

Área de Formación Básica



Área
de Formación
Básica

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, centro de formación inicial y continua de administración de justicia, en los términos del artículo 177 de la Ley 270 de 1996, desarrolla anualmente el Plan de Formación de la Rama Judicial para el fortalecimiento permanente de las competencias cognitivas y humanas de los servidores judiciales.

La formación judicial, como parte de los procesos de apropiación social del conocimiento, es una construcción conjunta entre formadores, discentes y autores de los materiales académicos para fortalecer las capacidades y habilidades de los funcionarios y empleados judiciales, enfocada a la práctica judicial para brindar una administración de justicia adecuada, pronta y efectiva para los ciudadanos, de cara a la realidad social colombiana.

Los módulos de formación autodirigida son materiales académicos que están a disposición de la comunidad judicial para permitir la actualización permanente de los servidores judiciales y facilitar el cumplimiento misional en las diferentes áreas básicas y especializadas de las distintas jurisdicciones, con el apoyo invaluable de la Red de Formadores, bastión fundamental de la formación judicial.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Mary Lucero Novoa Moreno
Directora
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”



Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

FILOSOFÍA DEL DERECHO

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la JUDICATURA
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

ELÍAS CASTRO BLANCO

FILOSOFÍA DEL DERECHO

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN: 978-958-52139-5-1

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

Presentación	11
Sinopsis profesional y laboral del autor	20
Justificación	21
Resumen del módulo	23
Objetivo general del módulo.....	27
Objetivos específicos del módulo	27
 Unidad 1	
JUSTICIA Y LEY EN LA ANTIGÜEDAD. DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO AL IUSNATURALISMO RACIONALISTA.....	29
Introducción.....	31
1.1.Teoría del derecho natural clásico	32
1.1.1. Justicia como virtud en Platón.....	33
1.1.2. Justicia como equidad en Aristóteles	36
1.2. Iusnaturalismo Teológico	39
1.2.1. Pico Della Mirandola	39
1.3. Iusnaturalismo Antropológico.....	41
1.3.1. Dignidad y autonomía moral kantiana	42
Conclusiones.....	53
 Unidad 2	
EL POSITIVISMO METODOLÓGICO EN HANS KELSEN.....	55
Introducción.....	57
2.1. La crítica al derecho natural.....	57
2.2. Criterios de definición del derecho	58
2.3. Norma y eticidad.....	60

2.4. Validez, eficacia, justicia y legitimidad.....	62
2.5. Necesidad y libertad	64
2.6. Causalidad e imputación.....	67
2.7. El problema de las lagunas	70
2.8. El giro de Kelsen.....	71
Conclusiones.....	73

Unidad 3

El POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO DE HART Y DWORKIN	85
Introducción.....	87
3.1. El positivismo jurídico de Herber Hart	87
3.1.1. Validez, eficacia y legitimidad	89
3.1.2. Los casos difíciles	90
3.2. El positivismo incluyente de Ronald Dworkin.....	91
3.2.1. El derecho como integridad	93
3.2.2. Los casos difíciles y la respuesta correcta	94
3.2.3. Un caso difícil para los jueces Herbert y Hércules.....	97
Conclusiones.....	100

Unidad 4

PRINCIPIOS DE JUSTICIA EN JOHN RAWLS	105
Introducción.....	106
4.1. Estructura básica de la sociedad.....	108
4.1.1. La posición originaria	111
4.1.2. Constructivismo kantiano en teoría moral.....	112
4.1.3. Los principios de justicia.....	114
4.1.4. La justicia política y la Constitución.....	116

4.2. Liberalismo político	119
4.2.1. Consenso entrecruzado y razón pública	121
4.2.2. Desobediencia civil y derechos humanos.....	123
Conclusiones	126

Unidad 5

TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO EN JÜRGEN HABERMAS.....	135
Introducción.....	137
5.1. Principios de la teoría de la acción comunicativa.....	138
5.2. El discurso de los derechos	143
5.2.1. Facticidad y validez	145
5.2.2. Los jueces en un Estado constitucional	147
Conclusiones	151

ÍNDICE DE MAPAS CONCEPTUALES Y ESQUEMAS

Mapa conceptual n.º 1. Esquema general del módulo en Filosofía del Derecho.	26
Mapa conceptual n.º 2. Del iusnaturalismo clásico al iusnaturalismo racionalista..	30
Mapa conceptual n.º 3. El positivismo metodológico de Hans Kelsen.	56
Esquema n° 1. La pirámide kelseniana.	69
Mapa conceptual n° 4. El positivismo contemporáneo de Hart y Dworkin.	86
Mapa conceptual n.º 5. Principios de justicia en John Rawls.	106
Mapa conceptual n.º 6. Teoría consensual del derecho.....	136
Cuadro n.º 1. Ciencias del ser y del deber ser.....	66
Cuadro n.º 2. Hecho condicionante y hecho condicionado.....	67
Cuadro n.º 3. Estructuras de comunicación en el mundo de la vida.	143

CONVENCIONES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>Ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>

PRESENTACIÓN

Establecer los vínculos entre filosofía y filosofía del derecho tiene mucha significación en cuanto comparten preocupaciones que los enlazan. Los manuales de filosofía coinciden en señalar que los orígenes de la filosofía se remontan a la tradición clásica griega, en donde la preocupación por indagar acerca de los fenómenos de la naturaleza, el hombre y la vida en comunidad, surcada por el acatamiento a las normas, el ejercicio político, entre otros. Estos son temas que inauguran una nueva época. En este sentido, para tener un mayor nivel de comprensión, se ha optado por clarificar y relacionar estos conceptos básicos, a saber: filosofía, filosofía del derecho, teoría jurídica y sociología jurídica.

Para iniciar esta reflexión, cabe señalar que, entre los griegos, la filosofía solía entenderse como un proceso de autorreflexión sobre las cosas y el hombre mismo; estas meditaciones acerca de la *physis* (φύσις) o naturaleza, el derecho, la justicia, el acatamiento a las normas y la igualdad o desigualdad de la naturaleza humana, son temas con los que se inicia una reflexión filosófica, mucho antes de que apareciera en escena, en la actualidad se conoce como teoría jurídica. Lo anterior conduce a establecer una clarificación conceptual para establecer estos vínculos.

Otro de los aportes de la filosofía al derecho lo constituye el ejercicio de pensar, y más que esto, pensar correctamente, lo que se traduce en la ausencia de ambigüedades o contradicciones; en síntesis, pensar no es pensar de cualquier manera, sino de manera ordenada, como ya lo había anunciado Aristóteles. Lo anterior obedece a procesos lógicos de razonamiento que conducen nuestros pensamientos, por lo que la lógica no sería otra cosa que las reglas del buen pensar o del pensar correcto. De otra parte, la filosofía del derecho se ocupa de teorizar sobre un objeto de estudio que es el derecho, con categorías propias de la filosofía.

En esta medida, el jurista no debe desligarse de las preocupaciones propias de la filosofía, sobre todo en lo tocante a aspectos jurídicos, en cuanto contribuye a fundamentar epistemológicamente sus discursos y proferir fallos más equitativos. Kant es el inaugurador de la tradición más conocida como filosofía del derecho. En sentido estricto, indagar por cuestiones como ¿qué es el derecho?, ¿quién es sujeto de derechos?, ¿qué se considera delito?, ¿qué es la dignidad?, ¿debemos respetar y acatar las normas?, o ¿debemos acatar leyes injustas?, son problemas que tienen más sentido pensarlos desde

la filosofía que desde la teoría jurídica, como lo pone de presente Ronald Dworkin.

Los abogados confían mucho en los conceptos relacionados de derecho jurídico y obligación jurídica. Decimos que alguien tiene un derecho y un deber jurídico y tomamos ese enunciado como base firme para presentar demandas e intimaciones [...]. Pero la comprensión que tenemos de tales conceptos es notablemente frágil, y nos vemos en dificultades cuando intentamos decir qué son los derechos y las obligaciones jurídicas. Con sospechosa facilidad, decimos que el hecho de que alguien tenga o no una obligación jurídica se determina aplicando “el derecho” a los hechos particulares de su caso, pero no es una respuesta útil, porque con el concepto de derecho tenemos las mismas dificultades¹.

La definición etimológica del concepto de filosofía, φιλεῖν *fileîn*, “amar” y σοφία *sophia* “sabiduría”, suele entenderse como amor a la sabiduría. Existe una preocupación en la tradición griega y es justamente el reflexionar acerca de principios universales o las primeras casusas o de lo general. La filosofía del derecho aborda un objeto de estudio como el derecho con categorías propias de la filosofía; en sentido estricto, preguntarse por cuestiones como si el derecho es justo, ¿*quid iustum?* son situaciones que tienen más afinidad con la filosofía del derecho, porque no corresponde a lo que se considera en sentido estricto como derecho ¿*quid ius?*, que tendría más proximidad con la teoría jurídica. La filosofía del derecho no se ocupa de los hechos jurídicos, sino de teorizar acerca de un objeto de estudio como en efecto lo es el derecho, a partir de principios generales, como Kant ya lo había anunciado. También se ocupa de la reflexión epistemológica, objeto y método de la ciencia jurídica.

Uno de los esfuerzos quizá mejor logrados por reconstruir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho², es el realizado por Óscar Mejía Quintana. El profesor Mejía afirma que la visión monodisciplinar asumida desde la filosofía del derecho a partir de problemas que le son afines en un sentido práctico, como la legitimidad, la validez y la eficacia, han sido capitalizadas por varias disciplinas que han desdibujado el perfil epistemológico.

De conformidad con lo anterior, la filosofía política ha privilegiado el criterio de legitimidad, a diferencia de la validez que ha sido un referente clásico desde la filosofía jurídica, y finalmente la sociología jurídica ha centrado

1 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 61.

2 Mejía Quintana, Óscar. *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2009.

sus apreciaciones en el concepto de eficacia. Estas visiones disgregadas no le hacen ningún bien a la filosofía del derecho, al ser abordadas de manera aislada; así, por ejemplo, Kelsen advirtió la supremacía del criterio de validez jurídica frente a la eficacia, pero para no dejar completamente escindidos estos dos mundos, reconoció en su versión reformulada de la “Teoría pura del derecho” de 1960 que, para que una norma fuera válida, requería un mínimo de eficacia o legitimidad social.

De otra parte, la legitimidad, de manera unidimensional, queda reducida a la legalidad de los procedimientos jurídico políticos, hecho que conduce a disgregar aún más estos vínculos con el ordenamiento jurídico. Otro tanto puede decirse de la justificación moral que implica el reconocimiento de ciertas normas, este asunto ha sido desarrollado en buena medida por la sociología, que ha desestimado la legitimidad moral del marco jurídico. En la recomposición de este escenario es importante asignarle un estatuto epistemológico a la filosofía del derecho, trabajo que en buena medida ya había emprendido Robert Alexy a partir de su relación triádica de validez que asume en términos de validez jurídica, validez moral y validez social. Al integrar estos tres conceptos, el derecho queda constituido, no solamente de manera interdisciplinaria, sino que de paso se recobra el estatuto ontológico y epistemológico del derecho.

Cabe señalar, cómo Hans Kelsen, en su empeño por darle un estatuto de científicidad a la disciplina jurídica, hace una escisión entre filosofía del derecho, teoría jurídica y sociología jurídica, ruptura que tardará en recomponerse a partir de Hart, Dworkin, Alexy, Rawls y Habermas. Con el primero, se flexibiliza la teoría jurídica al optar por el no reconocimiento del derecho como normas respaldadas por amenazas y replantear los vínculos entre derecho y moral, a partir de un derecho mínimo natural. En relación con este punto, el profesor Óscar Mejía señala lo siguiente:

La estructura epistemológica que se deriva del planteamiento hartiano trifurca la teoría jurídica en tres proyecciones: qué es el derecho, cómo funciona el derecho y qué debe ser el derecho, con lo cual se anticipa el paso cualitativo que la teoría jurídica daría en relación con el conjunto desde la filosofía práctica contemporánea que queda anclada en la perspectiva monoproblemática de sus disciplinas particulares³.

³ Ibíd., p. 32

Las implicaciones que esto conlleva se traducen en que, desde la teoría jurídica se abordan los problemas de legitimidad y eficacia, a diferencia de Robert Alexy que va a poner de presente que la validez no es solamente jurídica, sino social y moral. De otra parte, Dworkin asume una postura que media entre estos dos órdenes, al reconocer que el derecho incorpora ciertos principios morales de una sociedad; pone de presente, además, que a la teoría jurídica le atanen problemas relacionados con los principios y valores morales, asuntos que se resuelven mejor desde una filosofía del derecho, antes que desde una teoría jurídica. Esta presentación tiene el inconveniente de no contribuir a establecer una demarcación entre estos dos órdenes, por lo que se desdibuja el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho y la teoría jurídica ya que en algunas situaciones se suelen tomar como sinónimos.

Con Rawls se revitaliza la filosofía moral, política y jurídica, a partir de sus dos obras esenciales, *Teoría de la justicia* y *Liberalismo político*. Los recursos simplificadores son importantes para entender los tres momentos que constituyen esta ligazón; la gramática moral basada en el consenso corresponde al primero; el segundo momento vincula lo político, en tanto que el tercero está signado por las eticidades contextuales.

Así, la legitimidad moral le otorga a su vez legitimidad política y jurídica, en tanto que lo sujeto a deliberación en los espacios públicos, debe hacer tránsito a las instituciones, encargadas de incorporar los principios de justicia, que promueven la distribución de cargas y beneficios. El no reconocimiento de estos principios puede dar lugar a dos figuras que de paso se habilitan con Rawls, como son la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Finalmente, al refrendar los procesos legislativos en valores situados o contextuales, legitima no solo los procedimientos políticos, sino que los dota de legitimidad moral y eficacia social.

De otra parte, Habermas retoma los senderos de la teoría política clásica en torno a los problemas relacionados con la legitimidad y legalidad, asuntos recurrentes en autores que han colonizado espacios no solo en teoría política, sino en el ámbito jurídico; así, para Hobbes son complementarias o tautológicas, en tanto que para Luhman, la legalidad es el vehículo mediante el cual un régimen se autopoiética o autorreproduce. Habermas supera estos modelos de legitimación mediante el reconocimiento de las normas, a diferencia de la legalidad fundada en procedimientos éticos y políticos.

La legitimación legal racional está relacionada con el Estado de derecho –en el que priman intereses de validez– a diferencia del Estado democrático de derecho que se centra en asuntos de legitimación. Habermas reconoce

que la juridización de la sociedad ha invadido la sociedad en general, de donde surge la afirmación de que “el derecho ha colonizado el mundo de la vida”, al reconocer que esto no es simplemente dominación, sino que puede ser un instrumento por esencia creador de democracia en tanto asume el compromiso de defender los derechos, además de ser un elemento transformador de los intereses de la sociedad civil.

En este punto juega un papel decisivo el derecho, puesto que es el resultado del diálogo y la acción comunicativa presentada en el ámbito de lo público. Esta particularidad contribuye a fortalecer el Estado social de derecho, en la medida que posibilita elevar a rango constitucional lo que la sociedad contempla como normas altamente deseables. Para Habermas son legítimas las normas sustentadas en principios discursivos, en tanto resultado de un proceso consensualizado; en esta medida, puede decirse que son legítimas, lo que contribuye de paso a que el derecho se convierta en mecanismo de integración social.

Este cambio paradigmático se ha hecho visible en el reconocimiento de derechos en materia de género, derecho a la igualdad, así como el reconocimiento de culturas minoritarias, entre otros aspectos, gracias al papel que asumen los jueces como sumos intérpretes de la Constitución. Sumado a lo anterior, la recepción de las tradiciones iusfilosóficas y los aportes provenientes del neoconstitucionalismo, han posibilitado este cambio, al igual que el reconocimiento del precedente judicial, considerado como vinculante y fuente de derecho. Con esta creación, la jurisprudencia adquiere un carácter vinculante, este hecho posibilita la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Los derechos son un constructo social y atributo de los sujetos en relación con el Estado social de derecho, y exigencias que han pasado por procesos deliberativos que los Estados reconocen como válidos. La ética discursiva es un acuerdo para llegar a constituir un derecho de mínimos con vocación jurídica, orientados a promover la tolerancia e incluir el punto de vista diverso. El mejor desarrollo de esta iniciativa debe verse reflejada en una Constitución, en la que lo primordial no es esta en sí misma, sino los principios de justicia que deben orientarla, en tanto se parte de reconocer que los ciudadanos comparten unas aspiraciones, y la vía más expedita para esta legitimación discursiva no es otra que el reconocimiento universal.

El reconocimiento de los derechos fundamentales a partir del activismo judicial, ha contribuido de manera especial al desarrollo de espacios democráticos, en donde el poder constituyente juega un papel protagónico

en cuanto legitima los espacios democráticos participativos de la sociedad civil; de ahí que las iniciativas que surgen en el ejercicio de la razón pública, adquieran el estatus de validez jurídica, cuando el Estado reconoce que las pretensiones que surgen en los espacios públicos de deliberación, son aspiraciones de la sociedad civil, altamente deseables.

De conformidad con lo expuesto, esta presentación se inscribe en clave reconstructiva, en el sentido de articular la validez, la eficacia y la legitimidad, en un esfuerzo por restaurarle a la filosofía su sentido práctico como ya lo había planteado Kant en su momento. En la actualidad, esta línea de continuidad ha sido desarrollada por autores como Hart, Dworkin, Rawls, Habermas y Robert Alexy, entre otros, lo que ha posibilitado el desarrollo de un activismo judicial progresista en Colombia.

El módulo que servirá de orientación para la formación de jueces, juezas, magistrados, magistradas, empleados y empleadas de la Rama Judicial, interesados en fortalecer el desarrollo de sus habilidades y competencias propias del ejercicio laboral, pretende mejorar la calidad de los y las administradoras de justicia, a partir de las reflexiones consagradas en torno a los problemas capitales de la filosofía del derecho, en las tradiciones clásica y contemporánea.

Para lograr este cometido, una de las características que lo definen es su presentación en clave hermenéutica reconstructiva, enfatizando en los órdenes de validez, eficacia y legitimidad, en un esfuerzo por reconstruir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho que ha creado una escisión entre estos mundos, en el que Kelsen es en buena medida responsable, asunto que ha tardado en recomponerse.

Para facilitar el nivel de comprensión, se ha propuesto exemplificar algunos casos tomados de la realidad colombiana que servirán de apoyo a los contenidos teóricos. La filosofía del derecho no es un mero discurso teórico como muchos suelen creer, sino que pragmáticamente se desarrolla en contextos geopolíticos determinados a partir del desarrollo jurisprudencial; de ahí que las sentencias analizadas e incorporadas en cada una de las unidades constituyen un referente práctico de acción en donde pueden verse diversas maneras de concebir y fundamentar las decisiones judiciales. Esta parte reviste un especial interés, por cuanto constituye el soporte fáctico de una reflexión que orienta los principios de acción judicial.

En esta medida, el sentido hermenéutico se plasma en el desarrollo jurisprudencial incorporado en cada una de las unidades, en donde se visibiliza su facticidad en casos emblemáticos en Colombia. Los fallos

emitidos por la Corte Constitucional crean un espectro de posibilidades acerca de cómo se han proferido estos, atendiendo a una u otra tradición filosófica. Estas decisiones reflejan un imaginario social acerca de los fallos exitosos frente a aquellos que no lo fueron, útiles sobre todo para las personas o grupos que piensan formular en un futuro acciones de tutela u otros mecanismos en defensa de sus derechos.

Estas providencias, además de constituirse en un antecedente –debido a la trascendencia de los mismos– sirven para resolver casos análogos, los que reflejan en buena medida el sentir hermenéutico de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones, en los casos sometidos a su consideración. En un Estado social de derecho, la jurisprudencia se constituye en fuente de derecho que orienta las decisiones de los órganos de justicia, en tanto los jueces y juezas en sus decisiones frente a casos análogos, crean un precedente judicial que se convierte en la ratio decidendi o argumentos de peso, como se evidencia en la sentencia C-634/2011, o la Ley 1437 de ese mismo año.

Los criterios de formación impartidos por la Escuela Judicial se plasman mediante una serie de actividades y problemas expuestos en cada una de las unidades, de conformidad con el sistema pedagógico que orienta estos procesos. En esta medida, se espera que los discentes, al apropiarse de los contenidos presentados, desarrollem habilidades y destrezas en sus campos de actividad que posibiliten la resolución de conflictos de la manera más justa y equitativa, así como el cultivo de la virtud para administrar justicia con autonomía e independencia, utilizando para ello un cuerpo teórico de conocimientos que forman parte del canon iusfilosófico, expuesto en el presente módulo.

Se espera, de igual manera, que quienes de manera responsable y disciplinada asuman el compromiso de tomar los contenidos presentados, desarrollen las competencias cognitivas, como utilizar de manera pertinente y adecuada los conceptos, teorías y lenguaje propio de determinadas corrientes de pensamiento filosófico, en los contextos propios de su ejercicio laboral. Muy ligada a la anterior, se encuentran las comunicativas, que se traducen en un nivel de comprensión del lenguaje propio de las disciplinas abordadas, para hacerlo extensivo a las relaciones sociales en general, que le permiten ocupar un espacio destacado en la comunidad y un éxito en el ejercicio laboral.

De otra parte, las argumentativas posibilitan a los discentes a hacer uso de argumentos, válidos, correctos y adecuados a los diferentes fines y contextos; las hermenéuticas les proporcionan los elementos de juicio para

saber elegir las mejores alternativas cuando se trata de analizar e interpretar textos iusfilosóficos, jurisprudenciales y doctrinales, con el fin de aplicar a casos particulares; las propositivas, posibilitan la creación de alternativas de aplicación frente a casos difíciles como los señalados por Hart y Dworkin, ya que correspondan al ejercicio de su profesión.

Las competencias axiológicas permiten estimar la experiencia en el aspecto sociocultural que rodea su contexto, por lo que la formación en valores es vital para asumir compromisos frente a los demás, como el hecho de privilegiar la dignidad humana y el sentido de solidaridad como valores esenciales, con el propósito de construir el desarrollo de una sociedad más justa y equitativa posible, basada en consensos, como lo proponen Rawls y Habermas, autores privilegiados en esta presentación. Finalmente, las competencias laborales fortalecen el conocimiento profesional en el campo interdisciplinario, para afrontar los retos presentados en el ejercicio de su profesión.

Esta aproximación sistémica e integral de la formación impartida por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” procura integrar un conjunto de saberes que forman parte del módulo de Filosofía del derecho, desarrollado de manera presencial y virtual. Lo anterior corresponde con la apropiación y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información que promueven niveles de autoaprendizaje autodirigido y semipresencial. Estas nuevas dinámicas apoyadas en el uso de las TIC, y en especial las tecnologías de información B-learning, no son extrañas a los jueces, juezas, magistrados y magistradas, en donde se reconoce que el discente es un agente activo en el proceso de construcción del conocimiento.

La aplicación de estas tecnologías promueve un mejoramiento de la administración de justicia, en cuanto a partir de casos concretos y análogos, resuelve asuntos mediante la aplicación de criterios, que no solo forman parte de su formación como jurista, sino que puede ampliar sus conocimientos a partir de estrategias de interacción de estudios de casos, foros y tutorías presenciales y virtuales, entre otras.

La autonomía e independencia de los jueces son privilegiadas en la Rama Judicial, no por tener en sí un alcance constitucional, sino en cuanto se relacionan de manera directa con la misión institucional y el derecho de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia. Estos principios expuestos en los casos que son de su conocimiento, serán resueltos de manera imparcial, interpretando debidamente las normas que, como es de esperarse,

sean las más justas y equitativas posibles, al ser inscritas sus reflexiones en un cuerpo teórico de conocimientos que fundamentan sus decisiones.

Lo anterior, forma parte de la agenda permanente propuesta por la Rama Judicial, además por sus consideraciones en torno a la diversidad, entendida como una característica inherente a las culturas y el reconocimiento de una sociedad multicultural que se evidencia en la coexistencia de visiones de mundo omnicomprensivas que le dan sentido a una idea de nación; estos valores privilegiados contribuyen a eliminar toda forma de discriminación y a exaltar en grado sumo el sentido de la dignidad humana, en correspondencia con un Estado social de derecho.

Cabe señalar además que en el diseño del presente módulo se tuvieron en cuenta los aportes realizados por los funcionarios y funcionarias, jueces y juezas, a partir de la realización del taller de identificación de necesidades donde fueron tenidos en cuenta sus aportes, en consonancia con las exigencias pedagógicas de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. En esta medida, se da cumplimiento no solo a la identificación de necesidades en el taller de diagnóstico, sino al Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial, que contribuye al mejoramiento de la calidad de los servicios y a la modernización de los contenidos presentados de manera virtual y física.

Finalmente, se advierte que, en aras de un rigor metodológico y claridad expositiva, se optó por inducir la presentación de cada unidad mediante un texto introductorio en donde se presentan las reflexiones básicas de la discusión a seguir, como también las preguntas orientadoras que guiarán la discusión en cada acápite. Al final de cada unidad se presentan las conclusiones más importantes, como propedéutica para vincular las reflexiones que preceden, de tal manera que facilite a los lectores un mayor nivel de comprensión, desarrollo y conceptualización acerca de lo planteado.

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR

Filósofo egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista y Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Magíster en Historia, Universidad Javeriana. Doctor en Estudios políticos, Universidad Externado de Colombia. Investigador con publicaciones realizadas en diversos ámbitos como el filosófico, jurídico, histórico y sociológico. Director del grupo de investigación en “Filosofía Política”, reconocido y categorizado en “B” 2017. Col 0014396.

El ejercicio investigativo en el campo de la filosofía del derecho, la filosofía política y la sociología jurídica, han ocupado buena parte de las preocupaciones intelectuales de los años de ejercicio docente e investigativo.

Cuenta con artículos en revistas especializadas, además de tener experiencia como editor de textos y revistas, entre ellas la Revista Colombiana de Filosofía *Sin Fundamento*, órgano de difusión de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre, sede Bogotá. E-mail: eliascastroblanco@gmail.com

JUSTIFICACIÓN

Con la creación de la Corte Constitucional en 1991 se visibilizan las decisiones de los jueces, juezas, magistrados y magistradas, no solo en el ámbito académico, sino jurídico, en virtud de los principios constitucionales expresados en la Carta Magna; de ahí que las decisiones que incorporan un sentido de justicia, sustentadas en autores o tradiciones propias de la filosofía del derecho, contribuyen a crear un mayor nivel de comprensión de los principios jurídicos.

Este paradigma más conocido en Colombia como activismo judicial, tiene su génesis en la Constitución Política de 1991, en donde se inaugura una nueva etapa con los pronunciamientos de la Corte Constitucional que sigue siendo objeto de análisis. Estas reivindicaciones políticas y sociales se plasman en fallos que reconocen la existencia de libertades políticas y económicas, protección a la vida y los derechos humanos. El activismo judicial se nutre a partir de nuevas corrientes filosóficas y jurídicas provenientes de diversas tradiciones, en donde se evidencia un esfuerzo inusitado por reconocer propuestas incluyentes de culturas minoritarias.

Celebramos que, en buena medida, las Altas Cortes incorporen en sus principios, contribuciones de los más importantes representantes de la tradición filosófica, política, sociológica y jurídica contemporáneas, que contribuyen a generar espacios de comprensión, análisis y difusión del pensamiento jurídico en Colombia. Este activismo judicial progresista ha tenido un desarrollo notorio a partir de la promulgación de la nueva Carta Política.

La importancia que representa la actividad judicial en un Estado social de derecho, ajustado las necesidades de la sociedad colombiana, tiene un impacto notorio no solo en la cultura jurídica, sino en la sociedad en general, en cuanto contribuye de manera especial a la configuración del Estado social de derecho. La Corte Constitucional mediante sus pronunciamientos ha contribuido no solo a enriquecer el debate iusteórico, en cuanto visibiliza los aportes provenientes de diversas tradiciones, sino que ha hecho énfasis en los fundamentos epistemológicos que sustentan sus providencias.

En esta medida, el derecho recoge las iniciativas que se debaten en el ámbito de la sociedad civil, ya que a partir de un proceso de interacción ciudadana se configuran en un plexo de libertades. En estas dinámicas,

surcadas por nuevas subjetividades y estrategias de acción, el papel de los jueces es esencial, en cuanto contribuye a generar una idea de derecho más emancipador, lo que de paso contribuye a plasmar el ideal de un Estado democrático de derecho.

En virtud de lo anterior, el diseño de este módulo está orientado a reconocer y recrear la importancia del ejercicio de la actividad judicial, abierto a las nuevas corrientes del pensamiento contemporáneo y valorar la importancia que asumen las instituciones jurídicas, de conformidad con las nuevas dinámicas de las sociedades modernas. Para dar cumplimiento a lo expuesto, se privilegia en esta presentación los vínculos existentes entre la filosofía, la filosofía del derecho, la sociología jurídica y la teoría jurídica, con el fin de armonizar estos campos que han estado escindidos y han desdibujado el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho.

Así, el presente módulo se expone de conformidad con las exigencias del Modelo Pedagógico y Diseño Curricular de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista. Con el desarrollo de los contenidos de cada una de las unidades, se espera que las decisiones judiciales de los operadores jurídicos se fortalezcan, al igual que los fundamentos conceptuales que acompañan las providencias.

La transformación de la cultura jurídica ha contado en las últimas décadas con teóricos de gran valía, lo que ha posibilitado, a partir de nuevas miradas, construir un estatuto epistemológico de la teoría jurídica y la filosofía del derecho. En este marco de formación impartida por la Escuela Judicial, abierta a los nuevos cambios que permean la cultura jurídica colombiana, se presenta este módulo de formación, con el que se espera contribuir al desarrollo de habilidades y competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales, procuradores y procuradoras, quienes requieren un proceso constante de formación.

Finalmente, se espera que los contenidos teóricos y conceptuales, así como los ámbitos de aplicación jurídica sean lo suficientemente comprensibles, de tal manera que contribuyan a potenciar el desempeño de los funcionarios de la Rama Judicial y promuevan la transformación de las prácticas jurídicas, según las exigencias de los nuevos tiempos.

RESUMEN DEL MÓDULO

Las unidades expuestas en el presente módulo tienen la pretensión de reflexionar acerca del quehacer jurídico y filosófico nacional, orientado a la recepción, desarrollo y divulgación de teorías y corrientes de pensamiento, en las que se vislumbra la configuración de un nuevo orden jurídico basado en principios razonables, de tal manera que propendan por la búsqueda de soluciones a los problemas que aquejan a la sociedad actual.

En esta clave reconstructiva se inscribe el presente módulo de Filosofía del Derecho, enfatizando los autores más relevantes que han posibilitado desde sus aportes teóricos y conceptuales una visión integradora del derecho, la filosofía, la política y la filosofía moral, con el propósito de brindar un mayor nivel de desempeño de jueces, juezas, magistrados y magistradas, empleados y empleadas de la Rama Judicial.

Tomar como punto de partida la teoría del derecho natural clásico no implica presuponer que los griegos ya tenían una idea de lo que hoy denominamos derechos; simplemente se aspira a presentar una breve exégesis de algunas reflexiones relacionadas con la justicia, el poder, igualdad o desigualdad de la naturaleza humana, como puntos de articulación para entender la naturaleza de estos en la actualidad.

La segunda unidad se ocupa de hacer la presentación del positivismo metodológico de Hans Kelsen, un autor que tiene un merecido lugar en la tradición jurídica, en su empeño por dotar a esta disciplina de rigurosidad y científicidad. Cuando Kelsen se refiere al derecho como ciencia, aduce que este objeto de estudio se puede tratar con tanto rigor como el físico o el biólogo lo harían con un objeto de estudio particular, pero no consideró que la ciencia jurídica es ciencia, en sentido estricto. Para darle ese estatuto de rigurosidad, separa el derecho de la política, de la moral, de la ideología, la sociología y demás disciplinas. Al asumir esta postura lo lleva a tomar distancia de Savigny por su arraigo sociológico, cuando afirma que el derecho surge de las comunidades y el legislador debe atender a la tradición de los pueblos.

La tercera unidad está dedicada a presentar de manera conjunta dos autores consagrados clásicos en la tradición iusfilosófica actual, como son Herber Hart y Ronald Dworkin. Este último encuentra en un interlocutor como Hart, el blanco ideal para formular sus críticas, en especial, por su concepción del derecho basado en un sistema de reglas y la discrecionalidad

dada a los jueces para crear derecho. Las réplicas de aquel no tardaron en ser conocidas, este hecho que ha dado lugar a un acalorado debate que sigue suscitando las más variadas reflexiones en la actualidad, no solo por parte de la comunidad jurídica, sino de filósofos del derecho, sociólogos y polítólogos, entre otros. Así surge una de las controversias más acaloradas en torno a esta disputa, difundida en el ámbito académico como el debate Hart-Dworkin.

La cuarta unidad está dedicada a uno de los autores considerados canónicos en la tradición iusfilosófica contemporánea, sobre la cual la historia ya ha dado su veredicto. Este pensador es John Rawls, quien rehabilita no solo la filosofía política, sino la filosofía jurídica y la filosofía moral. En la presentación de “Teoría de la justicia” apela a unos recursos simplificadores, de donde surgen los derechos, derivados de los principios de justicia. El punto de partida rawlsiano es la posición original donde no se tienen en cuenta las necesidades, aunque las astucias pueden tener un papel significativo.

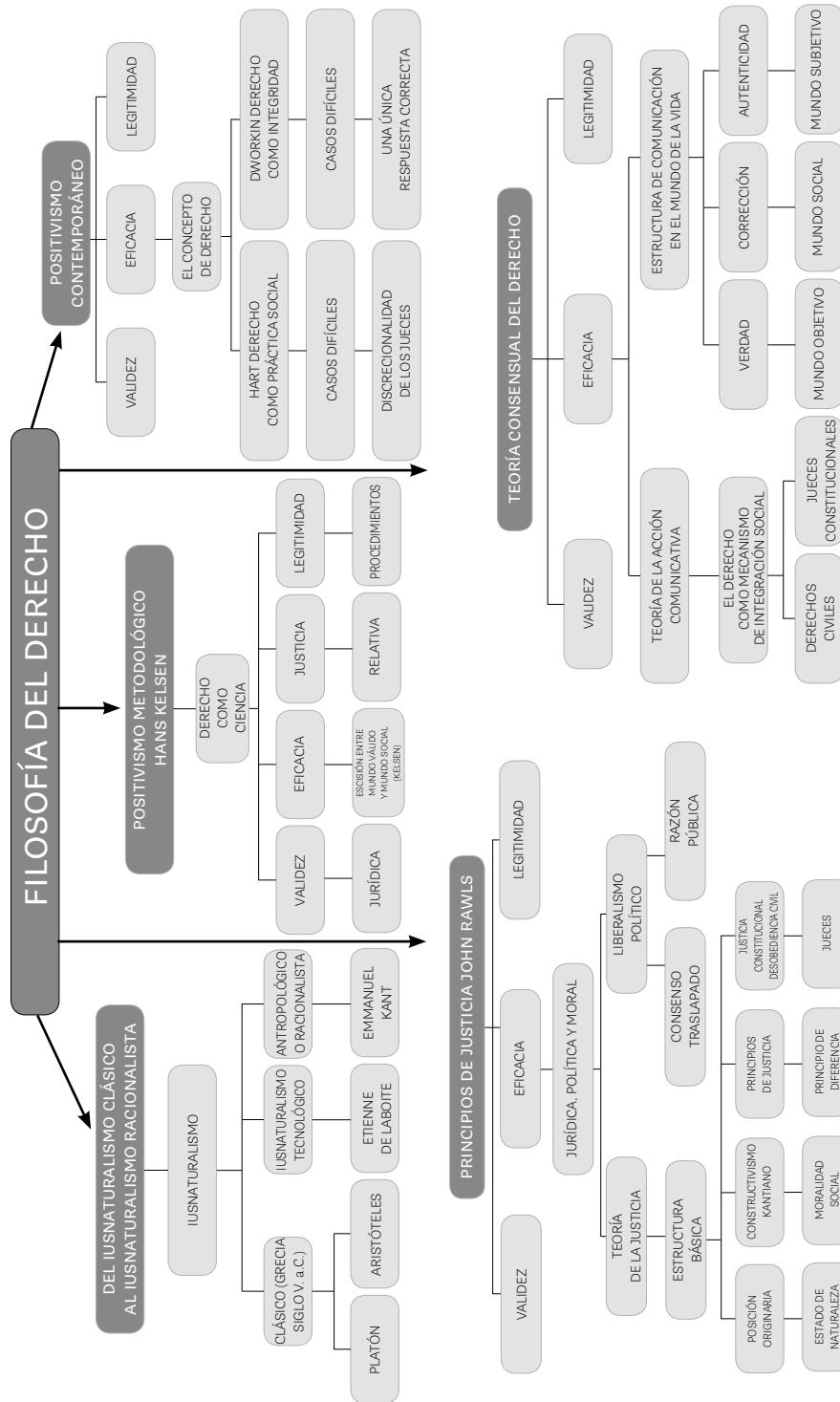
Este contrato hipotético es un recurso importante para alcanzar los acuerdos aceptados por quienes intervienen en el proceso, estos deben partir de un presupuesto como el de garantizar la igualdad y libertad de los intervenientes. Los ciudadanos o agentes políticos se encuentran metafóricamente cubiertos por el velo de la ignorancia, recurso mediante el cual se abstraen de las contingencias históricas; es una forma de garantizar la justicia de los principios, si se parte de considerar que la búsqueda de imparcialidad es un recurso metodológico para garantizar la obtención de estos, a partir de un orden lexicográfico previamente elegido.

