos, “el concepto subordinado presenta las mismas características del subordinante, así como otras que le tipifican especialmente”, de manera que cuando se afirma el subordinado se afirma necesariamente el subordinante (BARROS, 2000; p. 34); esta consideración acomete, casi por inercia, la perspectiva integral de la argumentación en el contexto de la dinámica del discurso jurídico con una consideración de la integralidad del razonamiento como condición presente en el discurso argumentativo en general.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 66. Se llaman no monotónicos los sistemas inferenciales plausibles y no constrictivos que facilitan derivar proposiciones probables o contingentes a partir de informaciones difusas o incompletas permitiendo retractar las secuencias operacionales cuando sea menester enmendar errores o introducir nueva información a la base de datos. Un ejemplo de este tipo de inferencia es el razonamiento por verosimilitud, en el cual, “se toma como referencia algún esquema válido de la lógica convencional y se procede a modificarlo en sus términos o proposiciones con el calificativo metalingüístico “es verosímil”. A partir de los modos válidos ponendoponens y tollendotollens, se han desarrollado variantes débiles que sirven de ejemplo al razonamiento por verosimilitud”. Una de las posibles variantes del modus ponendoponens sería: Si p, entonces q “p” es verosímil “q” es verosímil. Así: si la desfloración es reciente, entonces los colgajos himenales no están bien cicatrizados. Es verosímil que la desfloración es reciente. Es verosímil que los colgajos himenales no estén bien cicatrizados” (BARROS CANTILLO, Nelson. *Las nuevas herramientas de la argumentación jurídica*. 2ª ed., Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2006, p. 146.)

rígidamente demostrativos como los de la lógica Standard, ni tan flexiblemente retóricos como los de las argumentaciones persuasivas”<sup>22</sup>.

Por consiguiente, lo demostrativo refiere aquello del proceso que cumple con las condiciones para ser considerado como constrictivo según una sistematización lógica rigurosa; lo no monotónico refiere aquello en el proceso que, por su naturaleza difusa o incierta, no puede ser expresado según la sistematización rigurosa de la lógica demostrativa, pero sí, como señala Barros<sup>23</sup>, en “un guarismo de probabilidad” antecedido por un esfuerzo lógico que se aproxima a lo “contextualmente verdadero”, y por último, lo persuasivo refiere aquello que es tan vago e indeterminado, que se escapa de los límites de la inferencia no monotónica; verbigracia, cuando se intenta fundamentar o justificar una interpretación posible de conceptos tan imprecisos como lo razonable o lo justo, o cuando se trata de llegar a consenso sobre cuál es la interpretación de la norma o de la prueba que más conviene en determinada circunstancia. En este sentido, Barros afirma, que “mucho de lo que algunos tienen equivocadamente por argumentación persuasiva no es otra cosa que razonamiento no monotónico pre-científico [...]”<sup>24</sup>.

Esta consideración supone una cercanía aún más pronunciada entre los modos de razonamiento participantes en el discurso jurídico, pues lo que expresa, es que la diferencia entre los tres modos de expresión no es genérica, sino que más bien que, lógica Standard, lógica borrosa y retórica, son variaciones de la misma cosa, a saber, del modo en que podemos presentar lingüísticamente nuestras consideraciones sobre los diferentes aspectos que intervienen en el desarrollo del evento jurídico.

Para nuestro propósito, podemos identificar provisionalmente la siguiente idea: La necesidad operacional del razonamiento jurídico exige la correlación

---

<sup>22</sup> BARROS CANTILLO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 114.

entrelógica (monotónica y no monotónica) y retórica. Esta manera de interpretar la argumentación amplía su sentido, al vincular los modos de razonamiento que usamos en el desarrollo de nuestras prácticas discursivas, lo cual obedece a que el profesor Barros desarrolla su propuesta a partir de análisis empírico aplicado a la praxis real de uso que hacen los abogados del lenguaje<sup>25</sup>; gracias a esta precisión metodológica los resultados que se obtienen son fieles al modo de acontecer de la argumentación, lo cual nos permite avanzar en el propósito iii) de aquello que hemos esbozado como una filosofía de la argumentación, en el sentido de que no solo nos permite elaborar una noción amplia de la racionalidad lingüística, sino que orienta nuestras intuiciones metafilosóficas a pensar la filosofía, en tanto práctica discursiva, como un espacio hermenéutico en donde es posible explorar la amplitud de nuestra imaginación sin permitirnos elevarnos en un vuelo arbitrario, manteniéndonos siempre unidos al suelo de lo real constituido por el conjunto de nuestras vivencias, de nuestra situación como seres existentes.