Por último, la quinta unidad se ocupa de reflexionar acerca de otro autor emblemático como Jürgen Habermas, quien vuelve por los senderos trazados por Hobbes, en un esfuerzo por repensar el sentido de legitimidad, validez y eficacia de los procedimientos. En esta medida, la legitimidad se configura con base en acuerdos que surgen de procesos deliberativos, en donde el procedimiento democrático de producción normativa se encuentra en correspondencia con las aspiraciones del bien común o bienestar general.

Así, queda conectada la filosofía práctica a la manera kantiana, en el sentido de articular la legitimidad política, validez jurídica y eficacia social, en términos procedimentales y deliberativos, lo que posibilita la construcción del derecho, de donde surge la democracia como una tensión existente entre facticidad y validez. El derecho opera como “correa de transmisión” entre sociedad y Estado social de derecho, es decir, democracia deliberativa, lo que posibilita que el derecho se convierta en un integrador social de doble vía que va del mundo de lo fáctico al mundo de lo válido.

Este giro jurídico se advierte con la publicación de “Factividad y validez”, en el que señala Habermas que los principios de un Estado democrático se validan en la asamblea y se encuentran a la vez articulados al derecho y la política, entendida esta última como procedimiento. En el ámbito de lo público es donde se debaten los aspectos concernientes al orden social, los que finalmente son recogidos por el derecho y elevados a rango constitucional. Puede decirse que las decisiones que surgen de ese espacio deliberativo son buenas y justas, si son extensivas a todos los ciudadanos. Así resuelve Habermas la tensión entre facticidad y validez, a partir de la legitimidad política de los procedimientos democráticos, justificados moralmente en los espacios de opinión y formación de la voluntad pública política.

Mapa conceptual n.º 1 Esquema general del módulo en Filosofía del Derecho. Elaboración propia.



OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

- Reconocer la importancia que han tenido las diversas corrientes iusfilosóficas y su incidencia en las prácticas judiciales en Colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Señalar el tránsito del iusnaturalismo teológico al iusnaturalismo antropológico o racionalista, con el fin de valorar los aportes de estas tradiciones en la configuración moderna de una idea de derechos.

- Identificar los postulados más importantes del positivismo metodológico de Hans Kelsen y su esfuerzo por darle un estatus de rigurosidad al derecho.

- Valorar la importancia que han tenido las tradiciones jurídicas del positivismo contemporáneo de las versiones de Herber Hart y Ronald Dworkin en la tradición jurídica colombiana, y reconocer su incidencia en la resolución de casos difíciles.

- Reconocer los principios de justicia expuestos por Rawls y su incidencia en el papel de los jueces constitucionales, con el propósito de proferir decisiones en equidad.

- Examinar la concepción habermasiana del derecho en términos consensuales, para reconocer en ella el poder emancipatorio, como superación del modelo clásico marxista.

Unidad 1

JUSTICIA Y LEY EN LA ANTIGÜEDAD. DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO AL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo General</i></p> <p>Señalar el tránsito del iusnaturalismo teológico al iusnaturalismo antropológico o racionalista, con el fin de valorar los aportes de estas tradiciones en la configuración moderna de derechos.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivo Específico</i></p> <p>Valorar la importancia de las reflexiones en torno a los griegos acerca del concepto de derecho, justicia y ley, para señalar la trascendencia de estos en la tradición filosófica y jurídica contemporánea.</p> <p>Mostrar la relevancia que han tenido las deliberaciones en torno al iusnaturalismo racionalista, concepciones que han posibilitado una idea de derechos en la modernidad.</p>

Mapa conceptual n.º 2. Del iusnaturalismo clásico al iusnaturalismo racionalista. Elaboración propia.



<i>Co</i>	<p><i>Contenido</i></p> <p>1. JUSTICIA Y LEY EN LA ANTIGÜEDAD. DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO AL IUSNATURALISMO RACIONALISTA</p> <p>PRESENTACIÓN</p> <p>1.1. TEORÍA DEL DERECHO NATURAL CLÁSICO</p> <p>1.1.1. Justicia como virtud en Platón</p> <p>1.1.2. Justicia como equidad en Aristóteles</p> <p>1.2. IUSNATURALISMO TEOLÓGICO</p> <p>1.2.1. Pico Della Mirandola</p> <p>1.3. IUSNATURALISMO ANTROPOLÓGICO</p> <p>1.3.1. Dignidad y autonomía moral kantiana</p> <p>CONCLUSIONES</p>
-----------	--

INTRODUCCIÓN

El sentido de justicia adquiere una importancia de primer orden para pensadores como Platón y Aristóteles, en cuanto representa una virtud o valor fundamental. Por estos avances en materia de orden jurídico, Atenas fue considerada la cuna de la democracia, término que la modernidad ha tomado en préstamo y revitalizado a partir de una idea de derechos, y exaltado el goce apacible de las libertades individuales que los griegos no conocieron.

Examinar la naturaleza de los derechos implica aclarar el sentido de esta expresión en función de las siguientes consideraciones: ¿son los derechos asuntos concernientes a la naturaleza o la cultura?, ¿existen derechos en la naturaleza?, en sentido estricto ¿qué es naturaleza?, ¿qué significa la expresión, derechos naturales? Estas serán las preguntas orientadoras que formarán parte de la discusión expuesta en esta unidad, partiendo de una reflexión iusnaturalista clásica, ligada a las concepciones de igualdad y desigualdad de la naturaleza humana.

La intencionalidad de empezar por este tema en función de la cultura griega, está relacionada con que el ejercicio del poder está unido a asuntos como el vivir en comunidad, de donde surge la inquietud por ¿cómo limitar el poder y en función de qué?, ¿bajo qué propósitos? El problema no radica en el poder en sí mismo, sino en cómo fijarle límites, puesto que en cada nicho de convivencia social este aflora. De conformidad con lo anterior, tiene sentido preguntar cómo limitar el poder y en función de qué, y bajo qué propósitos.

Para dar cuenta de lo anterior, se ha estructurado la siguiente presentación: inicialmente se hará una breve exposición crítica acerca de las reflexiones que plantearon los sofistas sobre asuntos políticos en torno a la justicia y su relación con el derecho. El punto de partida en este contexto lo constituye la siguiente pregunta: ¿la naturaleza hizo iguales a los hombres? Es de considerar que aquí reside la gran aporía del iusnaturalismo clásico sustentada en la dualidad *physis* (φύσις) y *nomos* (νόμος), respaldada a su vez por dos personajes que derivan consideraciones distintas en función de lo que consideran igual o desigual.

De ahí que sea una reflexión obligada volver a los sofistas para advertir estas posturas, por ejemplo, si la justicia tiene un fundamento natural, o si lo que es justo por ley (derecho positivo) es también justo por naturaleza. Las expresiones *physis* (φύσις) y *nomos* (νόμος) reflejan la idea de “naturaleza” para el primer término, y “costumbre, uso o ley” para el segundo. En Grecia, donde coexistieron instituciones como la esclavitud y la política, la reflexión inicial consistió en dilucidar si estas surgen por mandato divino o por necesidad natural, es decir, por nomos o convención social.

Posteriormente, se hará una breve exposición acerca de una concepción moderna como el sentido de dignidad humana para llegar al constructo de persona en la modernidad, incorporado por demás en algunas constituciones modernas. Pico Della Mirandola fue uno de los primeros pensadores en reflexionar acerca del concepto de dignidad humana, a pesar de haber sido opacado en diversos momentos como resultado de la intolerancia de los hombres; posteriormente, Étienne de la Boétie teorizó acerca de la servidumbre voluntaria como lo opuesto a una idea de dignidad que, junto con su antecesor, se erigen como uno de los pilares básicos que han hecho posible hablar en la actualidad de derechos. Este legado ha sido recogido por Kant al proponer que el hombre es un fin en sí mismo, dotado de razón y libertad para obrar según proyectos racionales de vida; tuvo el mérito, además de hacer el tránsito de una concepción de dignidad basada en una connotación teológica a una acepción de dignidad en clave política.

1.1 TEORÍA DEL DERECHO NATURAL CLÁSICO

Una de las reflexiones más antiguas en Grecia, relacionadas con la justicia la encontramos en los sofistas; tal vez por sus posturas escépticas tanto en lo moral como en lo político, no suelen ser considerados en sentido estricto una doctrina, sino un movimiento, pero se les abona el hecho de haber llamado la atención en torno a temas que involucran el sentido de lo humano, como lo relacionado con los órdenes político y moral. Para los sofistas, solo existe una opinión mudable de los individuos y, por consiguiente, no es posible concebir una verdadera ciencia; de la misma manera, al negar toda verdad objetiva, no admiten la idea de que pueda existir en sentido estricto una justicia absoluta. De ahí que el derecho constituya una opinión variable, que además es la expresión del arbitrio y la fuerza. “Justo es –dice Trasímaco– aquello que place al más poderoso”⁴.

Las inquietudes que plantearon los sofistas sobre asuntos políticos en torno a la justicia⁵, tuvieron unos alcances fuera de toda sospecha: cuestionaron

4 “Entonces, Sócrates, la injusticia generalizada es más fuerte, libre y algo superior que la injusticia y, como decía al principio, es el interés del más fuerte lo que es justo, mientras que lo injusto es lo que beneficia al hombre mismo y es para su beneficio”. (οὗτως, ὁ Σωκράτες, καὶ ἰσχυρότερον καὶ ἐλευθεριώτερον καὶ δεσποτικώτερον ἀδίκια δικαιοσύνης ἔστιν ἵκανώς γιγνομένη, καὶ ὅπερ εἴς ἀρχῆς ἔλεγον, τὸ μὲν τὸν κρείττονος συμφέρον τὸ δίκαιον τυγχάνει ὄν, τὸ δὲ ἀδίκιον ἑαυτῷ λυσιτελοῦν τε καὶ συμφέρον. Platón. Obras completas. Vol. IV. *La República*. Madrid: Gredos, 2003, p. 346).

5 Uno de los autores clásicos que amerita ser ubicado dentro de una tradición iusnaturalista es Aristóteles, por su consideración de que el bien común proporciona felicidad entre los miembros. El sentido de justicia expresado en *Ética a Nicómaco* es un buen ejemplo de ello, al considerar que las virtudes éticas e intelectuales son modelos ejemplarizantes, siendo la mayor de todas ellas la justicia, plasmada en el derecho positivo. Justicia distributiva en estos términos es equivalente a distribución de méritos. Ahora bien, si la sociedad griega reclama la igualdad, ¿cómo puede darse esta entre virtuosos cuando es notorio que se dio una marcada distinción entre grupos sociales? La salida no es otra que apelar al derecho positivo y la justicia de los contratos (justicia reparativa) para obrar en equidad, de tal manera que cuando el derecho positivo

por ejemplo si la justicia tiene un fundamento natural, de si aquello que es justo por ley, o como decimos en la actualidad “derecho positivo”, es también justo por naturaleza. Posteriormente, estas reflexiones fueron objeto de estudio en pensadores como Platón y Aristóteles, desarrolladas luego en la Edad Media y la modernidad. Los dos primeros libros de *La república* en los que Platón hace referencia al valor de la justicia, se encuentran articulados al papel que esta representa en la consecución de la felicidad. Como bien lo reitera el autor, el hecho mismo de preguntarse por la manera cómo se vive, implica responder por la forma más habilidosa de alcanzar la felicidad. Así, la justicia se concibe no como un valor instrumental, sino buena en sí misma en función de un bien.

En este sentido, está expuesta la idea de politeia (politeia) asociada a vivir en comunidad o convivencia con otros. El concepto de sociedad es indisociable de hombre o vida política, en consecuencia, la politeia no es una opción sino una forma de desarrollar la vida, equivalente en este sentido a *dínamis* (δύναμις). Como lo señala Guthrie⁶ –uno de los autores más versados en la antigüedad clásica– en la antítesis planteada en los griegos acerca de *physis* (φύσις) y *nomos* (νόμος), puede advertirse consideraciones tanto de orden moral como político. Así, la polis promueve el desarrollo de la vida en comunidad, en tanto que sin ley no hay sociedad, pues esta requiere alcanzar la justicia, la que a su vez se convierte en una exigencia para que la vida y la sociedad sean lo mejor posible.

Como no toda comunidad constituye una polis, es necesario configurar un tipo de sociedad más perfecta que sea capaz de abarcar otros tipos de organización que por su misma naturaleza no son autosuficientes (tribu, clan, gens, fratría). La polis es el tipo de organización que subsume las anteriores y el más digno ejemplo de vida comunitaria. La teoría de la esclavitud en Aristóteles se encuentra inserta en la teoría económica como una manera de legitimar la propiedad, basada en un recurso simplificador como el hecho de caracterizar ciertos roles en la sociedad, por ejemplo, la necesidad jerárquica de estar unos llamados a gobernar y otros a ser mandados. En esta medida, justicia es obrar de conformidad con estos preceptos, e injusticia contradecir los mandatos de la naturaleza.

1.1.1. JUSTICIA COMO VIRTUD EN PLATÓN

La idea de justicia es una necesidad, pero a la vez es un problema (ver libro I de *La República*): en el primer caso, se nos presenta la idea de justicia en relación con la ley; en el segundo, la idea de virtud (ἀρετή), junto a la

se equivoca o queda vulnerado el sentido de la justicia, se apela a la equidad, cuyo fundamento reside en el derecho natural o las virtudes.

6 Guthrie, W. K. *Historia de la filosofía griega*. T. III. Traducción de Joaquín Rodríguez Feo. Madrid: Editorial Gredos. 1988, p. 38.

idea de belleza y bien (*καλοκαγαθία*), como la máxima bajo la cual se deriva un proyecto ético, articulado a lo social. Este rigorismo moral es expuesto por Sócrates en algunos de los Diálogos escritos por su discípulo Platón, en donde retoma además la idea de si padecer un daño es mejor que producirlo. Como otros tantos diálogos, la idea de cosmos es reducida a la de *polis*; en otros términos, la existencia de la unidad se expresa en la multiplicidad.

Los textos más representativos donde pueden ser analizadas las propuestas políticas de Platón, son *La República* y *Sobre las leyes*,⁷ aparte de otros de sus diálogos como el Protágoras, Critón y El Político. Para este autor, el Estado es un organismo que encarna en sí mismo la perfecta unidad, es un todo formado por individuos e integrado por varios órganos que en conjunto hacen posible la vida en comunidad, donde el concepto de justicia es la expresión más elevada del Estado. La justicia es la virtud por excelencia, en cuanto es una relación armónica entre varias partes; del mismo modo, esta exige que cada cual forme parte de aquello que le corresponde, no como algo aislado de la ley sino manteniéndose fiel a ella.

En el pensamiento clásico, la idea de ley y vida social son indisociables, es decir, no se puede concebir la vida política sin referencia a la ley, puesto que la política es la diferencia pensada en términos de proyectos comunes. Una de las aporías presentadas consiste en conciliar la pluralidad y la diferencia bajo el bien común, asunto que se resuelve al considerar que toda forma de vida tiene como presupuesto la ley, pues en esta reside básicamente la diferencia con los animales.

En el diálogo, Critón o del deber⁸ se advierte cómo este discípulo, preocupado por el juicio que se le sigue a su maestro Sócrates, coordina con sus amigos la idea de liberarlo y de esta manera impedir que se haga efectiva su muerte. El maestro rehúsa ser liberado al considerar que debe acatar las leyes de Atenas que lo juzgan, por más injustas que sean. Sócrates cuestiona la opinión de sus discípulos, en ese momento mayoritaria, de donde se deriva una fuerte crítica a la idea que puedan representar estas; considera del mismo modo, que no bastan los buenos sentimientos si no están acompañados de buenas razones, así como las mejores opiniones no son las que expresan las mayorías, sino las mejor argumentadas.

En otras palabras, la exigencia de racionalidad implica también las razones de un buen argumento. Sócrates considera que vivir bien equivale a vivir moralmente en el bien, pues al ser la obediencia el presupuesto de toda ley, esta no es otra cosa que una noción abstracta de la totalidad de lo existente, expresada en la armonía de la polis como una unidad, representada

7 Platón. *La República*. Traducción de José M. Pabón y Manuel Fernández Galeano. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1949.

8 Platón. *Critón o del deber*. Madrid: Gredos. 1981.

a su vez en una multiplicidad de voces. Así, la ciudad, más que una forma de vida es la manera como se vive en la *polis*.

El sentido de justicia también se encuentra en el diálogo Protágoras, bajo dos visiones distintas: de un lado, Hipias defiende una idea de igualdad en la naturaleza humana, de donde se deriva una idea de justicia en términos democráticos; de otro, encontramos una postura radical defendida por Calicles, que de manera opuesta a Hipias, aduce que la naturaleza no hizo iguales a los hombres; por lo tanto, los más aventajados deben estar en mejores condiciones que los débiles para gobernar, de donde se deriva una desigualdad social basada en la idea del más fuerte, lo que representa otra concepción de justicia.

El ágora representaba en los griegos el espacio público por excelencia donde tenía cabida la palabra como persuasión, el lugar donde a pesar de existir una sociedad estratificada como lo refleja la esclavitud, los participantes se encontraban en un mismo nivel de igualdad cuando tomaban decisiones a nivel colectivo. La plaza pública era el espacio privilegiado donde la relación se daba entre iguales, a partir de dos expresiones asociadas al nivel de participación: isonomía o igualdad ante la ley (*ισονομία*) y la iségoria o igualdad de expresión (*ισηγορία*). Las decisiones justas surgían como resultado de deliberar públicamente en el ágora.

En esta medida, la respuesta a la pregunta ¿qué es la política?, va necesariamente ligada a la pregunta ¿qué es la justicia? Como se había expresado con antelación, la vida del hombre está demarcada por normas, así que para hacer comprensible la idea de justicia es necesario remitirnos a la idea de ley expresada en el espacio vital del hombre que no es otro que la polis, pues si bien esta alberga la idea de multiplicidad, se le reconoce como unidad; la polis tiene una exigencia y esta es la igualdad.

En atención a la disputa de Calicles e Hipias, el primero expresa la necesidad de sustentar la desigualdad, pues argumenta que no solo existe, sino que es justificable; lo convencional es la ley establecida por los hombres, aseguraba. Si bien la idea de ley está presente tanto en la polis como en la naturaleza, jerárquicamente la naturaleza es prioritaria frente a lo artificial que es mera creación humana, de ahí que el llamado esté orientado a separar la polis de la naturaleza. Con estos argumentos, Calicles afirma que lo dado por naturaleza es sabio y más fuerte que algo artificial, recurso al que apela para argumentar que no es necesaria la recurrencia a una igualdad de base. El pensar en términos de igualdad es algo artificio, un engaño, así como pretender hacer leyes iguales es mera hipocresía.

El deseo vehemente expresado por Calicles consiste en señalar que esa pretendida noción de igualdad lleva implícita una noción de injusticia, puesto que no deja de ejercitarse la violencia contra los mejores o más

aptos, de donde se derivan consideraciones como el derecho del más fuerte. Cabe señalar cómo Calicles es un aristócrata que defiende la idea de que los virtuosos deben detentar el poder, argumento que esgrime para señalar cómo la naturaleza no hizo a los hombres iguales. El sentido mismo de la ley refleja la idea de vida social, pues los conceptos de ley y vida social, en el contexto griego, son inseparables.

En sentido general, la idea de *politeia* es impensable sin referencia alguna a la ley, en tanto que la política suele ser entendida como la reunión de la diferencia pensada en términos de proyectos comunes. Ahora bien, ¿cómo conciliar la pluralidad y la diferencia bajo una concepción de bien común? El sentido mismo de ley, como idea reguladora, establece el equilibrio; básicamente, el hecho de que los hombres se rijan por normas es una de las distinciones más notorias frente a los animales. Ahora bien, responder a qué es lo justo o injusto está relacionado con la existencia de una ley, interpretada como una noción abstracta que reúne la totalidad de lo existente; así, de estos argumentos se deriva la necesidad de afirmar que donde surge la desobediencia, se destruye o invalida la ley. Siendo consecuentes con esta lógica, si se resquebraja la ley, puede ponerse en riesgo la existencia de la polis y con ello el sentido de comunidad.

1.1.2. JUSTICIA COMO EQUIDAD EN ARISTÓTELES

Uno de los autores clásicos que amerita ser inscrito en la tradición iusnaturalista es Aristóteles, por su consideración de que el bien común proporciona felicidad a los miembros. El sentido de justicia expresado en *Ética a Nicómaco*⁹ es un buen ejemplo de ello, al considerar que las virtudes éticas e intelectuales son modelos ejemplarizantes, siendo la mayor de todas ellas la justicia, plasmada en el derecho positivo. Justicia distributiva, en estos términos, es equivalente a distribución de méritos.

Ahora bien, si la sociedad griega reclama la igualdad, ¿cómo puede darse esta entre virtuosos cuando es notorio que se dio una marcada distinción entre clases sociales? La salida no es otra que apelar al derecho positivo y la justicia de los contratos (justicia reparativa) para obrar en equidad, de tal manera que cuando este se equivoca o queda vulnerado el sentido de la justicia, se apela a la equidad, cuyo fundamento reside en el derecho natural o las virtudes.

El enfoque clásico de la política en la versión aristotélica hace referencia a la justicia articulada al sentido de la polis. La respuesta a la pregunta ¿qué es la política?, está necesariamente ligada a la pregunta ¿qué es la justicia?

9 En el capítulo V de *Ética a Nicómaco*, Aristóteles desarrolla la idea de justicia reparativa y restaurativa, retomada por autores contemporáneos. *Aristóteles, Ética a Nicómaco*. Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid. 2001.

Del mismo modo la polis tiene una exigencia y esta es la igualdad. La tan comentada expresión aristotélica del *zoon politikón* (ζῷον πολιτικόν)¹⁰ refleja que la expresión política es apenas una de las manifestaciones de la naturaleza humana.

En la sociedad griega, donde tuvo vigencia la esclavitud, la reflexión inicial de la política consiste en dilucidar si esta surge por mandato divino o por necesidad natural, es decir, por *nomos* o convención social. Una de las respuestas acerca de lo que significa la política, es la que nos refiere Trasímaco al equipararla con la obediencia a la ley, no importa el régimen en que se viva. Ahora bien, si esta se relaciona con la fuerza ¿se deben cumplir leyes injustas? La respuesta a todas luces es negativa si se reconoce que la justicia supone reciprocidad, además porque en el ordenamiento social ya está implícita la idea de un consenso.

La política no es un hecho accidental sino la vida de las personas, del mismo modo que los seres humanos no son pensados en tanto que se deben a la polis, sino en cuanto seres sociales. Es bajo la presencia del Estado donde los miembros desarrollan sus planes de vida, bajo el entendido de vivir bien de acuerdo con sus necesidades, pues la polis debe garantizar las exigencias que implica llevar una vida buena y procurar los medios para vivir moralmente bien y vivir bien, de conformidad con un proyecto de orden teleológico que la naturaleza ha impuesto en los hombres. En sentido estricto, es esta una de las características que lo definen.

Aristóteles representa la forma más elevada de las concepciones políticas en la antigüedad clásica, en donde la polis –al igual que su antecesor Platón– personifica la expresión más elaborada políticamente, y que tiene dentro de sus propósitos asegurar la felicidad de los miembros. La virtud es la norma moral y estética a la que todos aspiran, no como finalidad en sí misma, sino medio para lograr otros propósitos. La expresión política más elaborada de sociedad la constituye la polis, conformada por hombres, en sentido antropológico, concebido “por naturaleza y no por azar un animal social, pues el insocial por naturaleza y no por azar es un ser inferior o ser superior al hombre, como aquel que Homero vitupera: sin tribu, sin ley, sin hogar”¹¹.

En Aristóteles, al igual que en Platón, los sabios son los llamados a gobernar, según los tipos de gobierno más convenientes (tiranía, aristocracia, democracia). El ejercicio del poder se encuentra ligado al hecho mismo de aplicar justicia, por lo que Aristóteles distingue los conceptos de justicia natural y justicia legislada, las que no siempre coinciden, puesto que en algún momento puede darse la posibilidad de establecerse una injusticia legal. La noción de igualdad ante la ley o isonomía (*ἰσονομία*) se deriva del ejercicio

10 Aristóteles. *Política*. Traducción de C. García Gual-A Pérez J. Madrid: Editorial Nacional. 1987, 1223^a.

11 Ibíd., 1252^a.

en el ágora donde los ciudadanos están en igualdad de condiciones, pues en tanto la palabra se constituye en capacidad de persuasión, la igualdad debe estar asegurada en una noción no personificada de la ley, lo que constituye el fundamento mismo de la coexistencia social. Es claro que Aristóteles no está de acuerdo con el comunismo ideado por Platón, pues ni siquiera lo contempla como una aspiración humana. El ideal aristotélico fue concebido como el gobierno con arreglo a normas jurídicas y nunca el despótico, ni siquiera en el caso de darse una forma de despotismo ilustrado a la manera del filósofo-rey. En consecuencia, Aristóteles aceptó desde un principio el punto de vista de las leyes, de que, en todo Estado bueno, el soberano debe ser la encarnación de la ley y no ninguna persona.

La autoridad de un gobernante que se atiene a las leyes sobre sus súbditos es distinta de la que ejerce un amo sobre sus esclavos, porque se presume que el esclavo es de diferente naturaleza, un ser que por nacimiento pertenece a una especie inferior e incapaz de gobernarse a sí mismo. El problema, para que el Estado se rija con arreglo a las leyes, está relacionado también con el asunto de si es mejor regirse por el mejor hombre o las mejores leyes, puesto que el gobierno que consulta el bien de sus súbditos es también un gobierno con arreglo a la ley.

En consecuencia, Aristóteles acepta la supremacía de la norma jurídica como marca distintiva del buen gobierno y no solamente como una necesidad. Su argumento para defender esta posición, es que Platón se equivocó, cuando en el diálogo *El Político*, consideró como alternativa el gobierno de la ley o de gobernantes sabios; el problema reside en que ni siquiera el gobernante más sabio puede prescindir de la ley, pues esta tiene una calidad impersonal que ningún hombre, por bueno que sea puede alcanzar. La ley es “la razón desprovista de pasión”¹².

El proyecto teleológico de un Estado debe comprender el mejoramiento moral de sus ciudadanos, en tanto es una asociación de hombres que viven para alcanzar la mejor vida posible. Este es el sentido último, lograr que sus miembros vivan en comunidad, expresado en función de que el Estado es autárquico, en el sentido de que proporciona las condiciones dentro de las cuales se produce el más alto tipo de desarrollo moral:

El que no puede vivir en comunidad, o no necesita nada para su propia subsistencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios. En todos existe por naturaleza, la tendencia hacia la comunidad, pero el primero que la estableció fue causante de los mayores beneficios. Pues así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, así también, apartado de la ley y de la justicia, es el peor de todos¹³.

12 Ibid., 1328 a 1336.

13 Ibid., 1253^a.

Ser justo consiste en guardar esa correspondencia armónica con la naturaleza en la que le corresponde vivir según la clase social, bien sea en calidad de esclavo, militar o filósofo, pues como afirma el autor, la esclavitud es una institución establecida por la naturaleza misma, necesaria y legítima, además:

Pues si cada uno de los instrumentos pudiera cumplir por sí mismo su cometido obedeciendo órdenes o anticipándose a ellas, si como cuentan de las estatuas de Dédalo o de las trípodes de Hefestos, de los que dice el poeta que entraban por sí solos a la asamblea de los dioses, las lanzaderas tejieran solas y los plectros tocaran la cítara, los constructores no necesitarán ayudantes ni los amos esclavos¹⁴.

Uno de los recursos expositivos dilucidados por Aristóteles consiste en señalar que los animales no se rigen por leyes, a diferencia de los hombres que viven en sociedad. Apelando a la noción de género próximo (mamíferos) y diferencia específica (racionales), considera el estagirita que sin ley no hay sociedad, de ahí que la ley requiera de un trabajo constante plasmado en el sentido de justicia; en otras palabras, no es una opción, sino una exigencia para que los hombres logren ser virtuosos y el desarrollo de la sociedad sea lo mejor posible. Las referencias constantes a la moral –concebidas como las formas bajo las cuales se vive o prácticas de comportamiento– son usualmente relacionadas con la expresión politeia (*politeia*) bajo la idea de vivir en comunidad, indisociable por demás de una idea de hombre y vida política.

1.2. IUSNATURALISMO TEOLÓGICO

1.2.1. PICO DELLA MIRANDOLA

Una idea de derechos se encuentra asociada desde sus orígenes al problema de la dignidad humana, entre los que merece destacarse Pico Della Mirandola¹⁵, autor que ocupa un lugar privilegiado dentro de esta tradición, básicamente por la obra que lo inmortalizó: *Oratio de hominis dignitate*¹⁶. En la versión castellana de Carlos Llano Cifuentes se señalan algunas precisiones:

Sin duda, corresponde a Giovanni Pico Della Mirandola el mérito histórico de haber formulado por vez primera la idea de que la dignidad del hombre estriba ante todo en su libertad para formar y plasmar su

14 Ibid., 1254^a.

15 Pico Della Mirandola nace el 24 de febrero de 1463 en el Castillo de Mirandolla. En 1487, un edicto papal de Inocencio VIII, condena las 900 tesis defendidas en el discurso sobre la dignidad del hombre, las mismas que fueron sometidas a consideración de varios clérigos, quienes consideraron que algunas de ellas eran sospechosas de herejía y, por consiguiente, debía ser censurado por contradecir los dogmas católicos. En 1493 el papa Alejandro VI lo absuelve de la acusación de herejía. Muere el 17 de noviembre de 1494.

16 La traducción que aparece en español lleva por título Discurso sobre la dignidad del hombre. Presentación de Carlos Llano Cifuentes y traducción de Adolfo Ruiz Díaz. México: UNAM, 2003.

propia naturaleza. De esta manera, el filósofo renacentista ha anticipado la noción clave del existencialismo, que consiste en considerar al hombre ya no como un mero objeto en sí, entre otros objetos sometidos a rigurosas leyes de causalidad, sino como un sujeto para sí, de cuya acción libre depende la configuración de la personalidad propia¹⁷.

Pico Della Mirandola es considerado un pionero en la defensa de la dignidad del hombre, su libertad, el respeto por la diversidad, el derecho al disenso, la paz y la unidad de los pueblos. Muchas de sus propuestas iniciales que invocamos en la actualidad ya las había anunciado este humanista del Renacimiento. Heredero de las tradiciones propias de la época como la filosofía antigua clásica, escolástica, oriental y una cantidad innumerable de autores que forman parte del corpus diletante de su tratado, son incorporados en su opúsculo. Su sentido de la dignidad lo conduce a las siguientes reflexiones:

Pero, finalmente, me parece haber comprendido por qué es el hombre el más afortunado de todos los seres animados y digno, por lo tanto, de toda admiración; comprendí en qué consiste la suerte que le ha tocado en el orden universal, no solo enviable para las bestias, sino para los astros y los espíritus ultramundanos. ¡Cosa increíble y estupenda! ¿Y por qué no, desde el momento en que precisamente en razón de ella el hombre es llamado y considerado justamente un gran milagro y un ser animado maravilloso?¹⁸

La teología ocupa buena parte de sus reflexiones, donde además son numerosas las referencias a autores que se han ocupado de estos asuntos, en aras de buscar un estatus ontológico a la naturaleza humana. El profundo respeto que siente por la filosofía lo lleva a escribir sus más caras consideraciones acerca de la “inspección de las cosas divinas mediante la luz de la teología”, como instrumento revelador propio de la naturaleza humana. Amante de la verdad, dedicó gran parte de su tiempo a la vida contemplativa, lo que le granjeó sin duda no pocos enemigos, en donde reconoce que “la filosofía me ha enseñado a depender de mi propia conciencia más que de los juicios de los otros y estar atento siempre no al mal que se dice de mí, sino a no hacer o decir algo malo yo mismo”¹⁹. Mirandola advierte una estrecha relación entre la filosofía griega y el constructo moderno del perfil teológico de la cristiandad: “En lo que concierne a la filosofía, parece que oímos sin más a Pitágoras y a Platón, cuyas afirmaciones son tan afines a la fe cristiana que nuestro Agustín da grandísimas gracias a Dios por haberle caído en manos los libros platónicos”²⁰.

17 Ibid., p. 7.

18 Ibid., p. 12.

19 Ibid., p. 37.

20 Ibid., p. 30.

Indaga por demás este ilustre autor que en aras de construir el perfil teológico de la cristiandad y por no haber leído a los griegos en su idioma original, los llamados padres de la iglesia se atuvieron a las traducciones vertidas al latín de algunos comentaristas, por lo que tradujeron muchas expresiones nada fieles por cierto al pensamiento clásico, lo que condujo con suma ligereza a poner en boca de los filósofos griegos cosas que en realidad nunca dijeron.

1.3. IUSNATURALISMO ANTROPOLOGICO

El sentido de la dignidad humana se presenta como el desarrollo de diversas concepciones; así, por ejemplo, desde una perspectiva teológica se invocan argumentos como el hecho de ser una criatura quizá lo más parecida a su creador y por participar de ese rasgo de divinidad, se derivan consideraciones como la salvaguarda de sus derechos. El iusnaturalismo teológico privilegia la naturaleza humana, vinculada por demás a la idea de dignidad –y gracias a esta concepción de persona– hace posible la igualdad de los hombres. Estas razones de gran contenido teológico derivan hacia una postura más laica, labor que sin duda alguna tiene su gran mentor en Kant, al tener como sustrato antropológico la naturaleza humana, libre y racional. El tránsito de este pensamiento de los siglos XVIII al XIX es objeto de análisis por Menke y Pollmann, dos estudiosos de estos asuntos.

En las declaraciones clásicas de los derechos humanos del siglo XVIII no se encuentra este concepto. Por el contrario, es en esta época cuando es rescatado de la tradición antigua y formulado de un modo fundamentalmente nuevo en teorías de derecho (Pufendorf) y en teorías morales (Kant). Ahora bien, estas formulaciones no encuentran ninguna continuación jurídica inmediata. Cuando en el siglo XIX se habla de “dignidad humana”, se da mayoritariamente en relación con exigencias por una transformación fundamental de las condiciones de vida sociales y económicas del proletariado. Es decir, no está condicionado con un significado general para comprender los derechos humanos²¹.

La concepción de dignidad humana cobra vigencia en la actualidad a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, tras haberse divulgado las prácticas más degradantes (torturas y ejecuciones públicas) para develar confesiones. Así, “la dignidad humana aflora cada vez más como la idea sobre la que puede llegar a un acuerdo para establecerla como base común frente a los “actos de barbarie totalitarios”²².

21 Menke, Christoph y Pollmann, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*. Barcelona: Herder. 2010, pp. 141-142.

22 Ibíd., p. 142.

Un logro significativo sin duda alguna es el hecho de haber sido incorporada la dignidad en el Preámbulo de esta Declaración, cuando hace referencia explícita al “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. De igual modo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, recoge esta iniciativa en el Preámbulo: “Todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos, y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. En lo sucesivo, la articulación entre dignidad humana y derechos son una constante, inclusive en la Ley Fundamental Alemana de 1949 que le endosa a la dignidad el sentido de “intangible”²³.

1.3.1. DIGNIDAD Y AUTONOMÍA MORAL KANTIANA

La doctrina de la dignidad y de la autonomía moral kantiana se ha constituido en la modernidad como el sustento filosófico más importante para fundamentar la existencia de derechos. Según Kant, la naturaleza humana se sustenta en un concepto antropológico, al que le es inherente la libertad, la autonomía y, como máximo atributo, la dignidad. Esta última consideración implica que es portador de un valor, más no de precio, por lo que amerita un trato digno de acuerdo con su valor en sí mismo, no canjeable ni sometido a regateos. Sin lugar a dudas, de este emanan derechos exigibles a nivel universal. Si la dignidad del hombre se plasma en la dignidad del otro –según Kant– moralmente se verían impedidos los sujetos de someter, subyugar o esclavizar a sus semejantes, porque sería una situación que nadie estaría dispuesto a reconocer si estuviera en condiciones similares; los principios morales no están basados en pactos egoístas (no agredir para no tener que recibir agresiones) sino en principios morales que encarnan una aspiración universal.

El proyecto ilustrado deslinda la concepción humana de una connotación teológica y de una antropológica: esta primera acepción –ligada a la tradición cristiana– viene dada por el hecho de ser el hombre la suma obra de la creación divina. Al poner el énfasis en la dignidad humana, Kant lo articula al papel que representan los imperativos como mecanismo para dilucidar cuándo una acción tiene la aspiración de ser convertida en ley universal. Una máxima de acción para que se convierta en ley universal es que debe pasar por el filtro o test simplificador de los imperativos, sólo así podemos dilucidar cuándo una acción es buena y puede ser compartida universalmente por sujetos racionales.

23 “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. (Artículo 1, Sección 1, Ley Fundamental). Ídem.

Ahora bien, ¿qué son los imperativos? Son principios prácticos o formas de relacionarse frente al mundo, clasificados en hipotéticos y categóricos: los hipotéticos suelen ser considerados como reglas de la habilidad, prudencia o *frónesis* (Φρόνησις) –al decir de los griegos– también se les conoce como modos de acción en los que media una intencionalidad o relación causal medio-fin. Los imperativos categóricos son acciones buenas en sí mismas, independientes de los propósitos que se persigan. Así, Kant expone tres formas de enunciar el imperativo categórico, a saber:

1. “Obra de tal modo que al querer tú puedas desear que esa acción pueda ser convertida en ley universal”.
2. “Tomes a la humanidad como fin en sí mismo y nunca como mero medio”.
3. “Todo ser debe obrar como si fuera en sus máximas, siempre un miembro legislador en el reino de los fines”²⁴.

El concepto de persona se construye con base en la idea kantiana de dignidad, esto es, atribuirle un estatus ontológico que encarna la persona por el hecho de serlo, no sujeto a regateos ni negociaciones de ninguna índole. Esta concepción ha sido incorporada en varias Constituciones que tuvieron vigencia después de la Revolución francesa. El proyecto de la ilustración, como emancipación de la razón, puso el énfasis en los siguientes aspectos: a) desmitificación de la naturaleza. b) racionalización de los procesos cognitivos. c) control de la naturaleza y d) emancipación del ser humano. Kant, heredero del proyecto ilustrado, vio con mucho entusiasmo el proyecto revolucionario encarnado en la Revolución francesa, tanto que llegó a considerar que si bien no podíamos hablar de una época ilustrada en su momento, era pensable hablar de una época de ilustración²⁵, con lo cual quiso señalar que gradualmente la humanidad iba en la búsqueda de un proyecto moral y político en ascenso, ligado a la emancipación de la razón. Si existe un problema del cual la filosofía no ha podido desembarazarse, es justamente el de definir en qué consiste la razón, o en qué medida las acciones racionales se corresponden con un proyecto teleológico o finalista.

Parte de reconocer este pensador un profundo sentido antropológico de la naturaleza humana al que le son inherentes la libertad, la autonomía, y como máximo atributo la dignidad, lo que posibilita la defensa de los derechos en cualquier latitud y hacerlos extensivos a toda la humanidad. La idea de *dignitas hominis* considera la posibilidad de que el hombre no sea

²⁴ Kant, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe. Colección Austral. 1983, pp. 36-43.

²⁵ Kant, Inmanuel. *Respuesta a la pregunta ¿qué es la ilustración?* Traducción de Rubén Jaramillo Vélez. Magazín Dominical de El Espectador, n.º 78, septiembre 23 de 1984, pp. 6-9

instrumentalizado, subyugado o violentado, apelando no a sentimientos egoístas, sino a principios morales. Kant expresa de varias maneras la formulación del imperativo categórico como principio universal²⁶, sustentado en el principio de que la humanidad es un fin en sí mismo y nunca un mero medio.

La naturaleza humana tiene la capacidad de obrar por principios y autolegislación, teniendo como sustento la racionalidad humana. Pese a que el hombre, en la concepción antropológica kantiana es la obra más acabada, también considera que tiene impulsos y pasiones que hacen aún más conflictivo el vivir en sociedad, de donde resulta imperioso construir un ordenamiento sustentado en la dignidad y la libertad. De acuerdo con Angelo Papacchini²⁷, por encima de la dignidad de la especie, lo verdaderamente importante para una teoría de los derechos humanos es la sustentación de la dignidad de cada uno de los miembros de la humanidad, lo que constituye el aporte más específico de la reflexión kantiana, como lo expresa el filósofo de Könisberg en *La metafísica de las costumbres*:

El respeto que yo tengo por otro, o que yo puedo exigir de mí es el reconocimiento de una dignidad en los demás hombres, se trata de un valor que no tiene precio ni ningún equivalente con el que se pueda intercambiar el objeto de estimación. Cada hombre tiene derecho a exigir respeto de sus similares; recíprocamente, está obligado él mismo al respeto de los demás. La humanidad en sí misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por nadie (es decir, ni por otro ni por él mismo) como un mero medio, sino que debe ser tratado siempre al mismo tiempo como un fin²⁸.

Vista así la humanidad, no puede ser instrumentalizada ni manipulada para lograr fines ajenos a ella misma. Cuando Kant distingue entre el hombre y la humanidad, lo hace para precisar que su objeto de protección frente a la dignidad es aquella, y en esto consiste justamente el grado de diferenciación de la especie. Si nos preguntamos por el fundamento moral del respeto por la humanidad, podríamos decir que tiene su sustento en la autonomía moral y la dignidad de las personas y, por extensión, a toda naturaleza racional. En este sentido, el sustento de la dignidad reside en que el hombre, por ser racional, solo obedece a aquella ley que él mismo se ha dado. El atributo

26 Resulta de aquí que el imperativo universal del deber puede formularse: obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza". Kant, Inmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Op. cit., p. 73.

27 Papacchini, Ángelo. *Filosofía y derechos humanos*. Cali: Universidad del Valle. 1994, p. 232.

28 Kant, Emanuel. *Metafísica de las costumbres*. Barcelona: Atalaya. 1999, p. 230.

de la autonomía moral del hombre lo eleva por encima de los demás seres vivientes para transformar su propia naturaleza interna y externa.

Entendida la libertad de conciencia y de pensamiento como derecho-obligación, es preciso que el hombre desarrolle sus capacidades y entendimiento como requisito para confrontar su propia conciencia con la cultura y, desde luego, para ejercer su autonomía, y no ser objeto de manipulación política o de cualquier otra índole. Además de lo anterior, como atributo de la dignidad humana, Kant contempla la libertad de pensamiento, conciencia y expresión²⁹. La sociabilidad humana implica el ejercicio de todas estas libertades como una forma de emplear nuestras capacidades intelectuales para interactuar con los demás.

Como defensor de la dignidad humana, sostiene que nadie tiene derecho a interferir en la esfera privada de los individuos o en sus actividades, mientras no perjudiquen la libertad o intereses ajenos. El individuo tiene derecho a organizar su vida y tratar de ser feliz a su manera; de igual modo, condena los gobiernos paternalistas a los que considera despóticos por la pasividad en que pone a los súbditos y, por la imposibilidad de diferenciar lo que es útil de lo perjudicial. Kant considera que es meritorio contribuir a la felicidad de los demás sin que esto implique imposición de criterios.

Sostiene además que el poder solamente es legítimo cuando es expresión de la voluntad del pueblo, pues a través del ejercicio de su soberanía contribuye a la formación de la voluntad racional universal³⁰. En este sentido, defiende la dignidad política del ciudadano, obligado a obedecer las leyes cuando ha participado en su configuración. El profesor Guillermo Hoyos, considera que la asistencia social que el Estado consagra hacia los más necesitados, es un buen argumento para derivar de allí el sentido de dignidad humana; así mismo, considera que Kant sentó las bases ético-filosóficas de lo que sería en su momento la Liga de Naciones, conocida años después como la ONU, la que se ha constituido en soporte de los derechos humanos que atienden al reconocimiento del hombre como sujeto libre.

A pesar de que muchos pensadores se han ocupado del concepto de persona, este se construye en la modernidad con base en la idea kantiana de dignidad, el que radica en atribuirle un estatus ontológico que encarna la persona por el hecho de serlo, no sujeto a ninguna negociación. El concepto moderno de dignidad, señala que el valor del individuo está únicamente en sus rasgos humanos, independiente de su posición social, filiación u origen.

29 Kant, Emmanuel. *¿Qué significa orientarse en el pensamiento?* Madrid: Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid. 1995, p. 280

30 Kant, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Op. cit., p. 43.

La inscripción de la expresión “dignidad” en el ordenamiento jurídico colombiano se constituye en el fundamento del Estado de derecho y, por consiguiente, las personas son iguales en derechos y deberes. Es de considerar que esta fundamentación requiere de una verdadera voluntad política, con el fin de que los derechos fundamentales no sean más que un simple discurso teórico y se constituya en una realidad. En Colombia, ha tenido relevancia estas prácticas, gracias a la labor de la Corte Constitucional que mediante la promulgación de sentencias ha permitido llenar de contenido los derechos fundamentales de las personas y, en particular, los que defienden el sentido de la dignidad humana, como las citadas en el acápite dedicado al desarrollo jurisprudencial³¹.

<i>Ap</i>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Valorar en el siguiente fragmento del mito de Prometeo, la importancia de si es enseñable o no la virtud, y reconocer el sentido de justicia.</p> <p>“- Desde luego, Sócrates, dijo, no os privaré de ello. Pero, ¿os parece bien que, como mayor a más jóvenes, os haga una demostración relatando un mito, o avanzando por medio de un razonamiento?</p> <p>En seguida, muchos de los allí sentados le contestaron que obrara como prefiriera.</p> <p>Me parece, dijo, que es más agradable contaros un mito:</p>
------------------	---

³¹ En el ordenamiento jurídico colombiano existen varias jurisprudencias que ha producido la Corte Constitucional, entre las que merecen citarse algunas de ellas: Sentencia T-477 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-1635 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-009 de 2009. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Ap

"Hubo una vez un tiempo en el que existían los dioses, pero no había razas mortales. Cuando también a estos les llegó el tiempo destinado de su nacimiento, los forjaron los dioses dentro de la tierra con una mezcla de tierra y fuego, y de las cosas que se mezclan a la tierra y el fuego. Y cuando iban a sacarlos a la luz, ordenaron a Prometeo y a Epimeteo que los aprestaran y le distribuyera las capacidades a cada uno de forma conveniente. Así le pide permiso Epimeteo para hacer él la distribución. "Después de hacer yo el reparto, dijo, tú inspeccionas". Así lo convenció y hace la distribución. En esta, a los unos les concedía la fuerza sin la rapidez y, a los más débiles, los dotaba con la velocidad. A unos los armaba y, a los que les daba una naturaleza inerme, les proveía de alguna otra capacidad para su salvación. A aquellos que envolvía en su pequeñez, les proporcionaba una fuga alada o un habitáculo subterráneo. Y a los que aumentó en tamaño, con esto mismo los ponía a salvo. Y así, equilibrando las demás cosas, hacía su reparto. Planeaba esto con la precaución de que ninguna especie fuera aniquilada.

"Cuando les hubo provisto de recursos de huida contra sus mutuas destrucciones, preparó una protección contra las estaciones del año que Zeus envió, revistiéndolos con espeso cabello y densas pieles, capaces de soportar el invierno y capaces, también, de resistir los ardores del sol, y de modo que, cuando fueran a dormir, estas mismas les sirvieran de cobertura familiar y natural a todos. Y los calzó a unos con garras y revistió a otros con pieles duras y sin sangre. A continuación, facilitaba medios de alimentación diferentes a unos y a otros: a estos el forraje de la tierra, a aquellos, los frutos de los árboles y a los otros, raíces.

A algunos les concedió que su alimento fuera el devorar a otros animales, y les ofreció una exigua descendencia y, en cambio, a los que eran consumidos por estos, una descendencia numerosa, proporcionándoles una salvación en la especie. Pero como no era del todo sabio Epimeteo, no se dio cuenta de que había gastado las capacidades en los animales; entonces todavía le

Ap

quedaba sin dotar la especie humana, y no sabía qué hacer. "Mientras estaba perplejo, se le acerca Prometeo que venía a inspeccionar el reparto, y que ve a los demás animales que tenían cuidadosamente de todo, mientras el hombre estaba desnudo y descalzo y sin coberturas ni armas. Precisamente era ya el día destinado, en el que debía también el hombre surgir de la tierra hacia la luz. Así que Prometeo, apurado por la carencia de recursos, tratando de encontrar una protección para el hombre, roba a Hefesto y a Atenea su sabiduría profesional junto con el fuego –ya que era imposible que sin fuego aquella pudiera adquirirse o ser de utilidad a alguien– y así, luego la ofrece como regalo al hombre. De este modo, pues, el hombre consiguió tal saber para su vida; pero carecía del saber político, pues este dependía de Zeus. Ahora bien, a Prometeo no le daba ya tiempo de penetrar en la acrópolis en la que mora Zeus; además, los centinelas de Zeus eran terribles. En cambio, en la vivienda, en común, de Atenea y de Hefesto, en la que aquellos practicaban sus artes, podía entrar sin ser notado, y, así robó la técnica de utilizar el fuego de Hefesto y la otra de Atenea y se la entregó al hombre. Y de aquí resulta la posibilidad de la vida para el hombre; aunque a Prometeo luego, a través de Epimeteo, según se cuenta, le llegó el castigo de su robo.

"Puesto que el hombre tuvo participación en el dominio divino a causa de su parentesco con la divinidad, fue en primer lugar, el único de los animales en creer en los dioses, e intentaba construirles altares y esculpir sus estatuas. Después, articuló rápidamente, con conocimiento, la voz y los nombres, e inventó sus casas, vestidos, calzados, coberturas y alimentos del campo. Una vez equipados de tal modo, en un principio habitaban los humanos en dispersión, y no existían ciudades. Así que se veían destruidos por las fieras, por ser generalmente más débiles que aquellas; y su técnica manual resultaba un conocimiento suficiente como recurso para la nutrición, pero insuficiente para la lucha contra las fieras. Pues aún no poseían el arte de la política, a la

Ap

que el arte bélico pertenece. Ya intentaban reunirse y ponerse a salvo con la fundación de ciudades. Pero, cuando se reunían, se atacaban unos a otros, al no poseer la ciencia política; de modo que de nuevo se dispersaban y perecían. “Zeus, entonces, temió que sucumbiera toda nuestra raza, y envió a Hermes que trajera a los hombres el sentido moral y la justicia, para que hubiera orden en las ciudades y ligaduras acordes de amistad. Le preguntó, entonces, Hermes a Zeus de qué modo daría el sentido moral y la justicia a los hombres: “¿Las reparto como están repartidos los conocimientos? Están repartidos así: uno solo que domine la medicina vale para muchos particulares, y lo mismo los otros profesionales. ¿También ahora la justicia y el sentido moral los infundiré así a los humanos, o los reparto a todos?” “A todos, dijo Zeus, y que todos sean partícipes. Pues no habrá ciudades, si sólo algunos de ellos participaran, como de los otros conocimientos. Además, impón una ley de mi parte: que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminén como a una enfermedad de la ciudad”³².

Prometeo es considerado como el gran benefactor de la humanidad, y motivado por la compasión por una raza inerme, tuvo la osadía de robarles el fuego a los dioses para entregárselo a los hombres. El enemistarse con Zeus le trajo profundos dolores, todo por querer repartir el sentido de justicia de manera equitativa entre los hombres, pero quizás lo más importante es que impone la obligación de que todos puedan participar de ella. Elabore un texto breve donde se pueda evidenciar cómo el sentido de moral y de justicia son asuntos capitales en la cultura griega.

Identifique la importancia que recobra la ciencia política como un don que proporciona a los hombres la manera de resolver conflictos y hace posible la existencia de las

32 El mito de Protágoras es una apología a la democracia, la que se construye ejercitando la *paideia*. Se le abona el hecho de haberse preocupado por situaciones propias que corresponden al ámbito de lo humano como el acceso a la virtud, de vital importancia para desarrollar la vida en una comunidad política, puesto que esta no se instituye sobre conocimientos técnicos, sino sobre una idea de justicia. PLATÓN. “Protágoras”. Op. cit., 320 c-322 d.

<p><i>Ap</i></p>	<p>ciudades, con el propósito de lograr la paz y el bienestar social.</p> <p>Señale la importancia acerca de cómo las normas morales, propias de la naturaleza humana, son valiosas en cuanto posibilitan el ordenamiento de una sociedad justa, extensivo a todos los hombres que comparten este principio.</p> <p>La distribución de capacidades es un asunto sustancial, consistente en otorgar distintos bienes en función de las necesidades de cada especie, lo que no quiere decir que el reparto sea igual para todos. Identifique el valor que representan no solo las normas morales sino jurídicas, orientadas al bienestar y la paz social.</p>
------------------	---

<p><i>Ae</i></p>	<p>Autoevaluación</p> <p>Analice el siguiente fragmento de la obra de Sófocles, Antígona y desarrolle las inquietudes planteadas al final del texto.</p> <p>“Antígona</p> <ul style="list-style-type: none"> - No me cabía duda, y por esto te traje aquí, superado el umbral de palacio, para que me escucharas, tú sola.- <p>Ismene</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Qué pasa? Se ve que lo que vas a decirme te ensombrece-. <p>Antígona</p> <ul style="list-style-type: none"> - Y, ¿cómo no, pues? ¿No ha juzgado Creonte digno de honores sepulcrales a uno de nuestros hermanos, y al otro tiene en cambio deshonrado? Es lo que dicen: a Etéocles le ha parecido justo tributarle las justas, acostumbradas honras, y le ha hecho enterrar de forma que en honor le reciban los muertos, bajo tierra. El pobre cadáver de Polinices, en cambio, dicen que un edicto dio a los ciudadanos prohibiendo que alguien le dé sepultura, que alguien le llore, incluso. Dejarle allí, sin
------------------	---

Ae

duelo, insepulto, dulce tesoro a merced de las aves que busquen dónde cebarse. Y esto es, dicen, lo que el buen Creonte tiene decretado, también para ti y para mí, sí, también para mí; y que viene hacia aquí, para anunciarlo con toda claridad a los que no lo saben, todavía, que no es asunto de poca monta ni puede así considerarse, sino que el que transgreda alguna de estas órdenes será reo de muerte, públicamente lapidado en la ciudad. Estos son los términos de la cuestión: ya no te queda sino mostrar si haces honor a tu linaje o si eres indigna de tus ilustres antepasados”.

Identifique las nociones de deber que se encuentran en tensión: de una parte, el acatamiento a las normas por principios morales y familiares, representada por Antígona, y de otra, la ley civil que encarna la polis, representada por Creonte.

Antígona representa el valor civil de desobediencia al derecho, ¿cómo se denomina este principio en la actualidad que rescatan autores contemporáneos como Thoureau, Mahatma Gandi y Jon Rawls, entre otros?

Por un principio de asepsia o higiene, los griegos enterraban a sus muertos, por lo que, según la tradición, depositaban en sus ojos dos monedas para que su alma pudiera pagar el pasaje en la barca de Carón que los llevaba a su lugar final, el Hades. ¿Cómo interpretar a la luz del pensamiento griego, los miles de desaparecidos en Colombia que sus familiares lloran, sin saber dónde reposan sus cuerpos, y la necesidad de encontrarlos para poder elaborar el duelo?

J	<p>Jurisprudencia</p> <p>Reconozca la importancia del concepto de dignidad humana a partir de las siguientes sentencias:</p> <p>T-881/2002. Accionante: Austreberto de Ávila Ríos y otros, y Edwin Campo Vega (personero de El Arenal, Bolívar). Accionado: Electrocosta S.A. ESP. M. P: Eduardo Montealegre Lynett.</p> <p>C-542/93. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, 16, 18, 19, 20, 21, 24, 25 y 26 de la ley 40 de 1993. Actor: Alberto Zuleta Londoño. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.</p> <p>C-521/98. Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 164 del Decreto Ley 1344 de 1970, del Código Nacional de Tránsito Terrestre. Actor: Franky Urrego Ortiz. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonel.</p>
---	---

B	<p>Bibliografía</p> <p>Aristóteles. <i>Política</i>. Traducción de C. García Gual-A Pérez J., Madrid, Editorial Nacional, 1987.</p> <p>Della Mirandola, Pico. <i>Discurso sobre la dignidad del hombre</i>. Presentación de Carlos Llano Cifuentes y traducción de Adolfo Ruiz Díaz. México: UNAM, 2003.</p> <p>Guthrie, W. K. <i>Historia de la filosofía griega</i>. T. III. Traducción de Joaquín Rodríguez Feo. Madrid: Editorial Gredos, 1988.</p> <p>Kant, Emmanuel. ¿Qué es la ilustración? Traducción de Rubén Jaramillo Vélez. <i>Magazín Dominical El Espectador</i>, n.º 78, septiembre 23 de 1984.</p> <p>——— <i>La paz perpetua</i>. Buenos Aires: Editorial Tor, 1960.</p>
---	---

B	<p>____ Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita. <i>Filosofía de la historia</i>. Introducción y traducción española de Emilio Estiú. Buenos Aires: Editorial Nova. 1964.</p> <p>____ <i>La metafísica de las costumbres</i>. Barcelona: Atalaya, 1999. Existe otra versión al castellano con traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1989.</p> <p>____ <i>Metafísica de las costumbres</i>. Madrid: Barcelona: Atalaya, 1999.</p> <p>____ <i>Fundamentación de la metafísica de las costumbres</i>. Madrid: Espasa Calpe. Colección Austral, 1983.</p> <p>Papacchini, Ángelo. <i>Filosofía y Derechos Humanos</i>. Cali: Universidad del Valle, 1994.</p> <p>Platón. <i>Protágoras</i>. Traducción de Carlos García Gual. Madrid: Gredos, 1981.</p> <p>____ <i>Critón o del deber</i>. Madrid: Gredos, 1981.</p> <p>____ <i>Ética a Eudemo</i>. Buenos Aires: Tecnibook ediciones. 2011.</p> <p>____ <i>La República</i>. Traducción de José M. Pabón y Manuel Fernández Galeano. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1949.</p>
----------	--

Conclusiones

El concepto de norma ha sido exaltado en grado sumo tanto en la antigüedad clásica como en la sociedad contemporánea, hasta el punto de llegar a suponer que donde no hay leyes no puede darse un estado de justicia. Estas expresiones pueden verse en pensadores clásicos como Aristóteles y modernos como Hobbes, puesto que la comunidad jurídica es la que le concede el estatus de ciudadanía a sus abonados.

Para los griegos, la naturaleza es un punto de partida para discernir criterios como lo correcto de lo incorrecto y lo bueno de lo malo; se descubre allí un equilibrio que se traslada a la sociedad, pero ¿por qué en la naturaleza? La physis es el patrón de normas mediante el que se produce un

desvelamiento o criterio de lo que debe ser, a partir de lo que es, en el que se encuentra una vocación por entender el mundo. Interpretar la naturaleza implica atribuirle algo a ella, como se señaló en la clásica discusión de Gorgias y Calicles.

Uno de los autores que tal vez mejor desarrolló el concepto de justicia en la antigüedad fue Aristóteles, por su consideración de que el bien común proporciona felicidad entre los miembros. El sentido de justicia, expresado en *Ética a Nicómaco*, es un buen ejemplo de ello, al considerar que las virtudes éticas e intelectuales son modelos ejemplarizantes, siendo la mayor de todas ellas la justicia, plasmada al igual que Platón, en el derecho positivo. Justicia distributiva, en estos términos es equivalente a distribución de méritos.

El iusnaturalismo clásico iniciado en Grecia derivó hacia un iusnaturalismo de corte teológico, cuyos representantes más connotados son Étienne de la Boétie y Pico Della Mirandola, para finalmente derivar hacia un iusnaturalismo de corte antropológico con Kant, donde el punto de partida no está en ser considerado el hombre como la mayor obra de la creación –como en la anterior tradición– sino como un bien en sí mismo.

Estos principios rectores de los ordenamientos jurídicos que tuvieron lugar después de la Revolución francesa han sido el norte que ha posibilitado la defensa de los derechos en la cultura occidental, al ser incorporados como principios fundantes de algunas constituciones modernas. En este sentido, la Corte ha extraído la idea según la cual “el hombre es un fin en sí mismo”, lo que ha significado prácticamente una concepción antropológica de la Constitución y del Estado, edificada alrededor de la valoración del ser humano como ser autónomo en cuanto se le reconoce su dignidad.

Del concepto antropológico de persona emanan valores como la justicia, la igualdad, libertad, privilegiados en las constituciones, dado que constituyen el fundamento de las dimensiones básicas de la persona que consagra en últimas una idea de dignidad. La integración de estos valores le atribuye a los derechos el carácter de inviolabilidad, como lo reconocen entre otras, las sentencias C-542/93, T-090/94, C-045/98, C-521/98, T-556/98 y T-587/98.

Unidad 2

EL POSITIVISMO METODOLÓGICO EN HANS KELSEN

Og

Objetivo General

Identificar los postulados más importantes del positivismo metodológico de Hans Kelsen y valorar la importancia que tienen en la práctica judicial.

Oe

Objetivo específico

Examinar las categorías de análisis más importantes en la *Teoría pura del derecho*, para tener un mayor nivel de comprensión acerca de la concepción del derecho y su esfuerzo por otorgarle rigor y científicidad a esta disciplina.

Señalar el giro dado por Kelsen de la primera versión de *Teoría pura del derecho* de 1936 a la segunda versión que corresponde al año de 1960, para advertir los cambios introducidos en el período de posguerra.

Mapa conceptual n.º 3. El positivismo metodológico de Hans Kelsen.
Elaboración propia



Co

Contenido

2. EL POSITIVISMO METODOLÓGICO EN HANS KELSEN
 - INTRODUCCIÓN
 - 2.1. LA CRÍTICA AL DERECHO NATURAL
 - 2.2. CRITERIOS DE DEFINICIÓN DEL DERECHO
 - 2.3. NORMA Y ETICIDAD
 - 2.4. VALIDEZ, EFICACIA, JUSTICIA Y LEGITIMIDAD
 - 2.5. NECESIDAD Y LIBERTAD
 - 2.6. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN
 - 2.7. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS
 - 2.8. EL GIRO DE KELSEN
- CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Con Kelsen renace la crítica a la teoría del derecho natural, del mismo modo que reconoce en el derecho un nivel de rigor y científicidad, de donde se deriva la necesidad de desligar el iusnaturalismo del positivismo y el realismo, por lo que prescinde de asignarle contenidos a la justicia y a la moral. Siguiendo a Kant, reconoce que toda disciplina debe delimitar su objeto de estudio, esta situación en ese contexto no parecía estar clara; de ahí su inquietud por generar cierto nivel de certeza en el derecho, idea relacionada con el hecho de cómo hacer ciencia y bajo qué estatuto epistemológico.

El profesor Kelsen consideró que el derecho era un vertedero de cosas donde los teóricos abrevaban de sus argumentos y categorías, muchas veces sin reflexionar de manera exhaustiva si el ejercicio de sus reflexiones correspondía en sentido estricto al derecho o a otras disciplinas; de ahí que

Tenga mucha significación preguntar ¿qué es el derecho?, ¿qué es de derecho?, ¿cuál es el objeto de estudio del derecho? Lo anterior lo lleva a concluir que el objeto de estudio del derecho no es otra cosa que la norma jurídica.

2.1. LA CRÍTICA AL DERECHO NATURAL

Kelsen aduce que el derecho no se da en la naturaleza sino que este es un atributo de su positivización. El iusnaturalismo es distinto al positivismo: en el primero, del “ser” se deriva el “deber ser”, en tanto que, en el positivismo, el “ser” es distinto del “deber ser”. Una de las características del derecho consiste en su vocación de ser aplicado, a diferencia de una norma que puede ser acatada o no. El derecho positivo es la norma creada por alguien en un momento determinado, de ahí que sería poco probable que una sociedad pueda regirse únicamente por principios derivados de un derecho natural, pues de ser así sería bastante compleja, a diferencia de la norma dictada por un legislador, en donde se hace explícita la necesidad de su positivación. En la naturaleza prevalece la causalidad, en la sociedad la finalidad; decir que en la naturaleza hay derechos es una contradicción en los términos, pues bien vale preguntar desde cuándo han permanecido allí y por imposición de quién.

Kelsen se enfrenta al problema del derecho natural, en la medida en que pretende construir una ciencia rigurosa, científica, por lo que fija el origen del derecho en un acto de creación humana; esto lo lleva a confrontar toda postura iusnaturalista y metafísica, al considerar que el derecho positiviza lo que ya estaba presente en la naturaleza. En esta medida, el objeto de estudio del derecho es el derecho positivo en sentido general y no de un derecho en particular, de ahí que la lucha del positivismo jurídico esté dirigida contra la

metafísica y contra toda expresión iusnaturalista que apela a entidades que no soportan en sentido estricto una fundamentación filosófica lo suficientemente coherente.

2.2. CRITERIOS DE DEFINICIÓN DEL DERECHO

El derecho puede entenderse como un objeto, aunque también se utiliza esta expresión para reflexionar acerca de ese mismo objeto de estudio. El motivo o pretexto bajo el cual se justifica una investigación jurídica, no es otra que la norma jurídica. El balance que hizo Kelsen en su momento lo llevó a hacer claridad acerca de los juristas que creían hacerle un aporte a la ciencia jurídica, cuando en realidad estaban haciendo un trabajo distinto, que si bien, son importantes como complemento a los estudios jurídicos, no formaban parte de la disciplina jurídica; por ejemplo, la sociología jurídica, la antropología jurídica, la ética jurídica, la filosofía jurídica en sentido estricto no forman parte del derecho. Para llevar a cabo esta iniciativa, delimita el objeto de estudio del derecho a la norma jurídica, para diferenciarlo de disciplinas especulativas.

El derecho tiene un objeto propio de estudio las normas en sentido objetivo. Es distinto cuando se dice que alguien tiene el derecho de protestar, o el derecho subjetivo o la facultad de protestar. La ciencia que se ocupa de las normas jurídicas es el derecho. Este carácter dinámico consiste en que además de ser normas de conducta, se refiere a cómo son creadas, es decir, obedecen a un proceso dinámico que regula su propia creación. La moral no tiene reglas técnicas que establezcan su creación, a diferencia del derecho que establece sus propios mecanismos de autorregulación.

En el desarrollo de su presentación se advierte una constante referencia a Kant, quien se ocupó de dar cuenta de las condiciones de posibilidad que explicaran la construcción del conocimiento científico. De manera análoga, Kelsen indaga por las condiciones de posibilidad que permitan identificar el derecho como ciencia; reconoce en Kant las categorías del entendimiento y la razón como condición de existencia de un sistema normativo. Frente a la pregunta de Kant, acerca de ¿cuáles son las condiciones de posibilidad del conocimiento científico y de la experiencia?, Kelsen traslada esta pregunta al campo jurídico para tener un nivel mayor de comprensión de las condiciones de posibilidad, para que el derecho pueda alcanzar este estatus de científicidad. Kelsen define el ámbito disciplinario del derecho sin apelar al iusnaturalismo en su esfera moral, ni al realismo en su esfera social; de ahí que el conocimiento jurídico es posible si cumple con los siguientes presupuestos: a) La existencia de un sistema jurídico, y b) La existencia de

una norma fundamental. En consonancia con lo anterior, la *grundnorm* o norma fundamental debe ser interpretada como una necesidad puramente epistemológica y carente de cualquier contenido axiológico, pues al ser neutra en sí misma, carece de algún contenido material. La norma fundamental constituye la razón de validez de las normas que forman parte de un orden jurídico, como lo señala el autor:

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista el derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma de derecho positivo; dicha norma no es “puesta” sino “supuesta”. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas³³.

La norma fundamental tiene varios enunciados: una primera versión que corresponde a la edición de *Teoría pura del derecho* de 1934, considera que el legislador le concede una importancia de primer orden al formalismo jurídico. Los casos se resuelven mediante un ejercicio de subsunción normativa. El giro radical se da con la publicación de *Teoría pura del derecho* de 1960³⁴, en la cual afirma que el legislador es creador de derecho, en tanto considera la posibilidad de que el juez se salga del canon jurídico para obrar en justicia.

La primera edición de *Reine Rechtslehre (Teoría pura del derecho)* es de 1934 y se publica cuando Kelsen residía en Ginebra. En 1960 aparece una versión aumentada y aunque conserva mucho de los rasgos iniciales de la primera edición, es una obra que representa un cambio significativo que los estudiosos han denominado como el giro kelseniano. En relación con las ediciones que se han vertido al español, el profesor Gregorio Robles Morchón comenta en la presentación que hace de la *Teoría pura del derecho*, en una nueva traducción de Editorial Trotta, lo siguiente:

Antes de la primera edición en alemán –del año 1934– vio la luz, traducida por Luis Legaz y Lacambla, la obra titulada *Teoría pura del derecho (método y conceptos fundamentales)*. Se publica en 1933. Después, la primera edición en alemán del año 1934, *Reine Rechtslehre*, se publicaría traducida al español por Jorge García Tejeira en 1941 con el título *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*. La tercera versión al español corresponde a la traducción del francés de

³³ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducción de Moisés Nilve de la edición del francés de 1953. Buenos Aires, Eudeba. 1983, p. 139.

³⁴ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Traducción de la segunda edición del alemán, de Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1960.

la obra *Théorie Pure du Droit. Introducción a la Sciende du Droit* (1953 ya citada) con el título *Teoría pura del derecho*³⁵.

Hacer referencia a la norma fundamental no deja de ser problemático, si consideramos que los conceptos de obediencia, legitimidad y legalidad son parte constitutiva de estos discursos, sin desconocer por supuesto el rol protagónico que cumple la resistencia ciudadana.

2.3. NORMA Y ETICIDAD

Si el presupuesto de las normas es la libertad, tiene sentido indagar si el hombre es libre porque hay normas, o hay normas porque el hombre es libre. Si las normas jurídicas son heterónomas, ¿por qué se nos imponen y tienen tanto poder sobre los destinatarios? Atendiendo a un principio moral, puede pensarse que cuando algo se impone no se es libre. La heteronomía equivale tanto como a decir exterioridad, pero qué ocurre cuando nos preguntamos por cosas como, ¿quién crea la norma?, ¿la heteronomía es la resultante de una norma distinta a mí? En este sentido, norma y destinatario resultan ser lo mismo en función de la autonomía.

El enunciado: “Debes respetar la vida ajena”, corresponde a una formulación de tipo deontológico, equiparable a un imperativo categórico, a diferencia del siguiente: “Debes calentar el metal si quieres dilatarlo”, el cual se corresponde con un tipo de proposición anankástica, y en tal medida se asocia a un imperativo hipotético.

Ej. 1. El enunciado “Sé honesto”, está ligado con la idea de “deber”, es decir, con el “deber de ser honesto”.

Ej. 2. “Si alguien por malicia o negligencia ocasionare daño a otro, debe repararlo”. La idea de “debe repararlo”, tiene la fuerza de mandato “sí y sólo si” por malicia o negligencia se le hace daño a otro.

El derecho prescribe lo que humanamente está permitido dentro de las posibilidades humanas de realización, con la clara intención de evitar conductas reprochables, por ejemplo, quitarle la vida a alguien, pero de igual manera, es un despropósito prescribir una norma imposible, por ejemplo, viajar a marte a pie. En esta medida, una norma social que prescriba una acción u omisión es aplicable solamente en condiciones determinadas.

35 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre (1934) a cargo de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez. Madrid: Editorial Trotta. 2011, p. 29.

La teoría pura tiene un objeto de estudio que no corresponde al mundo de la naturaleza ni a la teología, sino a la norma, y no de cualquier tipo, sino a la norma jurídica. La norma fundamental (que no es equivalente a una Constitución) debe tener una correspondencia con la eticidad, aunque no siempre son concurrentes. El Estado tiene la fuerza para imponer y respaldar sus decisiones. Si le preguntáramos, desde qué categoría es válido el sistema jurídico, Kelsen respondería que desde la norma fundamental. En consecuencia, se define la validez del derecho sin acudir a la norma moral ni a la dimensión social.

La norma fundamental es una condición epistemológica sin ningún valor axiológico, de donde se deduce que la *grundnorm* ni el sentido de justicia se llenan de contenidos morales, como lo reitera el autor: "La justicia es, ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo"³⁶.