En resumen, podemos identificar al menos dos maneras entender que sea una FA, una definición negativa que entiende que una FA es un estudio no técnico o no instrumental, ni descriptivo ni normativo de la argumentación; y una definición positiva, que entiende que una FA es una reflexión sobre el argumentar que se orienta de manera distinta que las teorías de la argumentación, dado que persigue al menos tres propósitos: i) Comprender el argumentar como nota ontológica constitutiva de la experiencia humana del existir, ii) Como praxis lingüística característica de nuestra actividad racional y iii) Como concepto central para la elaboración de una posición metafilosófica coherente con el que-hacer de la filosofía. En esta ponencia se ensayó desarrollar el propósito descrito en iii) a partir de la sustentación de la tesis “la argumentación es el núcleo de la filosofía”, para esto se propuso una noción integral de la argumentación que tiene en cuenta el carácter no fragmentado del argumentar, la cual se inspiró en la obra del maestro barranquillero Nelson Barros Cantillo, de la que concluimos provisionalmente, que la filosofía es un

<sup>25</sup> Su última obra *El Abogado Gaitán*, es ejemplo claro de esto.

espacio discursivo abierto, caracterizado por desarrollarse según la dinámica del habla argumentativa, cuya finalidad no es algo distinto a la de proponer o crear interpretaciones crítico-reflexivas, relativas a los diferentes aspectos de la existencia. Esto porque, por antonomasia, el espacio discursivo de la argumentación se desenvuelve en el entramado fluctuante que emerge de la interacción entre nosotros, los otros y el entorno.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBANO, Sergio. *Michel Foucault: Glosario epistemológico*. Buenos Aires, Quadrata, 2006.
- ANSCOMBRE, Jean-Claude y DUCROT, Oswald. *La argumentación en la lengua*. Prólogo de Marta Tordesillas, Madrid, Gredos, 1994.
- ATIENZA, Manuel. “El derecho como argumentación”. En: *Revista Isegoría*, No. 21, junio-diciembre, 1999, España, Instituto de Filosofía (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), 1999.
- BARROS CANTILLO, Nelson. *Las nuevas herramientas de la argumentación jurídica*. 2ª ed., Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2006.
- BRANDOM, Robert. “Truth and assertibility. Journal of philosophy”. Citado por: RORTY, Richard. Representación, práctica social y verdad. En: *Objetividad, relativismo y verdad: Escritos filosóficos 1*, LXXIII, Barcelona, Paidós, 1996, p. 137.
- DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix. *¿Qué es la filosofía?* Barcelona, Anagrama, 2001.
- EEMEREN, Franz y GROOTENDORST, Rob. *Argumentación, comunicación y falacias: Una perspectiva pragma-dialéctica*. 2ª ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
- GÓMEZ GIRALDO, Adolfo León. *Seis lecciones sobre teoría de la argumentación*. Cali, AC Editores, 2000.
- MATURANA, Humberto. *La objetividad: Un argumento para obligar*. Santiago: Dolmen, 2002.
- REYGADAS, Pedro y HAIDAR, Julieta. “Hacia una teoría integrada de la argumentación”. En: *Estudios sobre las culturas contemporáneas*, año/vol. VII, No. 013, Universidad de Colima, México, junio de 2001. Disponible en: <http://www.redalyc.org>.
- RORTY, Richard. *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Madrid, Cátedra, 1983.



Este libro se terminó de imprimir  
en los talleres gráficos de  
ALVI IMPRESORES LTDA.  
Tels.: 250 1584 - 544 6825  
en el mes de octubre de 2012.