El derecho no logra definir su validez sin acudir a la norma moral ni a la dimensión social o la eficacia. El dualismo que Kelsen quiere mantener en pie corresponde a los conceptos de validez y eficacia; la validez corresponde a un tipo de norma que se supedita a otra de orden jerárquico superior, es el modo específico de la norma, por ejemplo, el grado de validez del hombre es la existencia. La condición última de validez es el sistema jurídico. Preguntarse por el sentido de validez, consiste en dar cuenta de la jerarquía de una norma frente a otra que le precede; por eso, cuando se dice que es un mandato jurídico el obedecer una Constitución, no se distancia del deber jurídico de obedecer al poder constituyente.

En el esfuerzo de Kelsen por darle un sentido de rigurosidad a la ciencia jurídica, prescinde de objetos que no son jurídicos, lo que quiere decir que en teoría jurídica existen unas categorías muy cercanas al derecho que en sentido estricto no son derecho. Para Kelsen, el objeto del conocimiento es la norma como regla de conducta, labor que en buena medida realizan los juristas, a diferencia de una norma moral que también tiene esta intencionalidad, como lo expresa en el siguiente acápite:

Partiendo de una comparación de los órdenes sociales calificados como derecho, llega la teoría pura del derecho al resultado de que estos órdenes son esencialmente órdenes coactivos, es decir, órdenes que intentan provocar una determinada conducta humana y que, en el caso de una

36 Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Madrid: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 2001, p. 9.

conducta opuesta, calificada como delito, prescriben una coacción como consecuencia del delito, es decir, como sanción³⁷.

Así, la norma jurídica expresa un sentido ético, equivalente a decir que su intencionalidad consiste en proponer fines, con la vocación de ser aplicada por un juez o jueza, a diferencia de una norma moral, de ahí que sea importante establecer esta distinción para saber cuándo se obra por principios de moralidad y cuándo por principios jurídicos. La modernidad establece esta distinción, a diferencia de los griegos donde era similar lo uno a lo otro.

La pureza metódica a la que se refiere Kelsen implica determinar el objeto de estudio de cualquier disciplina que aspira a tener cierta rigurosidad, pero no únicamente esto, sino un método que le permita indagar por todas las reflexiones que puedan derivarse de esta disciplina; tanto el objeto de estudio, como el método de investigación, deben estar ausentes de todas aquellas disciplinas científicas que puedan contaminarlo, como la sicología, la biología, y otras no científicas como la sociología, la política, y la ideología, entre otras. El método que sigue es el normativista, también denominado por los entendidos como formalista y positivista, esto es, un sistema de normas, por lo que esta versión puede ser considerada como la expresión más auténtica del positivismo jurídico.

Cuando Kelsen asevera que una norma jurídica debe ser ajena a todo tipo de valoraciones, en ningún momento afirma que la moral debe ser desterrada del derecho, como muchos creen; simplemente dice que una norma no debe ser analizada con argumentos morales, puesto que esto no le hace ningún bien a la disciplina jurídica. No existe una teoría pura en sentido lato, pues las normas positivizadas están acompañadas de contenidos morales políticos, económicos o de otra índole, de las que es difícil desprenderse.

2.4. VALIDEZ, EFICACIA, JUSTICIA Y LEGITIMIDAD

Las categorías de validez, eficacia, justicia y legitimidad definen el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica. La validez se supedita al orden jurídico, en tanto que la eficacia hace referencia a un concepto relacional, no de norma a norma, sino de norma-realidad. La justicia, por ser un concepto altamente subjetivo queda subsumida en la ley, a diferencia de la legitimidad que hace referencia a los procedimientos acordados por el sistema de producción normativa. La legitimidad en términos modernos es

³⁷ Kelsen, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Madrid: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2004, pp. 10-11.

la justificación pública a nivel colectivo. Todo ordenamiento jurídico exige un mínimo de eficacia. Puede darse el caso de que existan normas válidas y ser totalmente ineficaces, como el caso de los esponsales que gozan de validez jurídica en el Código Civil colombiano, pero que suele ser considerada una norma poco eficaz.

Uno de los problemas puntuales para el derecho consiste en indagar por su condición de validez, esto es, indagar por las categorías de análisis que sustentan esta condición. Para Kelsen, el sentido de validez es considerado como el hecho de que una norma no contradiga a otra de orden jerárquico superior, es decir, se refleja en dos criterios básicos a saber: la norma básica y el sistema jurídico; para autores como Hart y Habermas, entre otros, lo válido tiene un sustento más sociológico que normativista, puesto que son los colectivos humanos los que validan el sistema jurídico a partir de un recurso procedural, configurado en lo social.

Ahora bien, podríamos preguntarnos con Kelsen lo siguiente: ¿si la pirámide de la Constitución es válida, las normas que de ella se desprenden también lo son? La respuesta es afirmativa en tanto los mandatos del legislador deben ser obedecidos, puesto que esas atribuciones no son autofundadas, sino que además de tener el poder para hacerse obedecer, son respaldadas por un colectivo social.

El ordenamiento jurídico es la unidad de una pluralidad de normas, pero ¿cómo una pluralidad constituye una totalidad? La respuesta se da a partir del ordenamiento jurídico que se sustenta en la base del deber ser del constituyente. De ahí que promulgar una Constitución es un acto de creación, en tanto el constituyente tiene la facultad fáctica de reformarla, según el procedimiento fijado en ella. Las normas jurídicas establecen sus procedimientos de creación, a diferencia de las normas morales y de urbanidad que no fijan sus reglas de origen. La norma jurídica no tiene una función ideológica sino normativa.

Las categorías de validez, eficacia, justicia y legitimidad, son problemas capitales en el estudio del derecho. Para que un ordenamiento jurídico sea posible, requiere un mínimo de eficacia; del mismo modo, para que exista derecho, se requiere en alguna medida apelar al poder, es decir, a la capacidad para dictar derecho. El derecho válido (en sentido ontológico) se incorpora en el sistema normativo mediante normas expedidas por el legislador, las que necesariamente deben estar integradas al sistema. Frente a la pregunta de ¿cómo se producen estas o cómo se reformaría una Constitución? Kelsen respondería que merced al derecho promulgado, situación que le otorgaría el sentido de validez.

Si una norma es válida cuando se encuentra de conformidad con otra que la precede jerárquicamente, el sistema de producción normativa queda reducido a un esquema formal o lógico deductivo, donde un juez en una decisión se vería impedido de incorporar un principio de justicia exógeno al sistema, que en nuestro caso sería un prevaricato. A la luz de esta presentación, podría pensarse que cualquier enunciado es norma jurídica, aunque sea injusta, lo que nos recuerda el principio expuesto por san Agustín de que “el derecho es justo o no lo es”. Una norma para que sea válida requiere un mínimo de eficacia, de lo contrario no tendría sentido su promulgación si no cumpliera con su cometido o no regulara los comportamientos de los destinatarios. La eficacia es la forma condicionada de validez de la norma, no su expresión ontológica ni su razón de ser.

Atendiendo a otra dimensión del derecho, como la eficacia, tiene sentido preguntar por lo siguiente: ¿cómo se da el derecho en la práctica? La justicia, como reflejo de un carácter deontológico lo haría desde la concepción misma de lo que considera justo, de ahí que Kelsen no se comprometa con un sentido de justicia que esté más allá de la legalidad. En su obra *¿Qué es la justicia?*, señala la imposibilidad de comprometerse con un ideal de esta naturaleza, pues al ser relativo el sentido de justicia, es poco probable que esta tenga una efectividad real.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posible demostrar que esta y no aquella es la solución injusta³⁸.

2.5. NECESIDAD Y LIBERTAD

A la luz de las formulaciones kantianas podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿en qué campo de conocimiento se mueve el derecho? Si consideramos que los imperativos son mandatos o leyes de la libertad, entonces no se puede inscribir dentro de las ciencias empíricas, de donde podría derivarse que su ubicación correspondería más bien a un tipo de imperativo hipotético. Las normas no se basan en relaciones causales al estilo “si A entonces B”, en tanto se involucran aspectos relacionados con el ámbito de la libertad. En el derecho no ocurren las cosas como se presentan en la naturaleza, de donde se concluye que lo contrario al mundo de la

38 Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Op. cit., pp. 75-76.

necesidad es el mundo de la libertad, en tanto presupone sujetos dotados de entendimiento y libre albedrío.

El mundo de la naturaleza opera de manera distinta al mundo social; si el mundo de la naturaleza se encuentra afectado por una ley como la gravitación universal, la regla de derecho opera de manera distinta: "Si A es, entonces B debe ser", es decir, si el acontecimiento A se produce, el acontecimiento B debe resultar como consecuencia de lo anterior. El mundo de la necesidad es contrario al reino de la libertad, donde se supone que este es un principio que rige a los sujetos dotados de racionalidad.

Si el derecho tiene la pretensión de ser ciencia, necesariamente debe tener un objeto de estudio y un método, de donde puedan derivarse todo un conjunto de proposiciones que de él resulten. A diferencia de las ciencias empíricas o del ser, los juicios de las ciencias jurídicas se rigen por el deber ser. El deber ser no está prefigurado en los hechos, de donde se sigue que el ser no determina el deber ser. Las cosas son como se presentan, pero de esto no se sigue que deban ser así, por ejemplo, si en la naturaleza el pez grande se traga al chico, de ahí no se deduce que el mundo social deba operar de manera similar, puesto que se caería en una falacia naturalista. El ser no determina el deber ser.

La libertad es un presupuesto normativo, distinto de la necesidad. Libertad y necesidad son excluyentes; de otra parte, ser obligado es distinto a tener obligaciones. Ej., frente a la posibilidad de un asalto, una persona puede exigir a otra la billetera usando distintas expresiones como ¡necesito tu billetera!, o, ¿tienes la bondad de darme tu billetera? En este ejemplo vemos cómo operan las funciones y usos del lenguaje, inducidos a una acción. Tener obligaciones es equivalente a decir que se tienen normas. En virtud del ejemplo en mención, no es una opción entregar la billetera cuando se desea conservar la vida, sino una exigencia en donde la libertad desaparece.

Un ejemplo que ilustra esta dualidad es el siguiente: si se debe llegar a un punto B cualquiera, ¿es una obligación o una necesidad caminar?, ¿se debe o se tiene que caminar? La confusión parece estar en los términos tomados del alemán *ich sollen* (deber ser) e *ich müssen*, (tener que) donde aparece la distinción entre deber y tener, algo que no resulta muy claro en el español donde se usan de manera indistinta.

Cuadro nº. 1. Ciencias del ser y del deber ser. Elaboración propia.

CIENCIAS DEL SER	CIENCIAS DEL DEBER SER
Si se calienta el oro, debe fundirse	Si Pedro mata, <u>debe ser</u> castigado
Si A es, B tiene que ser	Si A es, B debe ser
Necesidad	Libertad
<i>Müssen</i> (tener que)	<i>Sollen</i> (deber)

Las ciencias de la naturaleza y las ciencias del deber ser operan con modelos distintos. El principio de causalidad en las ciencias es un factor esencial, sin el cual es impensable la relación A entonces B, como lo explica el positivismo naturalista. Este método sirve para las ciencias exactas como matemáticas y las ciencias empíricas, mas no para las ciencias del espíritu que apelan a la hermenéutica o métodos interpretativos. Del ser no se sigue el deber ser. La causalidad es a las ciencias del ser, lo que la imputación es a las del deber ser. El artículo 2356 del Código civil colombiano hace explícita esta idea: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”. El deber ser es una necesidad lógica, no axiológica. De lo anterior se colige que sólo se está obligado a reparar un daño, cuando por malicia o negligencia se le ha causado a otro.

Para que la naturaleza sea inteligible, es necesario ordenar las experiencias para poder interactuar frente al mundo, de ahí que cobre sentido para Kant la causalidad en el campo científico. Como en el derecho no existe una categoría equivalente, Kelsen se sirve de este principio que en el mundo social lo más parecido es la imputación *zurechnung*. “Con la distinción entre ley natural causal y la proposición jurídica como ley jurídica normativa, y entre el principio de causalidad y el de imputación, establece la teoría pura del derecho el fundamento metodológico de la ciencia el derecho, en tanto ciencia social normativa”³⁹.

El principio de causalidad lo introduce el autor, para poder ordenar el mundo de la vida de manera coherente, en el sentido de que, quien infringe una norma debe recibir un castigo. La imputación tiene un nexo normativo, no causal. La causalidad debe ser entendida en este contexto a la manera kantiana, no como si existiera en la naturaleza, sino como una forma de entender el mundo fenoménico. Ante la imposibilidad de acceder al mundo

39 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre (1934) a cargo de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez. Op. cit., pp. 16-17.

nouménico, incorporamos la causalidad, no porque se haga patente en la realidad, sino que es una operación subjetiva que establece el sujeto con la idea de hacer inteligible esa experiencia; es una forma de conocimiento con la idea de hacer claridad acerca de los fenómenos externos.

2.6. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

La causalidad es a las ciencias del ser, del mismo modo que la imputación es a las ciencias del deber ser. Los nexos imputativos se relacionan de manera directa con las acciones humanas, lo que equivale a decir que los principios de imputabilidad e inimputabilidad son categorías imprescindibles a las ciencias del deber ser. Los primitivos interpretaban los hechos, no como causalidad, sino como imputabilidad; por ejemplo, la caída de un rayo, un terremoto o inundaciones, eran factores asociados a la idea de un castigo divino y, por el contrario, la exuberancia en las cosechas y los tiempos benévolos, eran interpretados como recompensas de los dioses.

Cuando una conducta es contraria a la prescrita, se ejerce entonces un acto coactivo como mecanismo regulatorio; de manera distinta, una persona podría no atentar contra la vida de alguien, si hipotéticamente pudiéramos considerar que no existiera un catálogo de normas que penalizara esto como delito. En esta medida, se consideran imputables los actos que una persona realiza de manera consciente o reflexiva, con las consecuencias que de esa acción puedan derivarse. Cabe señalar que la atribución de una consecuencia, no hace referencia a la persona como tal, sino a un hecho.

**Cuadro nº. 2. Hecho condicionante y hecho condicionado.
Elaboración propia.**

Hecho condicionante HC	Imputación I	Hecho condicionado Hc
Si Pedro mata a Juan	Acreedor de una pena	Debe ser castigado

El anterior cuadro presenta la relación entre el hecho condicionante y el hecho condicionado, mediado por el principio de causalidad, basado en la relación entre una condición y una consecuencia, como lo hace explícito Kelsen: "Pues la distinción esencial entre el principio de causalidad y el de la imputación normativa consiste en que, en el caso de la causalidad, la vinculación de los elementos es independiente de un acto de la voluntad

humana, mientras que en la imputación, la vinculación es creada por un acto de la voluntad humana cuyo sentido es una norma”⁴⁰.

En el campo jurídico, lo más parecido a la causalidad se corresponde con la esfera de la imputación; por ejemplo, si se suelta un cuerpo, necesariamente cae, distinto a si Pedro mata a Juan, se hace imputable de ciertos cargos. En la estructura de la norma jurídica, Kelsen reconoce la dualidad derecho subjetivo y objetivo, equivalente a un hecho condicionante y a un hecho condicionado mediado por la imputación. “La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho, en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad”⁴¹.

Kelsen reconoce que la tradición jurídica clásica no ha podido desembarazarse de la relación dual derecho-Estado, al atribuirle poderes a un ente ficticio que opera detrás de los sujetos, frente a los que opera con un poder coactivo que ejerce mediante organismos, actividades específicas; de ahí que toda teoría de derecho tiende a identificarse con una teoría del Estado, como ha sido usual en la tradición clásica. “Desde esta perspectiva de un positivismo jurídico consecuente, el derecho, y lo mismo el Estado, no puede ser considerado de otro modo que, como un orden coactivo de la conducta humana, sin que con ello se quiera decir nada sobre su valor moral o sobre su justicia”⁴².

Siguiendo a Hobbes, Kelsen considera que Estado y derecho son autorreferenciales, en tanto el Estado se legitima en un ordenamiento jurídico, pero a su vez el Estado es el único ente capaz de crear derecho. Cuando el poder estatal se refleja en un acto de fuerza del cual se sirven organismos como las prisiones y el patíbulo, legitimado en el ordenamiento jurídico y la creencia en este poder que posibilita la regulación de las conductas, se disuelve el dualismo Estado y derecho.

En esta medida, Kelsen asume una postura formalista del derecho, esto es, un modelo axiomático o lógico deductivo de donde se deriva un conjunto de proposiciones que no da lugar a la existencia de lagunas, bien sean de orden técnico o axiológico. El derecho estatal es autosuficiente, autónomo, y es una regla de derecho o mandato del legislador. En esa medida el derecho es

40 Kelsen, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Madrid: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 2004, pp. 12-13.

41 Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 4 Ed, Buenos Aires: Eudeba. 2009, p. 26

42 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre (1934) a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez. Madrid: Editorial Trotta. 2011.

válido, por ejemplo, una sentencia lo es, si se apoya en un acto administrativo que le precede, y es válida si se apoya en una Constitución, pero ¿en qué se apoya la Constitución? Ese es un verdadero dilema que resuelve Kelsen mediante un acto político que antecede a una Constitución, pues como de un acto político o pacto de voluntades no puede derivarse ningún sentido de validez, este queda reservado para casos especiales, por ejemplo, cuando una Constitución entra en vigencia.

Existen dos vías para el acto de creación jurídica: una consuetudinaria que posibilita la idea de que actos altamente deseables puedan positivizarse, por ejemplo, el hecho de no matar, y otra reflexiva que encarna la creación del derecho. En los momentos más embrionarios del derecho, por ejemplo, al presentarse un acto como la venganza privada, el modelo de la norma jurídica consistiría en que toda acción tendría que ajustarse al esquema propuesto, por ejemplo, frente al hecho de cometerse un acto ilícito se deriva una sanción. El acto constituyente es un acto puro de creación política, lo demás corresponde a un ejercicio jurídico procedural. La norma que reviste el mayor carácter de generalidad es una Constitución, pues sobre ella no existe una norma superior o norma previa, como lo muestra el siguiente orden jerárquico:

Esquema n°1. La pirámide kelseniana. Elaboración propia



Según este modelo, una Constitución obedece a un sistema jerárquico o axiomático de donde surgen enunciados normativos, lo que nos lleva a indagar por las competencias dadas al legislador que suelen darse de dos maneras: una competencia originaria de expedir normas, a diferencia de la competencia asociada al hecho de atribuir funciones o capacidad para reformar algunas de ellas. Esto nos recuerda la polémica de Kelsen suscitada con Carl Schmitt, alrededor del problema acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución.

Como respuesta a Schmitt, Kelsen publica en 1930-1931 *Wer soll der Hüter der Verfassung*, traducido como ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?⁴³, en donde propone que es un Tribunal Constitucional el organismo competente encargado de reformarla, a diferencia de Carl Schmitt⁴⁴ que le atribuyó estas facultades al presidente. Esta polémica corresponde al año 1929, cuando Hitler no había ocupado la cancillería del bundestag o parlamento alemán que se da hasta el 30 de enero de 1933. Esta cronología es importante para comprender cómo después del ascenso de Hitler, la figura del presidente de la que se hablaba en 1929 es remplazada en la Alemania nazi por la del führer.

Sobre esta querella, la historia ha emitido su juicio al darle la razón a Kelsen, como el hecho de incorporarse esta figura en la Constitución de 1948, ejemplo que han tomado otros países como España a partir de la reforma Constitucional de 1978 y la oleada de reformas constitucionales en las últimas décadas en Suramérica.

2.7. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

Kelsen reconoce que en sentido estricto no existen lagunas jurídicas en el ordenamiento jurídico, en tanto obedece a su propio esquema, que al tener la vocación de ser aplicado y además de ser vigente, las normas pueden ser aplicadas para resolver casos concretos. Con la idea de clarificar esta presentación inveterada en el derecho, el autor las clasifica en tres órdenes: a) lagunas lógicas, b) lagunas técnicas, y c) lagunas admitidas por el legislador. Las lagunas lógicas existen porque una decisión que pareciera ser la más viable para dirimir una situación, pudiera ser considerada inoportuna por el operador judicial, pero como el derecho tiene la vocación de ser aplicado, no daría lugar para que una situación pudiera ser considerada justa o injusta, buena o mala. Las lagunas en este caso reflejan la tensión existente entre el derecho positivo y otra que pueda ser considerada como mejor o más justa, en donde la interpretación que haga el juez de la misma, poco ayudaría a resolver la cuestión.

*“Una laguna técnica se presenta cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación”*⁴⁵. Así, una laguna técnica no es otra cosa que una laguna lógica que surge de la tensión entre un derecho

43 Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos. 1995.

44 Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid; Tecnos. 1998.

45 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Madrid: Editorial Civitas. 2011, p. 174.

positivo y uno deseado, y el marco de penumbra que surge de la norma cuando hace las veces de un marco general lo suficientemente amplio. Finalmente, las lagunas admitidas por el legislador tienen cabida cuando este adopta una salida para un caso concreto y no se puede derivar una situación clara porque la ley no lo prevé, debido a la generalidad de la misma. En sentido estricto, como no existen lagunas en la ley, se le otorgan facultades a la discrecionalidad al juez para aplicar o no una norma. Estas facultades otorgadas por el legislador se dan en casos especiales, ante la imposibilidad de su aplicación por la textura abierta de la norma.

En la presentación de la validez y la eficacia como irreductibles, Kelsen posibilitó una escisión entre esos dos mundos que ha tardado en recomponerse del todo. Este esfuerzo ha sido obra de autores posteriores como Hart, Dworkin, Rawls y Habermas, principalmente, donde la legitimación de una norma no se reduce simplemente a su validez, sino que la legitimación es política, en la medida en que los ciudadanos que participan de los procesos deliberativos prestan su asentimiento; la legitimación también es social y moral en cuanto reconocen que es altamente deseable que una norma haga tránsito a rango constitucional, cuando ha sido sometida a un proceso deliberativo en el ámbito de la razón pública.

2.8. EL GIRO DE KELSEN

La obra de Kelsen está surcada por una serie de acontecimientos históricos que marcaron su obra, entre los que se destacan, el haber sido asesor del Ministro de Guerra en 1914, presenciar el declive del imperio austro húngaro y construir sobre sus ruinas el surgimiento de Austria, el haber sobrevivido a dos guerras mundiales, ver ante sus ojos el ascenso del nazismo y la creación de la URSS; además formó parte del Tribunal Internacional de las Naciones Unidas para juzgar a los criminales de guerra nazi, en 1945, en calidad de *legal adviser*. Estos acontecimientos son significativos para entender el giro dado en su obra *Teoría pura del derecho* de 1936 y la edición reformulada de la misma en 1960.

En la primera versión que hace Kelsen de la *Teoría pura del derecho*, concibe la norma fundamental carente de todo contenido axiológico, sociológico, antropológico, moral o de cualquier naturaleza. Sin duda alguna, los excesos cometidos por los nazis contra los de su raza, le obligó a repensar este discurso. El haber dejado la norma fundamental vacía permitió que los legisladores tuvieran demasiada discrecionalidad para operar según criterios jurídicos, lo que condujo al exterminio de la raza judía, sustentada en la idea de que se obraba en derecho.

El sentido de justicia no forma parte esencial de la teoría pura del derecho, pues al ser algo relativo queda atada a la legalidad. “La justicia es esencialmente un valor absoluto y lo absoluto en general, especialmente los valores absolutos, están más allá del conocimiento científico racional”⁴⁶. A partir de 1960, la norma fundamental tiene un contenido básico, como la libertad y la tolerancia, elementos que los jueces hubieran podido asumir como un principio rector para defender a miles de judíos de la deshonra que padecieron. El asunto está en que, si cualquier enunciado es norma jurídica, está ausente todo principio rector que bien podría llenarlo de un sentido de justicia.

Pero la teoría pura del derecho no quiere ni puede ser una teoría del derecho recto o justo pues no pretende dar respuesta a la pregunta: ¿qué es lo justo? En tanto ciencia del derecho positivo es –como ya se ha dicho– una teoría del derecho real, del derecho tal como es creado realmente por la costumbre, la legislación o la decisión judicial y tal como es efectivamente en la realidad social, sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde el punto de vista de algún valor, es decir, desde el punto de vista político, como bueno o malo, justo o injusto⁴⁷.

En la versión de 1960 de Teoría pura del derecho, Kelsen le otorga un mayor margen de discrecionalidad a los jueces, con el propósito de perseguir un bien tan anhelado como es la justicia, por lo que consideró que el juez es creador de derecho, a diferencia de la primera versión donde los jueces en sus decisiones deben atender al principio de subsunción normativa. Este tránsito es ilustrado por Óscar Mejía Quintana de la siguiente manera:

Pero el giro de Kelsen, al no ir acompañado de un cambio en su doctrina de la norma fundamental que se mantiene anclada a la de ser una condición lógico-epistemológica de validez del sistema jurídico, lanza la teoría del derecho kelseniana en brazos, de una parte del realismo, ya que el juez es ahora concebido como creador de derecho, pero también, indirectamente, del iusnaturalismo en cuanto que el juez tendrá que acudir a su propio espectro de valores para evitar que el sistema jurídico llegue a extremos de máxima injusticia⁴⁸.

46 Kelsen, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Op. cit., p. 31.

47 Ibíd., pp. 30-31.

48 Mejía Quintana, Óscar. *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Bogotá Grupo Editorial Ibáñez. 2009, p. 94.

En esta medida, el sentido de justicia queda replanteado de manera implícita a partir de la norma fundamental que había expuesto en su obra *¿Qué es la justicia?*, escrito con la intención de responderle a sus críticos por el lugar que ocupa esta en su presentación, sin que el lector pueda hallar respuesta alguna, puesto que, al corresponder a un problema subjetivo y relativo, debemos conformarnos con lo que para cada uno es justo, en función del contexto en que se formulen dichas inquietudes.

Conclusiones

Kelsen es uno de los autores que con vehemencia criticó una de las tradiciones con mayor arraigo en el campo jurídico, como el iusnaturalismo en sus diversas vertientes. Tuvo el mérito de darle un estatus de racionalidad y científicidad a una disciplina como el derecho, que hasta entonces no sepreciaba de serlo. Su construcción teórica sorprende por la lucidez de sus argumentos y la coherencia lógica en el desarrollo de su presentación.

La teoría jurídica contemporánea no puede pasar por alto este insigne autor, pues a pesar de las críticas recibidas de diferentes frentes, y sobre todo en su concepción teórica de la justicia y haber abjurado de la *grundnorm* en la versión de Teoría pura del derecho de 1960, es un autor que amerita ser estudiado, si se quiere dar cuenta de la evolución de las teorías jurídicas en la actualidad. Es un buen ejemplo de cómo se construye arquitectónicamente un modelo con la rigurosidad que lo caracteriza, pero también cabe resaltar la honestidad intelectual de un autor que se retracta de haber hecho algunas afirmaciones, que para el momento eran insostenibles, sobre todo a partir de los horrores padecidos por la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial.

Finalmente, para el positivismo jurídico en la versión de Kelsen, un juez o jueza formado en una tradición positivista podría considerar que el sentido de justicia está ligado al ejercicio procedural, de donde resulta que, si la decisión es la correcta, se da cumplimiento al principio de obedecimiento a las normas y el sentido de justicia incorporado en ellas; la justificación moral de sus decisiones se da en un caso concreto o, por el contrario, cuando considera que el sentido de justicia no se deduce de la norma. En la actualidad, diríamos que no es suficiente una validez jurídica, sino el sentido de rectitud de los juicios morales que inspiran los principios de justicia, de donde se derivan relaciones afines entre las teorías que inspiran los ordenamientos jurídicos y la praxis jurídica en sentido estricto.

Ap

	<p>Actividades pedagógicas</p> <p>Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 47, 48, 53 (parcial), 54, 55 y 162 de la Ley 1801 de 2016, Código de Policía y Convivencia. En esta actividad se pretende analizar, a la luz del pensamiento de Kelsen, la validez de una norma. Si el sentido de validez de una norma está condicionado por el hecho de no contradecir a otra de orden jerárquico superior, cómo es posible que el Código de Policía entre en colisión con principios constitucionales como se exponen a continuación.</p> <p>Esta acción fue promovida por Jorge Kenneth Burbano Villamarín, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; Jorge Ricardo Palomares García, profesor del área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre; Javier Enrique Santander Díaz y Édgar Valdeleón Pabón, miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional.</p> <p>I. PRETENSIONES</p> <p>“Solicitamos a la Honorable Corte Constitucional la declaratoria de INEXEQUIBILIDAD del artículo 162 de la Ley 1801 de 2016, puesto que viola la reserva judicial establecida en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia. Pretensión Subsidiaria: De no proceder la inexequibilidad total, se solicita la declaratoria de inexequibilidad parcial del término “domicilios o de” contenida en el enunciado normativo del artículo 162, por transgredir igualmente el Art. 28 de la Constitución.</p> <p>Igualmente, se solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la INEXEQUIBILIDAD de los artículos 47, 53, 54 y 55 de la Ley 1801 de 2016 por violación a la cláusula de Reserva de Ley Estatutaria contenida en el artículo 152 numerales 1 y 153 de la Constitución Política.</p>
--	---

Ap	<p>De la misma manera, solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que declare la INEXEQUIBILIDAD del artículo 48 de la Ley 1801 de 2016, puesto que viola la Cláusula de Reserva Legal del artículo 37 de la Constitución y 150 numerales 1 y 2.</p> <p>II. NORMAS DEMANDADAS</p> <p>(Los apartes subrayados son los que demandan como inconstitucionales)</p> <p>Ley 1801 de 2016 (julio 29)</p> <p>Por la cual se expide el Código de Policía y Convivencia</p> <p>El Congreso de Colombia</p> <p>Decreta</p> <p>(...)</p> <p>TÍTULO VI</p> <p>DEL DERECHO DE REUNIÓN</p> <p>CAPÍTULO I</p> <p>Clasificación y reglamentación</p> <p>Artículo 47. Definición y clasificación de las aglomeraciones de público. Para efectos de las obligaciones relacionadas con el derecho de reunión, entiéndase como aglomeración de público toda reunión de un número plural de personas producto de una convocatoria individual o colectiva. En razón a sus características y requisitos, se establecen tres categorías:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Reuniones o manifestaciones públicas y pacíficas en el espacio público;2. Actividades que involucran aglomeraciones de público no complejas;
----	---

<p><i>Ap</i></p>	<p>3. Actividades que involucran aglomeraciones de público complejas;</p> <p>Parágrafo. El Gobierno nacional determinará, dentro del año siguiente de la expedición de este Código, las variables tales como: aforo, tipo de evento, clasificación de edad para el ingreso, lugar donde se desarrolla, infraestructura a utilizar, entorno del lugar, características del público, frecuencia, características de la presentación, carácter de la reunión, que determinarán la clasificación del evento como uno de los señalados en los numerales 2 y 3 del presente artículo. En concordancia con las características de cada uno de los municipios del país en cuanto a condiciones operativas y funcionales de los concejos municipales o distritales de gestión de riesgo de desastre.</p> <p>Artículo 48. Reglamentación. Las autoridades municipales en concurso con los consejos municipales y distritales de gestión del riesgo, reglamentarán las condiciones y requisitos para la realización de actividades que involucran aglomeraciones de público complejas y no complejas de conformidad con lo expresado en este Código y con sujeción a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional.</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO II</p> <p style="text-align: center;">Expresiones o manifestaciones en el espacio público</p> <p>Artículo 53. Ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica en el espacio público. Toda persona puede reunirse y manifestarse en sitio público con el fin de exponer ideas e intereses colectivos de carácter cultural, político, económico, religioso, social o de cualquier otro fin legítimo.</p> <p>Con tales fines debe darse aviso por escrito presentado ante la primera autoridad administrativa del lugar o mediante correo electrónico. Tal comunicación o correo debe ser suscrito por lo menos por tres personas.</p>
------------------	--

Ap

Tal aviso deberá expresar día, hora y sitio de la proyectada reunión y se presentará con 48 horas de anticipación indicando el recorrido prospectado.

Toda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta.

Parágrafo 1º. Las reuniones y manifestaciones espontáneas de una parte de la población no se considerarán por sí mismas como alteraciones a la convivencia.

Artículo 54. Uso de vías para el ejercicio del derecho de reunión o manifestación pública y pacífica en el espacio público. Los alcaldes distritales o municipales, salvo circunstancias excepcionales o de fuerza mayor, deberán autorizar el uso temporal de vías dentro de su jurisdicción para actos o eventos de ejercicio del derecho de reunión o manifestación pública y pacífica en el espacio público. En el caso de las vías arterias principales o corredores de transporte público colectivo deberán establecer un plan efectivo de desvíos para la movilización de los ciudadanos que no participan del acto o evento, como medida de protección de los derechos de los demás ciudadanos.

Artículo 55. Protección del ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública frente a señalamientos infundados. Con el fin de amparar el ejercicio del derecho a la reunión o movilización pacífica, queda prohibido divulgar mensajes engañosos en torno a quienes convocan o participan en las manifestaciones, así como hacer públicamente señalamientos falsos de la relación de los manifestantes con grupos armados al margen de la ley o deslegitimar por cualquier medio el ejercicio del derecho constitucional de reunión y manifestación pública y pacífica.

	<p style="text-align: center;">LIBRO TERCERO</p> <p style="text-align: center;">MEDIOS DE POLICÍA, MEDIDAS CORRECTIVAS, AUTORIDADES DE POLICÍA Y COMPETENCIAS, PROCEDIMIENTOS, MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE DESACUERDOS O CONFLICTOS</p> <p style="text-align: center;">TÍTULO I</p> <p style="text-align: center;">MEDIOS DE POLICÍA Y MEDIDAS CORRECTIVAS</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO I</p> <p style="text-align: center;">Medios de Policía</p> <p>Artículo 162. Ingreso a inmueble con orden escrita. Los alcaldes podrán dictar mandamiento escrito para el registro de domicilios o de sitios abiertos al público, en los siguientes casos:</p> <p class="list-item-l1">1. Para aprehender a persona con enfermedad mental que se encuentre en un episodio de la enfermedad de crisis o alteración que pueda considerarse peligrosa o enfermo contagioso.</p> <p class="list-item-l1">2. Para inspeccionar algún lugar por motivo de salubridad pública o transgresión de las normas ambientales.</p> <p class="list-item-l1">3. Para obtener pruebas, cuando existan motivos fundados, sobre la existencia de casas de juego o establecimiento que funcione contra la ley o reglamento.</p> <p class="list-item-l1">4. Para practicar inspección ordenada en procedimiento de Policía.</p> <p class="list-item-l1">5. Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidente o calamidad, cuando existan indicios de riesgo o peligro.</p>
--	---

<p><i>Ap</i></p>	<p>6. Verificar que no exista maltrato, abuso o vulneración a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mujeres y adultos mayores y discapacitados.</p> <p>7. Verificar el desarrollo de actividades económicas, comerciales, industriales, de prestación, venta o depósito de bienes o servicios contrarios a la ley o reglamento.</p> <p>8. Cuando se adelante obra en un inmueble, para determinar el cumplimiento de las normas en materia de usos de suelo, obras o urbanismo.</p> <p>9. En establecimientos públicos o de comercio o en inmuebles donde se estén desarrollando obras o actividades económicas, cuando se requiera practicar diligencia o prueba ordenada en un procedimiento de Policía, para utilizar un medio o para ejecutar una medida correctiva de Policía.</p> <p>Parágrafo 1°. La orden de ingreso a inmueble deberá ser escrita y motivada. Así mismo, deberá levantarse un acta en la que conste el procedimiento de Policía adelantado. El funcionario que autorizó el ingreso al inmueble deberá enviar de inmediato la orden de ingreso y el acta al Ministerio Público. Podrán utilizarse y enviarse otros medios de documentación del procedimiento.</p> <p>Parágrafo 2°. El ingreso a un inmueble deberá realizarse de manera respetuosa, tanto con las personas como con sus bienes. En caso de oposición a la orden de ingreso, la autoridad podrá hacer uso de la fuerza de manera excepcional y proporcional a los actos opuestos.</p> <p>Parágrafo 3°. Para la práctica de pruebas los gobernadores y alcaldes podrán disponer comisión para el ingreso al inmueble determinado.</p> <p>Parágrafo 4°. Si de manera circunstancial o por descubrimiento inevitable en el procedimiento, se encuentran elementos que justifiquen la iniciación de una acción penal, la autoridad de Policía informará al personal uniformado de la Policía Nacional o a la Policía Judicial para que inicie el procedimiento estipulado en el Código de Procedimiento Penal”.</p>
------------------	---

Ap

	<p>Tesis de los demandantes:</p> <p>"La orden de registro que puede equipararse a un allanamiento, por parte de un alcalde, es constitucional, en cuanto colisiona con los elementos mínimos contenidos en el Art. 28 de la Constitución de 1991".</p> <p>"La inviolabilidad del domicilio se encuentra protegida limitada inicialmente por dos instituciones jurídicas: la flagrancia y la detención preventiva derivada de aprehensión material". Dice la Corte que solo en esos eventos es admisible el allanamiento sin orden judicial". (Sentencia C-024 de 1994).</p> <p>"En casos especiales se puede prescindir de una orden judicial, mas no es admisible suprimir la presencia y control de un juez de la Republica, en la emisión de la orden y cambiarla por una entidad administrativa encargada de esta función".</p> <p>La sentencia C-041 de 1994 reinterpretó el concepto de domicilio, y contempló legítimo el hecho de que autoridades como la DIAN puedan registrar el domicilio corporativo del contribuyente, más nunca su domicilio personal, en donde requerirían de una orden expresa, en virtud de la labor que desarrollan. Elabore un documento donde pueda evidenciarse estos presupuestos, valorando si es justa o no la medida.</p> <p>Redacte un texto donde ponga en evidencia los conceptos de validez, eficacia y legitimidad de la norma, ajustados a este caso particular.</p>
--	--

Ae

Autoevaluación

El juicio de Nürember fue uno de los casos más divulgados en el concierto político internacional, realizado entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946, en atención a la gravedad de los crímenes de lesa humanidad que cometieron los criminales de guerra. Los vencedores, al final de la Segunda Guerra Mundial, juzgaron a los implicados, en el que fueron incluidos altos mandos y medios, así como los colaboradores del régimen nacionalsocialista.

La legitimidad del juicio es valorada por algunos como ejemplar, así no existieran normas nacionales por las cuales pudieran ser juzgados, por lo que se apeló a principios antiquísimos como el *ius gentium*, de corte medieval, y normas provenientes de los países vencedores que conformaron el Tribunal Penal Militar Internacional, instituido mediante la Carta de Londres, en 1945. Otros lo consideraron injusto, puesto que no podrían ser juzgados por las normas internas del país donde se cometieron los crímenes. Pareció ser más bien un acto de justicia histórica, antes que un juicio que gozara de validez jurídica.

De conformidad con lo anterior, qué concepto le merece la respuesta de los enjuiciados cuando se les acusó por los crímenes cometidos, a lo que dijeron casi todos que cumplían órdenes superiores. Otro adujo que, orientado por los imperativos categóricos kantianos, cumplía con el deber moral de exterminar judíos. ¿Está bien utilizada esta figura expuesta por Kant para dar cuenta de crímenes atroces?, pues lo mismo podría decirse de Kelsen cuando algunos juristas afirmaron que, de conformidad con los principios kelsenianos de validez jurídica se configuró la constitución que habilitaba la segregación y exclusión racial, lo cual era un hecho legítimo. Según sus apreciaciones, ¿es esto cierto o no y con qué argumentos puede defenderse una u otra postura?

A la *Teoría pura del derecho* de Kelsen le endosan todos los actos de barbarie consumados por el régimen nacionalsocialista, por aquello de pensar la *grundnorm*

<p><i>Ae</i></p>	<p>axiológicamente neutra, por lo que los jueces en sus decisiones la llenaban de contenidos excluyentes y raciales. ¿Con qué argumentos puede defenderse o juzgar a Kelsen?</p> <p>Haga una reconstrucción del desarrollo jurisprudencial que ha tenido las Naciones Unidas en materia de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.</p> <p>Señale la respuesta correcta que se corresponda con los siguientes enunciados:</p> <p>La pureza metodológica que utiliza Kelsen es normativa, esto es, un sistema de normas que tiene por objeto delimitar el campo de observación del análisis del derecho. Puede decirse entonces que su preocupación consiste básicamente en:</p> <p style="text-align: center;">* * *</p> <ul style="list-style-type: none"> - Desterrar las ciencias empíricas en tanto no le aportan nada a la teoría jurídica - Controvertir los principios kantianos en torno al “ser” y “deber ser” - Delimitar su objeto de conocimiento para conocer el objeto de estudio propio - Admitir la posibilidad de que los jueces sean en algunos casos creadores de derecho - Establecer la distinción entre “acciones jurídicas” y “valoraciones de acciones jurídicas”. <p style="text-align: center;">* * *</p> <p>La norma jurídica es un juicio hipotético que conecta un supuesto fáctico ilícito a una consecuencia jurídica. Lo anterior sirve para establecer la distinción entre:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Causa y efecto - “Ser” y “deber ser” - Castigo y pena - Hecho ilícito e imputación
------------------	--

<p><i>Ae</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Normas morales (principios categóricos) y normas jurídicas (sanciones jurídicas) - Leyes de la “libertad” y leyes de la “necesidad”. <p style="text-align: center;">* * *</p> <ul style="list-style-type: none"> - En el desarrollo del pensamiento de Kelsen se puede advertir dos momentos: el primero corresponde a la obra Teoría pura del derecho (1934), en tanto que el segundo coincide con la publicación de Teoría pura del derecho (1960). El giro radical de la segunda versión consiste en que - En la primera versión el juez es creador de derecho, a diferencia de la segunda donde no admite esta posibilidad. - En la primera versión, la norma fundamental es valorativamente neutra; la segunda contempla un contenido material axiológico (libertad y tolerancia). - El primer Kelsen no definía con claridad, si la ciencia jurídica corresponde a una ciencia natural o ciencia social; el segundo establece que el objeto de estudio del derecho es la norma jurídica - El primer Kelsen define el objeto de estudio del derecho basado en la norma jurídica; el segundo incorpora las categorías de justicia y legitimidad. - El primer Kelsen se centra en reflexiones de validez y eficacia; el segundo, centra sus preocupaciones en la legitimidad y la legalidad.
------------------	--

B	<p>Bibliografía</p> <p>Kelsen, Hans. <i>¿Quién debe ser el defensor de la constitución?</i> Madrid: Tecnos. 1995</p> <p>_____ <i>Teoría pura del derecho</i>. Buenos Aires, Eudeba.</p> <p>_____ <i>Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho</i>. Traducción de Moisés Nilve. México: Editorial Porrúa. 1960.</p> <p>_____ <i>Teoría pura del derecho</i>. Traducción de la primera edición de <i>Reine Rechtslehre</i> (1934) Gregorio Robles y Félix F. Sánchez. Madrid: Editorial Trotta. 2011.</p> <p>_____ <i>¿Qué es la justicia?</i> Madrid: Ariel. 2008</p> <p>_____ <i>¿Qué es la teoría pura del derecho?</i> Madrid: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 2004.</p> <p>Bibliografía recomendada</p> <p>Gaviria Díaz, Carlos. <i>Temas de introducción al derecho</i>. Medellín: Señal editora, 1992</p> <p>Kelsen, Hans. <i>La paz por medio del derecho</i>. Madrid, Trotta. 2003.</p> <p>Nieto Arteta, Luis Eduardo. <i>Lógica, fenomenología y formalismo jurídico. Comentarios a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen</i>. Universidad Católica Bolivariana. Vol. VII, n.º 23, octubre-noviembre, pp. 455-458.</p>
---	--

Unidad 3

EL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO DE HART Y DWORKIN

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo General</i></p> <p>Valorar la importancia que han tenido las tradiciones jurídicas del positivismo contemporáneo de las versiones de Herber Hart y Ronald Dworkin en la tradición jurídica colombiana, y reconocer su aplicación en las prácticas judiciales.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivo específico</i></p> <p>Mostrar las diferencias teóricas y conceptuales entre los dos más dignos representantes del positivismo contemporáneo, con el propósito de privilegiar su relevancia en la práctica judicial.</p> <p>Identificar la importancia de cómo se han resuelto casos difíciles en Colombia, utilizando para ello los argumentos provenientes de uno u otro autor.</p>

Mapa conceptual nº 4. El positivismo contemporáneo de Hart y Dworkin. Elaboración propia



Co	<p><i>Contenido</i></p> <p>3. EL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO DE HART Y DWORKIN</p> <p>INTRODUCCIÓN</p> <p>3.1. EL POSITIVISMO JURÍDICO DE HERBER HART</p> <p>3.1.1. Validez, eficacia y legitimidad</p> <p>3.1.2. Los casos difíciles</p> <p>3.2. EL POSITIVISMO INCLUYENTE DE RONALD DWORKIN</p> <p>3.2.1. El derecho como integridad</p> <p>3.2.2. Los casos difíciles y la respuesta correcta</p> <p>3.2.3. Un caso difícil para los jueces Herbert y Hércules</p> <p>CONCLUSIONES</p>
----	---

INTRODUCCIÓN

Los aportes suscitados por los autores inscritos en el iusnaturalismo contemporáneo son diversos y valiosos, en cuanto configuran una nueva concepción del derecho, además de sus aportes notorios al activismo judicial, considerados como un esfuerzo por superar el positivismo jurídico de Hans Kelsen. En esta tradición cobra vital importancia la contribución realizada por autores como Herbert Hart y Ronald Dworkin, tratados en la presente unidad.

Si existe un término que vincule por extensión a los juristas y filósofos del derecho, es la definición misma del derecho que corresponde a instancias distintas, por ejemplo, el hecho de ser considerado como norma, facultad o poder, como ciencia o como lo justo. Este tipo de reflexiones están surcados por una serie de concepciones idealistas que ubican al derecho como una creación humana, a diferencia de los realistas que la consideran como una realidad empírica. Además de lo anterior, si existe un problema que ligue a estas dos tradiciones son los vínculos existentes entre el derecho y la moral: para los iusnaturalistas, estas relaciones son necesarias, en tanto que para los positivistas no existe una relación lógica ni necesaria entre ellas.

En el iusnaturalismo clásico, como se advierte en la Grecia del siglo V a. C., la palabra *dikaion* (δικαίον) hace referencia al sentido de justicia o “lo justo”, personificado en el derecho; de igual modo, estas expresiones análogas se encuentran en el Digesto de Justiniano, en Cicerón, San Agustín, autores que han tenido una notoria incidencia en posteriores generaciones, en donde se advierte la preocupación por vincular la ley natural de conformidad con la recta razón.

Los autores de los que se ocupa esta presentación, no son ajenos a estos grandes debates que cobran vigor en la actualidad, especialmente para los operadores jurídicos, quienes a diario tienen la responsabilidad de proferir fallos, por lo que soportan sus decisiones en una u otra tradición.

3.1. EL POSITIVISMO JURÍDICO DE HERBER HART

Herber Hart encarna la versión más refinada del positivismo jurídico, quien le reprocha a Kelsen el haber pensado la norma jurídica ligada a una sanción, del mismo modo que a Austin, por considerar que el sistema jurídico opera a partir de normas que imponen sanciones, es decir, reglas primarias. El derecho no puede ser reducido a normas respaldadas por amenazas, sino a un sistema de reglas, donde cobra importancia la práctica social, lo que

denominó Hart como “perplejidades de la teoría jurídica”, a saber: el reducir las normas jurídicas a órdenes respaldadas por amenazas, la separación del derecho de la moral, y el considerar el derecho como un modelo axiomático.

Hart es considerado como uno de los filósofos del derecho más brillantes del siglo XX que junto con Dworkin, Hart y Rawls, han contribuido de manera especial a enriquecer el horizonte intelectual de la filosofía del derecho, la teoría jurídica y la filosofía moral. Es un crítico del positivismo jurídico que no se conforma solamente con esto, sino que propone una teoría alterna basada en un sistema de reglas. Hart se reconoce como iuspositivista, lo que no impide que le reproche a esta tradición el querer reducir toda regla al tipo de “órdenes emanadas del soberano”, por ello tiene más afinidad con la corriente positivista, denominada jurisprudencia analítica, en donde el lenguaje resulta ser un elemento esclarecedor para tener una mejor comprensión del derecho. No se compromete con una definición del derecho, como es usual en otros autores, sino en describir los elementos que lo caracterizan.

Hart recupera la discusión entre derecho y moral, al reconocer que esta escisión no le hace ningún bien a la teoría jurídica, en tanto la moral tiene una esfera de acción más amplia que un sistema de reglas. Como buen positivista, separa la moral del derecho, pues no existe una condición necesaria, pero se vinculan por el hecho de poder cuestionar una norma jurídica a la luz de reflexiones morales. Es un error desconocer el papel de la moralidad que opera con un margen de acción mayor que la norma jurídica. Si una regla de reconocimiento incorpora un contenido moral, es porque las prácticas sociológicas han posibilitado este alcance, hecho que a su vez le otorga un sentido de validez.

El punto en el que se advierte un ámbito de aplicación mayor entre la moral y el derecho es en el denominado derecho mínimo natural, conformado por tres principios fundantes: no matar, no robar y el reconocimiento de un sistema coactivo. En un comienzo, la regla de reconocimiento no contenía principios morales, presentación que cambió después, al reconocer que un juez o jueza al dictar un fallo recurre al derecho mínimo natural para obrar en justicia.

El concepto de derecho⁴⁹ recoge en buena medida su presentación acerca de la disciplina jurídica, en donde identifica el derecho con un sistema de reglas de dos tipos: primarias, similares a órdenes respaldadas por amenazas o reglas de adjudicación, se ocupan de aquello que las personas deben o no

⁴⁹ Hart, Herber. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963. Traducción de Genaro Carrión. El título original corresponde a la versión de *The concept of law*. Universidad de Oxford. 1961

hacer; las secundarias se ocupan de cómo pueden ser verificadas las primarias, y le confieren un margen de discrecionalidad a los funcionarios y ciudadanos para dar cumplimiento a las primarias. La regla de reconocimiento hace las veces de unas reglas de juego de tanteo o cálculo político, de manera similar a las que definen las actividades de un marcador en un juego. Las reglas primarias son reglas de conducta o de obligación, a diferencia de las secundarias que son las que confieren potestades o maneras de modificar situaciones jurídicas.

Esta presentación tiene sus bondades, como es el hecho de que los destinatarios reconocen y acatan, no por un simple mandato impositivo, sino porque las consideran pertinentes, hecho que se asocia a una connotación de obligatoriedad implícita. Los casos típicos de normas que ilustran lo anterior, podrían ser ejemplificados de la manera siguiente: en un ordenamiento jurídico que contempla como regla general la compra y venta de bienes inmuebles, las reglas secundarias no estipulan el monto que debe ser entregado como anticipo de la compra, sino que esto queda a discrecionalidad de los contratantes. En otros casos podrían ser invocadas estas normas cuando se deja un testamento, se hace una donación o cesión. En este sentido, las reglas secundarias permiten identificar las reglas de reconocimiento primarias de obligación, hacen más flexible el sistema jurídico y le proporciona más estabilidad al modelo.

3.1.1. VALIDEZ, EFICACIA Y LEGITIMIDAD

La validez de una norma se debe en grado sumo a una norma de reconocimiento que le otorgan los jueces, juezas, magistrados y magistradas, responsables directos de su aplicación. Este principio no le hacía ningún mal al positivismo, por el contrario, se mantenía fiel a estos principios. La validez hace las veces de una regla operativa interna que en principio está reservada a los jueces, juezas, magistrados y magistradas, a diferencia de la eficacia o punto de vista externo al sistema jurídico que queda circunscrito a los particulares. La importancia de esta distinción radica en saber cuándo se obra de manera injusta.

Preguntar por la validez de una norma implica indagar acerca de cómo pueden ser verificadas las primarias. La norma última otorga sentido a otras, por ejemplo, “tener la obligación de...” significa que la norma es considerada por el grupo como criterio de rectitud, y su no observancia provocará una reacción del grupo para que se cumpla.

Aunque el derecho y la moral son distintos, hay un vínculo necesario que se refleja en lo siguiente:

- a) El poder coactivo del derecho presupone la aceptación de su autoridad.
- b) La estabilidad del sistema jurídico supone la concordancia con controles sociales como la moral o la religión.
- c) La decisión judicial recurre con frecuencia a criterios valorativos suprapersonales.
- d) La crítica del derecho puede conducir a la resistencia por motivos morales.

3.1.2. LOS CASOS DIFÍCILES

Los casos difíciles (*hard cases*) se refieren a situaciones aporéticas donde una decisión no se resuelve simplemente aplicando “el modelo de reglas” o el conjunto de normas existentes, de donde deviene el poder que tienen los jueces en un margen de discrecionalidad judicial lo suficientemente amplio para crear derecho. Dworkin considera que este principio contradice el ejercicio de interpretación judicial, por lo que considera que este modelo quedaría mejor expuesto si se incorporan no solo normas, sino también principios.

En los casos difíciles –según Hart– los jueces tienen un margen de discrecionalidad, a diferencia de los fáciles que pueden acudir a la subsunción silogística, lo que no quiere decir que exista arbitrariedad por parte de los jueces y juezas. En estos casos, Hart no reconoce la necesidad de valorar moralmente las normas jurídicas al interior del sistema, sino que le otorga al juez competencias extrajurídicas para dirimir situaciones conflictivas. Las relaciones entre derecho y moral son contingentes, pero no necesarias; en efecto, el derecho como fenómeno social puede ser analizado de manera independiente de la moral, lo que no implica que pueda tener una incidencia en el derecho. En esta medida, el derecho abreva en reglas morales, por lo que puede afirmarse que, en esta versión, el concepto de derecho comparte unas fronteras muy cercanas con la sociología, como lo advierte el autor.

En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto a fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien está primariamente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero sea también útil a aquellos que se interesen principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho⁵⁰.

50 Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1963, p. XI.

La teoría hartiana del derecho es interpretativa, en donde las reglas tienen una importancia mayúscula, en tanto obedecen a un sistema jerárquico ya que de las de mayor rango se derivan las de rango inferior, a la manera kelseniana de normas, constituciones, leyes, sentencias y así sucesivamente.

Las normas se expresan a partir de enunciados lingüísticos, con la particularidad de que presentan una zona de penumbra. El núcleo de significado se da a partir de casos fáciles, a diferencia de los difíciles que requieren un mayor análisis; por ejemplo, nadie dudaría en señalar como vehículo a un carro, motocicleta o un tractor, muy distinto al análisis que alguien pudiera considerar como vehículo una patineta, triciclo infantil o un juguete que un niño pueda tirar de una cuerda. En este caso, del concepto que asuma el guardián de un parque a quien se le ha confiado la misión de prohibir la entrada de vehículos, dependerá su ingreso o no a aquel sitio.

No todas las normas jurídicas son reglas precisas como las que consagran los tipos penales o requisitos procesales, por ejemplo, un principio como el que establece que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, opera de manera distinta a las reglas; estos casos tienen una estructura distinta de las reglas, con las que tienen que lidiar los jueces y juezas, tanto en los casos fáciles como en los difíciles.

Como buen heredero de la tradición anglosajona, reconoce que desobedecer al derecho es un acto ilegítimo, del mismo modo que reconoce la importancia que cobra el precedente judicial en una decisión. En sentido estricto, apartarse del precedente sería equivalente a prevaricar, aunque no se utilice la noción de casos fáciles y difíciles, el juez tiene que decidir entre varias opciones la más plausible, por lo que no se compromete con una única respuesta correcta.

3.2. EL POSITIVISMO INCLUYENTE DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin representa una de las vertientes más elaboradas del positivismo contemporáneo. En una sociedad plural como la actual tiene mucho sentido hablar del reconocimiento de derechos, denominado comúnmente como positivismo incluyente, lo que contribuye a la configuración de una sociedad más justa y democrática. La justificación política de las decisiones promueve el bienestar general, cuando no la protección de derechos individuales o de comunidades. Lo anterior no quiere decir que las decisiones judiciales obedezcan simplemente a motivaciones políticas.

Sus campos de acción son prolíficos y diversos, entre los que se destacan los derechos civiles, la igualdad, la libertad, asuntos de justicia distributiva; en los últimos años se ha ocupado de asuntos que suscitan las más variadas reflexiones éticas y políticas, entre las que pueden destacarse temas álgidos como el aborto, la eutanasia, pornografía, desobediencia civil y régimenes dictatoriales, entre otros aspectos.

Las grandes corrientes de la filosofía del derecho y las teorías del derecho se han ocupado por definir el concepto de derecho. Este debate iusteórico ha ocupado un lugar prominente en un autor como Dworkin, considerado uno de los más brillantes filósofos de derecho del siglo XX, quien tuvo el mérito no solo de contribuir al desarrollo de la filosofía jurídica, sino la filosofía del derecho. En uno de sus primeros artículos que corresponde al año 1969, deja entrever sus críticas al positivismo representado en buena medida por su antecesor H. L. Hart, además de volver a plantear como objeto de discusión el vínculo entre derecho y moral, expuesto en *Los derechos en serio*⁵¹.

Esta contribución se inscribe en el denominado nuevo derecho, así como del activismo judicial desarrollado en las últimas décadas, perspectiva que responde a las necesidades contemporáneas de la ciencia jurídica actual. De conformidad con lo anterior, esta unidad desarrolla los aspectos más relevantes de su esquema de interpretación, con el propósito de que estos aportes sirvan como orientación a los jueces que en su actividad profesional tienen la misión de proferir fallos.

La incursión de Dworkin en el ámbito jurídico se hizo más notoria a partir de la célebre disputa con su contemporáneo Herber Hart, que en 1961 publica *The concept of law*⁵², donde le atribuyó a los jueces un mayor margen de discrecionalidad, ante la existencia de vacíos o “lagunas jurídicas”. Posteriormente, como réplica a su maestro en Oxford, que por aquel entonces era uno de los teóricos del derecho más importantes en el ámbito anglosajón, Dworkin publica *Los derechos en serio*, obra que lo consagró en el mundo académico y jurídico norteamericano.

Así, surge uno de los más acalorados debates en torno a si los jueces son o no creadores de derecho, hasta el punto de que no se puede afirmar con exactitud si el reconocimiento de Dworkin se debe en buena medida a las críticas suscitadas a Hart o, lo contrario, tema más conocido en nuestro

51 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. 1984.

52 Hart, Herber. *The concept of law*. Oxford, Clarendon Press. 1961. En castellano apareció en la versión de Genaro Carrión como *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1963

medio como “el debate Hart-Dworkin”⁵³ que el profesor César Rodríguez ha expuesto con suficiente claridad⁵⁴.

3.2.1. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD

Dworkin fue docente de filosofía, teoría del derecho y teoría constitucional; en sus presentaciones deja entrever la distinción entre la teoría del derecho como algo distinto de la teoría constitucional, sin desconocer que comparten fronteras cercanas. En la actualidad esta presentación se ha visto fortalecida, en parte por la oleada de constitucionalización de principios, como una forma de garantizar el ejercicio de los derechos.

Cabe señalar que la teoría del derecho no es teoría constitucional, aunque existen vínculos muy fuertes entre estos dos órdenes, reforzada en la actualidad por el hecho de pensar en la constitucionalización de principios que posibiliten en ejercicio de los derechos. Así, la moralidad política es el fundamento de donde emergen principios constitucionales. El ejemplo más visible de esta situación es la Constitución de Filadelfia que partía de dos principios morales: igual tratamiento y el derecho a ser tratado como igual. El valor jurídico que representa su positivación, es que devienen en igual protección para los ciudadanos.

Dworkin le critica a Hart el reducir el derecho a un sistema de reglas. Los principios tienen un ámbito más amplio y flexible porque no se basan en la premisa del todo o nada, como las reglas que no admiten posiciones intermedias. Las reglas tienen una inspiración sociológica basada en hechos reales, los principios no. De ahí surge el derecho como integridad, donde el juez tiene que identificar los criterios para resolver un caso, sin desconocer por supuesto criterios de moralidad, pero el hecho es que cobran juridicidad en el ámbito de aplicación por parte del juez.

La concepción del derecho en Dworkin tiene una fuerte impronta interpretativa antes que semántica; si bien los conceptos forman el núcleo de cualquier disciplina, estos no deben ser analizados solamente a partir de criterios lingüísticos, sino interpretativos, en donde la objetividad de los juicios de valor ocupa un lugar preeminente. Por ejemplo, en las concepciones interpretativas morales y políticas que se tejen alrededor de la democracia, la igualdad o la justicia, poco bien le haría examinar su sentido etimológico

⁵³ La parte final del texto incorpora el *Postscriptum*, tema en el que trabajaba Hart como parte de su réplica a Dworkin, tema que quedó inconcluso a raíz de su fallecimiento en 1992.

⁵⁴ Rodríguez, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. 1997.

o lingüístico, como el hecho de examinar el sentido de lo bueno o valioso que radica en ellos, de tal manera que se puedan satisfacer ciertas demandas sociales. En síntesis, una concepción del derecho en esta presentación, obedece más a criterios interpretativos que semánticos.

Existe el reconocimiento en Dworkin de que los principios incorporan valores éticos que configuran el consenso moral y el consenso político; estos principios de moralidad política son el sustento del ordenamiento jurídico, al ser la más viva expresión de los derechos individuales, a diferencia de los políticos que se hacen extensivos a los derechos colectivos. Una de las maneras de legitimación estatal se da a partir del reconocimiento de los derechos individuales, plasmados en la ley, en tanto posibilita estados de felicidad y bienestar social. De ahí que cobre una importancia notoria los derechos individuales frente a los colectivos, considerados como un triunfo frente al poder de las mayorías, de donde se deriva la necesidad del Estado de respetar los principios de moralidad ciudadana.

Dworkin no reconoce principios de moralidad universal a la manera kantiana, basada en principios deontológicos, aunque se muestra conforme con que la moralidad política tiene un arraigo sociológico en las eticidades o valores culturales de los pueblos que le dan sentido a sus proyectos de vida. De nuevo el autor en *El imperio de la justicia*⁵⁵ propone una noción de derecho en donde le confiere un valor inusitado a las decisiones de los jueces y juezas, como instancia ulterior, en cuanto tienen un vínculo con la moralidad.

Privilegiar una concepción del derecho como integridad implica reconocer el acatamiento de la ley, por lo que se afirma que la integridad involucra el hecho de que el legislador profiera leyes coherentes desde el punto de vista moral; de ahí que sea una exigencia incorporar principios de moralidad y de política, atado a un sentido de equidad y de justicia de donde se derivan consideraciones democráticas y participativas de la ciudadanía. La integridad implica darle unidad y coherencia al sistema jurídico; de ahí la afirmación de que la integridad otorga un grado de legitimidad, en cuanto promueve estados de felicidad entre los ciudadanos.

3.2.2. LOS CASOS DIFÍCILES Y LA RESPUESTA CORRECTA

Los casos difíciles se presentan cuando existen pronunciamientos distintos a partir de algunas sentencias, por ejemplo, o bien por la inexistencia de una norma que pueda ser aplicable. Como Dworkin no justifica la discrecionalidad

⁵⁵ Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa. 1998.

y menos su retroactividad, encuentra que la solución más sensata consiste en apelar a los principios como elemento rector; por eso, cobra sentido la afirmación de que la integralidad del derecho va más allá de las normas, labor que debe arrogarse el juez Hércules, quien debe encontrar la respuesta correcta para los casos difíciles. De manera análoga, el juez Herber, en una clara alusión a Hart, debe resolver a su manera los casos difíciles.

En su presentación, Dworkin privilegia una única respuesta correcta que los jueces deben hallar en casos de difícil resolución. Así, las respuestas correctas se encuentran en consonancia con los lineamientos políticos consagrados en la Constitución, en tanto el constituyente hace suyos estos principios. El derecho como integridad incorpora el vínculo entre los principios y la legislación, por ello, cuando los jueces y juezas se enfrentan a casos de difícil resolución, atienden a estos principios, en procura de hallar una única respuesta correcta para todos los casos. Esta solución debe ser justificada con los mejores argumentos.

Al presentar las leyes y normas jurídicas cierto margen de vaguedad, y ante la imposibilidad de ser aplicadas a nuevos casos, han de ser interpretadas; por ello, cobra importancia esta práctica interpretativa en cuanto posibilita la mejor elección posible por parte del juez, en consonancia con los principios políticos y morales que sustentan el ordenamiento jurídico. De ahí la afirmación de que cuando las reglas no solucionan los casos difíciles, es preciso apelar a los principios que tienen un fuerte vínculo con la moral.

Al presentar el ordenamiento jurídico lagunas o contradicciones, cobra importancia para el autor la metáfora del derecho en cadena, en el sentido de hilvanar o introducir una secuencia; es como darle sentido a una novela de creación colectiva donde se espera de manera ordenada la incorporación de personajes y situaciones; de manera similar, el derecho se asemeja a una novela de creación colectiva donde los jueces y juezas en su aplicación, forman parte de una cadena, donde cada uno retoma la parte que construyó su antecesor y de manera coherente sienta un precedente que los demás deben atender. Una concepción de justicia en estos términos sintetiza la pretensión del derecho como integridad al darle coherencia y sentido a las decisiones.

El derecho como práctica social se vale de un conjunto de reglas que promueven un conjunto de valores; además de ser una práctica social, promueve una actitud interpretativa que según Dworkin pasa por tres etapas:

- Preinterpretativa

- Interpretativa
- Postinterpretativa

La primera etapa (preinterpretativa) identifica el objeto a ser interpretado, especialmente delimitado por el conjunto de reglas de derecho que pertenecen a un determinado sistema jurídico. En la segunda (interpretativa) le confiere una importancia mayúscula a la práctica social al privilegiar los principios que le otorgan sentido, en tanto promueve un conjunto de valores que es preciso desarrollar. El sentido de integridad opera cuando a partir del material recolectado, los principios le dan unidad al sistema al optar por una decisión. En esta medida, se dice que debe existir un correlato entre el sentido dado a la interpretación y el material recaudado.

En la tercera etapa (postinterpretativa) se concilian los casos, en virtud de las teorías adoptadas que como es de esperarse, sea la mejor decisión. Los vínculos existentes entre el derecho y la moral, tienen vigencia en esta etapa, en tanto los principios orientan las prácticas sociales. La decisión justificada para un caso concreto se corresponde con la única respuesta correcta.

El derecho como integridad tiene la ventaja de constituirse en precedente, a partir de la armonización de estas tres etapas, en la medida en que garantiza la integridad del derecho. La moralidad política define el sentido de integridad política, con lo cual estas dos esferas quedan articuladas, si se reconoce que a partir de la armonización de estos principios se fortalece la integridad jurídica, como lo señala el autor:

Llamo directriz o directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁵⁶.

A diferencia de Robert Alexy que pondera un derecho sobre otro, Dworkin privilegia los principios, de donde resulta que lo justo es decisivo para todos, al concederles más fuerza a estos y menos discrecionalidad a los jueces. Una concepción de justicia en estos términos, sintetiza la pretensión del derecho, en donde lo justo es decisivo para todos.

56 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. cit., p. 72.

El principio de igual tratamiento es equitativo, en tanto tiene su correlato con el debido proceso; estos principios son la más viva expresión de los derechos políticos individuales, a diferencia de los políticos que se hacen extensivos a los derechos colectivos. Los principios incorporan valores éticos que le dan sentido al consenso moral y político, que en últimas configuran el ordenamiento jurídico. Así, la moralidad política define el sentido de integridad política, ejercicio mediante el cual estas dos esferas quedan articuladas.

De los anteriores argumentos se colige que los derechos tienen un reconocimiento explícito en la ley, y su protección se sustenta en la creencia de que estos proporcionan estados de felicidad y bienestar; tomarlos en serio no es otra cosa que atender a los principios internos del derecho, abandonar toda actitud escéptica que riñe con los principios básicos de una expresión simplemente positivista. Un sistema de derechos en esta perspectiva, encuadra en el contexto de una teoría política liberal a la manera de los principios de justicia rawlsianos incorporados en la ley; de ahí que su teoría pueda ser entendida como un esfuerzo por articular la teoría del derecho y una teoría liberal de la justicia.

El derecho como integridad es una apuesta por salirle al paso a la disyuntiva entre iusnaturalismo, positivismo y pragmatismo, en cuanto no justifican las prácticas jurídicas en la actualidad. Una salida a esta dificultad la encuentra a partir de una única respuesta correcta, decisión que se encuentra en correspondencia con los principios que el juez debe hallar. La apuesta de Dworkin consiste en que estas respuestas se encuentran en consonancia con los lineamientos políticos consagrados en la Constitución, en tanto el constituyente hace suyos estos principios.

Finalmente, el derecho como integridad establece un vínculo entre los principios y la legislación, en donde los jueces a partir de la interpretación, encuentran que las soluciones a partir de los principios antes que las reglas, los que soportan una fuerte carga moral como la dignidad, la libertad y la justicia.

3.2.3. UN CASO DIFÍCIL PARA LOS JUECES HERBERT Y HÉRCULES

La sentencia C-221/1994, más conocida como la despenalización del consumo de la dosis mínima personal, representa un caso típico para ejemplificar lo que se conoce como hard cases o casos difíciles. El ciudadano Alexandre Sochandamandou solicita a la Corte declarar inexequibles el

literal j) del artículo 2º⁵⁷ y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986⁵⁸. Esta decisión contempla que el consumo de drogas es un asunto de salud pública y no de criminalidad, en tanto quienes son sorprendidos con drogas para su consumo habitual, el Estado debe velar por su salubridad, a cambio de su reclusión carcelaria. Las personas sorprendidas, según la ley penal, deberían ser internadas en centros de recuperación especializados, si se considera que los adictos deben ser tratados como enfermos que requieren atención estatal.

Apelando a la figura de la dignidad humana y el sentido de autonomía, el magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz, aduce que las conductas que interfieran con el ámbito externo de la libertad de otros, son conductas exigibles. El consumo de drogas en la esfera individual, no riñe con la libertad de otros. Este derecho inalienable se hace extensivo al hecho de menguar su existencia, a la manera de los alcohólicos o nicotinómanos habituales que no requieren estar en un establecimiento psiquiátrico para lograr su recuperación. Otro punto asociado al consumo de estupefacientes es que los consumidores son considerados socialmente como delincuentes, situación que no se deriva necesariamente del consumo. En virtud de lo anterior, la farmacodependencia no puede ser equiparable a un acto delincuencial, lo que conllevó a hacer la distinción entre el porte de la dosis para uso personal,

57 j) “Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no excede de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no excede de un (1) gramo, y de metacualona la que no excede de dos (2) gramos.

No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”.

58 Artículo 51. “El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurirá en las siguientes sanciones:

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto. La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente”.

a diferencia de otras cantidades dedicadas a la distribución, consideradas como un delito.

La salud, para estos efectos, tiene una importancia notoria, en cuanto apelar al valor que representa, no se corresponde con una decisión estatal, por el contrario, el valor que representa la existencia no es otro que el sentido que uno mismo pueda otorgarle. Al no ser el Estado el dueño de la vida, queda este ámbito restringido a la esfera individual que se hace extensiva al hecho de no recibir tratamientos médicos y más aún, al hecho de infligirse daño a sí mismo. En lo tocante a este punto, cabe preguntarse si el dueño de la vida reposa en el Estado, Dios o la persona misma. A la luz de una tradición liberal, la dignidad humana y el principio de autonomía son los principios que rigen la vida de las personas.

El dilema se presenta cuando los jueces tienen que decidir entre dos principios constitucionales consagrados en la Constitución, como el libre desarrollo de la personalidad expuesto en el artículo 16 y la salud de las personas, contemplado en el artículo 49. Con base en estos principios, los magistrados encontraron argumentos de peso para declarar la inexequibilidad de los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986. Así, en relación con los límites constitucionales de la intervención del Estado en la salud personal, el peticionario aduce lo siguiente:

Si el Estado no puede garantizar la recuperación de la salud de los enfermos psicofisiológicos de drogadicción o toxicomanía, porque no existe clínicamente el tratamiento radical y científico que asegure su curación, tampoco puede el Estado impedir o limitar el uso del medicamento que le procura alivio al sufrimiento del enfermo. Los estupefacientes son parte integral de la enfermedad de drogadicción o toxicomanía y a la vez, son el medicamento que alivia el dolor y el sufrimiento de los enfermos incurables⁵⁹.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional procedió a declarar: 1) exequible el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986. 2) inexequibles los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986. Esta sentencia emblemática ha dividido a la sociedad colombiana que algunos consideran altamente permisible el consumo de alucinógenos, en tanto que otros consideran que, amparado en el principio de autonomía y dignidad humana, no es posible considerar que una persona por hallarse consumiendo alucinógenos, deba ser retenida e internada en un centro de recuperación.

⁵⁹ Sentencia C-221/1994. Despenalización de la dosis mínima personal. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Los casos difíciles representan una disyuntiva entre estos dos autores –como se señaló con antelación– en asuntos donde las decisiones no pueden darse a partir de una subsunción normativa. Hart se inclina a pensar que otorgar un margen de discrecionalidad a los jueces es preciso para resolver los mismos, a diferencia de Dworkin, que, al sopesar las normas y principios, otorga una importancia mayúscula a estos últimos, si se reconoce que las normas se aplican de manera disyuntiva, es decir, se rigen por el principio de “todo o nada”, a diferencia de aquellos que pueden ser sopesados frente a otros, como una forma de evitar ser anulados.

En virtud de lo anterior, el papel de los jueces y juezas en un Estado social de derecho, recoge las iniciativas que se debaten en el ejercicio de la razón pública o voluntad general. Al establecer la relación entre principios y normas con los hechos particulares, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que algunos la relacionan con un acto de creación jurídica. Esta postura, según Dworkin, es antidemocrática y por demás injusta en tanto las normas no le otorgan estas facultades, máxime cuando los jueces no son funcionarios elegidos popularmente.

Conclusiones

A manera de conclusión, puede afirmarse que, así como las actividades de los funcionarios se encuentran ajustadas a los marcos normativos, a diferencia de otras donde tienen un mayor margen de actividad personal como los poderes ejecutivo y legislativo, los jueces y juezas en sus decisiones incorporan principios éticos y de justicia. Estas concepciones que han hecho carrera en el ámbito jurídico, implican hacer la recepción de estos discursos por parte de los destinatarios; así, por ejemplo, una decisión jurídica en equidad sería lo más próximo a una concepción política de la justicia, si se da cumplimiento al hecho de promover igualdad de oportunidades entre los ciudadanos.

En esta medida, las reflexiones morales, políticas y sociológicas que permean las teorías jurídicas son exigencias que no deben ser extrañas a juristas, politólogos, sociólogos, filósofos y, por extensión, a todas las disciplinas preocupadas en promover, defender y asumir la defensa de los derechos humanos. Así pues, la jurisprudencia colombiana se ha nutrido en buena parte de este debate que ha cambiado las prácticas jurídicas, apelando a una u otra tradición, en aras de posibilitar el desarrollo de una sociedad más justa y equitativa.

<i>Ap</i>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>En el caso tratado en esta unidad, correspondiente al numeral 3.2.3, intitulado “Un caso difícil para los jueces Herbert y Hércules”, en torno a la despenalización de la dosis mínima personal, construya un salvamento de voto en torno a la despenalización de esta dosis, expuesta en la sentencia C-221/1994.</p> <p>Redacte un texto donde pueda evidenciar la forma como el juez Hércules resuelve la colisión entre los principios consagrados en los artículos 16 y 49 de la Constitución Política de Colombia.</p> <p>Evidencie mediante los mejores argumentos la posibilidad de hallar una respuesta correcta que pueda ser aplicable al caso de la sentencia acerca de la despenalización de la dosis mínima del consumo personal.</p> <p>Haga un análisis de los salvamentos de voto expuestos en la sentencia C-221/1994 e identifique los argumentos que tienen más afinidad con Hart o Dworkin, y determine cómo resuelven los jueces Herbert y Hércules la despenalización de la dosis mínima personal.</p>
-----------	---

Ae	<p>Autoevaluación</p> <p>En el texto de Dworkin, <i>La democracia posible. Principios para un debate político</i>, pone de presente la importancia que tienen en los procesos democráticos, en donde se advierte una tensión existente entre las libertades que representan las minorías y la voluntad de las mayorías; esto en atención a que el poder mayoritario puede violentar los derechos minoritarios.</p> <p>Cuando una mayoría impone sus decisiones, es de esperarse que tal determinación haya sido puesta en consideración y observada por todos los miembros, pero la minoría que estaba en desacuerdo, pero que no se hizo partícipe en la toma de decisiones, está obligada a acatarlas, con el inconveniente de que, al hacerlo, puede violar principios éticos y morales, esta situación puede generar sentimientos de indignación, rencor y discriminación.</p> <p>Para ilustrar lo anterior, Dworkin trae a colación el ejemplo de que hipotéticamente un grupo de pasajeros pudiera quedar atrapado en un bote de salvavidas en donde luchan por llegar a la costa. Arrojados a su suerte, el bote podría naufragar, a menos que uno de los ocupantes salte o sea arrojado por la borda.</p> <p>En este ejemplo hipotético, se presentan varios dilemas como el hecho de decidir quién debe abandonar el bote. Si se apela al sentimiento mayoritario, ¿qué criterios estarían en juego a la hora de decidir? Si se esgrimen argumentos como los de consanguinidad, afectos, amistad, racismo o prejuicios, la pregunta que tendría sentido sería la siguiente: ¿acaso no todos tienen el mismo derecho a vivir?</p> <p>Estas decisiones mayoritarias en procesos democráticos pueden ser formalmente adecuadas, sin que se ajusten a principios de derecho, justicia o democracia, en la medida que no son incluyentes. En este sentido, cabe la siguiente inquietud: ¿cuál es el papel de las minorías en la teoría de la democracia de Ronald Dworkin?, ¿las mayorías pueden asumir posturas injustas?</p>
-----------	---

Ae	<p>¿Por qué se dice que el derecho en la versión de Hart es un sistema de normas?</p> <p>¿Cuáles son las relaciones existentes entre el derecho y la moral según estos autores?</p> <p>¿Cómo justifica Dworkin la existencia de respuestas correctas en derecho, y cuáles son los argumentos que justifican esta posición?</p> <p>¿Cómo se articula el sentido de validez, eficacia y legitimidad en estos dos autores?</p> <p>¿Cómo se ajustan a esta sentencia las etapas preinterpretativa, interpretativa y postinterpretativa propuestas por Dworkin?</p> <p>¿En qué consisten los casos difíciles en Hart y Dworkin, y cuál es el papel del juez frente a estos?</p> <p>¿Cuál es la discrecionalidad otorgada a los jueces y juezas para crear derecho, según Hart?</p> <p>¿Bajo qué presupuestos se define el derecho como integridad, según Dworkin?</p>
-----------	--

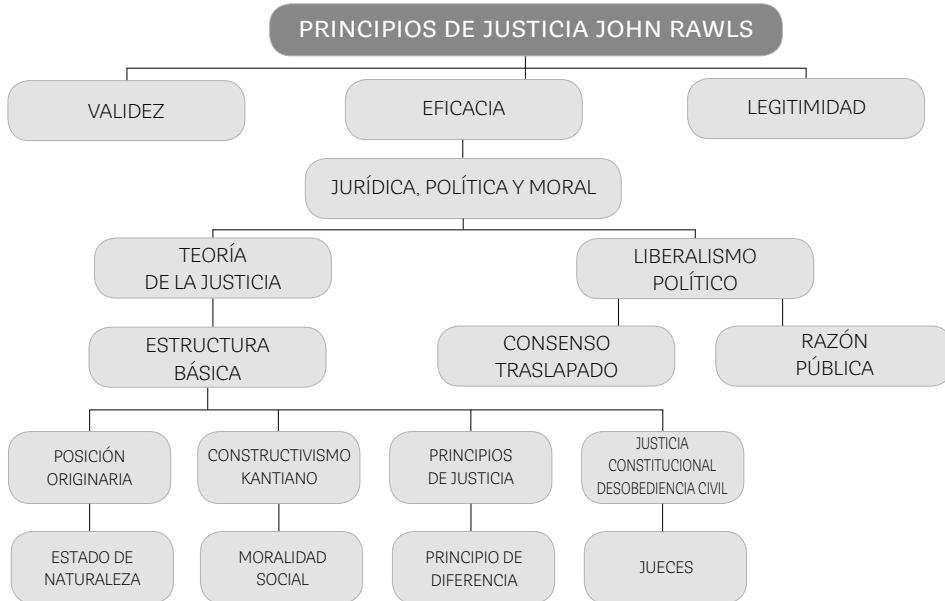
B	<p>Bibliografía</p> <p>Hart, Herber. <i>El concepto de derecho</i>. Buenos Aires: Abeledo-Perrot 1963</p> <p>Hart, Herber. <i>Postscriptum</i>. Revista Estudios Públicos del CEP. Santiago de Chile, 1997 y UNAM, México. 2000.</p> <p>Dworkin, Ronald. <i>Los derechos en serio</i>. Barcelona: Ariel. 1984.</p> <p>Dworkin, Ronald. <i>El imperio de la justicia</i>. Barcelona: Gedisa. 1998.</p> <p>Dworkin, Ronald. <i>El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual</i>. Barcelona: Ariel. 1994</p> <p>Bibliografía recomendada</p> <p>Aarnio, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. <i>Revista Dóxa</i>, núm. 8. 1990.</p> <p>Bonorino Ramírez, Pablo Raúl. <i>Dworkin</i>. Lima: Ara Editores. 2010.</p> <p>Rodríguez, César. <i>La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin</i>. Bogotá: Siglo del Hombre, Editores. 2005.</p> <p>Rivadeneira, Rodolfo. <i>¿Existen respuestas correctas en derecho?</i> Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 1999.</p>
---	--

Unidad 4

PRINCIPIOS DE JUSTICIA EN JOHN RAWLS

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Reconocer los principios de justicia en John Rawls y su aplicación en la práctica judicial en Colombia.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <p>Identificar los recursos simplificadores o categorías de análisis básicos, para tener un mayor nivel de comprensión acerca de los principios de justicia, en función de los derechos humanos.</p> <p>Interpretar a la luz de los aportes rawlsianos, el desarrollo de la cultura jurídica a partir de casos emblemáticos como la desobediencia civil y la objeción de conciencia en Colombia, para identificar los procesos de constitucionalización de los derechos.</p>
<i>Co</i>	<p><i>Contenido</i></p> <p>4. PRINCIPIOS DE JUSTICIA EN JOHN RAWLS INTRODUCCIÓN 4.1. ESTRUCTURA BÁSICA DE LA SOCIEDAD 4.1.1. La posición originaria 4.1.2. Constructivismo kantiano en teoría moral 4.1.3. Los principios de justicia 4.1.4. La justicia política y la Constitución 4.2. LIBERALISMO POLÍTICO 4.2.1. Consenso entrecruzado y razón pública 4.2.2. Desobediencia civil y derechos humanos CONCLUSIONES</p>

Mapa conceptual n.º 5. Principios de justicia en John Rawls. Elaboración propia



INTRODUCCIÓN

John Rawls representa una figura cimera por sus aportes, no solo a la filosofía política y a la filosofía moral, sino a la tradición jurídica, herramienta de gran valía para los jueces en sus decisiones. Al elaborar de manera ingeniosa una teoría de la justicia, lo hizo con la intención de presentar una alternativa al pensamiento utilitario en todas sus versiones, así como una salida al intuicionismo. La justicia como imparcialidad se concibe en función de la posición original o recurso hipotético, en la cual los miembros desconocen su clase social, credo político o religioso, talentos, etc. Es este uno de los recursos más ingeniosos que se presenta como una alternativa para conciliar la libertad y la igualdad, asuntos que nunca pudo resolver la tradición liberal clásica.

La relación contractual acordada en la posición original supone que los principios de justicia acordados son el resultado de un acuerdo deliberativo, donde los miembros aceptan de manera desinteresada y por anticipado el principio de igual libertad; en este sentido, la igualdad no es resultado del contrato, sino un presupuesto de la posición original. El ideal político de

Rawls no puede escindirse de un proyecto moral, pues advierte que sin tener la pretensión de desarrollar una teoría que estuviera en correspondencia con estos principios en la posición original, se encuentra ese entramado social que configura la conducta humana. En la medida en que los principios aceptados se encuentran de conformidad con un tipo de razonamiento y conducta morales, se definen bajo una idea moral del bien y un sentido de justicia.

La teoría de la justicia corresponde a tres momentos o partes que en su orden son: la teoría, las instituciones y los fines, que de manera análoga son equivalentes a legitimidad, validez y eficacia, a saber: i. La teoría: expone la idea de lo que considera posición original, así como también los principios de justicia como sistema de cooperación social. ii. Las instituciones: da cuenta del contenido de los principios de la justicia y examina cuáles son sus derechos y obligaciones. La democracia constitucional es lo más cercano a este propósito. Plantea la figura del congreso constituyente en el que se ocupa de reflexionar acerca de los objetores de conciencia y la desobediencia civil. iii. Los fines: define en qué consiste la teoría del bien en la consecución de los bienes primarios e intereses de las personas, y cómo confluyen justicia y bondad en un proyecto de sociedad ordenada, al igual que la concepción del equilibrio reflexivo.

Los principios básicos de la justicia los enuncia Rawls en un orden lexicográfico o de importancia, de donde es posible derivar un catálogo de derechos inscritos en la tradición liberal o de primera generación (conciencia, expresión, propiedad, libertad de movimiento y asociación) a diferencia del segundo principio en el que se encuentran incorporados los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

La aplicación de los principios de justicia rawlsianos en el desarrollo jurisprudencial, se plasma en la Sentencia hito T-406/92⁶⁰, en donde se le otorga un papel protagónico al juez en un Estado social de derecho en función de las pretensiones de validez, de conformidad con los principios expuestos en la Constitución Política de 1991, y más explícitamente en el artículo 228:

La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

60 Sentencia T-406/92. M. P.: Ciro Angarita Barón.

Para los propósitos del presente módulo se privilegian estas categorías de análisis, si se reconoce que dentro del espectro de catálogos o indicadores que legitiman los Estados actuales, está la de promover la defensa de los derechos que surgen por iniciativa de las bases sociales. Con Rawls se rehabilita la desobediencia civil y la objeción de conciencia, recurso político al que pueden apelar los ciudadanos cuando se consideran agotadas las instancias jurídicas y sociales de reclamación frente al Estado. Así, los derechos de las minorías son objetos de reclamación y protección, en razón a que incorporan de manera explícita la defensa de los principios y valores constitucionales, inherentes a la persona y a su dignidad.

Para esclarecer los propósitos de la obra de Rawls, que puede plasmarse de manera esquemática en *Teoría de la justicia*⁶¹ y *Liberalismo político*⁶², se hará una breve exégesis de los recursos simplificadores o categorías de análisis básicas para tener un mayor nivel de comprensión de sus aportes a la teoría jurídica y el papel de los jueces y juezas en una democracia constitucional.

4.1. ESTRUCTURA BÁSICA DE LA SOCIEDAD

Rawls inicia su obra Teoría de la justicia, haciendo la salvedad de que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales. “Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”⁶³.

En estas líneas se advierte una relación con Aristóteles y a la vez una ruptura, en el sentido de considerar que una de las máximas aspiraciones del Estado consiste en formar hombres virtuosos. Rawls aduce que antes que formar seres virtuosos, el esfuerzo de los colectivos humanos debe estar encaminado a crear instituciones virtuosas. ¿Qué sentido tiene formar seres virtuosos si forman parte de instituciones corruptas? La respuesta no parece ser otra que las instituciones serían absorbidas por el sistema y degenerarían en corrupción. Las instituciones son justas cuando no establecen distinciones entre los ciudadanos en el reparto de derechos y deberes básicos.

Así pues, sería injusto e irrazonable que algunos tuvieran acceso a la justicia al gozar de ciertos beneficios, cualidades naturales o habilidades sociales; esta situación es modificada mediante uno de los recursos más

61 Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1978.

62 Rawls, John. *Liberalismo político*. México: FCE. 1993.

63 Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Op. cit., p. 17.

ingeniosos ideados por Rawls como el “velo de la ignorancia”, al permitir tener un mayor nivel de comprensión acerca de qué tipo de normas básicas son justas en una colectividad, lo que de paso garantiza los presupuestos que definen los principios de justicia; merced a este recurso simplificador o contrato social hipotético, es posible articular la relación entre justicia como equidad en función de la sociedad civil. El ideal de sociedad debe estar sustentado en un principio de justicia, de tal modo que pueda garantizar el bien común. “Esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que: 1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”⁶⁴.

No sería un buen modelo de democracia si una sociedad estableciera distinciones o prebendas frente a otros, pues estos principios entrarían en contradicción con las primeras virtudes de las acciones humanas como son la verdad y la justicia. El ideal de justicia como imparcialidad se construye bajo el presupuesto de que los ciudadanos son seres racionales unidos por sentimientos de cooperación desinteresada. “Esto no quiere decir que sean egoístas, es decir, que sean individuos que sólo tengan ciertos tipos de intereses, tales como riqueza, prestigio y poder. Sin embargo se les recibe como seres que no están interesados en los intereses ajenos”⁶⁵.

De acuerdo con lo anterior, una sociedad debe propender por alcanzar los principios de justicia, de donde resulta la configuración de instituciones justas. Para hacer de la justicia un instrumento eficaz se requieren dos componentes esenciales: el primero consiste en un esquema de libertades básicas⁶⁶ y el segundo, el acceso por igual a cargos y empleos. Estos principios aseguran libertades básicas de igualdad, puesto que, si la distribución de la riqueza no puede ser necesariamente igual para todos, sí deben serlo los medios para acceder a ella. En esta postura se advierte una clara distancia con el pensamiento marxista, en tanto Rawls no está empeñado en socializar los medios de producción ni distribuir riqueza, sino en promover los mecanismos necesarios para acceder a ella, con ciertas limitaciones para evitar la creación de monopolios.

⁶⁴ Ibíd., p. 18.

⁶⁵ Ibíd., p. 26.

⁶⁶ “Las libertades básicas son la libertad política (el derecho a votar y a ser elegible para ocupar puestos públicos) y la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión sicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad de la persona); el derecho a la propiedad personal y a la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios, tal como está definida por el concepto del estado de derecho. Estas libertades habrán de ser iguales conforme al primer principio”. Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Op. cit., p. 68.

Una vez establecido este principio basado en la noción de imparcialidad, Rawls considera la importancia de los bienes materiales básicos, pues sabe muy bien que ninguna teoría de la justicia podría operar en unas condiciones de pobreza mínima y menos absoluta. Los ciudadanos que decidieron regirse por el principio de justicia como imparcialidad –entendido como la primacía de los derechos individuales– deben conquistar en segunda instancia, otro que pueda garantizar unas condiciones mínimas de existencia, a saber, los bienes materiales primarios.

No obstante, las modificaciones a las que pudieran en algún momento estar sujetas estos principios, deberían corresponderse con lo más provechoso para los menos aventajados socialmente. “Todos los valores sociales –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo– habrán de ser distribuidos igualitariamente, a menos que una distribución desigual de alguno de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”⁶⁷.

Bajo la idea del contrato social rawlsiano se resuelven de un lado, la distribución de bienes primarios como corresponde a este ideal, en los que se puede establecer una relación social de mediación (derechos políticos, poder y riqueza) a diferencia de otros, productos de la naturaleza (inteligencia, salud, belleza, fortaleza física o talentos). Esta figura es una manera de distribuir los bienes primarios que en últimas no representa mayor dificultad, a diferencia del segundo, donde se genera la imposibilidad de controlarlos socialmente, en tanto son cualidades naturales no sujetas a mecanismos de distribución como los talentos.

Ante esta dificultad, ¿cuál es el criterio a adoptar puesto que en esta hipotética asamblea se encuentran los miembros cubiertos por el velo de la ignorancia y no saben lo que la vida les depara? Cuando se trata de hacer una elección en situaciones de incertidumbre, la estrategia más efectiva resulta ser el criterio *maximín*, es decir, se recurre a esta regla cuando se trata de jerarquizar las mejores alternativas, puesto que hipotéticamente retirado el velo de la ignorancia –una vez adoptado el resultado de esta decisión– los miembros se sentirán inclinados a respaldar la menos riesgosa⁶⁸.

67 Ibíd., p. 69.

68 “Es claro que la regla *maximín* no es, en general, una regla apropiada para elegir bajo condiciones de incertidumbre. Sin embargo, la regla es atractiva en determinadas situaciones caracterizadas por ciertos rasgos especiales. Mi objetivo es entonces mostrar que no se puede lograr una buena justificación de los dos principios, basada en el hecho de que la posición original posee un grado muy elevado de esos rasgos especiales”. “El segundo rasgo sugerido por la regla *maximín* es el siguiente: la persona que escoge tiene una concepción del bien tal que le importa muy poco o nada lo que pueda ganar todavía por encima del mínimo

4.1.1. LA POSICIÓN ORIGINARIA

En sentido metafórico, el velo de ignorancia como recurso hipotético y constitutivo de la posición original consiste en lo siguiente: podemos imaginar una congregación en la cual los ciudadanos van a deliberar acerca de los principios mediante los cuales van a regirse, pero una vez que ingresan los participantes, un velo de la ignorancia los cubre, de tal manera que no pueden recordar sus credos políticos, religiosos, sexo, raza y costumbres morales; sólo conservan su capacidad de razonar. Si en esta congregación, uno de sus miembros, por ejemplo, contemplara la posibilidad de discutir acerca de la necesidad de implantar una religión de carácter oficial, sus miembros se verían en la incapacidad de reconocer el credo que profesa; muy seguramente preferirían que no se estableciera ninguna oficial, con el argumento de que su credo particular podría verse en desventaja al ser obligado a profesar otra.

Los ciudadanos, gracias al velo de la ignorancia estarían impedidos para conocer su propia situación, si alguien quisiera hacer valer sus pretensiones con la idea de imponer relaciones de poder, preferirían más bien que las instituciones fuesen neutrales en este tipo de deliberaciones. Rawls concluye de toda esta construcción teórica que es una necesidad fundamental reivindicar los principios individuales frente al poder del Estado, así la imparcialidad se constituye en uno de los pilares básicos sobre los cuales se cimienta una idea de justicia.

La elección racional constituye una parte esencial en su obra, por cuanto las personas tienen intereses o fines particulares que defender, apelando para ello a los medios más eficaces, lo que conforma en alguna medida un cálculo de intereses –claro está– anteponiendo estos a posturas altruistas. La elección racional, como forma de alcanzar fines, incorpora el sentido de justicia, si se parte de considerar que las virtudes sin la justicia no tienen plena realización; así, esta se convierte en una condición *sine qua non* para la búsqueda de ciertos bienes, que antes que ser racionales tienen la pretensión de ser razonables, esto es, principios de justicia que pueden ser compartidos por una mayoría.

El velo de la ignorancia busca establecer qué tipo de información es viable y digna de consideración, con el fin de establecer las condiciones de la voluntad general. Frente a este velo, los intereses de unos no se anteponen a otros, lo que imposibilita conocer de antemano, por ejemplo, con qué talento

estipendio que seguramente obtiene al seguir la regla máxima”. Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Op. cit., p. 151.

se nace, a qué raza, credo político o religioso pertenece. El criterio *maximín* establece las condiciones de incertidumbre que garantizan un mínimo de dignidad humana, lo que induce a optar por unos principios de justicia en las peores circunstancias.

Al garantizar el velo de la ignorancia, es de esperarse que los principios elegidos sean conocidos por todos y acatados según la legislación moral, como corresponde a sujetos libres y racionales, dada la autonomía. La elección racional no es otra cosa que aquello por lo cual se opta y, en esa medida, se eligen los medios para su realización; así, las personas son consideradas un tipo de agentes interesados en la consecución de ciertos logros, inscritos en un trasfondo de significados culturales distintos.

Una sociedad bien ordenada se garantiza en la medida en que es capaz de incorporar una idea de justicia como equidad. En *Teoría de la justicia*, expresa sus consideraciones críticas por algo más de veinte años de trabajo continuo, con una notoria influencia en disciplinas como la sociología, la filosofía social y política, la antropología y la economía, entre otras. En ella define las razones presentadas en torno a conceptos clave como justicia y ley, individuo y comunidad; en segunda instancia, aclara las relaciones implícitas que existen entre la libertad, el Estado y la ciudadanía. Este ideal de vida buena en Rawls –similar al kantiano– hace referencia al hecho de vivir de conformidad con un proyecto teleológico que la naturaleza ha impuesto en los hombres, es decir, utilizar la razón para conquistar espacios de convivencia y fraternidad humanas.

4.1.2. CONSTRUCTIVISMO KANTIANO EN TEORÍA MORAL

En el numeral 40 de *Teoría de la justicia*, denominado “La interpretación kantiana de la justicia como imparcialidad”, Rawls rescata los principios morales como resultado de una acción racional, además de adoptar el tercer principio kantiano de su trilogía, universalidad, libertad y autonomía, pilares sobre los cuales, Kant cimentó un proyecto moral con aspiraciones universales. Considera Rawls más importante para su modelo neocontractual, la autonomía antes que la universalidad: “Estos principios definen la ley moral según la que los hombres desean racionalmente dirigir su conducta en una comunidad ética. La filosofía moral se vuelve el estudio de la concepción y el resultado de una decisión racional convenientemente decidida⁶⁹.

Para la tradición clásica liberal, la dualidad igualdad-libertad es problemática en el sentido de que para defender ciertas posturas se privilegia

⁶⁹ Ibíd., p. 236.

una u otra, lo que se constituye en un dilema que Kant resuelve mediante la categoría de persona moral. En esta construcción, la justicia como equidad no es otra cosa que el punto de articulación dado entre persona y sociedad, entendida como una aspiración colectiva lograda mediante un acuerdo de argumentación moral.

Los núcleos más controvertidos de esta construcción son las concepciones de persona moral, la tensión entre libertad e igualdad y la noción de procedimiento. La relación existente entre estas doctrinas se expresa en lo que Rawls denominó constructivismo kantiano, que en palabras del profesor Óscar Mejía,

...busca superar el conflicto que ha desgarrado a la socialdemocracia, fundamentando su solución a través de la persona moral del ciudadano. En tal sentido, articula el contenido de la justicia con una concepción de persona, en tanto libre e igual, capaz de actuar racional y razonablemente y como tal, cooperar socialmente. El conflicto que ha dividido a la democracia ha sido el que se ha presentado entre dos tradiciones: la de la libertad, a partir de Locke, y la de la igualdad, a partir de Rousseau. La primera prioriza las libertades cívicas: pensamiento, conciencia, propiedad, y la segunda las libertades políticas, subordinando las primeras a estas últimas⁷⁰.

La dificultad que representa esta dualidad (igualdad-libertad) se resuelve mediante la categoría de persona moral. En este constructo, la justicia como equidad no es otra cosa que el punto de articulación dado entre persona y sociedad, entendida como la aspiración colectiva lograda mediante acuerdos de argumentación moral. A partir de estas consideraciones, se insinúa cómo Rawls se distancia cada vez más del liberalismo para adoptar una postura cercana a los comunitaristas.

En este giro, aduce que en la posición original no hay agentes, sino personas morales (como categoría) que en lo sucesivo serán los ciudadanos. Sus críticas contra el liberalismo continúan, en la medida que denuncia el hecho de cómo la democracia se ha desgarrado al tratar de conciliar la igualdad en la tradición de Rousseau, con la libertad en la concepción de Locke. Es mediante esta categoría de persona moral como soluciona esta dificultad denominada como el “impasse de la democracia”, a la cual le atribuye dos facultades morales: el sentido de justicia, por un lado, y una

70 Mejía Quintana, Óscar. *Justicia y democracia consensual*. La teoría neocontractualista en John Rawls. Bogotá: Siglo del hombre editores. Ediciones Uniandes. 1997, p. 52.

concepción del bien, por otro⁷¹, tiene además este sujeto moral dos intereses supremos: realizar y ejercer sus facultades.

La posición original de Rawls es análoga al estado de naturaleza o situación inicial, de donde surgen los principios de justicia sustentados en la libertad, autonomía y deliberación no coaccionada, puntos esenciales bajo los que se fundan las sociedades modernas. La deliberación es un sustento dialógico de concertación cuya intención primordial es la de regular la sociedad, bajo el presupuesto de que estos deben ser conocidos por el colectivo.

La interpretación metafórica de Kant en torno al concepto de persona se corresponde con la idea de la posición original en Rawls, de donde se deriva la justicia como imparcialidad en una condición de igualdad. En la posición original a la que acceden los sujetos, no como fenómenos, sino como noumenos, les corresponde una total libertad para elegir los principios que regirán el comportamiento de los ciudadanos.

En síntesis, en el primer Rawls, el ideal de persona es ontológica, muy cercana a la posición *nouménica* de Kant, postura que reelabora en Liberalismo político, donde les atribuye a los sujetos un proceso más deliberativo y participativo en el ámbito de lo público, al no ser morales simplemente, sino agentes políticos que tienen un poder de reclamación frente al Estado.

4.1.3. LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA

La elección de los principios de justicia tiene mucha significación para este pensador, en tanto es el centro de discusión en Teoría de la justicia. De conformidad con estos, una sociedad debe procurar por hacerlos accesibles y, como es de esperarse, se traduce en la conformación de instituciones justas. La elección racional de los principios no es otra cosa que aquello que se elige y en esa medida se opta por unos medios para su realización. En la reconstrucción histórica de los derechos, ocupa un lugar preponderante las concepciones de persona moral y política, signados por el tránsito del primer al segundo Rawls, esto es, de *Teoría de la justicia a Liberalismo político*.

La teoría de la justicia se sustenta en dos principios básicos a saber:

71 Rawls ha recibido críticas provenientes de diversas vertientes, en lo tocante a su concepción de persona en Teoría de la justicia, que algunos consideran como un agente moral demasiado metafísico. En Liberalismo político adopta un concepto de persona mucho más político con capacidad de acción y reclamación frente al Estado.

1. Principios de libertades o de distinción de igual número de esquemas de libertades para todos. Cada persona debe tener un derecho igual al número de esquemas de libertades o de distribución de igual número de esquemas de libertades para todos. Cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades para los demás.
2. Principio de diferencia: las desigualdades económicas y sociales habrán de ser conformadas de modo que tal vez: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos; b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos⁷².

Estos principios se encuentran articulados, en el sentido de que el aseguramiento de libertades establecidas en el primer principio, no pueden verse modificadas en aras de obtener mayores ventajas económicas por el principio de diferencia, si consideramos que todos tienen iguales derechos y libertades. El primero asegura bienes primarios, así como las libertades básicas y políticas (desempeño de cargos públicos, libertad de expresión, pensamiento, etc.). El principio de diferencia hace énfasis en que una vez garantizadas las libertades básicas y justas oportunidades, puede pensarse una desigualdad con la idea de mejorar a otros menos favorecidos. Este principio permite alcanzar el óptimo de Pareto.

Una vez determinada la necesidad de unos bienes sociales primarios a distribuir, el paso siguiente consiste en señalar cómo van a ser distribuidos, principios que obedecen a un orden lexicográfico a saber: libertades básicas o libertades políticas, en donde se aspira a desarrollar un esquema que sea compatible con un sistema de libertades para todos en general.

1. Libertad de movimiento (libertad de mercados).
2. Acceso a puestos de responsabilidad.
3. Renta y riqueza (las desigualdades sociales deben estar de conformidad con las políticas de distribución, de tal suerte que pueda obtenerse el mayor beneficio para quienes tengan los menores índices de ingresos).
4. Bases sociales del autorrespeto (El Estado debe reconocer la existencia de grupos minoritarios y valorar su existencia en cuanto

72 Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Op. cit., p. 67.

encarnan unos valores y prácticas que le dan sentido a sus proyectos de vida”).

Al someter a distribución bienes sociales primarios como libertades básicas, libertad de movimiento, libertad de trabajo, empresa y bases sociales del autorrespeto, se garantizan los principios básicos de justicia. Frente a este orden de importancia, reaccionan los comunitaristas, en tanto sus exigencias primordiales están centradas en reivindicar el papel de las comunidades que comparten un determinado espacio; es así como privilegian el cuarto principio de Rawls (bases sociales del autorrespeto) si se parte de reconocer que es un deber del Estado valorar y respetar las culturas minoritarias; otros, por el contrario, privilegian renta y riqueza como uno de los primeros en ser expuestos en el orden lexicográfico.

Si bien las críticas a Rawls provienen de diversos frentes, lo que no se cuestiona es que una teoría de la justicia necesita de unos bienes sociales primarios, donde estos ocupan un lugar privilegiado en un esquema de repartición, pues como se señaló con antelación, los principios de justicia están orientados a distribuir estos bienes. Rawls concibe la justicia entre libres e iguales expresada en términos deliberativos y no materiales, por lo que privilegia el principio de igual libertad; disiente en cambio de la idea de dar a cada uno lo que se merece, pues de darse lo contrario, no sería más que aceptar una condición jerárquica donde el derecho asumiría esta condición.

Del mismo modo, defiende el criterio de bienes sociales primarios en los que incluye las libertades públicas y privadas, conciencia y pensamientos. El principio de igual libertad es clave para entender la arquitectura de su sistema, en el que puede advertirse un reconocimiento explícito a Kant, al respaldar la idea de que el hombre no obra por felicidad, como lo había afirmado Aristóteles, sino por deber, y ser feliz consiste en desarrollar su plan de vida. Rawls es explícito al afirmar que, para desarrollar ese plan de vida o vida buena, es necesario acceder a unos bienes primarios, lo que implica concebir un esquema de repartición de la propiedad, legitimado según un orden de importancia.

4.1.4. LA JUSTICIA POLÍTICA Y LA CONSTITUCIÓN

Esta idea de justicia que emerge frente a la polarización presentada entre el iusnaturalismo y el positivismo, parte de dos ideas previas: primero, la sociedad es un sistema de cooperación y no de confrontación; segundo, la sociedad como unidad supone un sistema de reglas o principios que regulan las relaciones entre las personas y las instituciones, orientadas a formar

instituciones justas. La estructura básica de la sociedad se refleja en dos nocións políticas a saber: instituciones económicas (modos de producción) e instituciones sociales (la familia como núcleo de la sociedad). Una de las maneras de superar estos extremos, consiste en apelar a los siguientes argumentos: a) Justicia procesal imperfecta (los principios de justicia se eligen con antelación al proceso deliberativo), y b) Justicia procesal perfecta (los principios de justicia se eligen en condiciones de igualdad).

La estructura básica satisface los principios de justicia en función de los derechos y deberes que de ella emanan. En este sentido, una democracia constitucional encarna los principios de justicia que la sociedad privilegia como bienes altamente deseables. Este ejercicio democrático incorpora el diseño de una Constitución que refleje estos principios aplicados de manera secuencial, por ejemplo, a partir de una justicia procesal imperfecta, se diseñan los mecanismos más idóneos que posibiliten una justicia procesal perfecta, como lo señala el autor:

En un sistema constitucional con revisiones judiciales, o cuya revisión la ha efectuado algún otro cuerpo, será necesario que los jueces, o los funcionarios que intervengan en esto, elaboren una concepción política de la justicia, a cuya luz, desde su punto de vista, se interprete la Constitución y se resuelvan los casos constitucionales importantes. Solo así podrá declarar la legislatura que las iniciativas de ley presentadas son constitucionales o anticonstitucionales; y sólo así tienen una base razonable para interpretar los valores y las normas que incorpora ostensiblemente la Constitución⁷³.

De lo anterior se colige que, un congreso constituyente es la expresión más fiel de este ejercicio democrático donde los ciudadanos eligen una Constitución que se espera sea la más adecuada cuando satisface los principios de justicia; por ejemplo, libertad igual para todos, libertad de conciencia y derechos, deben estar asegurados en la Carta Magna. Esta etapa legislativa determina la secuencia acerca de cómo deben ser evaluados estos programas, como lo señala Rawls: “Las leyes no solo tendrán que satisfacer los principios de la justicia, sino también todos los límites establecidos en la Constitución. Yendo una y otra vez de la etapa del congreso constitucional a la de la legislatura, y viceversa, se encontrará la mejor constitución”⁷⁴.

En la etapa legislativa, el segundo principio de justicia tiene cabida, en la medida que se puedan maximizar las expectativas frente a los menos

⁷³ Rawls, Liberalismo político. Op. cit., p. 164.

⁷⁴ Ibíd., p. 190.

aventajados. La aplicación de estos principios en casos particulares es competencia de los jueces y juezas que, en consideración al derecho de las personas, se rigen por el imperio de la ley, por ejemplo, casos similares deben ser tratados de manera similar. Una institución como la Rama Judicial ha de ser juzgada a la luz de estas consideraciones si se rige por principios de justicia, y valorada como injusta si se aparta de estos preceptos, pues como lo señala este pensador, las instituciones injustas han de ser reformadas o abolidas.

Estas dos interpretaciones involucran nociones previas a la construcción del procedimiento. La propuesta está dirigida a construir consensualmente el modo de lograr tales acuerdos. Ahora bien, ¿cómo justificar dialógicamente cada uno de sus componentes? Para articular este discurso, toma de Jürgen Habermas la comunicación como la relación más cercana entre dos personas dotadas de competencias lingüísticas; así, la construcción del procedimiento permite definir los mecanismos consensuales en la estructura básica de la sociedad.

Los principios de justicia como imparcialidad obedecen a un orden de importancia; sopesar estos principios significa establecer un orden lexicográfico que privilegie unos sobre otros, como los caracteriza el hecho de ser:

1. Universales (se hacen extensivos a todos los ciudadanos).
2. Generales (regulan la estructura básica de la economía).
3. Públicos (deben ser conocidos por todos).
4. Jerarquizados (los jueces defienden los principios constitucionales).
5. Definitivos o perpetuos (son principios que deben tener permanencia en el tiempo. Un ejemplo de ello podrían serlo las Constituciones que no ameritan ser modificadas periódicamente).

Al aceptar que tienen tales atributos, se cuenta con la prelación de que los jueces en su aplicación no tienen discrecionalidad alguna; estas características constituyen un apoyo invaluable para la rama judicial, postura por demás cercana al principio de racionalidad weberiana, en el hecho de considerar que las personas se interesan por acumular bienes, lo que no representa ningún impedimento para que de otro lado afloren sentimientos altruistas.

De otra parte, Rawls aduce que, la razón por la cual la posición original se debe abstraer de las contingencias del mundo social sin ser afectadas por

estas, es que las condiciones de un acuerdo justo sobre los principios de justicia política, entre personas libres e iguales, debe eliminar las ventajas que para la negociación surgen inevitablemente dentro del marco de las instituciones de cualquier sociedad, debido a sus tendencias acumulativas, sociales, históricas y naturales⁷⁵.

La estructura básica de la sociedad cuenta con el respaldo de una Constitución justa como mecanismo para asegurar estos propósitos. Las normas morales, en este contexto, deben ser entendidas como aquellas que aceptan los sujetos autónomos, basados en el derecho de la libre opción de principios que han de regir a la comunidad; también resultan justificadas aquellas normas que contemplan el marco jurídico necesario para que sus miembros realicen de la mejor manera posible su plan de vida, o prescribir aquellas conductas que pudieren causar daño a terceros. Todo lo anterior se sustenta en función del derecho que les asiste como sujetos autónomos.

En síntesis, los principios de justicia rawlsianos permean las instituciones, con el propósito de garantizar estos, a partir de dos principios básicos: la igualdad y la libertad. Para hacer efectivo este procedimiento, Rawls propone varios pasos, a saber:

- a) El velo de la ignorancia, a la manera de un recurso hipotético que permite abstraerse de las contingencias históricas, con el fin de garantizar los principios de justicia.
- b) Etapa constitucional, hecho que posibilita hacer efectivos los principios de justicia, con el propósito de configurar una sociedad justa y democrática.
- c) Etapa legislativa, donde se eligen las leyes que van a tener vigencia en determinada sociedad.
- d) Finalmente, la etapa judicial, en donde se privilegia la aplicación de las normas y los principios.

4.2. LIBERALISMO POLÍTICO

En *Liberalismo político*, obra de madurez, Rawls desarrolla algunas de sus concepciones expuestas en su obra inicial; su preocupación consiste en hallar un mecanismo que permita proteger las libertades básicas en un estado

⁷⁵ Ibíd., p. 46.

pluralista. Las sociedades actuales y, en especial la americana, representa un claro ejemplo:

¿Cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí? En otras palabras: ¿cómo es posible que unas doctrinas comprensivas profundamente opuestas entre sí, aunque razonables, puedan convivir y afirmen todas, la concepción política de un régimen constitucional? El liberalismo político da cuenta de esto⁷⁶.

El primer Rawls no deslindaba el procedimiento ético del político, de donde surgen las críticas de los comunitaristas por un exceso de lo que denominaban intervencionismo estatal. En lo sucesivo no va a hablar de persona moral, sino de ciudadano como persona en relación con el Estado. Introduce además dos nociones: consenso entrecruzado y razón pública, en donde toma en préstamo de Habermas las relaciones dialógicas como una manera de apoyar sus planteamientos. Este concepto de razón pública supone personas deliberantes al estilo republicano.

El llamado giro rawlsiano o tránsito de Teoría de la justicia a Liberalismo político, inspirado en la tradición contractualista clásica, en sí no es nada novedoso, pues, aunque la concepción de justicia como equidad se mantiene, en esta última obra adopta una postura menos metafísica, es decir, más política que moralista, lo que les permite a los sujetos proyectarse desde una visión más política y con mayor nivel de viabilidad histórica.

En *Justicia como equidad*⁷⁷ reúne una serie de artículos escritos entre 1950 y 1980. Los ensayos que allí aparecen (desobediencia civil y bienes sociales primarios, entre otros) intentan responder o aclarar una serie de vacíos que, según sus apreciaciones, quedaron sin resolver en *Teoría de la justicia*. Posteriormente, en el equilibrio reflexivo –como puede advertirse a partir de los argumentos dados con antelación– es un recurso simplificador lo suficientemente amplio en el que tienen cabida las distintas visiones omnicomprensivas de mundo.

En lo que el autor denomina como constructivismo kantiano en teoría moral, reivindica a Kant en lo relativo al procedimiento, pero se distancia de él cuando abandona la concepción antropológica liberal, en el sentido

76 Rawls, John. *Liberalismo político*. Op. cit., p. 69.

77 Rawls, John. *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Tecnos. 1999.

de considerar los seres libres e iguales⁷⁸. A partir de esta propuesta, se insinúa cómo Rawls se distancia cada vez más del liberalismo para adoptar en cambio una postura muy cercana a los comunitaristas en lo relacionado con la participación de las comunidades en el velo de la ignorancia. En este giro se advierte que en la posición original no existen agentes morales, sino agentes políticos (personas) que en lo sucesivo serán los ciudadanos. Sus críticas contra el liberalismo continúan, en la medida en que denuncia el hecho de cómo la democracia se ha desgarrado al tratar de conciliar la igualdad con la libertad.

4.2.1. CONSENSO ENTRECRUZADO Y RAZÓN PÚBLICA

Para el Rawls de los últimos años, cobra importancia la dimensión ética y política en los contextos deliberativos, cuyo sustento se expresa en la idea de un *overlapping consensus* (consenso traslapado, entrecruzado, sobrepuerto o entretejido). Para el liberalismo deja de ser una preocupación la verdad de los juicios morales que bien pueden ser sustentados a partir de múltiples doctrinas; el problema consiste en “elaborar una concepción de la justicia política para un régimen constitucional democrático que pueda ser aceptado por la pluralidad de doctrinas razonables”⁷⁹.

Al acercarnos a esta obra de madurez, se tiene la sensación de cómo va decantando la idea de un Estado neutral; propone la posibilidad de compartir unos valores que sean constructores de sociedad, donde las divergencias surgidas a raíz de las denominadas doctrinas comprehensivas, como visiones totalizantes, vayan perdiendo vigencia. Si bien no reivindica la existencia de una ética como condición para fundamentar una justicia política, considera que es poco eficaz entrar en este tipo de discusiones éticas y filosóficas, si el acuerdo fundamental consiste en armonizar la sociedad bajo la idea de un consenso traslapado, en el que tienen cabida doctrinas comprehensivas.

Como Rawls pretende que este discurso se corresponda con una aspiración de acuerdo mutuo, qué mejor espacio para este constructo social que la cultura política donde los actores hacen uso de su razón pública, prescindiendo de todo criterio que pueda ser elevado a categoría de verdad. En los procesos deliberativos, los miembros tienen cabida, incluyendo las asociaciones, instituciones, gremios y movimientos de toda índole. Ese

⁷⁸ Este giro puede advertirse en la tercera conferencia que forma parte de Liberalismo político, denominada “El constructivismo moral de Kant”. Rawls toma distancia de Kant, con base en cuatro argumentos que señalan el tránsito del constructivismo moral al constructivismo político de la justicia como imparcialidad. RAWLS, John. “Liberalismo Político”. Op. cit., p. 69 y pp. 109-111.

⁷⁹ Ibíd., p. 14.

entramado cultural, donde se teje lo público y lo privado, es un argumento recurrente para señalar que “al discutir las esencias constitucionales y los asuntos de justicia básica, no podemos apelar a doctrinas religiosas y filosóficas comprehensivas a lo que, como individuos, o como miembros de asociaciones, creemos que es la verdad global”⁸⁰.

Una de las críticas más recurrentes de los detractores de Rawls consiste en enrostrarle el hecho de que la concepción de sociedad “bien ordenada”, no es otra que la sociedad americana, caracterizada por una cultura política modestamente desarrollada y donde el Estado promueve cierto margen de libertades ciudadanas, a diferencia de otros países caracterizados por una concepción de lo público bastante limitado. Lo anterior no deja de ser un impedimento cuando se trata de incorporar en otras culturas, principios de justicia que resultan dilemáticos.

Una vez sentadas las discusiones en el ámbito de la cultura política pública, el mecanismo para resolver acuerdos no es otro que el político, esto sería lo más sensato cuando se aspira a “vivir políticamente con otros a la luz de razones de las que puede esperarse razonablemente que todos aceptarán”⁸¹. Este comportamiento razonable que esperaríamos de todos los miembros, se corresponde cuando es el resultado de un razonamiento común, si se considera que son decisiones adoptadas que tienen una fuerte incidencia en el bienestar de los demás.

Rawls, al introducir la expresión, visiones omnicomprensivas de mundo, contempla de otra manera el sentir de las comunidades, pues no es equivalente un liberalismo clásico tolerante a un pluralismo razonable. El *overlapping consensus* o consenso de consensos sintetiza esta preocupación, de donde deviene la necesidad de distinguir entre la democracia de mayorías y democracia constitucional.

La concepción de una idea de bien es fundamental para sustentar el desarrollo de una estructura básica, puesto que, al ser considerados los bienes no negociables, son sin embargo sociales. Los bienes primarios son condiciones de un proyecto existencial que permite concebir un plan de vida en relación con la estructura estatal, si reconocemos que es un medio que posibilita la realización de otros. El Estado, en este sentido, no sería más que un proyecto mediado que posibilitaría la conquista de proyectos alcanzables. Otro interés de orden supremo es el de considerar la necesidad de proteger y promover su concepción del bien.

80 Ibid., p. 230.

81 Ídem.

Una comunidad de diálogo establece, en principio, razones omnicomprendivas o razón pública; así, surge la preocupación por proteger la vida, atendiendo, no a principios teológicos sino antropológicos, los que hacen posible la coexistencia social. En un contexto histórico más amplio, tenemos la experiencia de cómo los derechos humanos han pasado a ser más que una conquista de la humanidad, un consenso intercultural, como no matar al prójimo, no ser vendido, mutilado, torturado o sometido a situaciones degradantes.

El carácter social de los derechos los hace extensivos a las sociedades liberal-democráticas, donde a partir del desarrollo de una estructura básica y unos principios de justicia, pueden ser objeto de reclamación los derechos que los ciudadanos reconocen como válidos. Ahora bien, estos principios de justicia, como base de los derechos, no debe entenderse únicamente en el contexto nacional o doméstico, sino que las concepciones políticas del derecho y la justicia son extensivas al ámbito internacional, denominado por Rawls en k, como un contrato social universal de largo alcance.

4.2.2. DESOBEDIENCIA CIVIL Y DERECHOS HUMANOS

Por desobediencia civil suele entenderse la negativa a acatar las normas de un Estado, cuando una comunidad o grupo social las considere injustas. La protesta social encaminada a desobedecer las normas puede ser expresada de manera pacífica o violenta. Ejemplos clásicos de resistencia civil pacífica son Mahatma Gandhi en la India, que lideró la lucha anticolonialista que condujo finalmente al proceso de independencia británica, o la encabezada por Martin Luther King en Estados Unidos, que condujo al replanteamiento de un régimen de garantías para la población afrodescendiente; del mismo modo, Thoreau, en los Estados Unidos se considera un ícono que se opuso abiertamente al pago de impuestos, así como la declaración de guerra impuesta por el presidente James Polk a México durante los años de 1846 a 1848.

Rawls vuelve a poner como tema de discusión la desobediencia civil y considera que una sociedad justa debe garantizar las libertades y la igualdad de ciudadanía (derechos asegurados por la justicia) los que debido a su naturaleza no deben estar sujetos a ningún proceso de negociación; mediante este recurso se rehabilita esta expresión, lo mismo que la objeción de conciencia, situación a la que pueden apelar las minorías cuando sus derechos son vulnerados. La desobediencia suele entenderse en el contexto civil (no armado sino político) para diferenciarla de la disidencia revolucionaria, anarquista, terrorista o pacífica; a partir de este recurso, se rescata el orden

constitucional, a diferencia de la disidencia que intenta trascender el mismo. En el fondo, Rawls pretende rescatar este concepto desarrollado por Martin Luther King, en el sentido de que una colectividad puede convertirse en guardián de la Constitución, como un mecanismo legislativo frente a una mayoría que pudiera en un momento dado violar el consenso.

En el contrato propuesto por Rawls, los participantes renuncian al monopolio de la fuerza, si partimos de considerar que se actúa bajo los principios de una sociedad bien ordenada. El monopolio de la fuerza legítima reside en el Estado por delegación de la soberanía popular.

Comenzaré definiendo la desobediencia civil como un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno. Actuando de este modo apelamos al sentido de justicia de la mayoría de la comunidad, y declaramos que, según nuestra opinión considerada, los principios de la cooperación entre personas libres e iguales no están siendo respetados⁸².

Sin embargo, cuando el Estado es incapaz de obrar en defensa de los intereses de las minorías u obra de manera injusta, los ciudadanos pueden apelar al uso de la fuerza. En este sentido, afirma lo siguiente: *"Al cometer desobediencia civil, una minoría obliga a la mayoría a considerar si desea que así interprete su actuación, o si en vista del sentido común de la justicia, desea reconocer las legítimas pretensiones de la minoría"*⁸³. La desobediencia debe entenderse y ejercerse como un acto público, no encubierto donde los participantes expresan las inconformidades que les afectan. En el contrato rawlsiano, los participantes renuncian al monopolio de la fuerza y lo delegan si se reconoce que, en una sociedad bien ordenada, el monopolio de la fuerza legítima reside en el Estado por delegación de la soberanía popular; sin embargo, en algunas circunstancias cuando el Estado no protege a los ciudadanos, se legitima el valor cívico de la resistencia.

Rawls propone señalar los fundamentos de la desobediencia civil en una democracia constitucional, estableciendo las condiciones mediante las cuales esta se legitima, consistente básicamente en que una comunidad puede considerar que sus intereses han sido vulnerados, y más aún, cuando se ha violentado el recurso de considerar a las personas libres e iguales, garantizado mediante la figura del equilibrio reflexivo. La desobediencia civil es legítima, consecuente, pública, y no violenta al que recurren grupos

82 Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Op. cit., p. 332.

83 Ibíd., p. 333.

para hacer valer sus pretensiones. “Otro punto es que la desobediencia civil es un acto público. No solo se dirige a principios públicos, sino que se comete en público. Se da a conocer abiertamente y con el aviso necesario, y no es necesariamente encubierto”⁸⁴.

La desobediencia civil, concebida como un acto legítimo, consciente, y establecido dentro del marco del respeto a las leyes vigentes establecidas en un régimen democrático, es un indicador más de este catálogo de exigencias que contribuyen a definir la legitimidad de los Estados contemporáneos. Si bien Rawls hace referencia a los regímenes democráticos como una estructura razonablemente justa, de ninguna manera considera que estos sean un modo perfecto de organización social; es más, considera que pueden presentarse falencias en una sociedad bien ordenada, en sentido procedural.

Si llegara a darse una situación de esta naturaleza, la desobediencia civil estaría justificada, si entendemos que esta acción política sintetiza el sentir mayoritario de una comunidad. Tampoco debe desconocerse que estas acciones generan cierta inconformidad, pues los que no están de acuerdo con ellas consideran que es un irrespeto a las condiciones de la cooperación social, al no estar orientadas por los principios de justicia, de donde se deriva la capacidad de sentar su protesta, con el propósito de lograr el bienestar de la sociedad en general.

Esta forma de caracterizar la desobediencia civil está emplazada a manifestar públicamente el rechazo a cuestiones fundamentales de la política interna de la sociedad. Cabe señalar que el tipo de sociedad en donde tienen cabida estas expresiones disidentes corresponde necesariamente a una sociedad contractualista, pues difícilmente podríamos invocar esta figura en un Estado totalitario donde no existe el menor respeto por los derechos humanos.

Existen notorias diferencias entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil: en la primera (objeción de conciencia), quien desobedece apela a motivos personales para ejercer su derecho, asume una actitud crítica frente a una ley, asumiendo las consecuencias de su acción. La objeción no es un acto público, es la negativa a cumplir ciertas normas cuando los sujetos consideran que, al acatarlas, violan su sistema de creencias –aunque no busca modificarlas– a diferencia de la desobediencia civil que sí lo es, y pretende modificar leyes que atentan contra las libertades; tampoco incorpora esta figura el sentido de justicia a partir de un sentimiento generalizado. En un

84 Ídem.

Estado social de derecho, estas figuras forman parte del acervo democrático que los ciudadanos pueden invocar, como lo reitera la sentencia T-728/2009:

Aunque existen diferencias notorias entre la desobediencia civil y los objetores de conciencia, ambos grupos comparten principios que se resuelven en el ámbito público. El régimen de libertades donde tiene cabida este tipo de expresiones, supone un gobierno democrático, no tiránico, donde sería inconcebible este tipo de expresiones. Así, se legitima el uso de la fuerza cuando existe el reconocimiento unánime, libre y responsable, cuando los derechos de una minoría han sido violados. En sentido estricto, existe la idea de acceder a una justicia en términos de equidad. La desobediencia civil⁸⁵ es un indicador de legitimidad democrática de los Estados, puesto que en estas actitudes se refleja el nivel de oposición de grupos opositores al sistema de gobierno.

Conclusiones

El liberalismo igualitario de Rawls representa una salida al dinamismo social de mercado neoliberal al final del siglo XX; reacciona además contra el liberalismo clásico y su pretensión que nunca pudo lograr, como fue el hecho de conciliar la libertad y la igualdad, lo que dio como resultado una sociedad profundamente dividida.

Rawls adopta la teoría del contrato social a la manera lockeana, en el sentido de privilegiar las libertades individuales, pero supera el mismo al considerar que lo justo no puede responder a las mayorías, sino al consenso, estableciendo vínculos con el modelo consensual kantiano, en cuanto logra una correspondencia con la ciudadanía mediante un recurso simplificador –la posición original– donde los agentes racionales que deliberan acerca de los principios de justicia, se encuentran en un plano de igualdad y libertad en términos procedimentales.

En esta medida, la justicia opera como mecanismo regulador de las instituciones mediante acuerdos que aspiran a ser plasmados en una Constitución, o instituciones económicas como el Estado de bienestar. En el fondo es una respuesta a Kelsen, quien consideró que la norma fundamental es axiológicamente neutra o vacía, desprovista de todo contenido material, apreciación de la que hubo de retractarse tiempo después en una conferencia que pronunció en Hamburgo en 1962. La norma fundamental establece los

⁸⁵ Sobre desobediencia civil, ver, además: Malem, Jorge. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel. 1988; Mejía Quintana, Óscar. La justificación constitucional de la desobediencia civil. *Revista Estudios Sociales*. Universidad de los Andes. 2003; González Marsal, Carmen. Desobediencia civil: volviendo a Thoreau, Gandhi y M. L. King. *Revista Foro Núm. 11 (12)*: pp. 147-191. 2010.

principios orientadores de las instituciones, que constituyen el reconocimiento de una sociedad bien ordenada.

Los principios de justicia son elementos constitutivos de la norma fundamental que regulan las relaciones del Estado frente a los particulares, y viceversa. El congreso constitucional se convierte en un catalizador, en la medida en que resuelve las tensiones existentes, procurando que las mayorías no se impongan sobre las minorías, para de esta manera preservar la protección de los derechos. Ahora bien, cuando se violan estos de manera reiterada y el Estado desatiende las solicitudes de los ciudadanos, queda la posibilidad de apelar a la desobediencia civil que encuentra su justificación en el sentido que privilegia la justicia, y a la vez garantiza la libertad. Cabe advertir, además que, si se incurre en un acto de injusticia, posiblemente se argumente a su favor que la ley creada resulta ser más eficiente que otra, nunca debe estar sujetas a negociación, pues, gracias a ella se promueven los fines de la sociedad y los términos de cooperación social.

Rawls considera que esta figura política de la desobediencia no tendría cabida si se apela al diálogo, principio que debe establecerse a partir de razones omnicomprensivas o razón pública; así, surge la preocupación por proteger la vida, atendiendo, no a principios teológicos, sino antropológicos. En un contexto histórico más amplio, tenemos la experiencia de cómo los derechos han pasado a ser, más que una conquista de la humanidad, un consenso intercultural.

Ap

Actividades pedagógicas

La Constitución de 1991 es el resultado de un acuerdo entre grupos provenientes de diversas vertientes políticas, gremios, culturas minoritarias, de conformidad con un Estado incluyente; por consiguiente, admite una lectura política de corte liberal igualitario, al igual que comunitarista y además neoliberal. Para los propósitos aquí señalados se contextualizan dos textos que hacen parte de una misma preocupación, como se transcriben a continuación:

Art. 13 C. P. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación

Ap

por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Los dos principios de justicia rawlsianos:

1. “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
2. Las desigualdades económicas y sociales habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”.

Después de interpretar con los dos textos anteriores, elabore un documento en el que pueda dar cuenta de la relación existente entre el Artículo 13 de la Constitución Política de 1991 y los dos principios de justicia rawlsianos.

Reconstruya los argumentos expuestos en el salvamento del voto al Auto 156 de 2008 del Magistrado Jaime Araujo Rentería. Referencia: Expediente D-5645. Solicitud de Revisión contra la Sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Identifique los argumentos de peso relacionados con la desobediencia civil y la importancia histórica que tiene reivindicar esta figura en un momento crítico en la historia de Colombia.

Realice un análisis acerca de los principios de justicia rawlsianos que sirvieron como sustento para proferir la

<p><i>Ap</i></p>	<p>parte resolutiva en la Sentencia T-406/1992. M. P.: Ciro Angarita Barón. Accionante: José Manuel Rodríguez Rangel. Accionado: Empresas Públicas de Cartagena.</p> <p>Reconstruya el sentido de objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio expuesto en la Sentencia T- 409/1992 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Accionantes: Óscar Flavio Ochoa Quiñones y Andrés Ospina Cruz. Demandado: Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.</p> <p>Identifique los principios de justicia e inclusión social en la Sentencia T-724/2003, en el conocido caso de los recicladores. M. P.: Jaime Araújo Rentería. Accionante: Silvio Ruiz Grisales y la Asociación de Recicladores de Bogotá – ARB. Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.</p> <p>Identifique la figura de objeción de conciencia frente a la prestación del servicio militar obligatorio en la Sentencia C-728/2009. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Demanda de inconstitucionalidad: artículo 27 de la Ley 48 de 1993. Demandantes: Gina Cabarcas Macía, Antonio Barreto Rozo y Daniel Bonilla Maldonado.</p>
------------------	---

<p><i>Ae</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>Esta actividad se ilustra alrededor de una polémica suscitada entre quienes defienden la tauromaquia y los que la rechazan. En Colombia, la opinión ha estado dividida entre quienes aducen que esta actividad es una expresión violenta y cruel contra los animales, en tanto que los taurófilos la ven como un arte y evento cultural que tiene una tradición reconocida en la capital.</p> <p>Este debate se revive en Colombia a partir del cambio inesperado en el Auto 031 del 7 de febrero de 2018 que anuló un fallo anterior de la misma Corporación, al decretar la nulidad de la sentencia T-121 de 2017 que autorizaba la realización de la consulta para decidir si se realizaban o no las corridas de toros en la capital del país. En esta providencia se</p>
------------------	---

Ae

autorizó la consulta antitaurina en la alcaldía de Gustavo Petro, que el alcalde de turno, Enrique Peñalosa, se comprometió a realizar.

La sentencia C-041 de 2017 de la Corte Constitucional señaló que en Colombia no pueden maltratarse animales, así sea un espectáculo cultural. Además, declaró inexistente un artículo de la Ley 1774, que establecía una excepción a la tauromaquia. En su fallo le dio dos años al Congreso para legislar en la materia y, de no hacerlo, la ley contra el maltrato animal se aplicaría también a la fiesta brava. Con esta decisión, la Corte Constitucional incluyó entre las conductas que tipifican como maltrato animal, no solamente las corridas de toros y novilladas, sino las peleas de gallos, entre otros espectáculos con animales.

En los argumentos expuestos por el magistrado ponente Carlos Bernal Pulido, se reiteró que la consulta antitaurina no puede ser convocada por alcaldes ni autoridades locales, competencia que reside únicamente en el Congreso de la República. Esta medida deja sin facultades a las alcaldías para decidir acerca del futuro de las corridas de toros y novilladas en el país.

Los animalistas, pacifistas, ambientalistas e identidades de género, entre otros, forman parte de las denominadas culturas minoritarias, al igual que los antitaurinos. Un Estado que se precia ser incluyente, a la manera de John Rawls, reconoce las visiones omnicomprensivas de mundo. De haberse materializado el mecanismo de participación popular que pudiera definir la continuidad o no de las corridas de toros en la capital, ¿podría equipararse a una tiranía de las mayorías?, o ¿podría ser catalogada la consulta antitaurina como una afrenta a la democracia participativa? ¿Con qué argumentos puede defenderse una u otra postura?

Elabore un documento en el que pueda dar cuenta acerca de los argumentos prevalentes en la sentencia que excluye a los toros de las leyes que castigan el maltrato animal.

¿La decisión proferida en la sentencia C-041 de 2017 puede ser valorada como un triunfo del Estado de derecho o de opinión?

Ae

¿Qué concepto le merece el pronunciamiento del magistrado Alberto Yepes del Consejo de Estado en 2016, cuando se pronunció acerca de la consulta antitaurina, al calificarla como un ejemplo típico de una “tiranía de las mayorías”?

A la luz del pensamiento de John Rawls, una sociedad orientada por distintas visiones políticas, religiosas y morales, ¿cómo identificar la puesta en conjunto en torno a la identificación de los valores en conflicto en cuestiones divisivas entre taurófilos o antitaurinos?, ¿quiénes toman estas decisiones y cómo se legitiman las mismas?

¿Las decisiones en materia de corridas son competencia exclusiva del Legislativo? De ser así, ¿qué lugar ocupa el constituyente primario como agente activo en el ejercicio de la razón pública política?

Este fallo emblemático desconoció o no el precedente de cosa juzgada, expuesto en la sentencia C- 041 de 2017 o, por el contrario, ¿se dio curso al precedente fijado en otras como la C-1192 de 2005, la C-666 de 2010, la C-889 de 2012 o la C-283 de 2014 que avaló la prohibición definitiva del uso de animales silvestres en circos en todo el territorio nacional?

* * *

Elija la respuesta correcta que tenga mayor nivel de prevalencia frente a las demás.

En la formulación de la Teoría de la justicia, Rawls ve la necesidad de romper con algunas escuelas de pensamiento, ante la imposibilidad de darle sentido a lo que pretende desarrollar, como es proponer, una de las teorías posibles de justicia. Una de las críticas más reiteradas se basa primordialmente en que

- El funcionalismo de Parsons se preocupa ante todo por la función que pueda representar la justicia en una colectividad.

Ae	<ul style="list-style-type: none">- El positivismo de Kelsen, centra sus inquietudes en el ordenamiento jurídico, de donde es poco probable derivar un modelo de justicia.- El utilitarismo por considerar que es justo es lo que determinen las mayorías.- El consensualismo kantiano por ser demasiado metafísico, les concede escasa representatividad a los sujetos políticos.- La filosofía analítica, por centrar sus reflexiones meramente en el lenguaje, lo que conduce a que los conglomerados humanos sean poco prácticos. <p style="text-align: center;">* * *</p> <p>La expresión “justicia como equidad”, alude a la posibilidad de</p> <ul style="list-style-type: none">- Distribuir riquezas de manera equitativa entre los miembros de una comunidad- Reconocer la importancia de darle a cada quien lo que corresponde.- Favorecer a los menos aventajados como resultado de un acuerdo deliberativo.- Distribuir cargas y beneficios apelando a la figura de las mayorías.- Atribuirle un mayor nivel de prevalencia a lo bueno sobre lo justo. <p style="text-align: center;">* * *</p> <p>El <i>overlapping consensus</i> (consenso entrecruzado) alude a la posibilidad de</p> <ul style="list-style-type: none">- Asegurar la supervivencia de los pueblos, garantizando para ello la exigencia de un mínimo vital.- Asegurar los principios de libertad de igualdad de los participantes
----	---

<p><i>Ae</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Señalar que los principios morales son la base primordial de cualquier acuerdo. - Reconocer que los principios básicos por los que debe regirse una comunidad, no son morales sino políticos. - Coexistir varias culturas con visiones omnicomprensivas en un mismo Estado. <p style="text-align: center;">* * *</p> <p>Una de las preocupaciones centrales de John Rawls consiste en establecer unos mecanismos posibiliten una idea de justicia en términos de equidad. Para ello se vale del recurso denominado</p> <ul style="list-style-type: none"> - Equilibrio reflexivo. - Procedimentalismo formal. - Consenso traslapado o entrecruzado. - Velo de la ignorancia. - Neocontractualismo procedural. <p>El giro dado por Rawls en <i>Liberalismo político</i> (1993) obedece a las críticas provenientes de los filósofos denominados comunitaristas. Una de las críticas más contundentes se empeña en demostrar que</p> <ul style="list-style-type: none"> - Rawls privilegia los sujetos políticos en el acuerdo deliberativo, pero descuida las eticidades de los pueblos. - Se equivocó al creer que toda teoría de la justicia, necesariamente, debe tener tres componentes básicos (ético, político y económico). - La justicia como equidad no es un componente básico cuando se trata de ordenar la sociedad. - Rawls no tuvo en cuenta las comunidades como agentes participativos en la posición original. - Al apartarse de Marx, que propuso la distribución equitativa de la riqueza, pensó Rawls introducir unos medios más equitativos para acceder a ella, con lo que contribuyó a darle un sentido más económico a su teoría.
------------------	--

J	<p>Jurisprudencia</p> <p>Sentencia T-406/1992. M. P.: Ciro Angarita Barón. Accionante: José Manuel Rodríguez Rangel. Accionado: Empresas Públicas de Cartagena.</p> <p>Sentencia T- 409/1992 M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Accionantes: Óscar Flavio Ochoa Quiñones y Andrés Ospina Cruz. Demandado: Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.</p> <p>Sentencia T-724/2003, en el conocido caso de los recicladores. M. P: Jaime Araújo Rentería. Accionante: Silvio Ruiz Grisales y la Asociación de Recicladores de Bogotá – ARB. Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.</p> <p>Sentencia C-728/2009. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Demanda de inconstitucionalidad: artículo 27 de la Ley 48 de 1993. Demandantes: Gina Cabarcas Macía, Antonio Barreto Rozo y Daniel Bonilla Maldonado.</p>
B	<p>Bibliografía</p> <p>Rawls, John. <i>Teoría de la justicia</i>. México, Fondo de Cultura Económica. 1978.</p> <p>_____ - <i>Justicia como equidad</i>. Madrid: Tecnos. 1999.</p> <p>_____ - <i>Liberalismo político</i>. México: FCE. 1978.</p> <p>Rawls, John & Habermas Jürgen. <i>Debate sobre el liberalismo político</i>. Paidós, 1988.</p> <p>Bibliografía recomendada</p> <p>Mejía Quintana, Óscar. <i>Justicia y democracia consensual. La teoría neocontractualista en John Rawls</i>. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Ediciones Uniandes. 1997.</p> <p>Botero, Juan José (Editor). <i>Con Rawls y contra Rawls</i>. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Universidad Externado de Colombia. 2005.</p>

Unidad 5

TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO EN JÜRGGEN HABERMAS

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Examinar la concepción habermasiana del derecho en términos consensuales, para reconocer en ella el poder emancipatorio, como superación del modelo clásico marxista.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <p>Reconocer la importancia que tiene la acción comunicativa en función de los derechos humanos y su aplicación por parte de los jueces en un Estado constitucional.</p> <p>Identificar los recursos simplificadores de la teoría de la acción comunicativa, para identificar los derechos como emancipación política por parte de la sociedad civil.</p> <p>Valorar la importancia que representa la teoría de la acción comunicativa en función de los derechos humanos.</p>

Mapa conceptual n.º 6. Teoría consensual del derecho.
Elaboración propia



Co	<p>Contenido</p> <p>5. TEORÍA CONSENSUAL DEL DERECHO EN JÜRGEN HABERMAS</p> <p>INTRODUCCIÓN</p> <p>5.1. PRINCIPIOS DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA</p> <p>5.1.1. La teoría de la acción comunicativa como teoría global de la sociedad</p> <p>5.2. EL DISCURSO DE LOS DERECHOS</p> <p>5.2.1. Facticidad y validez</p> <p>5.2.2. Los jueces en un Estado constitucional</p> <p>CONCLUSIONES</p>
----	--

INTRODUCCIÓN

Una de las grandes contradicciones de los Estados contemporáneos gira en torno a la legalidad y la legitimidad⁸⁶, esto en razón a que han perdido su capacidad de acción. La literatura jurídica y política producida en torno a esta discusión coincide en afirmar que no puede darse la legitimidad sin legalidad pues aquella va más allá del consenso o la aceptación de los participantes. El cumplimiento de la legalidad no necesariamente trae consigo el sentido de legitimidad, en tanto aquella se refiere a un conjunto de situaciones prescritas por la ley, por lo que tiene un vínculo más cercano a una expresión jurídica, a diferencia de la legitimidad que se asocia más a una connotación política.

El cumplimiento de la legalidad no necesariamente trae consigo el sentido de legitimidad; es así como los derechos brindan un estatus de seguridad jurídica a los ciudadanos, basado en el concepto de autonomía política que les asiste como sujetos partícipes en discursos racionales. El desarrollo procedural de Habermas está orientado a sustentar la legitimidad a partir de la legalidad, camino que emprendieron en su momento los contractualistas clásicos como Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, como una manera de fijarle límites al absolutismo y legitimar la existencia de lo que serían después los Estados europeos.

Habermas considera legítima la existencia de los derechos humanos –equiparable a los fundamentales– mediante un procedimiento dialógico donde los actores argumentan sus razones y aspiraciones, las que finalmente deben ser incorporadas al ámbito jurídico mediante un ejercicio procedural-deliberativo, pues en tanto sujetos dotados de competencias lingüísticas están en igualdad de condiciones. La incorporación de derechos es el resultado de un procedimiento consensual, de ahí que este autor, cuando exalta el ejercicio deliberativo, privilegie no tanto el derecho como tal, sino la democracia radical.

86 Weber tipifica tres tipos de motivaciones para el reconocimiento de la legitimidad, a saber: autoridad tradicional, autoridad carismática y autoridad legal racional. De cada una de estas formas de legitimidad se deriva un tipo de estructura social jerarquizada. Así pues, en la sociedad tradicional el fundamento lo constituye la tradición, a este tipo de legitimidad le viene dado el derecho sacro como fundamento de esta esfera, al mantener una estructura de privilegios de una élite de virtuosos frente a otros. En la sociedad carismática, el acento está puesto en el líder y sus cualidades particulares que encarna. La tradición se legitima en el obedecimiento a una estructura jerárquica. Las sociedades contemporáneas se legitiman en un tipo de acción legal racional, esto es, la creencia en los ordenamientos jurídicos como fundamento de cohesión social. Weber Max. *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica. 2005.

5.1. PRINCIPIOS DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA

Habermas, en un primer momento, influenciado por sus maestros inscritos en la primera generación del Instituto para la Investigación Social (*Institut für Socialforschung*), denominado también como Escuela de Frankfurt, centra sus preocupaciones en el quehacer de las ciencias de la naturaleza e intenta superar el concepto de razón ligado a una visión empírica, centrada en el hecho de considerar la realidad como algo meramente objetivo. Así, se produjo un cambio significativo en las ciencias del siglo XX frente a la crisis del paradigma positivista que consagró el ideal de una ciencia neutra, analítica, y de ningún modo valorativo.

Frente a la crisis del positivismo que plasmó las exigencias de la sociedad de consumo y a la pretendida neutralidad entre hecho y valor, Habermas aduce que las ciencias se encuentran mediadas por intereses económicos, políticos, tecnológicos o de otro orden, como lo presentó en *Conocimiento e interés*⁸⁷. En la clasificación de las ciencias, analítico-empíricas (mecánica, biología), hermenéutica (derecho) y crítico-emancipatorias (sociología), les atribuye un papel protagónico a estas dos últimas, en tanto son las llamadas a orientar procesos de emancipación social.

Con el concepto de acción comunicativa empieza a operar un supuesto más: el del *medio lingüístico* en el que se reflejan como *tales* las relaciones del actor con el mundo. Alcanzado este nivel de formación de conceptos, la problemática de la racionalidad, que hasta aquí solo se planteaba *al científico social*, cae ahora dentro de la perspectiva del agente mismo. Tenemos que aclarar en qué sentido queda con ello introducido el entendimiento lingüístico como un mecanismo de coordinación de la acción⁸⁸.

A finales de los años sesenta, Habermas reconoce la existencia de una sociedad destacada por la estructuración del trabajo, del mismo modo que una doble dimensión que no pueden ser reducibles: trabajo e interacción. Si bien el mundo de la vida es la dimensión de la cotidaneidad, la técnica y el cientificismo han colonizado el mundo en un proceso de dominación agobiante; así, surge la transformación no como principio revolucionario, sino como descolonización del mundo de la vida. “Para aclarar el difícil concepto de mundo de la vida o (*lebenswelt*) racionalizado, conectaremos en su momento con el concepto de racionalidad comunicativa y analizaremos

87 Habermas, Jürgen. *Conocimiento e interés*. Madrid: Tecnos. 1987.

88 Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. I. Op. cit., p. 136.

las estructuras del mundo de la vida que permiten a los individuos y a los grupos adoptar orientaciones racionales de acción”⁸⁹.

Así pues, esta descolonización se da mediante consensos intersubjetivos, gracias a la acción comunicativa entendida como la capacidad dialógica en la que se encuentran los actores con capacidades deliberativas y argumentativas. Marx, al reducir el trabajo a fuerzas productivas (relaciones de producción) priorizó este mediante la interacción, categoría que tomó del joven Hegel. Como reacción a este modelo, Habermas establece un proceso de liberación, no en sentido lógico sino dialógico. En el proceso de colonización del mundo de la vida, el derecho moderno en buena medida es responsable de haber cosificado las relaciones sociales, disgregado las tradiciones y cosificado la comunicación al incorporar un lenguaje de expertos que por demás ha derivado en técnico e instrumental; así, el lenguaje cotidiano queda encapsulado en el lenguaje jurídico. El derecho, más que cosificar el mundo de la vida, lo ha instrumentalizado y convertido en un lenguaje de expertos.

Frente a este estado de cosas, en 1986 presenta Habermas la *Teoría de la acción comunicativa*, con la intención de lograr una reconstrucción del materialismo histórico, donde son visibles las críticas a Marx por descuidar el aspecto superestructural y poner el acento en lo económico-material. La acción comunicativa hace referencia

a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extraverbales) entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y con ello sus acciones. El concepto aquí central, el de *interpretación*, se refiere primordialmente a la negociación de definiciones de la situación susceptibles de consenso⁹⁰.

En este sentido, *Teoría de la acción comunicativa* es considerada una teoría global de la sociedad acerca del origen, evolución y patologías; abandona el programa de la filosofía de la conciencia o del sujeto y se ubica en el de la intersubjetividad comunicativa o del entendimiento lingüístico. Aduce que la sociedad no puede organizarse con modelos egoístas de sujetos individuales, sino por un modelo orientado a que estos coordinen sus planes de acción sobre la base de acuerdos racionales, a partir de la aceptación de pretensiones, utilizando como medio el habla.

89 Ibíd., p. 70.

90 Ibíd., p. 124.

Como acción complementaria, introduce la noción de mundo de la vida o *lebenswelt* como horizonte desde el cual se produce y reproduce de manera simbólica y social las acciones lingüísticamente mediadas, como lo señala el autor: “El propósito de este bosquejo argumentativo es mostrar que necesitamos de una teoría de la acción comunicativa si queremos abordar hoy de forma adecuada la problemática de la racionalización social, en buena parte marginada después de Weber de la discusión sociológica especializada”⁹¹.

La situación ideal de diálogo en Habermas es equiparable al sistema reconstructivo del mundo de la vida, categoría tomada en préstamo de Husserl, que alude a una condición inicial de saberes precomprendidos de raza, religión, credo o eticidades, interacciones que regulan los espacios, formas de hábitos y costumbres de una colectividad. La relación dual fáctico/contrafáctico lo hace extensivo al interior de un congreso constituyente, bajo el principio de igual libertad.

En el segundo volumen de *Teoría de la acción comunicativa*⁹² Habermas discute no solo con Adorno y Horkheimer, sino también con Marx y los neomarxistas, con quienes coincide en que la juridización de la sociedad ha invadido todos los campos (familia, y sociedad) de donde surge la afirmación de que el derecho ha colonizado el mundo de la vida. Habermas toma distancia de Horkheimer y Adorno, quienes aducen que el derecho no es simplemente dominación, sino que puede ser un instrumento por esencia creador de democracia para la defensa de los derechos y elemento transformador de los intereses de la sociedad civil. Señala además en esta obra, cómo el derecho debe ser orientado por la racionalidad weberiana o relación medios-fines; ahora bien, para que el fin no justifique los medios es necesario discutir los fines, lo que contribuye de paso a que el derecho tenga un mayor sentido en términos comunicativos.

Así, la teoría de la comunicación se convierte en un mecanismo de reconstrucción del materialismo histórico que privilegia el entendimiento intersubjetivo de los actores, reconoce además el lenguaje como medio para lograr procesos de entendimiento e interacción subjetiva, en donde los discursos tienen la pretensión de ser válidos mediante los mejores argumentos. Ahora bien, ¿cuáles son las pretensiones de validez que deben orientar los discursos racionales? Habermas hace explícitos los siguientes:

91 Ibíd., p. 23.

92 Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Vol. II. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus. 1987.

- de que el enunciado que hace es verdadero (o de lo que en efecto se cumplen las condiciones de existencia del contenido proposicional cuando este no afirma sino solo se <menciona>);
- de que el acto de habla es correcto en relación con el contexto normativo vigente (o de que el propio contexto normativo en cumplimiento del cual ese acto se ejecuta, es legítimo), y
- de que la intención expresada por el hablante coincide realmente con lo que este piensa⁹³.

Las ventajas que se derivan de los presupuestos de validez están relacionadas con el hecho de que los participantes suponen unas reglas básicas de entendimiento, donde se excluye toda coacción, excepto la de los mejores argumentos. Así, podemos decir que una norma goza de validez social cuando es reconocida por los destinatarios de la misma, en la medida en que pueden ser afectados. Otra de las pretensiones que reconoce en virtud de las manifestaciones racionales, es la susceptibilidad de corrección de los discursos, cuando se reconocen equívocos⁹⁴. El concepto de racionalidad comunicativa que pretende ser universalmente válido, necesita inexorablemente de una teoría de la argumentación.

Llamo *argumentación* al tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de rehusarlas por medio de argumentos. Una *argumentación* contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizadas. La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones⁹⁵.

El concepto de razón ha pasado por distintas interpretaciones en diversos momentos: por ejemplo, en la tradición racionalista en la que se inscriben Descartes y Kant, la razón es concebida como un instrumento para conocer el mundo, es decir, facultades del entendimiento a partir de una visión epistemológica. Posteriormente, en el contexto de la revolución industrial, el concepto de razón devino en una razón al que condujo a reducir al hombre a mero instrumento de producción, como ya lo había denunciado en su momento la primera generación de la Escuela de Frankfurt. Habermas supera esta mirada, al pasar de una visión instrumental a una razón dialógica, a

93 Ibíd., p. 144.

94 Ibíd., p. 37.

95 Ibíd., pp. 36-37.

partir de su construcción teórica que ya había sido expuesta en *Teoría de la acción comunicativa*.

El concepto de razón ha derivado en la modernidad en lo racional y razonable, que en función de una acción comunicativa es preciso diferenciarlos: lo razonable dista de lo racional, pero más allá de lo que los hombres puedan conocer racionalmente usando las funciones del entendimiento, tiene sentido pensar qué es lo razonable, a diferencia de lo racional donde cada quien persigue sus propios intereses y beneficios. Para Habermas, el diálogo es un instrumento para llegar a posiciones razonables.

El pluralismo es razonable en la medida en que se está dispuesto a oír razones o compartir con otros, diversos puntos de vista mediante un acto de discusión pública; en este ejercicio, la comunicación reclama una comprensión de sentido, de hermenéutica, de reconocer al otro en su diferencia; quizás por esto la afirmación de que es tal vez lo más cercano a una sociedad plural. El tránsito que hace Habermas de la racionalidad instrumental a la racionalidad comunicativa está mediado por una idea central y es el hecho de cómo se comportan razonablemente las personas, o si el significado de sus actitudes puede ser considerada racional.

A una afirmación solo se la puede llamar racional si el hablante cumple las condiciones que son necesarias para la consecución del fin ilocucionario de entenderse sobre algo en el mundo al menos con otro participante en la comunicación; y a una acción teleológica sólo se la puede llamar racional si el actor cumple las condiciones que son necesarias para la realización de su designio de intervenir eficazmente en el mundo⁹⁶.

De igual manera, un sujeto es racional cuando expresa sus enunciados y los defiende ante sus críticos, esgrimiendo los mejores argumentos y los acuerdos alcanzados se apoyan en razones; también se llama racional “a aquel que sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico interpretando una situación dada, a la luz de expectativas legítimas de comportamiento”⁹⁷. La racionalidad de una acción o comportamiento se traduce en el hecho de que sea capaz de escuchar razones y liberarse de prejuicios infundados o persistir en un autoengaño; otra exigencia es la disposición al entendimiento, de conformidad con las competencias lingüísticas, como sujetos capaces de lenguaje y acción. De otra parte, en sentido inverso, suelen presentarse comportamientos irracionales:

96 Ibíd., p. 28.

97 Ibíd., p. 33.

Se comporta irracionalmente quien hace un uso dogmático de sus propios medios simbólicos de expresión. Por el contrario, el *discurso explicativo* es una forma de argumentación en que ya no se supone o se niega ingenuamente que las expresiones simbólicas sean inteligibles, estén bien formadas o sean correctas, sino que el asunto se convierte en tema como una <pretensión de validez> controvertida⁹⁸.

En estos términos tiene vigencia la acción comunicativa, siguiendo el hilo conductor del entendimiento lingüístico, pues es en el mundo de la vida donde tiene cabida la comunicación intersubjetiva de los actores. Las estructuras de comunicación en el mundo de la vida hacen referencia a tres órdenes: verdad, corrección y veracidad, que se corresponden para su realización a tres mundos: objetivo, social y subjetivo.

**Cuadro nº. 3. Estructuras de comunicación en el mundo de la vida.
Elaboración propia**

ESTRUCTURAS DE COMUNICACIÓN EN EL MUNDO DE LA VIDA		
VERDAD	CORRECCIÓN	VERACIDAD (autenticidad)
Mundo objetivo	Mundo social	Mundo subjetivo

En esta medida, los criterios de verdad objetiva quedan reservados para el mundo fenoménico, si se parte de considerar que mediante la existencia del método científico pueden afirmarse o no enunciados en términos de verdad o falsedad. La segunda, es una aspiración que es propia del derecho y la política, a diferencia de la veracidad que corresponde a las relaciones intersubjetivas.

5.2. EL DISCURSO DE LOS DERECHOS

Los derechos fundamentales son un constructo social y atributo de los sujetos en relación con el Estado social de derecho, y exigencias que han pasado por procesos deliberativos que los Estados reconocen como válidos. La ética discursiva es un acuerdo para constituir un derecho de mínimos con vocación jurídica, orientados a promover la tolerancia; tiene además el propósito de incluir el punto de vista diferente. Así, posibilita el desarrollo de la tolerancia, de donde deviene la idea de ser racional instrumental, constitutivo de la sociedad civil, que de paso se convierte en el punto de articulación que vincula la moral con la política. El mejor desarrollo que esta pueda tener, debe verse reflejada en una Constitución, donde lo primordial no es en sí misma esta, sino los principios de justicia que deben orientarla,

98 Ibíd., p. 42.

pues estos parten de reconocer que los hombres comparten unas aspiraciones, y la vía más expedita para esta legitimación discursiva no es otra que el reconocimiento universal⁹⁹.

Los derechos constitucionales delimitan fronteras no trazadas *a priori*, por ejemplo, el establecer las condiciones para la adopción de un Estado laico. Esto forma parte de un equilibrio reflexivo, en donde se encuentran articuladas las impresiones morales y los principios de justicia. En este punto juega un papel decisivo el derecho, puesto que es el resultado del diálogo y la acción comunicativa presentada en el ámbito de lo público; esta situación contribuye a fortalecer el Estado social de derecho, en la medida que posibilita elevar a rango constitucional lo que la sociedad contempla como normas altamente deseables. Para Habermas, sólo son legítimas las normas que se basan en el principio del discurso, pues cuando estas son el resultado de un proceso consensual, se dice que son legítimas, lo que contribuye de paso a que el derecho se convierta en mecanismo de integración social.

Frente a la concepción marxista del derecho como ideología, Habermas le contrapone un sentido liberador¹⁰⁰, así, el orden jurídico se legitima en la medida que asegura la autonomía privada y ciudadana de sus destinatarios, pero al mismo tiempo debe su legitimidad a las formas de comunicación entre iguales. Este cambio de paradigma de la conciencia se refleja en el acto comunicacional dado entre personas dotadas de competencias lingüísticas, de donde resultan ser válidas las normas de acción que surgen como resultado de participar en discursos racionales y la forma en que pudieran verse afectados por esas decisiones. Así, la legitimidad se configura con base en acuerdos que surgen de procesos deliberativos, en donde

el procedimiento democrático de producción de normas tiene que confrontar a los que participan de él con las expectativas normativas que implica la orientación por el bien común, pues el único sitio de donde ese proceso puede obtener su fuerza legitimadora es del proceso de un *entendimiento* de los ciudadanos acerca de las reglas que han de regir su convivencia¹⁰¹.

99 El derecho es un *factum* pactado en una Constitución que reclama finalmente legitimidad y validez. Un ejemplo claro de esta situación fue lo pactado en la Asamblea Nacional Constituyente, que condujo finalmente a la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991.

100 Con motivo de la aparición de Facticidad y validez por primera vez al español en 1998, Manuel Reyes Mate escribe para el diario *El País*, de Madrid, en la primera semana de abril de ese año, una nota en la que expone que uno de los propósitos de Habermas consiste en “sacar el infierno del derecho”, metáfora con la cual hacia alusión a cómo el derecho podía convertirse en instrumento de emancipación social. Citado por el profesor Guillermo Hoyos Vásquez en: Derecho de ciudadanos y para ciudadanos. Texto inédito.

101 Habermas Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 149.

Si una de las preocupaciones primordiales de Kant consistió en elevar el imperativo categórico a nivel de derecho, Habermas, por el contrario, dialogiza el imperativo categórico kantiano como posibilidad de realización social y emancipatoria de este; frente a la autonomía –o capacidad de autolegalización– él la dinamiza al volverla pública mediante el ejercicio de la política y más exactamente a partir de lo que Kant denominó expresión republicana, deriva la necesidad de establecer lo que conocemos como derechos fundamentales.

El origen del derecho se fundamenta en la política, entendida como deliberación; reconocer esta génesis implica concederle un sentido dialógico y prepolítico, pues a partir de lo comunicacional es como se legitima este en la actualidad, lo que a su vez incorpora una raíz democrática. Este llamado a la sociedad civil está orientado a construir desde la base el sentido de la democracia, incluyendo las religiones, pues estas expresiones reclaman el derecho a participar, sobre todo si se considera que la sociedad civil no es en su naturaleza intrínseca secular, sino compleja, que reclama espacios de participación política.

La política, en términos procedimentales y deliberativos, posibilita la construcción del derecho, así la democracia no es otra cosa que la tensión entre facticidad y validez. El derecho opera como correa de transmisión entre sociedad y Estado social de derecho, es decir, democracia deliberativa. El consenso –reitera Habermas– no es ningún invento de los filósofos, sino un constructo histórico que se evidencia empíricamente como la Constitución de Filadelfia. Así, el derecho se convierte en un integrador social de doble vía que va del mundo de lo fáctico a lo válido.

Este giro jurídico de Habermas se advierte con la publicación de *Factividad y validez*, en donde reitera que los principios de un Estado democrático se validan en la asamblea y se encuentran a la vez articulados al derecho y la política, entendida esta última como procedimiento. Es en el ámbito de lo público donde se debaten los aspectos concernientes al orden social, los que finalmente son recogidos por el derecho y elevados a rango constitucional. Puede decirse que las decisiones que surgen de ese espacio deliberativo son buenas y justas si son extensivas a todos los ciudadanos. En síntesis, tomar decisiones en derecho es equiparable a decisiones políticas.

5.2.1. FACTICIDAD Y VALIDEZ

Esta obra corresponde a uno de los últimos giros dados por Habermas, en su esfuerzo por hacer una reconstrucción interna del derecho. En sus obras anteriores se había ocupado de temas como la legitimación, democracia participativa y opinión pública, entre otros, inscrito en las reflexiones propias

de la política y la ética, en aras de construir una teoría global de la sociedad. En cambio en *Factividad y validez* da un giro al campo jurídico, con lo cual el modelo queda integrado por la política, la ética y el derecho.

En esta presentación, el derecho, más que reducirse al plano de positivización de normas, es integrador de los mundos fáctico y contrafáctico, es decir, facticidad y validez; así, tiene como sustento la sensibilidad moral –aunque pueda parecer un punto de partida metafísico– pero como aspiración es altamente deseable que tenga la capacidad de incorporar lo correcto y lo justo, cumple además el papel de integrador social entre hechos y normas.

El derecho hace las veces de una banda de transmisión que transfiere los intereses de la sociedad civil a la esfera constitucional, es decir, hace tránsito del mundo de lo fáctico a lo válido; en tal medida, una de las estrategias para el desarrollo de la democracia se da a partir de las expresiones jurídicas, pilar fundamental en un Estado social de derecho.

Por consiguiente, un orden jurídico se legitima en la medida en que pueda asegurar la autonomía privada y ciudadana de sus destinatarios, pero al mismo tiempo debe su legitimidad a las formas de comunicación entre iguales. Este cambio de paradigma de la conciencia se refleja en el acto comunicacional entre personas dotadas de competencias lingüísticas. En el capítulo III de *Factividad y validez* –explica Habermas– solo son válidas las normas de acción que surgen como resultado de participar en discursos racionales, y que en alguna medida pueden verse afectados por esas decisiones¹⁰²; así, la legitimidad se da con base en acuerdos que surgen de procesos deliberativos.

Como se había mencionado con antelación, Habermas vuelve a poner como objeto de discusión, asuntos relacionados con la legitimación de los procedimientos legal racionales que se corresponde más con un Estado de derecho –en el que priman intereses de validez– a diferencia del Estado democrático de derecho que se centra en asuntos de legitimación; por eso, el derecho, más que reducirse simplemente al plano de positivización de normas, es integrador de los mundos fáctico y contrafáctico. La democratización de la política es uno de los aportes más originales de Habermas en su empeño por legitimar mediante recursos procedimentales la existencia y garantía de los derechos fundamentales.

En este giro, Habermas reivindica la existencia de los valores a la manera aristotélica de razón práctica moral o valores comunitarios; como resultado de lo anterior, los ciudadanos crean el *ethos* (*etos*) como una forma de superar

102 Ibíd., p. 172.

la violencia o insociable sociabilidad. Va más allá al considerar que, de la razón práctica se pasa a la razón comunicativa y asume una postura radical al considerar que el derecho es el fin de la política, si la consideramos como el arte de lo posible legitimado mediante procedimientos. Si la facticidad es el derecho, estos hechos reclaman positivización cuando están legitimados por la moral social.

5.2.2. LOS JUECES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

En aras de legitimar la construcción pública de la democracia, Habermas establece puntos de encuentro con Rousseau en lo tocante a expresiones como “todo el poder del Estado proviene del pueblo”, coincidentes con el de “soberanía popular”, con lo que se pretende vincular el papel protagónico de los ciudadanos frente al Estado. El artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁰³, sirve para articular el concepto de libertad como lo concibe Kant, en su formulación del “principio general del derecho”, conforme al cual es legítima toda acción que pueda hacerse compatible, o conforme a cuya máxima la libertad y el arbitrio de cada uno pueda hacerse compatible con la libertad de todos los demás conforme a una ley general”¹⁰⁴.

Este principio de justicia tiene una base de fundamento, es decir, quienes forman parte de los acuerdos políticos exponen públicamente sus doctrinas frente a otros. El pluralismo razonable no es otra cosa que poner en tela de juicio sus intenciones, discutir en público o justificar los puntos de vista mediante los mejores argumentos, de ahí la afirmación de que a partir de Habermas se puede derivar una teoría de la argumentación.

En las anteriores reflexiones puede notarse una continuidad –aunque de manera distinta– de legitimar la existencia de los derechos fundamentales ante un pensador como John Rawls, pues si bien este último está empeñado en fundamentar la existencia de los recursos políticos y procedimentales, Habermas lo hace mediante expresiones dialógicas en el ámbito de lo público, iniciativas que finalmente son acogidas en el Congreso Constitucional. La legitimidad de estas normas de acción se plasma en tres categorías de derechos que supone son maneras de sustentar el estatus de personas jurídicas:

103 “La Libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause prejuicio a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de un hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Esos derechos sólo pueden establecerse por ley”.

104 Habermas Jürgen. *Facticidad y validez*. Op. cit., pp. 147-148.

(1) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción.*

Estos derechos exigen como correlatos necesarios:

(2) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.

(3) Derechos fundamentales que resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y el desarrollo y configuración políticamente autónomos de la protección de los derechos individuales¹⁰⁵.

Al ser los derechos una emanación de la voluntad soberana del pueblo, esta voluntad se convierte en legisladora en la medida que recoge las iniciativas que la sociedad civil ha decidido consagrar como válidas. Así, puede decirse que las normas gozan de validez y legitimidad cuando han sido el resultado del consenso por quienes razonablemente participan en él de manera pública y deliberada. Al convertirse la sociedad civil en fuente autentificadora de normas, es la llamada a reconocer y validar las normas que han sido creadas bajo su consentimiento y voluntad, merced a los procedimientos democráticos, como lo señala el autor: "Los derechos sólo pueden volverse socialmente eficaces en la medida en que los afectados estén suficientemente informados y sean capaces de actualizarse en los casos pertinentes de la protección jurídica garantizada por los derechos fundamentales relativos a la administración de justicia"¹⁰⁶.

Bajo los anteriores presupuestos puede afirmarse que la voluntad popular es legisladora, en la medida que decide la finalidad y aplicación de las normas creadas bajo su consentimiento, pues en esta medida reduce la tensión entre validez empírica y validez formal, que en síntesis es la apuesta de Habermas por reivindicar el derecho como categoría de mediación social entre facticidad y validez.

En virtud de lo anterior, el lenguaje se convierte en fuente de integración social que plasma las iniciativas surgidas en el mundo de lo fáctico, donde los actores entablan procesos de entendimiento orientados por pretensiones de validez. Así, las normas convenidas son aquellas que garantizan a todos los ciudadanos las libertades y los derechos humanos. Habermas cierra

105 Ibid., p. 188.

106 Ibid., p. 493.

cualquier posibilidad de imposición de normas que no tengan como sustento los espacios de deliberación pública, es decir, los ciudadanos se constituyen en fuente autentificadora de normas. “En las argumentaciones –señala– los participantes tienen que partir de que en principio todos los afectados participan como libres e iguales en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coacción permitida es la del mejor argumento”¹⁰⁷.

Estos principios tienen cabida en el momento de aplicar justicia, y aplicado de un modo particular a los jueces de paz en Colombia, al darse un desplazamiento de la justicia centrada en lo meramente constitucional, cerrado y monista, a un pluralismo jurídico más integrador. Es así como las pretensiones de validez a las que se refiere Habermas, en función de valores culturales, “no trasciende los límites locales de forma tan radical como las pretensiones de verdad y de justicia. Los valores culturales no son válidos universalmente; se restringen, como su nombre lo indica, al horizonte de un determinado mundo de la vida”¹⁰⁸.

El ámbito que corresponde a lo público a la manera de Habermas, incorpora a la esfera de lo institucional, valores y procedimientos políticos que legitiman los espacios públicos de deliberación ciudadana. Estos espacios de entendimiento les otorgan legitimidad a los procedimientos como los derechos humanos, por ejemplo, que, a partir de una concepción subjetiva, se fundan intersubjetivamente mediante acuerdos construidos discursivamente.

El Estado como proyecto unificador, antes que un sistema de normas –postura muy cercana por demás a una idea de razón de Estado– es visto como un sistema de cooperación que vincula los individuos y las instituciones en la búsqueda de proyectos comunes. Articular estas expresiones, donde se encuentran inscritos los ciudadanos, configura el sentido de legitimidad, al convertirlo en el *alter ego* de los sujetos, postura que por demás dista mucho de una concepción hegeliana como espíritu absoluto o el paso de Dios sobre la tierra. Más que poder de reclamación frente al Estado, los ciudadanos se vinculan mediante proyectos comunes, como bien pueden ser la protección y cuidado de algunos derechos, con lo que de paso el Estado se convierte en un instrumento de protección, como lo advierte el autor:

El Estado social debe procurar la existencia de los individuos, comenzando con garantizar a cada persona la base material para una existencia humana digna, repartiéndoles oportunidades vitales, como el derecho al trabajo, a la seguridad, a la salud, a la vivienda, a un mínimo

¹⁰⁷ Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Editorial Trotta. 2000, p. 17.

¹⁰⁸ Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I. Op. cit., p. 69.

de recursos, a la educación, al tiempo libre y a las bases naturales de la vida¹⁰⁹.

Una idea de derechos bien entendida, según Habermas, estaría signada por los derechos individuales de los miembros, como el hecho de pertenecer a una comunidad, por lo que no tiene sentido el reconocimiento de derechos colectivos, en tanto subsumen a los individuos en un yo comunitario y les compelle a reconocerse dentro de ciertas prácticas sociales, al restarles la posibilidad de adoptar otros estilos de vida. El discurso de los derechos en clave comunicativa es un esfuerzo por reconocer socialmente a los excluidos, y en este sentido, “los destinatarios del derecho sólo pueden adquirir autonomía (en el sentido dado por Kant) en la medida en que ellos mismos puedan comprenderse como autores de las leyes a las que están sometidos como sujetos jurídicos privados”¹¹⁰.

Esta autonomía, en sentido kantiano, los habilita como actores individuales a debatir en el ámbito de la razón pública sus inquietudes, como el hecho de reconocerse como miembro de una comunidad. Así, el derecho protege los grupos sociales, en la medida en que los miembros voluntariamente se adhieran y manifiesten su reconocimiento dentro de ciertas prácticas colectivas, pues de darse lo contrario, los derechos subjetivos entrarían en colisión con los colectivos, en tanto las comunidades no pueden reclamar para sí el hecho de ser dueños de sus miembros.

Los fallos judiciales en materia de derechos relacionados con asuntos indígenas, se resuelven en buena parte en clave dialógica, como la SU-039/1997, en donde el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en primera instancia concedió la tutela a la comunidad indígena U'wa en torno a la consulta previa por la explotación de recursos en su territorio, decisión que fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; finalmente la Corte Constitucional tuteló los derechos a la participación, al debido proceso, a la integridad étnica, ética, cultural y social, entre otros, considerados fundamentales para la subsistencia como grupo social.

Si bien estos logros constituyen un alcance significativo, la Sentencia T-634/1999 presenta un giro inesperado al negar la consulta previa como un derecho fundamental, ratificado en otras como la SU-039/1997, en donde el grupo étnico indígena arhuaco se pronuncia de manera desfavorable en torno a la creación del municipio de Pueblo Bello, en atención a que la jurisdicción

109 Habermas. *Facticidad y validez*. Op. cit., p. 489.

110 Habermas, Jürgen. La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho. Habermas, Jürgen. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós. 1999, p. 194.

municipal incorporaba parte de los resguardos indígenas. La Corte finalmente consideró que, debió haberse utilizado la figura de la acción popular como mecanismo para hacer posible la reclamación, hecho que se constituye en un retroceso en materia de derechos.

Conclusiones

Las reflexiones acerca de la legalidad y legitimidad son problemas recurrentes en autores que han colonizado espacios en la teoría política. Habermas supera estos modelos de legitimación mediante el reconocimiento de las normas, a diferencia de la legalidad fundada en procedimientos éticos y políticos.

En vista de las críticas formuladas a Rawls, provenientes de libertarianos como Robert Nozick o James Buchanan, considera Habermas que un común denominador que pudiera vincular la naturaleza humana no es el principio de razón –término que por demás ha entrado en decadencia– sino el de igualdad y libertad en términos dialógicos, a partir del cual se pueden construir proyectos sociales y políticos, cuyos destinatarios son los ciudadanos; así, razonablemente construyen sus proyectos de vida en el ámbito público cuando estas decisiones pueden afectarlos, según apreciaciones de Habermas.

Llamamos racional a una persona que interpreta sus necesidades a la luz de los estándares de valor aprendidos en su cultura; pero sobre todo cuando es capaz de adoptar una actitud reflexiva frente a los estándares de valor con que interpreta sus necesidades. Los valores culturales, a diferencia de las normas de acción, no se presentan con una pretensión de universalidad. Los valores son a lo sumo *candidatos* a interpretaciones bajo las que un círculo de afectados puede, llegado el caso, describir un interés común y normarlo¹¹¹.

La racionalidad se mide también en el hecho de que una persona pueda justificar sus acciones frente a los demás, actuando con lucidez y no empeñarse tercamente en creer que su punto de vista moral o político es el más consistente, “sino esforzándose por juzgar imparcialmente la cuestión desde un punto de vista moral y por resolverla consensualmente”¹¹².

Estos criterios de análisis se ajustan a las consideraciones expuestas en la Sentencia SU-383/2003, donde la Corte, luego de sus valoraciones, hizo explícita la defensa de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados,

¹¹¹ Habermas, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. *Racionalidad de la acción y rationalización social*. Op. cit., pp. 39-40.

¹¹² Ibíd., p. 38.

para llegar a acuerdos y lograr de manera conjunta las medidas a adoptar en los territorios ancestrales. Los derechos fundamentales no pueden ser vulnerados en aras del interés general, como lo fueron en su momento las políticas orientadas a la erradicación de cultivos ilícitos, desconociendo el bloque de constitucionalidad y los derechos a la supervivencia de los pueblos. Tras reconocer estos derechos, la Corte delineó el procedimiento de consulta previa entre los organismos estatales y las comunidades, de manera conjunta con la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

La tradición liberal asume los derechos colectivos como condición que posibilita el disfrute de los derechos individuales, de tal manera que aquellos adquieran relevancia cuando no van en detrimento de los individuales – usual dentro de la cultura occidental– que para las comunidades indígenas configura un hecho irrelevante. Los límites a la jurisdicción indígena también son materia de estudio por parte de los jueces, pues no todos los casos en los que se ven involucrados indígenas son resueltos por la jurisdicción especial, sino que, en atención al caso particular, priman los derechos fundamentales ante los derechos multiculturales de autonomía y diversidad cultural.

Ap

Actividades pedagógicas

Realizar un análisis de las siguientes sentencias para identificar cómo casos análogos se resuelven de manera distinta. Para este análisis debe tenerse en cuenta los artículos 40 de la Constitución Política, en donde reconoce el derecho a la participación política y el 103, los mecanismos de participación popular y participación de la comunidad cuando pueden ser afectadas por ciertas decisiones. Estas expresiones se encuentran de conformidad con el sentido de validez propuesto por Habermas: "Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudieran prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales" (*Facticidad y validez*, p. 172)

Sentencia SU – 039 de 1997. EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDÍGENA, DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE COMUNIDAD INDÍGENA Y DERECHO A LA INTEGRIDAD. Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del grupo étnico indígena U'wa. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-634 de 1999. DERECHO A LA CONSULTA DE COMUNIDADES INDÍGENAS. Solicitante: Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos. Procedencia: Tribunal Superior de Valledupar Sala Civil. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Realice un análisis acerca de la primacía que tienen los derechos fundamentales ante los derechos multiculturales de autonomía, consulta previa, diversidad cultural y el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales, expresado en la Sentencia T- 496/1996. M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Actor: Libardo Guainas Finscue. Demandado: Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila.

* * *

Ap

Reconstruya los argumentos presentes en la Sentencia T-652/1998, en torno al derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica de la comunidad indígena embera-katio del alto Sinú, y los perjuicios causados en el territorio indígena por la construcción de obras civiles por parte de la hidroeléctrica Urrá. M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Acciones de tutela contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. - ESP, por la presunta violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú. Actores: Rogelio Domicó Amaris, Organización Nacional Indígena de Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Alirio Pedro Domicó y otros.

Ae	<p>Autoevaluación</p> <p>Esta actividad se ilustra a la luz de un referente histórico ligado a la historia del país como en efecto fue la creación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 que tuvo como misión, reformar la Constitución centenaria creada a instancias del presidente Núñez. La Constitución Política de 1991 es un digno ejemplo de consenso constitucional creado para asegurar la paz, la democracia y la garantía de los derechos fundamentales.</p> <p>La Asamblea Nacional Constituyente fue la expresión política más parecida a una idea de consenso político, en donde estuvieron representados movimientos y agremiaciones, convocada e integrada mediante la figura del referendo que sesionó desde el 5 de febrero hasta el 4 de junio de 1991. Como proyecto incluyente reconoció los derechos de las culturas minoritarias la diversidad étnica y cultural en sus diversas manifestaciones.</p> <p>Los principios de inclusión en materia indígena fueron un logro significativo, entre los que caben destacarse, el reconocimiento de distintas etnias, apoyo a la autonomía y a los estilos propios de gobierno, protección a las tierras comunales y a las formas de propiedad solidaria y asociativa, protección a los recursos naturales y protección de las riquezas culturales.</p> <p>Esta nueva Carta Política fijó un nuevo escenario de reivindicaciones para las comunidades y pueblos indígenas, afrocolombianos, raizales y demás etnias que conforman la nación; pasó de ser una Constitución cuyo ideal se basaba en la integración con base en la homogeneidad, al pretender un proyecto identitario basado en lo étnico, la lengua, la cultura y la nación, a otra que definió como ideal la diversidad étnica y cultural. En síntesis, los logros más significativos reconocidos en esta carta se dieron en materia de derechos culturales, territoriales, ambientales y de explotación de recursos naturales, políticos, sociales y económicos.</p> <p>La protección de los derechos ha estado vinculada a la justicia constitucional, relación que ha hecho posible la</p>
-----------	--

<p><i>Ae</i></p>	<p>protección de los derechos y libertades fundamentales, al incorporar un catálogo de principios y valores constitucionales que irradian el ordenamiento jurídico. De conformidad con lo anterior, ¿cómo conciliar los derechos fundamentales y el reconocimiento constitucional de las culturas minoritarias en Colombia?</p> <p>Identifique en la sentencia T-254 de 1994 del magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, las tensiones existentes entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales.</p> <p>El acuerdo político como expresión del consenso democrático se refleja en la legitimidad de los procedimientos y la posibilidad del constituyente primario de ser partícipe de los acuerdos deliberativos, como corresponde al ejercicio de la razón pública. De conformidad con lo anterior, identifique en esta experiencia histórica de la Asamblea Nacional Constituyente el sentido validez propuesto por Habermas, al señalar que las normas son válidas cuando los que pueden ser afectados por ellas, prestan su asentimiento como partícipes en discursos racionales.</p> <p>Identifique los logros alcanzados en el pronunciamiento realizado por el Consejo Superior de la Judicatura en aras de fortalecer y coordinar lo relacionado con la Jurisdicción Especial Indígena, plasmado en el Acuerdo n.º PSAA12-9614 de julio 19 de 2012 “Por el cual se establecen las medidas de coordinación interjurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas y el Sistema Judicial Nacional”.</p>
------------------	--

J	<p><i>Jurisprudencia</i></p> <p>Sentencia T- 496/1996. M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Actor: Libardo Guainas Finscue. Demandado: Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila.</p> <p>Sentencia T-652/1998, en torno al derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica de la comunidad indígena embera-katio del alto Sinú, y los perjuicios causados en el territorio indígena por la construcción de obras civiles por parte de la hidroeléctrica Urrá. M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Acciones de tutela contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. - E. S. P., por la presunta violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú. Actores: Rogelio Domicó Amaris, Organización Nacional Indígena de Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, Alirio Pedro Domicó y otros.</p>
---	---

B	<p>Bibliografía</p> <p>Habermas Jürgen. <i>Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso</i>. Madrid: Editorial Trotta. 2001.</p> <p><i>Aclaraciones a la ética del discurso</i>. Madrid: Editorial Trotta. 2000.</p> <p>_____. <i>Conocimiento e interés</i>. Versión castellana de Manuel Jiménez y otros. Madrid: Taurus. 1982.</p> <p>_____. <i>Crisis de legitimidad en el capitalismo tardío</i>. Traducción de José Luis Echeverry. Madrid: Cátedra. 1999.</p> <p>_____. <i>Conocimiento e interés</i>. Madrid: Tecnos, 1987.</p> <p>_____. Teoría de la acción comunicativa. Vol. I. Racionalidad de la acción y racionalización social. <i>Teoría de la acción comunicativa</i>. Madrid: Taurus, 1987. Teoría de la acción comunicativa. Vol. II. Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus. 1987</p> <p>Bibliografía recomendada</p> <p>Revista Colombiana de Filosofía. <i>Sin Fundamento</i>, n.º 11. Facultad de Filosofía, Universidad Libre Sede-Bogotá. Bogotá, marzo de 2009</p> <p>Velasco, Juan Carlos. <i>Para leer a Habermas</i>. Madrid: Alianza Editorial. 2014.</p>
---	---



IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia