

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

ESTUDIOS DE DERECHO

DIRECTOR
Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA, SURAMÉRICA

Año LXVI —segunda época— Diciembre de 2007
Volumen LXIV, N° 144

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

RECTOR

Alberto URIBE CORREA

DECANA

Marta Nubia VELÁSQUEZ RICO

DIRECTOR

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Directora Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad de Antioquia
Flor Patricia GONZÁLEZ SÁNCHEZ	Magíster en Historia Universidad Nacional Profesora Facultad de Derecho Universidad de Antioquia
Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Elena LARRAURI PIJOAN	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona
Juan Antonio GARCÍA AMADO	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

Santiago SASTRE ARIZA	Profesor de la Universidad de Castilla La Mancha - España
Carlos GAVIRIA DÍAZ	Ex magistrado Corte Constitucional Profesor universitario - Colombia
Nuria TERRIBAS	Directora del Institut Borja de Bioética Universitat Ramon Llull - España
Ricardo HOYOS DUQUE	Ex magistrado Consejo de Estado Profesor universitario - Colombia

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices:
Categoría C de COLCIENCIAS. Colombia
International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra
Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México
Portal de Revistas QUORUM. Universidad de Alcalá. España

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

Valor de la suscripción anual en el país:	\$20.000
Valor del número sencillo en el país:	\$10.000
Valor de la suscripción en el exterior:	US\$30

CANJE

Solicitamos canje

Nous demandons l'échange

Pede se permuta

We request exchange

Wir bitten um Austausch von Publikationem

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia
Diagramación, impresión y terminación: L. Vieco e Hijas, Ltda.

Obras en separatas:

Las obras publicadas pertenecen a los ganadores de la "Tercera Biental Regional de Dibujo, Pintura y Obra Gráfica", convocatoria que ofrece la Universidad de Antioquia - Dirección de Regionalización y COMFENALCO- ANTIOQUIA.

La convocatoria reúne cada dos años a los artistas plásticos del departamento para mantener y ampliar un espacio de formación y encuentro que facilite el camino para el reconocimiento de la diversidad cultural y el patrimonio inmaterial de nuestro departamento.

Traductor de resúmenes: Marcela Vásquez Galvis, estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia y auxiliar administrativo revista *Estudios de Derecho*.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 112

Teléfono: (574) 219 58 55. Fax: 219 58 59

Correo electrónico: rderecho@mitra.udea.edu.co

<http://derecho.udea.edu.co>

<http://www.udea.edu.co>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Editorial L. Vieco e Hijas Ltda. Teléfono: 255 96 10

Correo electrónico: lvieco@geo.net.co

MISIÓN

Publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que constituye su órgano académico oficial. Su misión radica en contribuir al debate de las ideas en torno a las disciplinas del derecho y la política al publicar artículos producto de investigación y reflexión en dichas áreas, elaborados por autores nacionales y extranjeros, previa selección del Comité Editorial y aprobación por los árbitros de la Revista. Está dirigida a los abogados, filósofos, politólogos y, en general, a los estudiosos de estos asuntos.



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza,
invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia.
Letra de Édgar Poe Restrepo)

ÍNDICE

EDITORIAL -----	11-13
¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿pueden ser filósofos? <i>Ronald Dworkin</i> -----	15-36
Filosofía del derecho <i>Bruno Romano</i> -----	37-56
Derecho y sexualidad ¿liberación o represión? <i>Julio González Zapata</i> -----	57-72
Con la cultura auestas. La centralidad de la persona en el debate multicultural <i>Santiago Sastre Ariza</i> -----	73-93
Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007 <i>Juan Antonio García Amado</i> -----	95-122
“Métodos” para la investigación jurídica: ¿un cuentito más! Primera parte <i>Enrique Pedro Haba Müller</i> -----	123-145
La violencia sexual contra las mujeres: un estudio preliminar <i>Natalia Ramírez Bustamante</i> <i>Olga Cecilia Restrepo Yepes</i> -----	147-168
Derecho penal de enemigos. Una mirada al derecho y a la guerra <i>David Enrique Valencia Mesa</i> -----	169-180

La teoría de la democracia deliberativa frente a las objeciones a la ley del Plan Nacional de Desarrollo <i>Leonardo García Jaramillo</i>	181-198
La lucha contra la corrupción en Colombia como herramienta para un control social exacerbado <i>Mauricio Hernando Aguirre Giraldo</i> -----	199-216
Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia. El caso del hermafroditismo <i>Catalina Velásquez Acevedo</i> <i>Patricia González Sánchez</i> <i>Isabel Cristina Sarmiento Echeverri</i>	217-234
Ciento ochenta años de historias. Discurso de la decana en el marco de la celebración de los 180 años de la Facultad de Derecho	235-242
Reseña bibliográfica – La justicia entendida como experiencia <i>Miguel Carbonell</i>	243-248

EDITORIAL

A LA MEMORIA DE NUESTROS MÁRTIRES

En este mes de diciembre y en el próximo de febrero, estaremos conmemorando veinte y diez años, respectivamente, de los asesinatos de nuestros egresados y profesores LUIS FERNANDO VÉLEZ y JESÚS MARÍA VALLE, a manos de emisarios de grupos violentos e intolerantes que los consideraron enemigos por su compromiso con la defensa de los Derechos Humanos en Medellín y en el departamento de Antioquia.

LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ, fue decano de nuestra Facultad y profesor de Derecho Penal en ella, Presidente de la Asociación de Profesores de la Universidad de Antioquia, Vicerrector General de ésta, Director del Museo Universitario. Además de abogado era antropólogo, indigenista y teólogo. A principios del mes de octubre de 1987, cerca de dos meses después del asesinato del Presidente y el Vicepresidente del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, los recordados médicos Héctor Abad Gómez y Leonardo Betancur Hincapié, se vinculó al Comité. Poco después, en acto valiente y solidario, aceptó ser el vocero del Comité en el acto de su reconstitución y como tal pronunció el discurso central en el acto realizado el 11 de diciembre en el recinto del Concejo Municipal de Medellín, en el cual manifestó:

“Conocemos por la evidencia histórica que hay sectores ciudadanos más propensos que otros a sufrir el atropello en sus derechos. Con relación a ellos debemos velar con más cuidado y mayor fervor porque no se conculquen sus derechos. Aliados como estamos con la causa de todos los hombres, no creemos pecar cuando declaramos nuestra predilección por aquellos aliados más indefensos, por los humildes, por los perseguidos, por los discriminados, por los niños, por los ancianos, por las mujeres, por los enfermos, por los indígenas, por los cautivos. Los derechos humanos, concebidos como patrimonio de todos los hombres, deben defenderse frente a cualquier persona u organización que los violente y cualquiera que sea el móvil que esgrima para hacerlo. También en este caso sabemos por evidencia histórica que hay organizaciones, agrupaciones e individuos más propensos a violar, más asiduos en violar los derechos humanos. Sin atropellar a su turno los derechos de esas personas o de las personas que conforman esas organizaciones, consideramos como deber ineludible, ejercitar con toda ponderación, ecuanimidad y rectitud, las más serena y severa vigilancia sobre todos sus actos que puedan significar quebrantamiento del derecho ajeno...”

Y concluyó diciendo:

“Pero no basta con reconocer a ese único enemigo, aquel con quien no podemos dialogar; quienes acepten nuestro fervoroso llamamiento, deben estar dispuestos a aceptar que ese único enemigo también tiene derechos que no pueden ser atropellados porque emergen de su dignidad como persona humana, así la ferocidad de sus comportamientos parecieran denotar su afán enceguedido por renunciar a esa elevada dignidad.”.

No obstante su ecuánime y transparente posición, Luis Fernando Vélez fue asesinado seis días después, el 17 de diciembre, por intolerantes amigos de la violencia y enemigos del diálogo y del respeto de los Derechos Humanos para todos.

A partir de esa fecha Jesús María Valle asumió el liderazgo y vocería del Comité por la Defensa de los Derechos Humanos Héctor Abad Gómez.

Las múltiples actividades que JESÚS MARIA VALLE realizó, como luchador por el reconocimiento de los Derechos Humanos sin ninguna exclusión ni discriminación; como defensor de los desplazados, de los presos y perseguidos políticos y de las víctimas de la injusticia socio- económica, la exclusión y la discriminación imperante en Colombia; como maestro ejemplar de ética profesional, de derecho procesal y probatorio penal y de oratoria forense en cuatro de las principales facultades de Derecho de la ciudad. Como destacado abogado penalista puso al alcance de los condenados pobres el elitista recurso de casación. Como dirigente gremial, comunitario y político fue Presidente del Colegio de Abogados de Antioquia COLEGAS, del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, de la Liga de Usuarios de Empresas Públicas de Medellín. Todas las tareas que emprendía tenían un objetivo y un propósito únicos: la dignificación de la persona humana.

JESÚS MARIA VALLE fue miembro del **Comité por la Defensa de los Derechos Humanos, Seccional Antioquia**, desde su conformación en 1978. En el discurso sobre **“La situación de los derechos humanos en nuestro departamento”**, que pronunció el 25 de agosto de 1997 en el Paraninfo de la Universidad de Antioquia, en el acto público de **“Renovación del Compromiso con la defensa de los Derechos Humanos”**, realizado con ocasión del 10º aniversario del asesinato de los médicos Héctor Abad Gómez y Leonardo Betancur Taborda, cuando eran, en su orden, Presidente y Vicepresidente del **Comité por la Defensa de los Derechos Humanos Seccional Antioquia**, manifestó:

“Aparecían fuerzas oscuras que reemplazaban al alcalde... los comandantes. Esas fuerzas se fueron ubicando en los perímetros urbanos y generaban un estado de terror y de zozobra, y los campesinos caían asesinados; mientras que en las veredas y los corregimientos mataban a los dueños de las tiendas comunitarias. Eso ocurrió en el Norte, en el Oriente, en el Occidente... Eran paramilitares, Convivir, autodefensas... Aquellos maestros que protestaron por esos asesinatos y masacres, fueron perseguidos, desaparecidos y ase-

sinados.... Y los médicos que iban a las veredas y a los corregimientos a atender a los enfermos con mucho esfuerzo, también fueron perseguidos, amenazados, asesinados y desaparecidos.... Los militares, los paramilitares y las Convivir se confunden en los uniformes, en las sedes y en los vehículos que utilizan. Y se fue tornando ambiguo el concepto de autoridad pública: unos eran amigos o enemigos de las Convivir, amigos o enemigos de los paramilitares, amigos o enemigos de la guerrilla... Hoy puedo decir que el meridiano de la violencia pasa por Antioquia. Estamos exportando, a través de una concepción equivocada del orden público, violencia para departamentos pacíficos como los de la Costa y el Chocó. Estamos exportando violencia a través de las Convivir parta todo el país... Esa es la situación hoy. La han visto mis ojos, lo he presenciado con gentes de mi pueblo, de mis veredas, de mis corregimientos. Esas personas que yo vi nacer, personas con quienes escuché silbidos de miseria en las montañas, han sido asesinadas. Y yo he ido a todas partes invocando el Derecho de Petición para la población campesina y no he recibido una respuesta positiva... Esa es la situación dramática que presenta hoy Antioquia y es el informe que puedo rendir con honestidad en este recinto, sin odios contra nadie, pero con una infinita tristeza de cómo se van perdiendo las vidas y golpeando a las personas...”.

Esas graves denuncias, calificadas como “calumniosas del Ejército Nacional” por el entonces comandante de la 4ª Brigada y denunciadas como tales ante la Fiscalía, que dieron lugar a su muerte, hoy han sido reconocidas como ciertas por sus mismos actores.

A JESÚS MARIA VALLE lo asesinaron paramilitares por ser quien era. Por su vital compromiso con la defensa de los Derechos Humanos y la Justicia, por su solidaridad con los desplazados y por su opción por los humildes. “Él era consciente de lo que hacía y conocía el riesgo. Si optó por él, fue a sabiendas de que gestos como el suyo, que en Colombia acaban generalmente con la muerte, son, quizá, la única dramática y paradójica forma de luchar por la vida, cuando el Estado no sólo no garantiza los Derechos Humanos sino que, con frecuencia, los vulnera.” (V/Revista Jueces para la democracia, N° 31, Madrid, 1998, p. 99).

Hoy en día es generalmente aceptado que la legitimidad de un Estado democrático se fundamenta en el respeto por los Derechos Humanos. Por ello las personas e instituciones que encarnan su defensa deberían ser exaltadas y gozar del mayor aprecio, reconocimiento y respeto social y contar con el irrestricto apoyo y la protección estatales. Resulta, pues, insólito e inaceptable que en Colombia la lucha por hacer de los Derechos Humanos una realidad para todos, sin ninguna exclusión ni discriminación, de hecho se considere una conducta antisocial o subversiva, por sectores tanto dentro del Estado como fuera de él, y que quienes lideran esa lucha paguen con su vida su solidario compromiso.



Región: Aburrá Norte
Autor: Oneidis Marcela Méndez S
Título: Ciclo vital
Técnica: Costura en entretela
Dimensiones: 150 x 50 cm

***¿DEBEN NUESTROS JUECES SER
FILÓSOFOS?
¿PUEDEN SER FILÓSOFOS?****

* Derechos de autor reservados (Copyright © 2000) por Ronald Dworkin. Traducción publicada con su gentil y expresa autorización. La versión original se presentó como conferencia pública en New York el 11 de octubre de 2000, honrando el nombramiento de Dworkin como Scholar of the Year del Consejo de New York para las Humanidades. La conferencia fue auspiciada por la Firma de Abogados Orrick, Herrington & Sutcliffe.

Fecha de recepción: Septiembre 12 de 2007

Fecha de aprobación: Septiembre 30 de 2007

¿DEBEN NUESTROS JUECES SER FILÓSOFOS?
¿PUEDEN SER FILÓSOFOS?

Ronald Dworkin**

Traducción: Leonardo García Jaramillo***

RESUMEN

Este ensayo analiza una salida al dilema por el deber o la posibilidad que tienen los jueces de ser filósofos. A partir de una valoración de dramáticos asuntos que deben resolver los jueces, y que inevitablemente los remiten a cuestiones filosóficas, se sustentará que es válido pensar que pueden ser lo suficientemente filósofos como para aliviar el punto nodal del dilema. En el proceso de toma de decisiones los jueces afrontan problemas, especialmente en las áreas del derecho público, que requieren juicios sobre cuestiones morales polarizantes que son objeto de un profundo y continuo estudio y confrontación filosóficas. Se concluye con un consejo a los jueces: sean sinceros respecto al papel que los conceptos filosóficos realmente juegan, tanto en el diseño general como en los exquisitos detalles de nuestra estructura jurídica, y sean realistas sobre el duro trabajo que afrontarán para cumplir la promesa de esos conceptos.

Palabras clave: jueces, filósofos, conceptos ordinarios-conceptos jurídicos, intuicionismo, pragmatismo, nuevo formalismo.

MUST OUR JUDGES BE PHILOSOPHERS? CAN THEY BE PHILOSOPHERS?

ABSTRACT

This essay analyzes a solution to the dilemma of whether judges must or should be philosophers. Based on an assessment of the dramatic issues that judges have to resolve and which inevitably lead them to consideration of philosophical issues, this essay supports the conclusion that it is reasonable to believe that judges can be philosophical enough to relieve the dilemma's sting. In the decision-making process, especially in the more public areas of law, judges confront problems that require judgments concerning polarizing moral issues that involve profound and continuous philosophical study and division. This essay concludes with the following advice to judges: Come clean about the role that philosophical concepts actually play both in the grand design and in the exquisite details of our legal structure, and get real about the hard work that it takes to redeem the promise of those concepts.

Key words: Judges, philosophers, ordinary concepts - juridical concepts, intuitionism, pragmatism, new formalism.

** Profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de New York y en el *University College* de Londres. Sus principales libros son: *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986), *Life's Dominion* (1993), *Freedom's Law* (1996), *Sovereign Virtue* (2000) y *Justice in Robes* (2006).

*** El profesor Dworkin nos ha solicitado incluir esta nota en la presente traducción: "Ofrecí una conferencia diferente con un título similar, en un seminario sobre Constitucionalismo y Democracia convocado por la Oficina del Procurador General de Río de Janeiro, el 28 de noviembre de 2005". El traductor agradece, igualmente, a Roberto Gargarella por su motivación para concluir esta traducción y, con Everaldo Lamprea, por sus observaciones sobre algunos aspectos puntuales de la traducción.

¿DEBEN NUESTROS JUECES SER FILÓSOFOS?
¿PUEDEN SER FILÓSOFOS?

I. El dilema: ¿los jueces *deben* o *pueden* ser filósofos?

El título otorgado a este artículo sugiere un dilema. En su labor cotidiana los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura filosófica. Por ejemplo, los jueces toman decisiones sobre cuándo las personas mentalmente enfermas acusadas de un delito, son efectivamente responsables de sus actos no obstante su condición, y sobre si una acción particular del demandado causó realmente el daño que el demandante alega, igualmente los conceptos de responsabilidad y de nexo causal son temas perennes del estudio filosófico. Los asuntos filosóficos son particularmente relevantes en el Derecho Constitucional y resultaron de inevitable referencia en las dramáticas decisiones recientes de la Suprema Corte sobre el aborto, la acción afirmativa, el suicidio asistido y la libertad de expresión.

- * ¿Un feto es una persona con derechos e intereses propios desde el momento de la concepción? Y de ser así, ¿estos derechos incluyen un derecho a no ser asesinado, incluso si la continuación del embarazo resulta seriamente perjudicial o dañina para su madre? En caso contrario ¿existe algún otro fundamento para que el Estado prohíba o regule el aborto?
- * ¿Constituye una violación de los asuntos concernientes a la igualdad que una nación debe respetar a sus ciudadanos, cuando permite que las instituciones y los organismos del Estado tengan en cuenta la raza en la aceptación de los

¹ La expresión 'law' será traducida como 'ley', 'legislación' o 'derecho' según se refiera, contextualmente, a una ley en particular (para lo cual se utilizan igualmente en inglés las expresiones "act" y "statute" cuando se trata de una ley aprobada por el Congreso y para distinguirla de los precedentes –"judge made law"–), al conjunto o sistema de leyes (legislación o "the law of a state"), o cuando el contexto planteé una referencia más amplia al derecho, es decir, a las leyes conjuntamente con los principios y las directrices de la política pública. Recuérdese que en inglés al derecho subjetivo se le denomina "right", mientras que al derecho general, u objetivo, "law". En español, por el contrario, debe agregársele el adjetivo "subjetivo" a "derecho" para distinguirlo del derecho general, u objetivo. En alemán, similar al castellano, un concepto designa tanto el derecho objetivo como el subjetivo ("Recht"), pero para distinguir el segundo del primero, se dice que "se tiene el derecho a –por ejemplo– el mínimo vital" ("ein Recht haben auf existenzminimum"). Gesetz hace referencia a una ley particular, por lo que a la Constitución ("Verfassung") también se le denomina "Grundgesetz", o ley fundamental [N. del T.].

aspirantes a las universidades y a las escuelas profesionales? ¿Es esto distinto del hecho de tratar de forma diferente a los aspirantes dependiendo de su puntaje en las pruebas de aptitud o de su habilidad para el baloncesto?

- * ¿Siempre debemos asignar los recursos escasos sobre la base del mérito? ¿Qué significa “mérito”?
- * ¿Los gobiernos respetables violan principios fundamentales al negar a los ciudadanos agonizantes el derecho a morir cuándo y cómo ellos desean? ¿El que los ciudadanos tengan un derecho a la independencia moral en sus decisiones, significa que la manera como deben morir es su decisión personal? ¿Tal derecho hace parte del concepto mismo de libertad ordenada [*ordered liberty*], el cual ha dicho la Suprema Corte que es la función que debe proteger la cláusula del debido proceso?
- * ¿Cuál es la conexión entre el aborto y el suicidio asistido? ¿Si la Constitución concede a las mujeres embarazadas el derecho al aborto, como la Suprema Corte ha decidido, se sigue que también concede a los pacientes moribundos el derecho a decidir cómo y cuándo morir? ¿Cuál es el papel, en la controversia por el suicidio asistido, de la distinción frecuentemente citada entre “matar” y “dejar morir”? ¿Hay una diferencia moralmente relevante entre el acto negativo de abstenerse a otorgar el soporte artificial necesario para mantener una vida y el acto positivo de prescribirle píldoras letales a una persona?
- * ¿Por qué se le exige al gobierno que otorgue una protección especial al derecho de libertad de expresión? ¿Tal derecho incluye el derecho de los ciudadanos intolerantes a referirse a las minorías en términos insultantes y ofensivos? ¿Incluye el derecho de los candidatos a puestos políticos de elección popular a gastar todo el dinero que puedan recaudar en sus campañas, o el derecho de los donantes a contribuir a las campañas electorales con todo el dinero que deseen?

Éstas no son esencialmente preguntas empíricas que puedan resolverse por la ciencia, la economía, la sociología o la historia. Indudablemente los hechos y las predicciones importan (algunas veces decisivamente) cuando los confrontamos. Pero el punto importante en cada una de ellas radica en cuestiones de valores, no de hechos, los cuales nos conciernen no sólo por el compromiso de resolver y aclarar principios, sino porque nos obligan a reflexionar sobre los puntos concretos y la correcta aplicación de tales principios, además de las relaciones y posibles conflictos entre ellos. Esa es la vocación de los filósofos morales y políticos. Los jueces y los

filósofos no comparten simplemente temas y asuntos entrecruzados [*overlapping*]¹, como los astrónomos y los astrólogos. Por el contrario, los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos: ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución.

Por tanto, parecería natural esperar que los jueces tengan alguna familiaridad con la literatura filosófica, así como esperamos que la tengan con la economía y, en el caso de los jueces constitucionales, con la historia constitucional. No podrían, por supuesto, simplemente buscar las respuestas a los problemas filosóficos que aparecen en algunos manuales o en el estado del arte, porque los filósofos discrepan radicalmente sobre las mejores teorías de la responsabilidad, el nexo causal, lo que significa “persona” [*personhood*], la igualdad y la libertad de expresión, y sobre si “dejar morir” es lo mismo que “matar”. Pero eso difícilmente justifica que los jueces ignoren lo que han escrito los filósofos: sería insultante, tanto para los jueces como para los filósofos, asumir que los primeros no se podrían beneficiar del estudio de las teorías diferentes y opuestas de los segundos, de igual manera como los filósofos se benefician leyendo los escritos de los abogados que defienden tesis opuestas en una discusión. Lo que hacen los jueces es de una gran importancia, no sólo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el Derecho Constitucional, para la gobernabilidad de la Nación. ¿Si los problemas que afrontan han sido debatidos por personas educadas, hombres y mujeres, que les dedicaron sus vidas a estas cuestiones, cómo los jueces pueden ignorar de manera responsable lo que estas personas han escrito?

Esa es la primera parte del dilema (¿*deben* nuestros jueces ser filósofos?). Ahora consideremos la segunda (¿*pueden* ser filósofos?).

Parece muy poco realista pedirle a los jueces que intenten obtener una formación de pregrado en filosofía y así logren adquirir una mayor comprensión de la exigente, milenaria y enorme literatura filosófica. Además de carecer de tiempo, los jueces considerarían absurdo que les endilgaran nuevas responsabilidades como las de atender de golpe cursos en los cuales aprendan las tesis y los argumentos principales de, inclusive, los filósofos morales y políticos contemporáneos más importantes, tales como Thomas Nagel, John Rawls, Thomas Scanlon o Bernard Williams (sin contar a los grandes filósofos clásicos). Incluso si, por una excepcional combinación de dedicación y estudio, la mayoría de jueces se convirtieran conscientemente

¹ ‘*Overlapping*’ se traduce como ‘entrecruzado’ para darle el mismo matiz que en el sentido en el que se traduce el ‘*overlapping consensus*’ rawlsiano. [N. del T.].

en filósofos, no quisiéramos que redactaran sus fallos en el lenguaje propio de la filosofía profesional, ya que sus escritos deben ser *más* accesibles al público en general, y no menos. ¿Realmente quisiéramos encontrar a nuestros jueces divididos en partidos filosóficos, con Kant, por ejemplo, dominando el Segundo Circuito, y Hobbes el Séptimo? ¿Acaso no sería una pesadilla si las decisiones judiciales dependieran de qué filósofo atrapó la imaginación del respectivo juez?

Los jueces tienen que ser filósofos, pero no pueden y quizás no deberían ser filósofos. Este es el dilema que pretendo plantear, y hay dos maneras para intentar escapar de él. Podríamos argumentar que no es verdad, después de todo, que los jueces tengan que ser filósofos, o podríamos argüir que, después de todo, tampoco es verdad que no puedan ser filósofos: podríamos entonces llegar a pensar que pueden ser lo suficientemente filósofos como para aliviar el aguijón del dilema. La primera de estas rutas de escape es en gran medida la más popular y le dedicaré las siguientes secciones. Sin embargo, si estoy en lo correcto, entonces todas las estrategias en esta dirección de escape fallarán y tendremos que considerar, después, qué tan exitosa será la segunda ruta de escape.

II. Los conceptos, la historia jurídica y la intención original

Afirmo, justo ahora, que a los jueces les preocupan los mismos conceptos que los filósofos han estudiado a lo largo de toda la historia. Pero esta afirmación podría ser objetada si, a pesar de la primera impresión, no es cierto, entonces, que los jueces pueden sin riesgo alguno ignorar la filosofía. La forma más dramática de la objeción dice que los conceptos que usan los abogados y los jueces (tales como “responsabilidad”, “nexo causal”, “igualdad”, “libertad”, entre otros) se refieren en realidad a conceptos estrictamente jurídicos que son diferentes de los conceptos del lenguaje ordinario con los que los filósofos aplican estas palabras. Si bien es cierto que algunas veces los abogados utilizan las mismas palabras y de la misma forma que son utilizadas en el lenguaje ordinario, hay que enfatizar en que lo hacen con significados muy diferentes: cuando un abogado dice que un contrato no es obligante a menos que se den ciertas “consideraciones”, esta palabra tiene muy poco que ver con la idea ordinaria de “consideración”. Pero es llamativamente dudoso que esto sea verdad respecto a los conceptos que he nombrado. Los hombres de Estado y los jueces que estipularon que nadie debe ser castigado si no es responsable de sus actos, o que las personas deben ser tratadas como iguales ante la ley, quisieron llevar a la práctica jurídica los juicios morales y los principios bien conocidos y, por lo tanto, emplearon los conceptos ordinarios en los cuales se expresan estos juicios y

principios. Si, por el contrario, supusiéramos que los legisladores estuvieron exhibiendo conceptos jurídicos especiales y completamente diferentes, para los cuales usaron las mismas palabras para designarlos (“responsable” e “igual”), creeríamos entonces que lo hicieron de manera perversa o infundada.

Hay, sin embargo, una forma más sofisticada y convincente de la misma objeción. La práctica jurídica y los precedentes configuran a menudo el significado de una palabra tomada del lenguaje ordinario, de tal manera que la libertad que tiene el juez frente a un caso actual de interpretar esas palabras de acuerdo con una teoría o esquema filosóficos, podrá estar muy limitada. El derecho penal, el de propiedad, el de contratos y el civil extracontractual, deben ser estructurados principalmente por reglas técnicas cuya aplicación pueda ser previsible con un razonable grado de confianza por los ciudadanos, los propietarios de bienes inmuebles, los testadores, los hombres de negocios y las compañías de seguros, razón por la cual los precedentes tienen un alto valor en estas áreas. Si un precedente determina lo que debe entenderse como responsabilidad en el derecho penal, o como nexo causal en el derecho civil extracontractual, y un juez no es libre de modificar o abolir tal precedente, ¿por qué debe entonces averiguar si algún filósofo ha presentado objeciones convincentes a lo que un precedente ha establecido?

Pero aunque los precedentes limitan la responsabilidad de los jueces para efectuar nuevas comprensiones de los conceptos centrales del derecho, no los exime, incluso en las áreas del Derecho Privado, de esa responsabilidad. Inevitablemente los jueces confrontarán nuevos casos con nuevos giros que los obligarán a desarrollar los conceptos de maneras que no han sido anticipadas por los precedentes y, cuando lo hagan, emplearán necesariamente sus propios criterios sobre cuándo las personas son, de hecho, responsables de lo que hacen, o cuándo un acontecimiento determinado es realmente la causa de otro, y demás. Es cierto que incluso en los “casos difíciles” los jueces tienen la responsabilidad de respetar la integridad con la historia jurídica pasada: no deben apelar a los principios que no tienen fundamento en las decisiones anteriores y en la doctrina. La integridad debiera prohibir lo que podríamos llamar filosofía excéntrica o poco convencional [*outré*]: si la reflexión sobre mecánica cuántica condujera a algunos filósofos a una nueva perspectiva radical de la causalidad (incluso más escéptica, digamos, que la de Hume) los jueces no tendrían la responsabilidad de evaluar ese nuevo desarrollo, por lo menos hasta cuando fuese aceptado por la comunidad en general. Pero de nuevo, aunque estas exigencias de integridad limitan la libertad de los jueces, ellas no transforman los conceptos legales en algo diferente de los conceptos ordinarios a partir de los cuales surgieron: incluso si un juez limita su atención a las doctrinas de la causalidad que

no parecerían extrañas al derecho, tendrá que dejar de lado en el camino mucha literatura filosófica.

Por otra parte, en las áreas más públicas del derecho, de las cuales me estoy ocupando principalmente aquí, la necesidad que tienen los jueces de confrontar asuntos filosóficos es más grande y evidente. Los jueces constitucionales toman elecciones filosóficas no de manera ocasional cuando se presenta algún caso particularmente difícil, sino como una cuestión de rutina. La alusión a la “libertad de expresión” contenida en la Primera Enmienda se refiere a la misma libertad que los filósofos liberales han celebrado y explorado, y si un juez debe determinar si a una forma particular de expresión –publicidad comercial, por ejemplo– la cobija esa misma libertad, afrontará las mismas cuestiones que están en la base de los principios que incontables filósofos políticos han escrito en numerosos libros al respecto. Por supuesto que, incluso en el derecho constitucional, los precedentes son un determinante de crucial importancia en una decisión judicial y limitan la libertad del juez para formar un concepto constitucional a partir de su propia teoría del concepto moral del cual se deriva. Pero los casos que requieren nuevos juicios son más frecuentes en el derecho constitucional. En las decisiones judiciales que se toman en el derecho privado, los casos nuevos son difíciles debido a que, generalmente, se encuentran en las fronteras de lo que se está decidiendo. En la decisión judicial de los asuntos constitucionales, por otra parte, los casos son difíciles a menudo no porque se encuentren en los bordes extremos de la doctrina, sino porque cuestionan los fundamentos que están en la base de la doctrina. La pregunta de si el derecho a la libertad de expresión, apropiadamente entendido, protege el lenguaje cargado de odio, ofensivo o insultante hacia minorías perseguidas, por ejemplo, o si una cierta prohibición de tal expresión es necesaria en una sociedad genuinamente democrática, requiere plantear una reflexión sobre algunos de los asuntos más profundos de la moralidad política. Los precedentes vinculantes son menos perceptibles en tales casos, y los jueces que piensan que un precedente en particular es incorrecto porque limita indebidamente los derechos individuales más importantes, tienen menos razón para respetarlo que los jueces que piensan que era incorrecto algún precedente establecido en el Derecho Consuetudinario [*Common Law*]².

² Prefiero traducir *Common Law* como ‘derecho consuetudinario’ en lugar que como ‘derecho común’, pues con el adjetivo ‘común’ sólo se hace referencia a su constitución genealógica cuando un emisario real iba de pueblo en pueblo resolviendo los conflictos mayores y haciendo el mandato del soberano el “derecho común” de todo el país. Este concepto ha sido superado por su propia historia, ya que si bien el *Common Law* surgió a partir de las costumbres que constituirían en lo sucesivo la normatividad aplicable en todo el país, constituyendo un “derecho común” a todo el territorio, actualmente se refiere más a un cuerpo o sistema de derecho basado en la costumbre y en principios generales que, principalmente, se encuentra contenido

Debemos considerar, finalmente, una tercera forma del argumento que ha tenido singular importancia en el derecho constitucional, según el cual los jueces y los filósofos tienen diferentes objetivos. Esta forma comienza concediendo que los principales conceptos constitucionales de las enmiendas Primera y Decimocuarta, por ejemplo, son de hecho los mismos conceptos que los filósofos han estudiado. Pero insiste en que los jueces no deben tener el propósito de encontrar la mejor teoría de la responsabilidad, de la libertad, o de lo que significa “persona” –en virtud de lo cual sería concebible que acudieran a la ayuda de los filósofos para que las encontrararan–, sino que más bien insiste en que los jueces deben tener el propósito de descubrir la mejor teoría de quienes hicieron estas ideas parte del pensamiento jurídico, lo cual es una cuestión histórica, no filosófica.

Este modelo de buscar la “intención original” en la decisión judicial en asuntos constitucionales, es menos popular ahora entre los estudiosos del derecho constitucional de lo que una vez fue, y sus objeciones son bien conocidas. Pero incluso si aceptáramos el modelo, no ofrecería ningún escape del dilema que describí, porque entrelazaría *más* el derecho constitucional con cuestiones filosóficas, no menos. Los jueces que aceptan tal modelo deben afrontar un conjunto de preguntas que están entre las cuestiones que los dejan más perplejos en filosofía de la mente, filosofía del lenguaje y filosofía política. Podemos querer decir cosas muy diferentes cuando nos referimos, como un recurso interpretativo, a la teoría, la intención o la comprensión de un numeroso grupo de personas tales como quienes redactaron conjuntamente la Constitución y sus enmiendas. Pero algo que no podemos indicar o significar de forma comprensible es la teoría, la intención o la comprensión compartida por todos ellos, pues de hecho la mayoría presumiblemente no tenían en absoluto teoría alguna, por ejemplo, sobre el punto en el que debía protegerse la libertad de expresión, y quienes en cambio efectivamente la tenían, posiblemente discrepaban entre ellos.

en los precedentes judiciales. Oliver W. Holmes caracteriza sucintamente el derecho consuetudinario cuando escribe que para presentar una perspectiva general del *Common Law* “otras herramientas son necesarias además de la lógica. Se debe mostrar que la consistencia de un sistema requiere un resultado particular, pero eso no es todo. La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas del tiempo, la prevalencia de las teorías morales y políticas, intuiciones de la política pública, admitidas o inadvertidas, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compañeros, habían tenido que ver más que con el silogismo en la determinación de las reglas por medio de las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho incorpora la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos, y no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas”. Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964, “Lecture I. Early Forms of Liability”. [*N. del T.*].

¿Entre las posibilidades interpretativas restantes, cuál debemos adoptar? Incluso si fuéramos a elegir, arbitrariamente, un individuo particular cuyas opiniones aceptaríamos como decisivas (digamos, el primer redactor que escribió la mayor parte de la cláusula en cuestión, asumiendo que alguien efectivamente lo hizo) nuestras dificultades filosóficas apenas comenzarían. Supongamos que descubrimos (lo cual parece bastante probable, dado el lenguaje que empleó) que el redactor principal de la cláusula de igual protección contenida en la Enmienda Decimocuarta, tenía el propósito de que las personas fueran consideradas como iguales ante la ley de acuerdo con la *mejor* comprensión de lo que eso significa, y no de acuerdo con su *propia* comprensión en ese entonces (la cual podría haber considerado como incompleta).

¿Qué consideración especial requeriría dispensársele a la intención original en estas circunstancias? ¿Un juez contemporáneo estaría comprometido con la intención original que sería, entonces, requerida para interpretar la cláusula de acuerdo con lo que el redactor realmente intentaba promulgar? De ser así, ¿no lo remitiría a la filosofía política que la doctrina de la intención original prometía evitar? ¿No debemos preguntar, para decidir cuestiones como éstas, *por qué* los jueces deben considerar en su labor a la intención original? La respuesta, podría decirse, descansa en la democracia o en el Estado de Derecho. Pero tenemos que elegir entre las concepciones rivales de esos ideales notablemente abstractos para decidir qué respuestas pueden ofrecer a las preguntas que nos dejan perplejos; ejercicio que nos involucraría en cuestiones filosóficas aún más complejas: ¿Qué, después de todo, es la democracia? ¿o el Estado de Derecho?

III. Instinto e intuición

Así, la primera ruta de escape (que los jueces y los filósofos, después de todo, no comparten un tema y un objetivo común) es una ilusión, al menos para los conceptos jurídicos más importantes, incluyendo los propios conceptos constitucionales. Por lo tanto debemos considerar otra forma más ambiciosa de negar la primera parte del dilema que he presentado.

Podríamos recomendar, primero, que los jueces decidan las cuestiones filosóficas guiados por su instinto primario o por sus reacciones viscerales, en lugar de consultar a los filósofos. En los casos de suicidio asistido a la Suprema Corte se le requirió que decidiera si hay una diferencia moralmente relevante entre un doctor que retira el soporte artificial de la vida de un paciente ansioso de morir –que la Corte, en

efecto, ha sostenido que los Estados pueden dejar de prohibir– y un doctor que ayuda al suicidio de una forma más activa prescribiendo píldoras que le permitirían a un paciente por sí mismo acabar con su vida, por ejemplo, o inyectándole una sustancia letal a un paciente que ruega por su propia muerte y es incapaz de tomar píldoras. ¿Si un Estado puede abstenerse de prohibir la primera conducta, tiene el derecho de prohibir la segunda? Este es un aspecto de una antigua discusión filosófica –¿cuándo dejar morir a alguien es algo moralmente diferente de matarlo?– y los magistrados de la Suprema Corte podrían haber consultado la literatura filosófica e intentado explicar de qué lado de la discusión se ubicaron al momento de decidir, y por qué. Por supuesto que muchos ciudadanos que tomaron el otro lado de la discusión, bien podrían no haberse convencido por el argumento de la Corte, pero habrían sabido que los jueces de la Suprema Corte tenían serias dudas sobre el caso desde su propio punto de vista, y habrían intentado explicar por qué lo encontraron poco persuasivo. De acuerdo con la sugerencia que estamos considerando ahora, sin embargo, no deben hacer esto. Deben ignorar a los filósofos y exponer simplemente su reacción inmediata y no estudiada sobre el tema en discusión.

El Magistrado de la Suprema Corte Byron White, dijo una vez que aunque no podría definir la obscenidad, sabría que algo es obsceno en cuanto lo viera. Nuestra nueva sugerencia generaliza esa estrategia: los jueces no deben tratar de analizar conceptos o ideas filosóficas difíciles, sino que solamente deben informar su reacción instintiva. Si un juez intuitivamente siente que le está permitido a un doctor retirar el soporte artificial de la vida cuando un paciente se lo exige conscientemente, pero no prescribirle píldoras letales, no debe preocuparse sobre si podría defender esa distinción mediante un argumento razonado, sino que apenas debe afirmar que es así como lo siente, o como la mayoría de gente siente, o como alguien del mismo grupo lo siente.

Esta sugerencia ha tenido algunos distinguidos proponentes judiciales. Oliver Wendell Holmes dijo que juzgó si un procedimiento usado por la policía para obtener evidencia violaba la cláusula del debido proceso, preguntando si tal procedimiento lo hacía sentir nauseas. (Esa pudo haber sido la fuente del adagio del así llamado “realista jurídico” de que la justicia depende de lo que el juez desayunó). Pero uno de los aspectos más valiosos de la decisión judicial (y, en efecto, considero que la legitimidad de la decisión judicial como instrumento de gobierno, depende de esto) es que los jueces deciden con base en razones y explican sus razones. ¿Qué (con excepción del deseo de ahorrarse una tarea difícil) podría justificar a los jueces de decidir casos crucialmente importantes de una forma aparentemente arrogante o desdeñosa?

Puedo pensar en dos argumentos, pero ambos, de nuevo, forman más obstáculos filosóficos que los que resuelven, porque dependen de posiciones filosóficas altamente controversiales. Si tales argumentos constituyen las razones que nosotros acordamos para explicar por qué los jueces no necesitan ser filósofos, entonces los jueces tendrían que convertirse en filósofos para entenderlos. El primero de estos dos argumentos se aplica particularmente a los conceptos que he tomado como ejemplos más frecuentes: los conceptos morales que figuran en las decisiones judiciales en materia constitucional. El argumento descansa sobre una tesis filosófica llamada “intuicionismo”, la cual sostiene que las personas –o, en cualquier caso, las personas correctas– tienen facultades naturales que les permiten intuir directamente la verdad sobre cuestiones morales, sin apoyarse en algún argumento o reflexión. (De acuerdo con algunas versiones del intuicionismo, la reflexión y los argumentos, de hecho, entorpecen el sentido de justicia). El intuicionismo no es actualmente aceptado por los filósofos morales, al menos en la rama angloamericana de ese campo, pero por supuesto que de ahí no se sigue que es equivocado o incorrecto. Bien podría ser revivido en una década o en un día y así convertirse en la preferencia filosófica del mes. Sin embargo, esto enfrenta serias dificultades que parecen descalificarlo porque serviría de justificación a los jueces que no quisieran dar razones en sustento de sus decisiones. Dicha tesis filosófica depende de una supuesta capacidad humana intrínseca para la intuición no reflexiva y no argumentada, sobre un modelo de percepción sensorial (pero es un total misterio cómo los hechos morales podrían interactuar concebiblemente con un sistema nervioso humano). Y suponer que los seres humanos como especie tienen esta capacidad, entra en contradicción con la gran diversidad y los numerosos conflictos que se presentan entre ellos por las opiniones morales. Los intuicionistas insisten en que la perspectiva de algunas personas está nublada. Pero parece que no tenemos forma de decidir cuál visión está nublada (cuáles capacidades son defectuosas para la intuición), excepto preguntando si están de acuerdo con nosotros sobre las cuestiones morales, y esto también parece insatisfactorio.

El segundo argumento a favor de instruir a los jueces para que decidan con base en juicios instintivos, inmediatos o irreflexivos, también se aplica con una fuerza particular a los conceptos morales. Este es el “escepticismo moral”, en virtud del cual no hay respuesta correcta a las así llamadas cuestiones filosóficas, como en qué consisten la personalidad, la libertad, la igualdad o la democracia, razón por la cual los jueces no deben derrochar tiempo investigando cada una. Puesto que cualquier respuesta es sólo una elección, con nada más profundo que la fundamente, los jueces desempeñan mejor su labor respondiendo inmediatamente las preguntas que les

preocupan: ahorran tiempo y energía para otros asuntos. (Holmes, el autor de la prueba de la náusea [*puke test*], fue un apasionado y comprometido escéptico moral, y gran parte de su vida y de sus escritos son explicables sólo cuando consideramos este hecho en toda su amplitud). De nuevo, como dije antes, este argumento para ignorar la filosofía depende de una controvertida posición filosófica. (Desde mi punto de vista, es una posición indefendible y, de hecho en sus formas más populares ahora, es también incoherente³). La mayoría de los jueces no son como Holmes: no son escépticos morales, y el argumento de que pueden ignorar la filosofía porque el escepticismo es correcto, no les parecerá una mejor razón a ellos de lo que me parece a mí y, espero, que a ustedes también.

IV. Pragmatismo

Hasta ahora hemos sondeado y descartado dos vías de escape del dilema que describí, negando la primera parte de tal dilema –que los jueces tienen que ser filósofos–. No podemos escapar diciendo que la historia ha formado los conceptos jurídicos de la relación causal, de lo que significa “persona” o de la igualdad, de tal manera que ahora son conceptos diferentes de aquellos estudiados por los filósofos. La historia de hecho ha formado los conceptos jurídicos, pero siguen estando permanentemente abiertos al desarrollo, y los jueces deben hacerse las mismas preguntas que se hacen los filósofos cuando desarrollan tales conceptos (así como otros) en sus decisiones. Tampoco debemos intentar escapar diciendo que los jueces actúan de la mejor manera posible al contestar estas difíciles preguntas, cuando responden de acuerdo con sus instintos inmediatos sin ningún tipo de estudio o reflexión.

Sin embargo, hay una tercera estrategia posible que recientemente ha obtenido una gran popularidad entre los abogados académicos. Muchos de ellos sostienen que los jueces evitan los problemas que han ocupado a los filósofos durante siglos (tales como lo que realmente significan la responsabilidad, la relación causal, la igualdad o la libertad de expresión, o si dejar morir es realmente diferente de matar) acogiendo una tradición filosófica diferente y aparentemente radical, llamada pragmatismo, la cual los anima a preguntar, en cambio, si el uso de estos conceptos por parte del juez marca una verdadera diferencia en cuanto al futuro de la comunidad y, de ser así, cuál de los posibles usos produciría un mejor futuro. En lugar de permitir cuestiones tan controvertidas que suscitan rompecabezas filo-

³ Ver mi ensayo: “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”. En: *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, (Primavera) 1996.

sóficos altamente abstractos (como, por ejemplo, si los estados pueden prohibir el aborto o si un feto tiene por sí mismo derechos e intereses), debemos enfocarnos en temas mucho más prácticos y manejables que no requieran de la filosofía para responderse: ¿Prohibiendo el aborto se producirían mejores consecuencias para la comunidad en el largo plazo?

Por supuesto que las posturas filosóficas tienen sus “cuartos de hora” de fama, y el pragmatismo y su hermana incluso más de moda, la sociobiología, estuvieron en boga a través del paisaje académico por un tiempo, y lo siguen estando en las Facultades de Derecho donde las modas del momento pierden fuerza y finalmente mueren. Pero en el contexto actual, por lo menos, el pragmatismo es vacío y no ofrece ninguna ayuda para escapar de nuestro dilema. El pragmatismo nos dice que los jueces pueden dejar a un lado los rompecabezas intelectuales abstractos sobre el aborto, y preguntar sólo si las consecuencias serán mejores si se les prohíbe a las mujeres que les sean practicados abortos. Pero no podemos decidir si las consecuencias de una decisión constitucional son mejores que las consecuencias de una decisión diferente sin confrontar, de nuevo, los mismos asuntos filosóficos que el pragmatismo espera evitar.

Si el aborto está constitucionalmente protegido, asumamos que habrá más abortos y menos mujeres cuyas vidas han sido marchitadas con un hijo indeseado. (Por supuesto que también habrá muchas otras consecuencias, algunas más difíciles de predecir, pero éstas se cuentan dentro de las más destacables). ¿Estas consecuencias bien conocidas, consideradas por ellas mismas, significan que las cosas han ido mejor?, ¿o peor? ¿Cómo podemos decidir sobre abortar sin decidir antes, en efecto, si el aborto es un homicidio? Si esto es así, entonces las cosas no han ido mejor, no importa cuan mucho parezcan ir de otras maneras. Supóngase, de otra parte, que los tribunales hayan decidido que un aborto *no* está constitucionalmente protegido, y que muchos Estados lo hubieran continuado declarando criminal. La cuestión lentamente se desvanecería de la controversia pública y cada uno habría aceptado una posición en la cual, por ejemplo, las mujeres con suficientes recursos económicos podrían haber viajado a los Estados donde el aborto fuera permitido y quienes no pudieran viajar hubieran tenido sus hijos sin lamentarse por ello. Desde un punto de vista, las cosas habrían ido mucho mejor: habría habido menos enfrentamiento público. Pero no podríamos determinar si las cosas han funcionado mejor en conjunto, sin decidir si las mujeres a las que se les habían negado abortos, o a las que se les hizo incurrir en grandes costos monetarios y problemas para lograrlo, fueron tratadas injustamente. Por supuesto que podemos pensar que el tratamiento injusto para algunos depende de si la comunidad, en su conjunto, es más feliz (o está

menos dividida, por lo menos) como resultado de negar abortos. Pero si tenemos el derecho a pensar que aún depende de otro debate moral de alcance filosófico, es si el utilitarismo es una postura filosófica verdadera. Así, el pragmatismo es una postura vacía que no llega a nada porque la prueba que propone (¿son buenas las consecuencias?) divide a las personas precisamente *porque* discrepan sobre las mejores respuestas a las preguntas que el mismo pragmatismo intenta evitar.

V. El nuevo formalismo

La sorprendente popularidad de esa teoría vacía (es decir, el pragmatismo) demuestra aún más que el dilema que describí al principio es profundo y preocupante. Dado que realmente caló entre los abogados norteamericanos hace algunas décadas, el positivismo jurídico formalista es una consideración desesperadamente inadecuada de lo que hacen los jueces norteamericanos, en tanto han temido afrontar una alternativa, a saber, que el proceso de toma de decisiones judiciales requiere juicios sobre cuestiones morales tan profundas y polarizantes que son objeto de un intenso y continuo estudio y confrontación filosóficas. Parece horroroso que los jueces, quienes son nombrados en lugar de elegidos, deban tener el poder de imponer a los litigantes y a la nación un conjunto de respuestas a tales preguntas tan persistentes. Pero la idea de que los jueces pueden decidir casos difíciles de alguna manera, incluyendo casos difíciles en materia constitucional, cambiando su enfoque a partir de principios controversiales hacia hechos demostrables y sus consecuencias, es precisamente otro ejemplo de la lamentable disposición de algunos eruditos jurídicos a ocultar sus cabezas en la arena. Ya es hora de que la profesión jurídica confronte abiertamente el hecho de que los ciudadanos norteamericanos están profundamente divididos en cuestiones morales, que las decisiones judiciales inevitablemente suponen tales cuestiones y que los jueces tienen la responsabilidad de admitir esto y de explicar por qué han tomado cualquiera de las posiciones que sostienen.

Sin embargo, hay otra posibilidad. Si el derecho tal como está instituido actualmente (como la historia y la práctica lo han conformado) versa sobre conceptos de dimensiones filosóficas, si todos los variados recursos que pudiéramos construir para permitirles a los jueces decidir los casos sin involucrarse ellos mismos en controversias interminables sobre si esos conceptos deben fallar, si encontramos poco realista e inaceptable el que deban convertirse ellos mismos en filósofos, entonces nos queda solamente una posibilidad: podemos transformar el derecho tal como está en un mejor derecho, adaptado a unos jueces más disciplinados y menos ambiciosos. De esta manera, debemos volver, finalmente, a la opción escapatoria más

radical que ha sido ofrecida, la cual se ha denominado “nuevo formalismo”. Jeremy Bentham, quien odió la institución que llamó “Juez y compañía” [*Judge & Co.*], alegó que el poder de los jueces para actuar como filósofos debe ser restringido mediante la codificación de toda ley, de manera tal que las decisiones judiciales realmente fueran mecánicas. Aunque esto le parezca sorprendente a un abogado de mi generación, el espíritu de Bentham está más vivo ahora que hace dos siglos. Hay un entusiasmo creciente por un sistema jurídico que posibilite que la decisión judicial se vuelva cada vez más mecánica.

Encontramos este nuevo entusiasmo en la obra de varios estudiosos y de jueces que difieren entre ellos de muchas maneras: Thomas Grey, Antonin Scalia, Frederick Schauer y Cass Sunstein, por ejemplo. El objetivo compartido de los nuevos formalistas (lo que tienen en común estas figuras tan diferentes entre ellas) es un deseo de cambiar el derecho y la práctica jurídica de forma tal que reduzca el ámbito de las valoraciones y los juicios que dejan abierta la posibilidad de que los jueces decidan lo que es el derecho. Recomiendan una variedad de estrategias, desde la codificación (al estilo de Bentham), a instar a los jueces para que realicen nuevas doctrinas que constituyan reglas rígidas e inflexibles que, en su momento, puedan ser aplicadas mecánicamente (en lugar de sólo ofrecer principios generales), hasta la propuesta de Scalia de la interpretación de las leyes [*statutory interpretation*] en virtud de la cual los jueces no deben especular sobre las intenciones o los propósitos que los legisladores pudieron haber tenido al momento de hacer las leyes que efectivamente hicieron, sino que exige que sea aplicado el significado más literal de lo que realmente dijeron.

El nuevo formalismo también es el responsable de un nuevo entusiasmo por la doctrina de la “intención original” en la decisión judicial de asuntos constitucionales, la cual discutí anteriormente. El primer respaldo hacia esta doctrina fue semántico e interpretativo: sus defensores insistieron en que la Constitución, tal como está establecida actualmente, consiste en la comprensión contextual de los conceptos morales que emplea tal documento político, y no en la mejor comprensión de tal tipo de conceptos. La versión de los nuevos formalistas no es semántica sino estratégica, pues impulsa a los jueces a buscar la intención original, no de la razón positiva que representa lo que realmente significa la Constitución, sino de la razón negativa de los jueces quienes deciden casos de forma tal que no necesiten desplegar sus propias convicciones morales o filosóficas. Como ya he argumentado, esta estrategia debe fallar en la consecución de su objetivo: no es una forma de permitir que los jueces escapen de la filosofía, sino de involucrarlos más profundamente dentro de la controversia filosófica.

Pero debemos considerar los méritos del nuevo formalismo como estrategia general. No puede ser una razón para aceptar el regreso a la teoría jurídica mecánica [*mechanical jurisprudence*] que precisamente librara a los jueces de tomar decisiones difíciles o controversiales. Esto permitiría que la cola meneara al perro, pues primero debemos decidir con qué clase de estructura jurídica deseamos ser gobernados, y luego hay que determinar qué rol tienen que desempeñar los jueces en tal estructura. Podemos tener algunas razones para querer ser gobernados por un grupo de reglas más mecánicas, y estas pueden ser buenas razones en algunas áreas del derecho —particularmente en las del Derecho Privado—. Podemos creer que trabajamos mejor en estas áreas pidiéndoles a los jueces que limiten sus intervenciones en los asuntos de la gente, a lo que es estrictamente necesario bajo leyes rígidas e inflexibles que un cuerpo legislativo elegido ha creado, dejándole a la legislatura el decidir cuando algunas clarificaciones o cambios en estas reglas sean deseables. Sin embargo, no estoy convencido de esto y creo que perderíamos más de lo que ganaríamos extendiendo el dominio del derecho en el cual las decisiones judiciales sean mecánicas.

Cuando volvemos al tema de mis ejemplos principales —derecho constitucional— las objeciones que he planteado hacia el nuevo formalismo se encauzan más profundamente: derribarían los supuestos que se encuentran en la base de toda nuestra empresa constitucional, cual es que los ciudadanos tienen derechos que deben ser protegidos de los cambios y de los veredictos auto interesados de las instituciones mayoritarias. Como dije antes, la vieja escuela de la intención original asumía como un asunto de semántica y de historia, que esos derechos están limitados a la forma cómo los comprendieron los hombres de estado fallecidos tiempo atrás. Tal vieja escuela creyó que estaba resguardando el acuerdo constitucional tal como realmente es. Los nuevos formalistas en el derecho constitucional no hacen tal suposición, pues sus argumentos son revolucionarios, mas no interpretativos. Aceptan que el cambio que proponen disminuirá notablemente el poder de los jueces para hacer cumplir lo que consideran derechos constitucionales de las personas. Esa es su meta y establecen la doctrina de la intención original sólo como una manera conveniente para llevar a cabo ese cambio, mediante la retórica a la que está acostumbrada el público. La retórica hace que el cambio parezca menos radical de lo que es realmente.

¿Qué justificaciones podríamos encontrar para esa dramática transformación de nuestra práctica? Podríamos decir, primero, que el cuerpo legislativo hará un mejor trabajo que el que hacen los jueces identificando y haciendo cumplir los verdaderos derechos constitucionales: que el cuerpo legislativo será mejor en la filosofía que

lo que son los jueces. Pero eso es poco convincente. O podría decirse, en segundo lugar, que nuestra Constitución tal como es actualmente, no es democrática y que el cambio en el poder mejoraría nuestra democracia. Pero esa afirmación descansa en una peculiar definición de democracia (que significa solamente la voluntad de la mayoría) y esa afirmación es en sí misma ajena a nuestra historia. Estas no parecen razones adecuadas para pretender que nuestra Constitución es sólo un accidente histórico: sólo la codificación de opiniones políticas concretas y de las creencias y convicciones bien difundidas entre la élite de los hombres de Estado y de los políticos en los siglos XVIII y XIX. Esto sería una traición de nuestra herencia política, incluyendo una traición de lo que los hombres de Estado y los políticos fundadores pensaron que estaban creando. Para bien o para mal –seguramente para bien– creemos que nuestra legislación en general, y que nuestra Constitución en particular, descansan sobre principios y no sobre un accidente histórico, y sería un gran traspies en nuestro propio entendimiento colectivo renunciar ahora a esta idea.

Para justificar tal cambio no podemos siquiera recurrir a la autoridad de Bentham y a todas sus afirmaciones sobre la codificación y a su desconfianza en los jueces. El filósofo inglés tenía una filosofía imponente –el utilitarismo– que, al menos desde su propio punto de vista, serviría para insistir en el hecho de que los legisladores diseñan reglas que no contienen términos morales abstractos, sino que apenas estipulan las prohibiciones, soluciones y castigos que un juez aplicará a los actos particulares mediante un cálculo utilitario bien realizado. El utilitarismo es sólo otra postura filosófica controversial y además poco atractiva. A menos que deseemos acogerla, o a alguna otra forma reduccionista de consecuencialismo, no debemos tratar de eliminar los juicios de las reflexiones de nuestros jueces sobre lo que requiere la justicia consagrada en el derecho en casos individuales.

VI. Actitud filosófica y profundidad filosófica

Volvamos al comienzo de este ensayo. Nuestra legislación requiere que los jueces tomen decisiones sobre cuestiones que han sido estudiadas con gran cuidado por diferentes tipos de filósofos pertenecientes a diversas escuelas, y no podemos pensar en ningún cambio aceptable en nuestras expectativas hacia los jueces, o en la estructura o el carácter de nuestro derecho, que modifiquen tal hecho.

Debemos examinar ahora, entonces, la segunda parte del dilema que expuse (*¿pueden los jueces ser filósofos?*) Tenemos que poner mucho cuidado, al responder esta

pregunta, para evitar cualquier caricaturización de lo que esto significaría. Sería absurdo sugerirle a los jueces que pidieran permiso para ausentarse de su trabajo con el objetivo de obtener Doctorados (Ph.D.) en Filosofía, y que luego, a su regreso al tribunal, redactaran todas sus sentencias, o al menos las más importantes, de tal forma que pudieran ser publicadas en revistas especializadas en filosofía. Nada similar a esto ocurrió, sin embargo, cuando los jueces fueron más conscientes de la importancia de la economía formal en el análisis jurídico. Los jueces no se volvieron expertos en el estado del arte de la econometría o del análisis matemático del comportamiento económico y, sin embargo, sus opiniones fueron más sensibles y sofisticadas en aspectos económicos.

No necesitamos pedirle más a la filosofía. ¿Pero qué podría dar cuenta de una creciente sensibilidad sobre el tema? Para empezar, los jueces deben entender que los conceptos que utilizan en sus sentencias (responsabilidad, significado, intención, igualdad, libertad y democracia, por ejemplo) son conceptos *difíciles*, que estamos muy lejos de clarificar plenamente o de resolver del todo cuál es su mejor y más adecuada comprensión, y sería un error pensar que nuestra legislación, nuestra historia o nuestra cultura, han acordado unánimemente en una consideración que está, por lo tanto, disponible para el uso de los jueces, sin ningún análisis adicional. Los jueces deben entender que los convenientes atajos que acabamos de considerar (intuicionismo y pragmatismo, así como el formalismo) son ilusiones, por lo que tienen que elegir entre los principios rivales que están disponibles para explicar los conceptos constitucionales, y tienen igualmente que estar listos para presentar y defender las elecciones que tomen. Estos podrían parecer sólo avances limitados, pero de todos modos serían muy importantes.

¿Qué podríamos esperar razonablemente más allá de eso? Debemos tener la esperanza de que acontezca un cambio en nuestras bases culturales que determine lo que los jueces –y, en general, los abogados– deben considerar como relevante en los argumentos jurídicos. Las bases culturales han aceptado la economía y, particularmente en el caso del derecho constitucional, la historia constitucional y política. Los abogados entienden que no sólo se les permite, sino que están obligados, tanto a estudiar estas disciplinas con la expectativa de encontrar argumentos útiles en respaldo de las posiciones que toman, como a presentar en el tribunal cualquiera de los argumentos que encuentren. De la misma forma, la cultura debe acoger y destacar la relevancia del material filosófico pertinente. Los abogados que debaten en torno a la correcta comprensión de la cláusula de igual protección, por ejemplo, deben animarse a construir y distinguir las concepciones de igualdad, y a discutir las razones en virtud de las cuales una concepción más que otra es la correcta para

entender la fuerza de la cláusula. No quiero decir que ellos o los jueces a quienes se dirigen deben citar o copiar los argumentos de algún filósofo en particular. Los abogados entrenados de forma correcta tienen la capacidad de establecer sus propios argumentos filosóficos, los cuales pueden ser muy diferentes de aquellos presentados por un filósofo académico, y los jueces, por su parte, pueden valorar esos argumentos sin tenerse que sujetar a la concepción de un filósofo determinado. Sin embargo no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar. Podríamos pensar en un juez constitucional descuidado y despreocupado que no tuviera una comprensión mínima de los principales historiadores de la Convención Constitucional y de las enmiendas de la Guerra Civil. ¿Por qué no debemos insistir también en que los jueces constitucionales estén enterados de las obras de John Rawls o Herbert L.A. Hart, por ejemplo? Por supuesto que no quiero decir que los jueces deben considerarse ellos mismos como sus discípulos, quiero decir exactamente lo contrario: que deben tener una comprensión suficiente del trabajo de los principales filósofos en las ramas pertinentes de la filosofía para estudiarlos críticamente.

Debo repetir, sin entrar en mayores detalles, que no estoy suponiendo que algún incremento de la sofisticación judicial respecto a la filosofía eliminaría la controversia entre los jueces. ¿Cómo podría darse esto si los mismos filósofos discrepan tan dramáticamente entre ellos mismos? Pero sí puede reducir la controversia. Es una historia bien conocida que algunos magistrados de la Suprema Corte que fueron nombrados porque eran auténticos y, por lo tanto, seguros conservadores, tales como Earl Warren, William Brennan o David H. Souter, resultaron ser más liberales de lo esperado, y que algunos nombrados porque eran genuinos liberales, como Felix Frankfurter, resultaron ser conservadores en sus opiniones judiciales. La reflexión filosófica pone a prueba los supuestos endebles y, por lo tanto, es más probable que produzca un mayor número de cambios que cualquier otro tipo de reflexiones. No estoy promoviendo una mayor sofisticación filosófica porque eliminará o reducirá la controversia, sino porque la hará más respetable o, al menos, más iluminada. ¿Cómo no puede ayudar si cuando los jueces discrepan sobre lo que es realmente la democracia, son conscientes de las dimensiones filosóficas de su desacuerdo y tienen alguna familiaridad con las ideas de las personas que han dedicado mucho tiempo y paciencia a depurar la controversia? Como mínimo, debe ayudarles y ayudarnos a entender sobre lo que realmente están discrepando.

VII. Filosofía y educación jurídica

Estoy hablando como si nada de lo que espero ver existiera aún, y eso es incorrecto. Hay ya un mayor consenso en torno a la necesidad de lograr una mayor sofisticación filosófica respecto del que solía haber, tanto entre abogados y jueces, como en la educación jurídica en general. Los magistrados de la Suprema Corte, Stephen G. Breyer y John Paul Stevens, para nombrar dos conspicuos jueces, han citado filósofos en sus sentencias en años recientes. Hay filósofos académicos profesionales en las principales facultades de derecho norteamericanas, incluyendo las universidades de New York, Yale y Chicago. Las principales facultades ofrecen cursos de filosofía jurídica como parte integral de su plan de estudios, y tales cursos están generalmente mucho más integrados con la filosofía general de lo que solían estar.

Si la profesión va a crecer y a evolucionar constantemente más consciente de la importancia de la filosofía en las decisiones judiciales, la presencia de este asunto en la educación jurídica tiene que incrementarse. Debe haber más cursos introductorios y avanzados en filosofía política y moral sustantiva en más facultades de derecho. Sin embargo, la educación jurídica se encuentra atestada de cursos: hay ya demasiado para tres años, lo que significa que muchos estudiantes no se sentirán capaces de aprovechar la oportunidad de tomar las materias filosóficas electivas que se ofrecerían. Pero también las facultades de derecho deben procurar introducir a la filosofía dentro de los cursos jurídicos más básicos. Un curso sobre responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, formaría a los estudiantes más en las teorías filosóficas rivales sobre la responsabilidad moral del daño, tal como en las teorías económicas rivales sobre las consecuencias de la responsabilidad jurídica extracontractual en los costos totales de los accidentes. En las clases de derecho constitucional deben estudiarse diferentes concepciones de la democracia y de los diversos roles que la comprensión de las ideas sobre libertad, igualdad y justicia social, juegan en la interpretación constitucional.

No tengo la menor duda de haber ofendido a muchos abogados en esta defensa de la filosofía, y ahora me arriesgo a ofender a los filósofos también. Desde mi punto de vista, no sólo la filosofía política y moral sustantiva son temas apropiados para incluir, de diferentes formas, en los planes de estudio de las facultades de derecho, sino que estimo que las facultades de derecho pueden ser un *mejor* lugar para realizar tales estudios que cualquier otra facultad en las universidades, incluyendo las de filosofía. Esto porque en un contexto jurídico entendemos particularmente bien las verdaderas implicaciones de diferentes principios morales y políticos: nos deshacemos de las improntas o marcas de muchos cursos de filosofía (historias

fantásticas sobre carruajes fugitivos que podrían matar a dos o a veinte personas atadas a diferentes secciones de un riel) y consideramos las cuestiones morales en contextos reales y abstractos, tales como, para citar un ejemplo, la economía farmacéutica que involucra los intereses investigativos y comerciales con el dolor en la vida corriente. No hay oportunidad para el imperialismo territorial en esta materia: las cuestiones morales han sido estudiadas con una maravillosa delicadeza en casi todas las áreas académicas, desde la poesía a la medicina. Pienso, sin embargo, que llevar a los filósofos a las facultades de derecho y animarlos a reflexionar y a enseñar junto con los abogados, es algo particularmente fructífero para ambas disciplinas.

VIII. Para finalizar

He estado escribiendo sobre el poder de las ideas, y sería adecuado, o casi, terminar recordando la exhortación del poeta alemán Heinrich Heine, quien nos advirtió que ignoramos a nuestro propio riesgo el poder que tienen las ideas filosóficas para cambiar la historia. Pero en realidad quiero concluir con la que considero una expresión más actual, porque puedo resumir mi consejo a mi profesión, y particularmente a los jueces, en dos frases que espero muestren una fuerza en la actualidad: sean sinceros y sean realistas [*Come Clean and Get Real*]. Sean sinceros respecto al papel que los conceptos filosóficos realmente juegan, tanto en el diseño general como en los exquisitos detalles, de nuestra estructura jurídica. Sean realistas sobre el duro trabajo que afrontarán para cumplir la promesa de esos conceptos.



Región: Bajo Cauca
Autor: Gustavo Ávilez Solórzano
Título: Mi viejo Pueblito
Técnica: Mixta, oleos y acrílicos
Dimensiones: 52 x 213 cm

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Fecha de recepción: Agosto 17 de 2007

Fecha de aprobación: Octubre 16 de 2007

FILOSOFÍA DEL DERECHO

*Bruno Romano**

RESUMEN

Estas páginas, escritas por el profesor Bruno Romano, titular de Cátedra de Filosofía del Derecho, en la Universidad de Roma, La Sapienza, tienen como finalidad diferenciar, la razón de ser de la Filosofía del Derecho, respecto de la Ciencia Jurídica y la Teoría General del Derecho. La primera, rescata la visión del hombre dialogante, titular de la palabra (logos de lo humano-racional), donde se da el Derecho como relación de reconocimiento universal e incondicionado, en términos de Hegel en sus cursos de Jena. Se da allí la íntima relación entre logos- nomos y phatos, donde el derecho es instituido a través de la subjetividad fenomenológicamente entendido.

En cambio, las dos últimas disciplinas, están ligadas a un simple formalismo legal, en consonancia con una función sistemática-lógica, comprometidas ambas con un método igualmente formal, reguladoras de lo real - concreto - material - objetivo, ajenos a la filosofía que destaca la unicidad existencial del hombre.

Palabras clave: Derechos del Hombre, juridicidad vs. normatividad, sociedad vs. comunidad, genealogía del Derecho, relación jurídica, ipsidad e identidad existencial.

PHILOSOPHY OF LAW

ABSTRACT

These pages, written by professor Bruno Romano, Philosophy of Law Professorship at the University of Rome, La Sapienza, have as purpose to differentiate, the being of the Philosophy of Law, regarding the Legal Science and the General Theory of Law. The first one, rescues the vision of the open to discussion man, holder of the word (logos of the rational human element), where law appears, according to Hegel in his Jena's courses, as in an universal and unconditional relationship of recognition. The intimate relation among logos - nomos and phatos takes a place there, where law is instituted through the subjectivity when it is understood in phenomenological terms.

On the other hand, the two last disciplines, they are connected with a simple legal formalism, in harmony with a systematic-logical function, compromised both with a likewise formal method, regulators of the real thing – concrete – material – objective, alien to the philosophy that emphasizes the existential uniqueness of the man.

Key words: Rights of the Man, legality vs. normativity, society vs. community, genealogy of the Right, legal relation, isonomy and existential identity.

* Profesor de filosofía del derecho, director de la sección "Filosofia del diritto e Teoria dell'interpretazione", Università di Roma "La Sapienza".

FILOSOFÍA DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN*

Los temas fundamentales que aborda la filosofía del derecho discuten, no sólo cuestiones inherentes a la autonomía y a la especificidad del fenómeno jurídico, en cuanto tal, sino sus mismas instituciones, entendidas como *res pública*, *super partes* garante de los derechos del hombre¹.

En su concreción, la juridicidad² es entendida y se explica como un determinado derecho vigente, instituido en un espacio y en un tiempo históricamente dados; la clarificación filosófica pretende mostrar, en cambio, que “instituir el derecho”³ –el tránsito de la dimensión de la justicia al derecho positivo– no es simplemente un proceso técnico-científico; al contrario, deriva de la relación que se crea entre los individuos que constituyen la comunidad⁴.

* Las notas en español y el texto, fueron realizados por Abelardo Rivera Llano

¹ Por ‘derechos del hombre’, se entiende aquí el derecho del sujeto, en cuanto autenticidad del Ser e identidad existencial. El sujeto –entendido como persona humana– es el único titular de derechos que ejerce respecto de una libertad *cum* (en su relación con el *logos* y el *nomos*, cfr. infra nota 35). Se trata, en realidad, del derecho del hombre a tomar la palabra en la realidad institucional que le permita llegar a ser él mismo en la multiplicidad de las relaciones. Cfr. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto*, Giappichelli, Torino, 2006, concretamente: *Arte e tecnica nel diritto dell'uomo*, pp. 283 ss. Debe señalarse, igualmente, que cuando el autor alude a la *res publica*, lo hace en la visión filosófica de Fichtel y su específica referencia a la ley de coacción. Escribe Romano sobre el particular: “Fichte sostiene que no “es posible relación jurídica alguna entre los hombres si no se da en una *res publica* y bajo el imperio de las leyes positivas”. La existencia misma de la sociedad está “ligada a la eficacia de la ley”; no está supeditada a la *honestidad* y a la *confianza* del orden jurídico natural carente de eficacia frente, no sólo al principio de legalidad, sino respecto a la ley de *coacción* y de una fuerza preponderante” que permita su aplicación por parte del Estado”. Cfr. *Ortonomia della relazione giuridica, una filosofia del diritto*, Bulzoni, Roma, 1997, p. 62. Como complemento del tema, pueden consultarse dos importantes monografías de Antonio Punzi, intituladas *L'intersoggettività originaria. la fondazione filosofia del diritto nel primo fichte*, Giappichelli, Torino, 2000 y *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie, Helvetius, d'Holbach. L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, prefazione di Bruno Romano, Giappichelli, 2003 – cap. VI *Il legislatore-educatore e il governo della scienza* – pp. 261 ss.

² Cfr. infra nota 30.

³ Cfr. infra notas 38-41.

⁴ En la concepción filosófica del autor, las normas jurídicas se enuncian en un lenguaje que inicia y se desarrolla en la *racionalidad* y se realizan en una *comunidad* integrada por *relaciones intersubjetivas*, mediadas por la palabra (*logos*), génesis del derecho del hombre como sujeto, a su vez, de derechos incondicionales, no

En cuanto fenomenología del derecho,⁵ empieza precisamente donde nace el esclarecimiento de la relación intersubjetiva⁶ –entendida como relación de reconocimiento y no de exclusión⁶– y, justamente por esto, reclama el ansia-deseo de justicia⁷, que viene a configurar el momento inicial más importante a partir de una descripción orientada a captar la *genealogía del derecho*⁸, como apertura que permite distinguir el fenómeno del derecho, de otros fenómenos de la vida de relación, entre ellos la política, la economía, la religión, etc.

Compromiso de la filosofía del derecho es, de otro lado, aclarar y advertir, al mismo tiempo, que el hombre no se presenta como un “yo diverso”⁹ dentro de

manipulables. Debe advertirse, igualmente, que Romano distingue claramente entre *comunidad y sociedad*. En aquella se vive en la interacción y reconocimiento de la subjetividad, por fuera de todo nominalismo que prescinda del ser, mientras en la segunda, el hombre desaparece, para ser visto en el rol-función mediatizado por el sistema social que lo fragmenta en los tantos *yos* con los cuales debe identificarse. Por consiguiente, en ella la persona no es el ente (el *ov*) en cuanto tal, sino masa informe. Es un número más. Cfr. supra p. 15.

⁵ La relación intersubjetiva representa la base para la construcción del Estado de derecho, el *incipit* de la relación intersubjetiva constituye el acto del reconocimiento entre el yo y el tú, el reconocimiento de la alteridad es universal e incondicionado; no está ligado a una ideología, una raza, o un poder determinado, a una cultura o una moral dominante. Cfr. infra nota 15.

⁶ O, sea, la que priva al individuo de su unidad ontológica; de su alteridad y de la ausencia de justicia. Cfr. infra nota 1.

⁷ Ansia y deseo de justicia constituyen los momentos que integran el derecho positivo y derivan de la diferencia *nomológica*, es decir, la diferencia entre dimensión del derecho y dimensiones del derecho positivo. El deseo de justicia es el nexo imprescindible del hombre con una dimensión que trasciende la immanencia del derecho positivo.

⁸ En esta acepción, la génesis del derecho viene a significar que ella se encuentra en lo *justo*, que implica la *relación*: norma (lo legal) y el derecho (lo justo), o sea, en la *relación jurídica* que aparea la relación de reconocimiento *incondicionado y universal* entre los hombres, apoyada en la intersubjetividad.

La genealogía del derecho es aquí considerada no como un orden jerárquico a la manera kelseniana; indica el marco existencial del fenómeno derecho que va más allá del sentido formal de la norma. Es el espacio en el cual el derecho se manifiesta en la relación, donde la génesis fenomenológica se opone al uso del derecho que viene a adquirir una forma en el momento mismo en el cual sólo lo considera a la luz de la técnica normativa. En esta acepción la génesis demuestra que la raíz de la legalidad es lo ‘justo’. P. LEGENDRE, en el libro *Il giurista artista della ragione*, trad. L. Avitabile, ofrece una importante contribución al esclarecimiento del tema bajo el título, *Lo spazio genealogico del diritto. Presentazione di un lavoro*, págs. 183 ss., Giappichelli, Torino, 2000.

⁹ Que, para Romano, equivale al yo fragmentado y dividido en la pluralidad de los sistemas sociales. Enseña, en efecto el autor, que si la norma no se disuelve en la gratuidad del flujo vital, irrumpe, sin más, la *auto-alienación* de la vida misma. Al explicar la filosofía de Nietzsche, *resalta* que en él la alienación es entendida como separación entre la *acción* y la *vida*, donde la norma viene a ser entendida como espacio de reflexión que se da entre la acción del individuo y la vida, en general; o sea, entre la norma y la vida, como potencia instintiva, propia de la vida biológica en la cual se disuelve el hombre contemporáneo, con la pérdida de su subjetividad. En este horizonte, señala el autor: “El *tercero* del derecho se vuelve homogéneo a la figura

roles-funciones que se asumen en el interior de aquellos fenómenos que, con una terminología post-moderna, se definen como sistemas sociales (política, economía, religión, universidad, etc.).

La filosofía va más allá de toda pretensión fragmentaria o de reduccionismo funcional; su unidad (ontológica) es la condición básica para el juicio jurídico. Dentro de esta perspectiva filosófica, las instituciones del derecho comportan la prohibición de toda aplicación violenta del mismo, vale decir, de cualquier relación de fuerza, por ende, la afirmación rigurosa y nítida de que el fenómeno derecho no nace de la fuerza bruta, entendida como fuerza física, moral, económica o de potencia funcional¹⁰.

Se desprende, en consecuencia, que la relación jurídica no está constituida simplemente por un nexa causal o sólo por relaciones de lógica formal que se dan entre las diversas normas, sino que expresa la *ratio juris*, como parámetro-medida de las relaciones jurídicas. La génesis del derecho no se puede resumir o concretar, en términos de Jankélévitch, en ‘una violencia que resultó eficaz’, vale decir, triunfante; al contrario¹¹, el compromiso del jurista es *buscar el derecho* en la relación de reconocimiento¹¹, guiada por las formas de la *praxis* a la institución de un derecho positivo que se cualifica como *tercero*¹² y *súper partes*, regido, a su turno, por los *a priori* indisponibles de la justicia.

del hombre observador, lugar en el que se constituyen en unidad las conexiones de las operaciones de un sistema, de acuerdo con la función que lo define, integrándolo como el sistema derecho, el sistema ciencia, el sistema económico, etc.” Cfr. *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit., p. 32.

¹⁰ Que correspondería, en otros términos –enseña el autor– a la concepción del estado en Nietzsche, como “la inmoralidad organizada”, pues donde aquél cesa, “inicia el alba del super-hombre”. En esta concepción, escribe Romano: “La inmoralidad adquiere un *sentido* positivo de superación de la moral, entendida como principio que estructura al hombre”, pues aquella, en Nietzsche –prosigue Romano– “Era el gran antídoto contra el nihilismo teórico y práctico, que se extiende también a las normas jurídicas como dos fenómenos (leyes morales-normas jurídicas), reguladores de las formas de relación humana que confieren al hombre un valor absoluto en lo que es, en lo que hace”. Cfr. *Il giurista è uno zoologo metropolitano*, op. cit.

¹¹ O, sea, en el reencontrarse del sí mismo en los otros, en desarrollo de la gratuidad como *principio*, pues allí –enseña el autor– se cumple el encuentro del *yo* con el *otro* y con el *mundo*, que corresponde a una visión analógica-sintética del *ser* que se proyecta más allá de lo meramente *sensible*. Esta visión ha sido desplazada en el derecho penal por una orientación (hoy dominante), de cuño estrictamente sociológica, con la adopción del método de la observación de las masas o la experimentación a que se refiere recurrentemente Romano, esto es, los métodos de la sociología llamada empírica, donde el hombre no puede conocer más que cosas, como tampoco puede constituir la realidad, pues la supone y la encuentra ya dada. Todo esto acontece, asimismo, con la tecno-ciencia, característica de la informática y la neurobiología, como se observa también, en los sistemas autopoiéticos, donde rige la observación de primer y de segundo grado. Cfr. notas 22, 36 y 49.

¹² El tercero y la terciidad se concretan en las figuras llamadas del *tercer-legislador*, *tercer-juez* y *tercer-policía*. El juez es tercero en el momento mismo en que no se identifica con el proceso, y permanece en la

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

¿Qué queda hoy de la ciencia jurídica y de la formación del jurista? ¿La *filosofía del derecho* puede ser archivada y sustituida definitivamente por una visión técnico-funcional de la *teoría general del derecho* útil y eficiente en un mundo globalizado? A partir de estos interrogantes, cuando se menciona la filosofía del derecho, una primera reflexión que surge está encaminada a esclarecer la diferencia entre filosofía del derecho, ciencia jurídica y teoría general del derecho.

Es necesario aclarar, ante todo, que el saber filosófico no es, en verdad, un saber incapaz de alcanzar el rango propio de la ciencia jurídica o de la teoría general del derecho; por tanto, no es sobre este aspecto que se quiere reflexionar. No se discute sobre una actividad cognoscitiva humana carente de una cierta dignidad científica porque no se encuentra en condiciones de lograr una certeza objetiva. Al contrario, el saber filosófico destaca el concepto del *sentido existencial*, que nace, precisamente, en el momento mismo en que surgen preguntas jurídicas relacionadas

imparcialidad de la tercialidad (cfr. infra nota 45) del *nomos*; el legislador, a su vez, viene a ser tercero sólo si, en el momento en el cual legisla, no respalda la causalidad o la sola factualidad del hecho, sino que se abre al tema de lo 'justo'; en la geografía que individualiza la dimensión ortónoma del derecho, el tercer policía representa la 'justa fuerza', o sea, la coacción ejercitada en el ámbito de la justicia, con lo cual el derecho adquiere legitimidad, pues en el llamado "nudo borroniano" (cfr. infra nota 49), el tercero juez, corresponde a la dimensión de lo real; la del tercer juez, a la simbólica y, el tercer policía, al imaginario. El tema, de otro lado, es examinado por L. Avitabile en un agudo estudio titulado *Il terzo giudice tra gratuità e funzione*, complementado con comentarios y traducciones de V. Jankélévitch, J.P. Sartre, J. Habermas (Giappichelli Torino, 1999). Se explica aquí la tercialidad como virtud, en Jankélévitch; la historia del Tercero, en Sartre y la tercialidad sin desinterés, en Habermas. Cuando la autora examina "la dialéctica del grupo y sus contradicciones" (p. 61 ss.) en el pensamiento de Sartre, en orden a clarificar el complejo pensamiento del filósofo francés y utilizando sus mismas palabras escribe "(...) el error de muchos sociólogos es (...) considerar el grupo como una relación binaria (individuo-comunidad) cuando se trata en realidad de una relación ternaria. En efecto, ningún cuadro o escultura podrá representar el hecho de que el *individuo como tercero* está vinculado, en la unidad de una misma praxis (por tanto de una misma visión perceptiva), en la unidad de los individuos como instantes inseparables de la totalidad no totalizada y a cada uno de ellos como *tercero*, vale decir, a través de la mediación del grupo. En términos de percepción advierto al grupo como *mi* realidad común y simultáneamente, como mediación entre yo y los otros como terceros. Digo, precisamente, *todo tercero*: cualquiera que pueda ser, al interior de la acción común, la relación de simple reciprocidad (ayudar, llamar al vecino, al compañero etc.). Estas relaciones, aún transformadas por el hecho de estar en grupo, no son constitutivas. Cfr. pág. 11 y nota 25. Los miembros del grupo vienen a ser *terceros*, o sea, cada uno totaliza la reciprocidad de los otros y la relación entre tercero y tercero nada tiene que ver con la alteridad: pues como el grupo se convierte en medio práctico de esta relación, se trata entonces de una relación humana (cuya importancia para la diferenciación del grupo es capital) que llamaremos reciprocidad mediada (...) dicha mediación es doble porque es mediación del grupo entre los terceros y mediación de cada tercero entre el grupo y los otros terceros".

con el *sentido*: ¿qué sentido tiene para mí? ¿Qué suerte me espera, como persona, en las relaciones jurídicas cotidianas?¹³

Una de las distinciones que se presentan entre filosofía y ciencia, proviene del hecho que las ciencias discuten y se ocupan de cuestiones que pueden ser objeto de experimentación, verificables y constatables en un laboratorio. En cambio, la filosofía –por ende, la filosofía del derecho– apareja el problema del *sentido de lo humano* que emerge allí donde los conocimientos no terminan en su escueto significado, más allá del significante que falta, vale decir, que el *sentido no tiene límites*¹⁴.

De ahí el porqué para la humanidad –entendida como pluralidad de sujetos de derecho y no como simples consumidores– resulta fundamental buscar el sentido de la propia vida, demostrando de esta manera que para coexistir es imprescindible una razón existencial, dotada de capacidad para crear y buscar fines, metas y propósitos. La filosofía se distingue de la ciencia porque no termina en una masa informe de conocimientos que se convierten, según el caso, en intercambiables, o sea, negociables, sino que se cuestiona la cualidad de la relación intersubjetiva que se hace forma concreta en la realidad.

¹³ Se refiere el autor a las consecuencias del fundamentalismo funcional y del nihilismo jurídico que aborda en su obra, así intitulada. De su parte, Daniel Cananzi, aventajado discípulo y asistente del profesor Romano, escribe, a este respecto, en su obra, *Diritto linguaggio interpretazione*, que se trae a colación, como retroalimentación del tema esbozado: “la común lección de Ricoeur y Romano, en efecto, centraliza el fenómeno lingüístico respecto a una visión más amplia y compleja en la cual el sujeto titular de la palabra, lo es también de la racionalidad identificatoria, trasladada a la propia libertad y al *sentido* de la justicia de la cual el derecho es garante”. Romano, de otra parte examina la relación lenguaje y derecho, en el cap. IV de su obra *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo ‘perfetto’*. *Trenta tesi per una filosofia del diritto*, op. cit., p. 145 ss. de la otra, en el libro *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, en su capítulo II, trata la explicación biológico-máquina del hombre y la extinción del sentido del derecho y sus implicaciones (p. 77 ss.). Huelga aclarar, asimismo, que el concepto de *sentido (Sinn)*, tiene en Luhmann capital importancia como estrategia que reduce y mantiene la complejidad. El sentido aquí carece de todo sustrato óptico, pues no es más que una categoría sintética. En otros términos, no es una propiedad de la que el sujeto dota a sus acciones; ha de definirse, entonces, sin relación a un sujeto, ya que el propio sistema es un sistema dotado de sentido. Cfr. B. Romano, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit., particularmente: *Intersoggettività e transoggettività. Il senso-forma*, pp. 18 ss. e p. 22.

¹⁴ Está implícita la clásica cuestión filosófica relativa a la distinción entre *hechos* y *valores*, o sea, en otros términos, entre cómo son las *cosas* y cómo deberían ser en línea de principio. La ciencia, de su parte, se limita, en su campo, a mirar y examinar sin interferencias extrañas a su método y el estado de aquellas, objetivamente consideradas. Pero la idea del estado de las cosas, donde agota la ciencia su conocimiento –a los cuales alude Romano– independiente del horizonte de los valores sería, sin más, una visión insensata e incomprensible, frente a la necesidad del hombre de encontrar un sentido como tal y en la comunidad de vida donde se presenta como un *pathos*. De ahí su relación con el *Logos* y el *Nomos*; la *Terciedad* y la *Trinidad*, que constituyen el *leit motiv* de la construcción filosófica expuesta por el autor. Cfr. *Il diritto è strutturato come il discorso*, op. cit. cap. II *Intersoggettività e motto di spirito – La formazione triale della creazione di senso: la struttura del diritto è la struttura del linguaggio* – pp. 83 ss. También, cfr. infra nota 42.

Además, la cuestión central de la filosofía del derecho es la *libertad*; sólo ella permite explicar los conceptos de responsabilidad e imputabilidad, núcleos esenciales del derecho mismo. Cuanto se ha dicho se traduce en un argumento más para afirmar la *diferencia entre filosofía y ciencia*, ya que la libertad de los hombres no es definible ni como cosa ni como objeto, tanto menos como proceso neurobiológico; en otras palabras, no está sujeta a experimentación, ni a constatación¹⁵.

En la sociedad actual, el estado de la filosofía del derecho se presenta en condiciones de real y seria dificultad, justamente porque la existencia del hombre está invadida por la permanente producción¹⁶ de informaciones que exigen ser desarrolladas de manera cognitivo-científica. Teniendo en cuenta la actividad mercantil que ofrece constantemente novedades, el hombre es presentado como objeto dentro de los objetos que se confunden con la cantidad de mensajes que le son enviados, traducidos en conocimientos por adquirir, entender y hacer reales a través del consumo¹⁷; es esta la razón por la cual el sujeto se encuentra representado en un lenguaje instrumental y eficaz, encaminado a hacer realidad los conocimientos, pero al mismo tiempo, se halla cada vez más desadaptado e inconforme cuando reflexiona sobre su realidad existencial.

¹⁵ Como pretende hoy la neurobiología cuando trata de explicar el yo que no lo encuentra dentro del cerebro. Escribe, en efecto, el autor: “Cierta neurobiología afirma: “la decisión de realizar algo es tomada por el cerebro mucho antes que el individuo llegue a ser consciente”, pretendiendo explicar, por tanto, el yo y la libertad”. Cfr. *Il giurista è uno zoologo metropolitano*, op. cit.

¹⁶ Que corresponde a la creciente hibridación entre la capacidad cognitivo-vital del hombre y las funciones “inteligentes” del maquinismo bio-informático. De aquí emerge la neurobiología y la inteligencia artificial y su relación con el hombre posthumano, donde se presenta la *multiplicidad-fragmentación del yo* en las diversas funciones de los sistemas sociales, en que el hombre es absorbido. Por esto, en Luhmann, el hombre no puede comunicar; “sólo la comunicación puede comunicar”, dando lugar a una “lógica inmunitaria”, como la denomina Romano, donde el derecho no está estructurado como *lenguaje-discurso*. Se sustituye por el lenguaje del mercado, del valor-precio, entendido como *lenguaje tercero* porque es considerado capaz de funcionar de manera objetiva, propio del *tercer observador*. Se invierte la relación tradicional-clásica de la *existencia*, como reconocimiento; en otros términos, la vida, como *conocimiento*, e *instituir*, vale decir, dar sentido con base a la razón. En Romano el derecho es un *fenómeno instituido* y no un hecho ya dado. Por esto mismo, el derecho, no es el hecho.

¹⁷ Es preciso clarificar el significado-alcance que el autor asigna al vocablo, en clara sincronía con la explicación dada por B. Ingrao y G. Israel en la obra *La mano invisible. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, Laterza, Roma, 2006, pp. 12 ss. presentada en estos términos: “Se ha dicho que un consumidor es un agente económico (un individuo, una familia, un grupo unido por comunes intereses) que debe escoger un plan de consumo completo para el futuro, vale decir, seleccionar todos los *inputs* y todos los *outputs* que desea alcanzar. La actividad de dicho agente se encuentra definida por dos aspectos: las limitaciones físicas y el mercado, así como por los criterios de opción del plan...” Cfr. igualmente el capítulo relacionado con: *La mano invisible* en las interpretaciones recientes del modelo axiomático del equilibrio general”, pp. 263 ss.

Se advierte de inmediato, dentro de este horizonte conceptual, que los interrogantes sobre el sentido de la justicia, que conlleva siempre la búsqueda de una interpretación como respuesta al sinnúmero de “porqués”, no puede agotarse en un conjunto técnico y continuo de normas¹⁸.

En el ámbito de esta perspectiva, la formación del jurista, entendida como tarea que exige un mayor empeño y responsabilidad, consiste en la urgencia de guardar distancia, en *forma crítica*, frente a la hipertrofia normativa, para dirigir su mirada al derecho del hombre¹⁹, asumido en la pluralidad de sujetos de derecho que habitan en el planeta. Se trata de un proceso educativo, el cual debe considerar inconcebible una ciencia jurídica de la filosofía del derecho, incapaz de abordar las cuestiones centrales que tienen que ver con la juridicidad²⁰, así como con la diferencia entre la dimensión legal y la de la justicia; podría ella, sin duda, ocuparse de las normas en forma técnica, pero permanecería muda frente a la pretensión de justicia que, a la par de la existencia, no se deja definir y modelar dentro de los parámetros estrechos y limitados de un método técnico-científico.

Resulta útil recordar, asimismo, que las normas jurídicas se presentan en un lenguaje que empieza y se desarrolla en la racionalidad, concretándose, finalmente, en una comunidad constituida por relaciones intersubjetivas, vale decir, por medio de la palabra (*logos*). Esa misma comunidad entendida como espacio público en el cual cada sujeto tiene derecho a la palabra, se convierte en garantía para la defensa de los derechos.

La tendencia actual demuestra deplorablemente, que la filosofía del derecho se ha convertido en un saber sin mercado, fácilmente desplazada por una cierta corriente de la teoría general del derecho, en coherencia con un proceso definido con el léxico de Radbruch, “eutanasia de la filosofía del derecho” que resulta cómoda y útil a la formación de una “filosofía para juristas” (*Juristenphilosophie*), indudablemente de carácter banal.

¹⁸ Pues, en Romano, el principio-inicio del derecho: “está en el deseo de justicia, entendido como deseo de hipotizar dentro de la triadidad del lenguaje-discurso”. Partiendo de una crítica a la tesis expuesta por Kojève, según la cual “el derecho es la aplicación de una cierta idea de justicia a determinadas interacciones sociales”; agrega Romano: “se puede mostrar que no toda idea de justicia es derecho, sino que lo es exclusivamente aquella idea de justicia en cuanto lleva la idea de desear, entendida como hipotizar/desear”. Cfr. *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit., p. 286.

¹⁹ En Romano significa la esencia de la humanidad, pensada como una verdad del hombre universal, negada por Nietzsche. Cfr. supra nota 1.

²⁰ Se refiere el autor al problema tradicional, relativo a la distinción de lo que es derecho de lo que no lo es; es decir, la delimitación de las fronteras del derecho en su autonomía, presentada en su obra *Terzietà del diritto e società complessa*, Bulzoni, Roma, 1998, pp. 29 ss. Cfr. igualmente, infra, nota 20.

Se torna necesario destacar, en cambio, que la teoría general del derecho cumple siempre una tarea de sistematización lógico-formal²¹ que bien podría llamarse en la época actual, técnico-científica; en síntesis, tiene como fundamento un método. En cambio, la filosofía del derecho se empeña en discutir las orientaciones pragmáticas de la justicia dentro de una prospectiva que engloba al hombre en cuanto sujeto de derecho. Se concluye, entonces, que la filosofía del derecho es filosofía entendida como investigación-búsqueda del núcleo característico de la existencia de los hombres y de sus relaciones²² – la comunidad jurídica– compromiso del pensamiento que se interroga y cuestiona sobre el sentido de la justicia, alejada de toda visión mercantil ‘cultural’ difundida por los canales de comunicación²³.

Dentro de la actual coherencia del progreso científico, caracterizado por la exclusión de la subjetividad, la técnica dominante, que engloba la dimensión de lo jurídico, tiende a desplazar la filosofía que incide sobre el derecho del hombre, por tanto, del sujeto, convirtiéndola en superflua, al no evolucionar al ritmo veloz de aquella. Se ofrecen razones suficientes en orden a argumentar que ni siquiera en estas condiciones complejas y de aparente cancelación del sentido²⁴, la filosofía del derecho pueda ser reemplazada por la teoría general del derecho, entendida hoy en la dimensión de una ciencia del derecho con rango técnico, acorde con la concep-

²¹ Debe recordarse que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, el sistema jurídico aparece como un concepto lógico formal de reglas jurídicas (a priori kantianos), cuyas características, como se recuerda, son la sistematicidad, generalidad, plenitud hermética (kelseniana), la unicidad y coherencia intra-sistémica (teoría pura del derecho).

²² Alude el autor a las distintas formas en que se presentan y explican dichas relaciones. Así, por ejemplo, (recuerda) en Hegel el *espíritu* es presentado en la *relación de reconocimiento*; en cambio, en Buber y Satta, respectivamente, en la *relación yo-tú* o, ya, en la *relación humana*. Puntualiza Romano que en estos tres caminos, el espíritu no se confunde o identifica con las simples funciones vitales, a-subjetivas, propias del funcionalismo sistémico, a la manera luhmaniana.

²³ El tema es examinado por el autor, en el libro *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, op. cit. cap. IX –*Noia e potere dei mass media*– pp. 499 ss. Señala, en efecto: “En la *noia* de la globalización, cada individuo comunicante se convierte en un ente “impotente” y los canales mediáticos –radio, televisión y prensa– pueden ejercer un dominio unidireccional de información –sometimiento–, pues está orientada fundamentalmente a aumentar su poder, erigiéndose como Monarcas que detienen el poder mediático, apoyados en una “legitimación” de hecho y mercantil”. Id., pp. 501.

²⁴ El sentido es llamado, igualmente, el tercero-espacio del discurso; es una dimensión que no es objeto de control limitante por parte de alguien, pues está abierto a la humanidad, a la cual pertenecen los “sujetos de la relación intersubjetiva”. En otros términos es el lugar garante de la relación jurídica, que no puede ser banalizado por una simple señal lingüística, pues constituye el inicio de la juridicidad dentro del *logos*, como el espacio de la creación del sentido que instituye la “segunda vida”, vale decir, la transbiológica-vital-institucional. Cfr. supra p. 5 nota 14. También, B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, pp. 253 –*Dominio del presente e svuotamento del futuro. L’attesa di senso*–.

ción dominante, según la cual toda ciencia es teoría disciplinante y reguladora de lo *real-concreto-material-objetivo*.

Cualquier teoría que se ocupe entonces de lo real se ‘asegura’, por tanto, de su propio campo, entendido dentro de una objetividad limitada, calculable y definible; también la teoría general del derecho rechaza relaciones provenientes de otros ámbitos como la filosofía, el arte, la historia, la religión etc., pues ella encuentra su base y fundamento exclusivo en la primacía del método y se mueve en un espacio reducido, donde el yo es concebido y entendido, progresivamente, como el yo del derecho, de la economía, de la política, de los mass media etc., o sea, en la multiplicidad fragmentaria en que el yo se disuelve y viene a identificarse²⁵. Es este el escenario que hoy predomina: *surplus* de normas, tecnicismo y ausencia del hombre como negación de su subjetividad.

Ahora bien, es necesario afirmar que la teoría general del derecho podría eliminar la filosofía del derecho, sólo si lograrse anular la posibilidad misma de que el hombre pueda llamarse ‘yo’, reemplazando además las normas al hombre, en forma total y definitiva, con la desaparición del sujeto como fragmento de un sector, vale decir, en su visión reductiva de aquél. Pero el hombre responsable, jurídicamente imputable, no se puede limitar a un producto terminal, a un simple sujeto lógico, a una *ficción jurídica*²⁶; al contrario, hay que mirar su unicidad existencial integrada a su subjetividad.

En esta dirección, el fenómeno del derecho se presenta precisamente cuando el otro, (*alter*), es percibido en su totalidad existencial, es decir, cuando entra en relación

²⁵ Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. –*L'io in frammenti nella pluralità dei sistemi*– pp. 162 ss. Clarifica Romano: “La razón lineal y la razón circular que corresponden a dos visiones cualificantes de la causalidad, la causalidad simple y la causalidad compleja...”. Son dos alternativas de antropología filosófica y filosofía jurídica que se presentan en las formas históricas de la vida cotidiana actualmente describibles. La primera de estas alternativas, consiste en la figura del hombre entendido como *llegar a ser* todo lo que se es”; la otra, muestra aquel modelo del hombre, donde cada uno manifiesta su existencia como una multiplicidad de estratos, de roles-funciones del yo” (el yo como fragmento del individuo). p. 163.

²⁶ Objeto de un analítico estudio de Alessandro Argiroffi, quien examina la *fictio juris* bajo dos acepciones. En la primera, “se trata... del recurso a la *fictio juris* que modifica artificialmente el fenómeno de la efectividad como tal”. La segunda, la asume como el “*aparecer de la aparición*, que no significa manifestación del sí (del fenómeno), sino más bien: “el anunciar algo que no se manifiesta mediante algo que se manifiesta”. En, extracto del volumen, *Dimensione dell'effettività*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 371. Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. –cap. III– *Causalità e causalità psichica*, pp. 61 ss. El tema, a manera de ejemplo, encuentra aplicación en el campo del derecho penal, frente al controvertido problema de la *causalidad* en la omisión, tradicionalmente explicada a través de las teorías (ficción jurídica) del *nihil facere, aliud facere* y la acción esperada, superada hoy con la teoría de la imputación objetiva, mediada, a su vez, por la teoría de riesgo y del *principio de precaución*, como una defensa frente a peligros anticipados.

como un ‘quid’, dotado de sentido y no como *una cosa cualquiera*. En la *relación jurídica* significa, que el otro es entendido como reconocimiento; reconocimiento que emana de la misma relación de la gratuidad²⁷.

El derecho piensa, cualifica y disciplina las conductas libres del yo, entendidas en la dimensión integral del hombre; no se ocupa únicamente de una parte (lo objetivo), sino que selecciona los *contenidos* de las normas para salvaguardar y proteger la *libertad*²⁸, por fuera de una simple ejecución formal-procedimental-mecánica²⁹.

El derecho que discute y examina la filosofía es, por tanto, un fenómeno que pertenece a los hombres en tanto sujetos que tienen derecho a la palabra (*logos*), mientras el teorizado por la teoría general del derecho se mueve y manifiesta en la funcionalidad sistémica de las normas, alejado del sentido del derecho, visto dentro del nexo esencial e inescindible *hombre-derecho* y en la *diferencia* entre normatividad y juridicidad³⁰. Como puede advertirse, se trata de dos ámbitos diversos, pero a la vez, complementarios, y no recíprocamente excluyentes.

LA FILOSOFÍA, EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD³¹

La perspectiva que ofrece el mundo del mercado³², tiende a convertir al hombre en destinatario de un sinnúmero de mensajes estructurados a partir de un eje desde el cual se lanzan los ‘*inputs*’³³ inductores al consumo. Se convierte en receptor de conocimientos técnicos que debe adquirir y acatar. Se encuentra hoy el hombre replegado e identificado, entonces, en un lenguaje que *habla* sólo de ciencia, inca-

²⁷ La donación y el sentido de gratuidad entendido como aquello que es intercambiable o monetizable.

²⁸ Cfr. B. ROMANO, *Soggetto libertà e diritto nel pensiero contemporaneo – Los tres niveles de la libertad, gratuidad y derecho*, op. cit.

²⁹ El tema se vincula con la progresiva sustitución de la racionalidad sustancial, por la racionalidad predecible, hoy dominante en el funcionalismo posthumano. Cfr. del autor *La critica della ragione procedurale. Saggio sulla visione procedurale del diritto*, Giappichelli Torino, 2001.

³⁰ Juridicidad y normatividad representan la diferencia entre derecho y proposición jurídica. Se trata de la diferencia entre dos niveles: norma y derecho, pero donde el derecho remite a la cuestión ontológica de la justicia.

³¹ Cfr. supra nota 15 y pp. 12-13.

³² Un análisis amplio del tema se encuentra en una traducción parcial de la obra de N. LUHMANN, (por L. Avitabile), *Mercato e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006 donde analiza el lenguaje de los precios; el mercado ambiente interno del sistema económico, la función del derecho y la posición de los tribunales en el sistema jurídico.

³³ Cfr. notas 17, 48, 59.

paz de promover y estimular las cuestiones relativas al sentido que debe orientar la justicia de las relaciones cotidianas³⁴, si se las mira al margen de una reducción normativo-funcional, por ende formal.

Se puede afirmar, en consecuencia, que la filosofía del derecho abarca y rescata la visión del hombre que opta por presentarse a través del *diálogo*. Se trata de una tarea, es decir de un empeño del hombre, especialmente del jurista que, en la definición de la justicia, no puede asimilarse a un mudo instrumento mecánico, presentándola en una óptica estrecha, por fuera del sentido de lo humano³⁵ y de la justicia. De esta manera el hombre rechaza todo proceso que tienda a equiparlo y convertirlo en una sumatoria de saberes técnicos, liberándose de ellos, no dejándose convertir en instrumento de los mismos.

Al sustraerse a la actividad elemental de mera repetición de cuanto observa³⁶, el hombre rescata la posibilidad de encontrar sentido, incluyendo también el *sentido* de la justicia. Estas posibilidades se revelan en la libertad y en las opciones responsables; a través de ellas el hombre incide sobre el mundo que lo circunda, con la inscripción de un proyecto original que no puede convertirse en único, pues la opción es plural como formación del sentido³⁷ y es tal si se realiza en el ejercicio de la libertad al margen del monitoreo técnico³⁸ que trata de reducirlo a un conocimiento científico o un burdo producto técnico.

³⁴ Cfr. B. ROMANO, *Terzieta del diritto e società complessa*, op. cit. – *Il senso del diritto tra contraddizione e controversia* – pp. 227 ss.

³⁵ Equivalente al *logos* de lo humano-racional. Por esto afirma Romano, “el *ego sum* es un *ego cum*” en la condivisión íntima entre *logos*, *nomos* y *pathos*. Cfr. supra nota 1.

³⁶ En su obra *Diritto e osservatore*, Luisa Avitabile, aventajada discípula del autor, explica con claridad penetrante, la teoría luhmanniana de la observación, llamada de *primer y segundo grado*, a partir de la cual, “el mundo se separa totalmente de la naturaleza, por ende, de la ciencia del espíritu. En su reemplazo, se introduce “la dimensión de la contra-factualidad, vale decir, de la institución de expectativas cognitivas como expectativas normativas, pues el mundo viene a formarse con base en la acción-no acción de los hombres y no sobre la realidad encontrada en aquel. De ahí porqué en la observación de segundo grado se prescinde del subjetivismo individual (desaparece el hombre), quien sólo puede remitirse funcionalmente a las observaciones del primer observador. Luego, funcionalidad=yo, disfuncionalidad=no yo. Se excluye la medida de lo *justo* y se impone la *verdad funcional*” cfr. *Diritto e osservatore*, Giuffrè Milano, 1997. Véase también, B. ROMANO, *Terzieta del diritto e società complessa*, op. cit. – *Osservazione e ragione procedurale di secondo grado*– pp. 401 ss. (n.d.c.)

³⁷ Cfr. del autor *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, op. cit.

³⁸ En la reflexión filosófica del autor, se plantea, a este respecto, la diferencia entre los animales y el hombre. Aquellos no expresan opiniones, ni hipótesis; viven en lo biológico-vital, pero no enuncian nada. No discuten interpretaciones de la vida o sobre el sentido que se abre en la dimensión del espíritu que es el “espacio donde el arte del jurista *instituye* el derecho del hombre por fuera de la leyes de lo no humano.” Cfr. *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, op. cit. también, supra nota 41.

Las relaciones intersubjetivas son posibles porque el hombre es único e irrepetible en su libertad creativa; lo es también por la historia de la educación en la familia, en la religión, o ya en las costumbres de un pueblo, como también en la lengua como expresión de una cultura y de la persona vista en una sociedad. Las reglas-normas de un ‘estado civil’ tienen que ver con el ingreso de una vida nueva en un mundo compartido; no pueden ser consideradas simplemente como un producto o ejecución de un método instrumental-formal. Ellas deben ser aplicadas siempre con referencia al sujeto de derecho. Los crímenes contra la humanidad o la defensa de los derechos del hombre, la esclavitud o la libertad, la discriminación o el reconocimiento, la tortura o el respeto, el sufrimiento o la alegría, constituyen conjuntos de polos en oposición que envuelven y comprometen el yo en su plenitud.

La vía que absolutiza uno de estos dos polos está destinada a convertirse en una sistemática que fomenta y nutre el funcionalismo³⁹, dando lugar a una nueva tipología del fundamentalismo: el fundamentalismo funcional, incrementado por el modelo de las relaciones creadas por las leyes que rigen los mercados, donde cada uno cumple un rol que es funcional a algo⁴⁰.

En la práctica, la condición actual de la humanidad viene cualificada por el proceso de globalización, ligado al concepto explícito de que el hombre no es más que una entidad explicable científicamente, de la misma manera en que lo son los objetos. Pero el espacio existencial de la libertad y de la justicia, como el que debela la injusticia, no puede ser tratado científicamente y es construido por un trabajo llamado “instituir”⁴¹; la característica de las leyes jurídicas es precisamente la de ser “instituidas” y no simplemente dadas⁴², como en la acepción biológica. Por tanto: las instituciones jurídicas no pueden ser tratadas al mismo nivel de una actividad

³⁹ Que es, a manera de ejemplo, cuanto se observa en algunas corrientes del derecho penal contemporáneo, de origen alemán, a partir de los planteamientos de Günther Jacobs frente a las implicaciones de su teoría sobre la *vigencia* de la norma, reflejo fiel de una concepción kelseniana y kantiana del derecho.

⁴⁰ En cambio, el hombre –recuerda el autor– citando a Fabro, “es una identidad en continua novedad”, por tanto, no se puede reducir a roles-funciones.

⁴¹ En efecto, el llamado ‘arte de instituir’ no es otra cosa que el momento creativo de la subjetividad humana, el cual se remite a su capacidad formativa de nuevas realidades llamadas ‘instituidas’, como capacidad de trascendencia, opuesta al ‘abandonarse a la vida’ propia de la condición animal. Este arte pertenece a la racionalidad, capaz de crear la ‘segunda vida’, en relación analógica con el concepto clásico del *vitam instituere*. Cfr. B. ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica. Una filosofia del diritto*, Bulzoni Roma, 1997 –*Riconoscimento costitutivo riconoscimento costattivo*– “ley de coacción” como imposición coactiva que legitima la violencia. Aquí contrapone el autor la “visión instrumental-funcional”, a la “visión existencial del derecho”. Véase, igualmente, infra, nota 62, pp. 57 ss.

⁴² Cfr. infra nota 38.

estrictamente científica, por cuanto son el producto del ejercicio de la libertad⁴³ de cada miembro de la comunidad, como ser creativo.

La ciencia del derecho, así como la *praxis* de los juristas, deben tomar plenamente conciencia de que las normas jurídicas tienen su propia génesis y su personal estructura que las tornan irreductibles a las leyes que caracterizan los procesos biológicos, o las operaciones propias que distinguen la inteligencia artificial. Dentro de esta perspectiva, la filosofía del derecho reflexiona acerca de la institución del derecho que, a su turno, especifica y clarifica el significado dado por la comunidad jurídica y el que le otorgan, igualmente, las instituciones⁴⁴.

Las actuales representaciones culturales de los conceptos ‘yo’, ‘sujeto’, ‘derecho’, ‘juicio jurídico’, ‘terceridad del juez’, son consideradas en parte superadas por las explicaciones científicas del hombre, apoyadas en los descubrimientos de la neurobiología y de la aplicación de la inteligencia artificial que, en su esencia, niegan lo que los clásicos del pensamiento discutían en torno a expresiones como ‘mismidad’⁴⁵ (ipsidad), e ‘identidad existencial’.

Es claro que no se puede describir la condición contemporánea sin tomar nota de que toda explicación científica representa innegablemente un progreso, pero también lleva al consumismo que involucra y absorbe al hombre y sus relaciones, con el *trágico* resultado de tener que estar siempre a la altura de cuanto el mercado le impone a través de los medios de propaganda⁴⁶. Las llamadas leyes del mercado utilizan hoy el derecho como su instrumento mecánico y funcional, y olvidan que la cuestión jurídica es el camino prioritario para la clarificación de la situación actual del derecho y que justo la filosofía del derecho puede restablecer la dignidad teórica a la filosofía ‘en venta’ en el mercado gestionado por los *mass-media*.

Es esta la razón por la cual la filosofía del derecho no puede agotarse en conocimientos simplemente técnicos –dando prioridad únicamente a la positividad de las

⁴³ Recuerda el autor, apoyado en Heidegger, que la libertad es entendida como esencia de la verdad y verdad de la esencia.

⁴⁴ Cfr. *Supra*, nota 5.

⁴⁵ Ser *si mismo*, sujeto de derecho, entendido como sujeto existencial que continuamente se muestra a *si mismo*. Entendido también como la expresión-manifestación del ser en su misma identidad subjetiva; por tanto, sujeto de derecho fenomenológicamente entendido que continuamente se manifiesta a sí mismo cfr. de B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, op. cit. (*Ibridazione cognitiva, linguaggio digitale, Rimozione del diritto*, pp. 125 ss. e *Ingegnerizzazione del se stesso e del diritto: il sé dei neuroni ed il sé degli elettroni*, pp. 155 ss.)

⁴⁶ Cfr. *supra* nota 23.

normas— sino que está expuesta continuamente a la interpretación de las conductas jurídicas, que incluyen, en modo *constitutivo* y no sólo *constatativo*, la esencialidad del otro, que se presenta al yo con sus opciones⁴⁷.

Que el derecho comience con la relación comunicativa entre los sujetos, al interior de una comunidad, se convierte en un imperativo central, al destacar la relación del *logos*, lo cual significa participación en la formación de las instituciones públicas en las que el lenguaje, como discurso social, representa la estructura básica en la estructura del derecho: lugar y vínculo, al mismo tiempo, dimensión incondicional e indisponible, sustraída a la contratación típica de los mercados.

Nadie espera justicia en una condición de absoluto aislamiento; la espera cuando se encuentra en relación con los otros, como seres no disponibles ni agotables en su conocimiento. Se afianza así la *esencialidad del otro*, que en el discurso vital, hace posible la superación del simple legalismo funcional, al liberar al hombre de la identificación con una imagen del derecho que, en cada oportunidad, puede ser utilizada para ponerlo en manos de un dictador, un jefe, un soberano iluminado, un régimen, una oligarquía, como también al dominio del mercado⁴⁸.

El otro (la alteridad) protege la mera ejecución procesal porque, presentándose en la expresión de su libertad, se separa del elemental tecnicismo de las normas y de la visión de un derecho formal para remitir al hombre a *la cuestión de la justicia*. La relación con el otro está mediada por la palabra que en la comunidad jurídica constituye el tejido social, el texto que todos pueden interpretar, es decir, la textualidad que se sedimenta en una transmisión de saberes entendidos como capital simbólico⁴⁹.

⁴⁷ Vale decir, en las distintas hipótesis que se abren a la formación continua de la *identidad* existencial del yo, en su mismidad, considerado en la centralidad de las instituciones jurídicas propias de la *coexistencia*, donde se reconoce en el hombre un sujeto de derechos, incondicionados y no instrumentalizados por el poder político o el del mercado que, «en Nietzsche, son manifestaciones de un único modelo: el de la relación animal que es la relación estructurada por una sola regla: la de lo útil-biológico configurada por las modalidades de las vidas que tienen más vida porque tienen más fuerza» como lo enseña Romano. Cfr. del autor, *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, op. cit., pp. 117 ss.

⁴⁸ Romano se refiere al tema en su obra: *Il diritto strutturato come il discorso. Amore uguaglianza differenza. La differenza nomologica*, Bulzoni Roma, 1994 – cap. VII *Diritto. Proprietà ed aversi. Discorso del denaro e discorso del diritto* – pp. 216 ss. Aquí analiza cómo “... el mercado del dinero trata sólo dinero con dinero... En el mercado, en cuanto mercado del dinero, los derechos de la libertad se miden como derechos del dinero: el significante más aniquilante de toda significación ...”. p.219.

⁴⁹ Que, en el ‘lenguaje-discurso’ explicado por el autor en sus consecuencias-efectos, se vincula con el llamado ‘nudo borroniano’, integrado por tres dimensiones: lo Real, lo Simbólico y lo Imaginario que se presentan en forma inseparable, es decir, en una relación de *unidad total*, donde el sentido de cada uno, se pierde, en su realidad, si se separa la unidad que las vincula. En otros términos, tomados del autor, lo real, pertenece al

Al interior de una comunidad, por tanto, adquiere papel principal el *logos*, como dimensión que no se puede agotar en una relación funcional, sino que se materializa en un espacio público, por tanto *tercero*⁵⁰, más allá del plano a-jurídico de la fuerza ejercitada por una parte sobre otra que la excluye, privándola de la palabra. El *nomos* –coesencial al *logos*– protege de la exclusión (como violencia)⁵¹ por fuera de esta topología *relacional*⁵² se permanece en un orden solamente funcional, ajeno a la cuestión jurídica.

La filosofía se presenta así, por tanto, en su *especificidad* cuando coloca al hombre (al *logos*), en la originalidad de la palabra. La ciencia, en cambio, demuestra sus avances; los presenta al conocimiento de la colectividad a través de la verificación; la filosofía no fomenta, por el contrario, un trabajo de experimentación reproducible, sino de invitación a la búsqueda crítica en relación con el conocimiento fenomenológico del hombre y su vinculación con el otro (yo = tú).

LA TERCIEDAD⁵³ DEL DERECHO

Dentro de las reflexiones propias de la filosofía del derecho, se destaca también la referencia al llamado ‘juicio jurídico’ porque es pronunciado por un tercero –el

pasado; lo simbólico, al futuro y, lo imaginario, al presente “como dimensión del significado de un sentido ya dado, de un enunciado que, temporalmente aislado, puede ser un lenguaje cibernético; es sólo aquello que es; no tiene posibilidad alguna de obrar sobre sí mismo a partir de una no-coincidencia con aquello que puntualmente es. Un lenguaje maquinal-cibernético incide sobre su clausura de funcionamiento, no pudiendo abrirse a algo diferente, seleccionado en una opción hipotizante. En el lenguaje del hombre se da, en cambio, una apertura-pregunta constitutiva, que pone en duda lo que es, tal como se presenta, aquí y ahora. Cfr. supra notas 11, 36 y 48.

Lo simbólico es el futuro, porque en el lenguaje es la dimensión del significante, que lleva inherente la condición de rotación del sentido; de reenvío y conexiones entre *el sentido que es* y el sentido que está en forma... el imaginario, es la dimensión temporal del presente; es la estaticidad de un aparato dado para el funcionamiento de la comunicación/información entre los comunicantes, o sea, es el conjunto de las reglas vigentes en la comunicación-información, en medio de un *dicho-imagen* que permanece indiferente a la consideración del decirse en el decir”. Cfr. *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. pp.150-151.

⁵⁰ Cfr. supra nota 12.

⁵¹ Cfr. supra notas 6 e infra p. 15.

⁵² Romano trae a colación dos expresiones. La primera, de Buber, según la cual, “al principio está la relación” (equivalente al *logos*, cfr. supra nota 4). La segunda, de Lacán: “Es a partir del discurso que comienza cualquier determinación del sujeto”, y puntualiza: “La cualificación del sujeto se presenta en la continua reconstrucción de la subjetividad mediante la relación intersubjetiva del discurso, donde el lenguaje no cumple una función simplemente instrumental; por el contrario, forma y expresa la subjetividad que preexiste en la desobjetivación en desarrollo de la relación palabra-lenguaje”. Cfr. *Il diritto strutturato come discorso*, op. cit., p. 19.

⁵³ Este término no encuentra una específica correspondencia semántica en español, pero bien podría asimilarse a *tercería* (jus-mediación).

juez– que utiliza el arte de la razón del derecho, fenomenológicamente diferenciada de la razón del mercado, de la política y de los otros fenómenos sociales en su visión sistémico-funcional, que se separan del derecho entendido como un fenómeno vivo. Resulta significativo, al respecto y dentro del universo conceptual en su cabal comprensión, la perspectiva que analiza el *tercero del derecho* a través de las formas del legislador, del juez y de la policía⁵⁴, como núcleos indispensables del fenómeno jurídico.

Como se ha dicho, en la condición contemporánea, la filosofía del derecho viene a encontrarse presionada constantemente por el imperativo que le exige asumir los rasgos distintivos de la ciencia y configurarse, al mismo tiempo, en forma tal de imponer la autoridad científica, expresada en un lenguaje técnico. Una de las manifestaciones actuales, mayormente difundida del quehacer científico, como jurídico, se encuentra en aquella *praxis gestonaria científica*, que se alimenta de la *praxis* del mercado y del lenguaje técnico, en la modalidad del lenguaje de precios⁵⁵.

El concepto de justicia corre el riesgo de convertirse en un *self service* normativo, en el cual el tercero⁵⁶ –en la figura del legislador, del juez y de la policía– se limita a legalizar un conjunto de operaciones que resultan vencedoras porque funcionan de manera eficiente. En la formación del jurista, cada vez resultan ausentes las preguntas sobre la diferencia entre lo legal (normas) y lo justo (derecho)⁵⁷. Pierde prioridad jurídica el respeto, traducido en el derecho a escuchar al otro; de ello se desprende que la legalidad puede funcionar aún en el momento en el cual se presenta como instrumento de la violencia que cancela el *logos* e impone un servil silencio en el momento mismo de su aplicación procesal⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. supra nota 12.

⁵⁵ Cfr. supra notas 17-48.

⁵⁶ Cfr. supra nota 12.

⁵⁷ Es lo que Romano define como *diferencia nomológica*; significa una diferencia sustancial entre la norma entendida como *jus positum* y el derecho que aún no se ha concretado en su forma vigente, o sea, en su aplicación por parte del juez. Dicha diferencia se da en los órdenes del Tú y del Esso. Escribe el autor, al respecto: “Se adopta el orden del Esso porque protege la posibilidad del orden del Tú. El orden del Esso no es más que el de una hipótesis que ya se ha realizado en el presente; el orden del Tú, en cambio, es el de quien va hacia otra hipótesis y, agrega: “Todo orden jurídico positivo puede privilegiar el orden del Esso, respecto al del Tú, hasta acrecentar y absolutizar (creativamente) la “función” del ente-hombre en forma tal de agotar la *posibilidad* en la *capacidad*; o sea, el poder-ser frente al saber-hacer”. El desarrollo de la capacidad humana de experimentar y utilizar tiene lugar –dice Buber– por lo general disminuyendo la fuerza de relación del hombre”. Es cuanto se da en la sociedad de masas, regidas por lo bio-maquinal. Cfr. *Il diritto strutturato come il discorso*, op. cit. pp. 62-63.

⁵⁸ Cfr. B. ROMANO, *Sulla visione procedurale del diritto. Saggio sul fondamentalismo funzionale*, op. cit.

La tarea del tercero resulta, en consecuencia, cada vez menos destinada a aplicarse a los hombres, singularmente considerados, sujetos de derecho, el ‘quien’ del derecho a hacer uso de la palabra en el espacio público de las instituciones jurídicas, que hoy no son otra cosa que lugares sin subjetividad: ciencia y mercado constituyen los dos íconos de referencia del hombre, sujeto a un proceso de privatización de la razón jurídica.

Se infiere, entonces, que las normas no preceden las conductas humanas, no regulan *a priori* los comportamientos, sino que acaecen con los hechos determinados de manera triunfante, es decir, con hechos funcionales y eficientes, que pasan a ser su justificación. Es definido, por tanto, ‘justo’ o ya ‘injusto’ el hecho que ha obtenido suceso y ha logrado la forma de la legalidad (el formalismo jurídico), dispuesta a aceptar cualquier contenido⁵⁹.

Este proceso transformativo de justificación se manifiesta con un poder expansivo siempre mayor, cada vez más potente y menos contrastable, porque no tiene un rostro visible⁶⁰, o sea material. Llega así a ser predominante el nihilismo jurídico, carente de cualquier referencia a las decisiones del hombre y a la ausencia de la expresión ‘derechos humanos’. Como conclusión, puede afirmarse, en suma, que sin el compromiso especulativo acerca del vínculo que une al hombre con la justicia, toda expresión pronunciada sobre el derecho puede reducirse simplemente a un mero ejercicio fonético.

La búsqueda de la justicia no tiene límite, pues su duración es la misma del hombre. En esta tarea, que se manifiesta en la formación del jurista, cada hombre libremente interpreta el texto social, o sea, la realidad, por lo tanto, la obligación jurídica se alcanza cuando llega a ser posible la libre interpretación, en una condición *polisémica*⁶¹ donde la libertad, mediada por el respeto del otro, es la tarea específica del hombre, sujeto de la obligación, en cuanto sujeto jurídico.

⁵⁹ La aplicación paradigmática de este principio, permite afirmar que, del *ser* y de la *realidad* se puede hablar de muchas maneras, pues contienen pluralidad de acepciones. En efecto, recuerda Cananzi las dos formas tradicionales de interpretación del derecho: la *estática*, vinculada con la clausura semiótico-semántica de las normas; la otra, *nomostática*, abierta a la hermenéutica del fenómeno jurídico. Señala cómo “El positivismo de Hans Kelsen asume precisamente una dimensión dinámica pero, al mismo tiempo, de puño nihilista”, ya que “el derecho puede recibir cualquier contenido”, abriendo así la posibilidad de ser utilizado por cualquier ideología política que detente el poder o, en la instrumentalización ética del hombre, como un medio para los fines de la potencia más fuerte, en este caso, la del mundo del mercado opuesta, ciertamente, a la visión kantiana, que absolutiza al hombre.

⁶⁰ Cfr. supra nota 18.

⁶¹ Conviene recordar la diferencia entre *cifra* y *número*. Este no es objeto de interpretación, como sí lo es aquella que presenta una estructura plural, de sentido polisémico, por tanto, con una capacidad de respuesta a los requerimientos hermenéuticos. Cfr. B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

El derecho es instituido, huelga reiterarlo, a través de la subjetividad, que no se encuentra en ninguna producción de la ciencia sujeta a un estatuto técnico. Es propio del derecho remitirse al lenguaje⁶², patrimonio exclusivo del hombre como una estructura en la cual se alimentan la libertad y la responsabilidad de las conductas. Sólo en esta dirección se hacen posibles la imputabilidad y el juicio jurídico, al remitir los comportamientos que tienen carácter jurídico, a un sujeto que ejercita la libertad⁶³ y forma su identidad al expresar una decisión libre y responsable.

A lo largo de este camino, la filosofía del derecho invita y llama continuamente al jurista y al filósofo, a asumir sus propias responsabilidades: la legalidad históricamente dada⁶⁴ —el ordenamiento jurídico vigente— es indudablemente, un instrumento de la *justicia*, pero esto no significa que se pueda sustituir a aquella, o pueda ser reemplazada por ella, ya que la sola legalidad puede no coincidir, en muchos casos, con la justicia.

⁶² Cabe precisar que toda la estructura filosófica de Romano, gira en torno al nexo que une el *lenguaje a la subjetividad*, como fácilmente puede advertirse a lo largo de estas páginas. A dicha visión se refiere Cananzi cuando, entre otras consideraciones, recuerda: “El instrumento lingüístico de la cifra se convierte en la mejor expresión del arte, pues según Aristóteles, el hombre se encuentra siempre a la búsqueda del saber” y, agrega: “Arte este que “deja hablar la cifra, revelando (...) algo que permanece escondido en la cercanía del ser”, equivalente, sin más, al lenguaje “encerrado” en el propio dicho”. De ahí la relación que establece Ricoeur, entre Decir = dicho; apertura-clausura; poética y retórica, que son los grados metafóricos del lenguaje y que se aproximan a la *estética jurídica*, a partir de la cual se puede abordar el derecho y su doble relación: *causar* e *instituir*. Concluye poniendo de presente las consecuencias de la pretensión de objetivizar el derecho en sus formas, lo que significa “perder la complejidad de la sustancia e identificar lo *dicho* con lo ya *dicho* (norma), no reconociendo “las palabras” como auténticamente “cifras” diferentes de los números (los signos). De aquí surge, precisamente, la “diferencia entre factualidad normativa (que en Romano significa que el derecho no es el hecho que triunfa y se impone, pues tiene una especificidad fenomenológica no equiparable a otros fenómenos de la coexistencia, como vgr. la economía, los mass media, etc.) y la fenomenología jurídica. Cobra coherencia, por tanto, el discurso de Romano cuando señala, al §2: “La filosofía del derecho no es un saber incapaz de adquirir la categoría de ciencia jurídica...””.

⁶³ Cfr. supra nota 1.

⁶⁴ Cfr. supra nota 5.



Región: Bajo Cauca
Autor: Jeison Hernán Sierra Arango
Título: “de la serie soledad” Ausente en la ciudad
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 60 x 90 cm

DERECHO Y SEXUALIDAD: ¿LIBERACIÓN O REPRESIÓN?

Fecha de recepción: Septiembre 5 de 2007
Fecha de aprobación: Octubre 3 de 2007

DERECHO Y SEXUALIDAD: ¿LIBERACIÓN O REPRESIÓN?

*Julio González Zapata**

RESUMEN

Este artículo pretende mostrar algunas relaciones entre el derecho y la sexualidad, a partir del análisis de la legislación penal colombiana sobre los delitos sexuales. Parte de la consideración de que las relaciones del derecho con la sexualidad han reproducido o ampliado otros controles como los provenientes de la religión, la moral y diversos discursos científicos, y eso ha conducido a un control adicional, carente muchas veces de racionalidad sostenible. Se plantea la necesidad de desexualizar los derechos.

Palabras clave: sexualidad, control, derecho, delito, pecado, moral.

LAW AND SEXUALITY: LIBERATION OR REPRESSION?

ABSTRACT

This article intends to show some relations between law and sexuality, from the analysis of the Colombian penal legislation on the sexual crimes. It brings the consideration that the relations of the law with sexuality have reproduced or expanded other controls as the originating of religion, moral and diverse scientific speeches, and that has conducted to an additional control, lacking many times of sustainable rationality. It presents the need of desexualize (eliminating the sexual element from) the rights.

Key words: sexuality, control, law, crime, sin, moral.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

DERECHO Y SEXUALIDAD: ¿LIBERACIÓN O REPRESIÓN?

[...] también es necesario haberse construido una representación hartamente invertida del poder para llegar a creer que nos hablan de libertad todas esas voces que en nuestra civilización, desde hace tanto tiempo, repiten la formidable conminación de decir lo que uno es, lo que ha hecho, lo que recuerda y lo que ha olvidado, lo que esconde y lo que se esconde, lo que uno que no piensa y lo que piensa no pensar.

Michel Foucault.

INTRODUCCIÓN

Decía Michel Foucault: “Quizá ningún otro tipo de sociedad acumuló jamás, y en una historia relativamente tan corta, semejante cantidad de discursos sobre el sexo. [...] Respecto del sexo, la sociedad más inagotable e impaciente, bien puede ser la nuestra”¹

Habría que contrastar esta afirmación con aquel pasaje que nos es relativamente familiar, que hace suponer que la explosión verbal sobre el sexo es un fenómeno relativamente reciente, unido, por ejemplo, a la loca década de los años sesentas, con su apuesta por el amor libre en contra de la guerra, las píldoras anticonceptivas y el surgimiento de una serie de movimientos sociales ligados, directa o indirectamente, a la cuestión sexual, como los movimientos de feministas, gays, transexuales y bisexuales. Probablemente “salir del clóset”, es una expresión que revela un anclaje temporal de esta inquietud y a la vez, parece señalar un sexo previamente silenciado, invisibilizado y aun suprimido. Es probable, sin embargo, que el sexo, más que encerrado en un clóset, haya estado expuesto en una vitrina transparente, atado por la moral, las ciencias (especialmente las de la salud y de la conducta) y la ley estatal.

Alrededor de esos lazos puestos a ese sexo se ha construido un arsenal de discursos atravesados por las preguntas más extrañas: ¿cuándo, bajo qué condiciones, a qué edad, con qué propósitos, en qué tiempo y lugar, y con quién es pecado? ¿o es indebido? ¿o atrae enfermedades? ¿o produce locura? ¿o puede reproducir la especie humana, de tal manera que llegue a amenazar su propia existencia? ¿o cuáles son,

¹ Michel Foucault. *Historia de la Sexualidad. I: La voluntad de verdad*. Trad. Ulises Guiñazu. México: Siglo XXI, 2000, pág. 44.

en definitiva, sus relaciones con la vida o con la muerte? ¿cuándo está permitido o en qué condiciones se vuelve delictuoso?

La insaciable vocación por darle respuesta a las anteriores preguntas (y otras más), es lo que permite a Foucault, recusando la hipótesis simplemente represiva frente al sexo, hablar de la nuestra como una sociedad con un sexo parlanchín y, además, le permite formular la siguiente pregunta: “Toda esa atención charlatana con la que hacemos ruido en torno de la sexualidad desde hace dos o tres siglos, ¿no está dirigida a una preocupación elemental: asegurar la población, reproducir la fuerza de trabajo, mantener la forma de las relaciones sociales, en síntesis: montar una sexualidad económicamente productiva y políticamente conservadora?”².

Una de las razones por las cuales el sexo ha llegado a ser tan parlanchín y tan omnipresente, se debe a que se ha inscrito en unas relaciones muy densas que atrapan a la sociedad en su totalidad: “entre hombres y mujeres, jóvenes y viejos, padres y progenitura, educadores y alumnos, padres y laicos, gobierno y población”⁴. Este abigarrado y complejo mundo de relaciones, ha atraído hacia el sexo una infinidad de miradas, cada una con sus problemas particulares: lo pecaminoso para la religión, lo indebido para la ética, lo patológico para la medicina, lo monstruoso y lo atávico para la biología, la locura para la psiquiatría, la superpoblación para la economía, lo bello o lo feo para el arte y lo prohibido y delictuoso para el derecho.

Ese conjunto de miradas sobre el sexo ha estado guiado por unas estrategias, de las cuales seguramente no nos hemos escapado y que se han concretado en “la histerización del cuerpo de la mujer, la pedagogización del sexo de los niños, la socialización de las conductas procreadoras y la psiquiatrización del placer perverso”⁵. Esas estrategias a veces operan aflojando en unos sectores para apretar mejor en otros. Por ejemplo, la despenalización de las relaciones homosexuales, supuso la aparición de un control salubrista con el pretexto de la amenaza del SIDA y la pretensión de silenciar e invisibilizar el sexo de los niños, como lo ampliaré más adelante.

No es mi propósito hacer un recorrido por los inabarcables discursos que se han construido acerca del sexo, ni la descripción de las estrategias que se deslizan desde el aparente abandono de unos ejes, para concentrarse en otros. Me limitaré, en primer lugar, a darle una breve mirada a los códigos penales que rigieron en Colombia en

² Michel Foucault, ob. cit. Págs 48-49.

³ Aunque la traducción repite la palabra padre, creo que hay que entender, clérigo o sacerdote.

⁴ Michel Foucault, ob. cit. pág. 127

⁵ Michel Foucault, ob. cit. págs. 127-128.

el siglo XX y en lo que va del siglo XXI, con el fin de poner en evidencia el tipo de conductas que han proscrito y los intereses que enuncian proteger con dichas prohibiciones. Ese recorrido es importante, porque nos puede mostrar cómo efectivamente hoy no se persiguen las mismas conductas y tampoco se hace a nombre de lo mismo. En segundo lugar, trataré de mostrar que la estrategia de control del sexo en nuestra actual legislación, se hace a través de dos ejes centrales: uno es convirtiendo a la familia en un centro de riesgos y otro es la negación del sexo de los menores, haciendo delictivo cualquier contacto sexual con ellos. En tercer lugar, haré una pequeña digresión para referirme al proyecto de ley que otorgaba algunos beneficios económicos a parejas del mismo sexo, para intentar así llegar a unas conclusiones generales.

Este acercamiento al sexo en la legislación colombiana tiene que ser muy parcial, pero es indispensable. Es muy parcial porque el derecho le aporta al discurso sobre el sexo, apenas una visión: lo prohibido y lo permitido. Pero es indispensable porque si bien la mayor parte de las veces las estrategias para el control y el manejo del sexo de la población, se diseñan por fuera del derecho (la religión, la ética, la medicina, la psiquiatría, la psicología, la demografía, etc.), esas estrategias normalmente se apuntalan en el derecho y sobre todo en el derecho penal. De todos es bien conocida esa extraña familiaridad entre pecadores, viciosos, perversos, monstruos, locos y delincuentes. La ley y mucho menos la ley penal, moldea el tratamiento del sexo a partir de un grado cero, sino que toma prestado, de acuerdo con la época y en dosis diferente, el sustento necesario para la formulación jurídica, para prohibir ciertas conductas o inclusive, para prescribir algunas penas.

Este breve recorrido se refiere a los códigos penales que han regido en Colombia desde el siglo XX hasta hoy, enfatizando en dos puntos: las conductas que se prohibieron y el tipo de interés o bien jurídico que se pretendía proteger.

1. LOS CÓDIGOS PENALES COLOMBIANOS EN LOS SIGLOS XX y XXI

Código Penal de 1890 (vigente hasta 1938)

Este código fue promulgado bajo la llamada “Regeneración” que comenzó Rafael Núñez, época en la cual existía una fuerte e inquebrantable alianza entre el Estado y la Iglesia Católica⁶.

⁶ “Había que impedir que las jerarquías sociales se trastocaran, y que las normas morales emanadas de la fe católica perecieran con la expulsión de las autoridades españolas; la vía para mantener la cohesión social

En ese Código Penal el tema sexual se agrupó básicamente bajo dos títulos: los delitos contra *la moral pública* (Título XVIII), que hacía parte del Libro Segundo que se ocupaba de los “delitos que afectan principalmente a *la nación* o a *la sociedad* o que sean cometidos por empleados públicos” y el Título Primero (delitos contra los particulares), en su Libro Tercero: contra las *personas*.

Entre los delitos contra la moral pública se incluían los siguientes: de las palabras, acciones, escritos, pinturas y otras manufacturas obscenas; el abuso de otra persona del mismo sexo (relaciones homosexuales), la alcahuetería, la corrupción de jóvenes, el incesto y el amancebamiento público.

Dentro de los delitos contra las personas se contemplaban el rapto, el adulterio, el estupro alevoso y la seducción.

En el Código Penal de 1890 se hace imposible, en materias sexuales, hacer una distinción entre moral y derecho porque parte de una insoluble confusión entre delito y pecado. La moral cristiana que la inspiraba proclamaba un profundo repudio por el sexo no reproductivo, por los placeres “inútiles” y “estériles”. Se confunde pecado y vicio. Una moral, obviamente, llena de miedos inclusive ante las meras imágenes del cuerpo humano desnudo.

El Código Penal de 1936 (vigente entre 1938 y 1981)

El Código Penal de 1936, se expidió durante la llamada “Revolución en Marcha” de Alfonso López Pumarejo. En ese momento, se pretendía tomar distancia con la Iglesia Católica, por tanto era de esperar que se hiciera una clara separación entre delito y pecado, propósito que no se logró.

El tema sexual se reguló en tres títulos diferentes. El Título VII, se ocupaba de los delitos contra la *moral pública*: la realización de actos públicos que ofendan el pudor; la elaboración y tráfico de escritos, dibujos, imágenes u objetos obscenos y la ejecución en lugar público de exhibiciones obscenas.

El capítulo XII, se ocupaba de los delitos contra la *libertad y el honor sexual*, y en ellos se incluía la violencia carnal, el estupro, los abusos deshonestos (entre los cuales se incluía el acceso carnal entre hombres), la corrupción de menores y el proxenetismo.

no podía ser otra que la religión, porque *Es en la religión, y sobre todo en su institución cultural o eclesial (sic) donde la tradición encuentra sus anclajes más sólidos [...]*. La religión y la institución eclesial afirman permanencias por las cuales se establece el mundo en su sentido, su orden y su inalterabilidad”. Georges Blandier. Citado por Aura Helena Peñas Felizola, *Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el código penal neogranadino de 1837*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006, pág. 62.

El capítulo XIV, trataba sobre los delitos contra *la familia*, en él se incluían el rapto, el incesto, la bigamia y los matrimonios ilegales.

En este código de la “Revolución en Marcha”, es importante recordar la regulación de lo que se llama uxoricidio por adulterio:

“Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes se sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el partícipe de tal acto, se impondrán la respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes.

[...]

Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a este el perdón judicial y aún eximirse de responsable” Art. 382.

Del Código de 1936 habrá que decir que en materia sexual, no logró desatar los lazos de la moral cristiana con el Estado. De hecho se conservó un título denominado delitos contra **la moral pública**, en el cual se sigue manifestando el mismo temor a las imágenes, escritos y aun al cuerpo humano desnudo.

Y si bien en el Código Penal de 1936 se elaboró un capítulo aparte para los delitos sexuales y empieza a hablarse de *libertad sexual*, parece mucho más importante el concepto de *honor sexual*. En razón de eso, por ejemplo, se perdona la pena cuando el violador y el estuprador contraen matrimonio con la víctima y se da un tratamiento benévolo a quien mata a su cónyuge, madre, hija o hermana, sorprendidas en un acto sexual indebido. Lo anterior es la concreción de la idea de que el honor de algunos, depende de la intangibilidad del sexo de otras. Y, obviamente, en los delitos de violación carnal y estupro, se le concede al matrimonio un efecto anulante de una violencia o un engaño previos, como si el manto del matrimonio pudiera anular cualquier bellaquería. Inclusive, en esa época, la mayoría de los doctrinantes no consideraban posible una violación carnal por parte del marido a la esposa, porque las relaciones sexuales forzadas eran un derecho del hombre y la mujer debería soportar la violencia como una de sus cargas naturales: era una parte de la cruz del matrimonio. Es obvio que el matrimonio no puede anular la violencia ejercida o el engaño realizado, lo que quizá sí puede es encubrir las apariencias, que parecen mucho más cercanas al honor que a la libertad sexual⁷.

⁷ También resulta significativo en el Código de 1936, que el rapto se considere como un delito contra la familia como si el atentado a la libertad de la mujer careciera de importancia frente a la ofensa que se le hace al padre o al marido. Incluso podría decirse que es el honor del hombre el que parece mancillado. Sólo en el Código de 1980 el rapto pasa a ser una modalidad del secuestro y por lo tanto un delito contra la libertad.

El Código de 1980 (Vigente entre 1981 hasta 2001)

Este Código Penal fue discutido en la década de los setentas, cuando en nuestro país se empezó a recibir la influencia de los grandes movimientos libertarios que habían sacudido al mundo en la década de los años sesenta: la revuelta Parisina de Mayo del 68, la primavera de Praga, los movimientos antibélicos en los Estados Unidos, los hippies, el comienzo del consumo masivo de la píldora anticonceptiva. También la *Criminología Crítica*, había denunciado el confesionalismo implícito en la persecución de delitos sin víctimas y el maridaje insostenible entre el Estado y ciertas morales religiosas. Por eso, no es sorprendente que haya desaparecido el título de los **delitos contra la moral pública** y se haya despenalizado el acceso carnal homosexual entre hombres.

Como interés jurídico protegido en este Código de 1980 se habla ahora de la *libertad y la dignidad humana*. Esto llama poderosamente la atención por las enormes dificultades para definir la dignidad humana en este contexto, ¿hay que entender la dignidad como cierto estado de pureza que puede ser vulnerado por el sexo?

Del tema sexual se ocupa en dos títulos: en el Título IX, delitos contra la familia: el incesto, la bigamia y los matrimonios ilegales; y en el Título XI, delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana: violación, acto sexual violento, acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir; el estupro, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y el proxenetismo.

El Código Penal del 2000 (vigente desde 2001)

De las reformas a los códigos penales colombianos, la producida en el año 2000, es probablemente la de mayor pobreza ideológica de cuantas se han hecho hasta ahora. Si la reforma de 1936 se justificaba por la necesidad de acomodar las instituciones a los postulados de la escuela positivista italiana, y la del 80 para tecnificar el Código Penal de acuerdo con la dogmática alemana, la reforma del 2000 tiene un tufo abiertamente burocrático: al Código del 80 le habían hecho tantas reformas y tantos agregados a raíz de las guerras contra la subversión, el narcotráfico y el terrorismo, que ya no era posible, ni aun para expertos, determinar cuál era el derecho penal vigente. La del 2000 fue una reforma sin muchos alientos teóricos e inscrita en una modesta sistematización y reorganización de un material disperso y caótico.

En cuanto al tema sexual, se reguló en dos títulos: el de los delitos contra la familia (Título VI), en el cual se incorporó la violencia intrafamiliar⁸ y el capítulo propiamente dicho de los delitos sexuales (Título IV), ahora denominados *delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales*, sin que sea fácil precisar qué es integridad y formación sexuales, como era difícil, en el Código anterior, precisar la dignidad humana, que se estaba protegiendo. Lo anterior me permite formular la hipótesis de que la mención de la dignidad humana en el Código del 80 y de la integridad y formación sexuales en el Código del 2000, pretende crear un comodín para justificar la punición de algunas relaciones sexuales consentidas, hipótesis que pretendo sustentar más adelante.

Los delitos que se regulan en el **Título IV** son los siguientes: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir; acceso y acto carnal abusivo con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivos con persona incapaz de resistir y proxenetismo⁹.

2. UN ALTO EN EL CAMINO

Quisiera detenerme aquí un momento, para alejarme un poco del discurso del sexo (Serrat dice que de lejos se ve más claro), para tratar de bosquejar un panorama sobre el estado actual de la **cuestión penal**, que me sirva de referente para unas reflexiones posteriores. Este panorama se puede describir a través de tres notas:

2.1. El descubrimiento de nuevos campos sociales, a los cuales se pretende enfrentar con los instrumentos del derecho penal

La revolución informática, la difusión de sustancias estupefacientes, las manipulaciones genéticas, el transplante de órganos, la irrupción del SIDA, la necesidad de protección del medio ambiente, la criminalidad económica, el crimen organizado y el terrorismo, etc., hacen que el derecho penal deje de ser un instrumento para reaccionar ante daños y se convierta en factor para la prevención de riesgos. En

⁸ La violencia intrafamiliar se había empezado a regular con la Ley 294 de 1996, la cual ha sido modificada por las siguientes leyes: 248 de 1995, 575 de 2000, 575 de 2000, 599 de 2000 (Código Penal), 882 de 2004 y la Ley 1098 de 2006, lo que demuestra una actividad legislativa particularmente febril.

⁹ Llama poderosamente la atención en este Código la introducción del artículo 212: “Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”. Es al mismo tiempo una burda sexualización del cuerpo entero y una falo-idolatría frente a cualquier objeto.

el centro de este fenómeno está, a su vez, la asunción, por el discurso penal, del concepto de sociedad de riesgo, lo que ha traído como consecuencias inmediatas para el derecho penal, adelantar la barrera de protección a los bienes jurídicos y por este camino el delito ha dejado de ser una conducta que produce resultados dañinos a los bienes jurídicos, para ser un peligro abstracto a las condiciones de supervivencia de la sociedad. Y ese peligro, como normalmente no se conoce en toda su extensión, se presume y en algunos casos, se deduce estadísticamente.

2.2. Las nuevas funciones que se le atribuyen al derecho penal

La tensión entre modernidad y postmodernidad, se ha reflejado en el derecho penal, modificando profundamente sus funciones declaradas; “El derecho penal ya no debe (o ya no debe únicamente) castigar, sino *infundir confianza* a la colectividad e incluso *educarla*; siendo así, estas funciones de *tranquilización* y de *pedagogía* no pueden más que provocar una extensión del ámbito que debe ser cubierto por el derecho penal”¹⁰.

Esta nueva función que se le atribuye al derecho penal, lo sitúa más bien en un estadio premoderno, porque como lo dice el mismo Stortini, se vuelven a confundir el derecho y la moral y, entonces, el derecho penal se ve necesariamente avocado al autoritarismo: “... porque [se] confía en el derecho penal y a un instrumento coercitivo una misión pedagógica que contradice la naturaleza de ese instrumento, situándolo más en una lógica autoritaria que en una tolerante y democrática”¹¹.

2.3. La reaparición y, sobre todo, la instrumentalización de las víctimas

Uno de los temas que han resurgido con más fuerza en el derecho penal de los últimos años, ha sido el de las víctimas. Aparentemente recogiendo una de las críticas del abolicionismo al derecho penal (el derecho penal secuestra el conflicto y desplaza la víctima, convirtiendo el proceso penal en una relación entre el delincuente y el Estado), se pretende poner ahora a la víctima en el centro del debate, instrumentalizándola: “Si las víctimas fueron alguna vez el resultado olvidado y ocultado del delito, ahora han vuelto para vengarse, exhibidas públicamente por políticos

¹⁰ Luigi Stortoni. En: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*. Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín (coords.) Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003, pág. 16.

¹¹ *Ibidem*, pág. 14

y operadores de los medios de comunicación que explotan permanentemente la experiencia de las víctimas en función de sus propios intereses”¹².

3. LA FAMILIA: UN LUGAR DE RIESGOS Y UNA FUENTE DE EXTRACCIÓN DE VÍCTIMAS

Probablemente, no haya hoy un tema que suscite más interés en los medios de comunicación social que los delitos sexuales contra menores y la violencia intrafamiliar, cuando tiene ingredientes sexuales. Tampoco hay mejor instrumento para convertir un naciente político en una estrella mediática, que mostrarse absolutamente implacable con los delitos sexuales y especialmente cuando se trata de víctimas menores. Al momento de hacer propuestas, se despierta una imaginaria punitiva sin límites: la pena de muerte, pasando por la cadena perpetua, deteniéndose a veces en la castración con variables: física o química; carteles con las fotos de los violadores en los sitios más visibles de las ciudades, o que a éstos se les obligue, aun después de haber purgado sus penas, a portar una camiseta que ponga en evidencia su pasado o que tenga que visitar a sus vecinos para notificarles su condición.

Que haya un interés tan renovado sobre la delincuencia no es nada sorprendente, pues ya lo había señalado Nils Christie:

Hoy en día, con un Estado debidamente debilitado, para la mayoría de los políticos es casi un sueño verse involucrados con la ley, particularmente con el derecho penal. La explicación probablemente resulte obvia en este punto: quedan muy pocos campos para el lucimiento a nivel nacional, para los políticos como figura política, y para la política de partido. Con la economía fuera de la política, sin el dinero de los impuestos para una reforma social, en una sociedad en la que el monolito está sólidamente establecido (...) el delito se convierte en el principal escenario para lo que queda de la política¹³.

Lo que sí puede sorprender y en todo caso es digno de atención, es que frente a tanto discurso marrullero respecto a la familia, de hecho, a ésta se le presenta como la gran fuente de riesgos. Las historias no cesan de repetir que es en el entorno familiar donde florecen los mayores peligros de los abusos sexuales y muchas clases de violencia. Los padres, padrastros, hermanos mayores, tíos, se convierten en

¹² David Garland. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, pág. 241.

¹³ Nils Christie. “El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobre criminalización”. En: *XX Jornadas internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal. Bogotá, 1998, págs. 51-52.

un peligro al cual hay que vigilar permanentemente. El hogar ha dejado de ser el lugar por excelencia de la privacidad, para convertirse en un objetivo de constante escrutinio donde la sociedad y el Estado deben estar en alerta rigurosa porque se ha descubierto, que más que familiaridad, hay que ver allí un mundo de víctimas y victimarios potenciales.

La estrategia no puede ser más clara y más patética: en unos Estados deslegitimados, a todo el mundo se le invita a romper el silencio en el hogar, porque fuera de él hay unas autoridades y unos medios de comunicación que sí comprenden la gravedad del hecho y que lucharán por las víctimas, sin descanso, aun en contra de padres, hermanos y allegados. Y patética: la familia como tema penal, como fuente de riesgo y donde se encuentran unas víctimas silenciadas, que las autoridades y los medios de comunicación vengarán, sacarán a luz pública, para que la sociedad descargue todas sus represalias sobre los victimarios.

Un intermedio: ¿qué hacer con la violencia contra los niños?

Cuando señalo esta estrategia legitimadora del Estado, apoyada en la violencia en la familia y sobre todo en el sexo de los niños, no es porque desconozca el inefable drama de *algunos* niños que son víctimas de terribles abusos; pero creo que se está poniendo en marcha una cruzada históricamente moralista y efectivista, que difícilmente puede proteger a los niños abusados. La solución, la insinúa el título de aparte: la violencia contra los niños hay que tratarla como lo que es: violencia pura y simple. Considero importante que se abandone ese aire de cruzada y se tenga en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, **Revisar la legislación**. En un momento en el cual los estudios indican que las nuevas generaciones están llegando a la pubertad mucho más precozmente que las anteriores, la legislación y la jurisprudencia parecen ir en contravía. Señalan la edad de los catorce años como el límite a partir del cual se puede empezar a tener sexo. Estamos, por un lado, inclusive retrocediendo más allá de legislaciones decimonónicas, que admiten el límite simplemente en la pubertad, lo cual, obviamente, obligaba a un examen caso por caso, sin esas rigideces, muchas veces contrarias a la realidad. Por otro lado, otra vez los adultos quieren decir contundentemente no al sexo de los niños, apoyándose en una extraña sabiduría, que los capacita para indicarles cuándo deben empezar su actividad sexual.

Es bueno recordar que a mediados del siglo XIX, la gran preocupación no fue silenciar el sexo de los niños y de los adolescentes, sino controlarlo con el pretext-

to de los riesgos de la masturbación. El miedo a la masturbación de los niños y adolescentes, se convirtió en una gran preocupación que generó una cruzada que hoy calificaríamos de histérica: se crearon recetas, prospectos de medicamentos, aparatos, vendas, y sobre todo, imágenes¹⁴. Se afirmó “científicamente” que “La masturbación ya no está esta vez en el origen de esa especie de enfermedad fabulosa y total, sino como causa posible de todas las enfermedades posibles”¹⁵ y “En el límite, alguien que muere de viejo muere a causa de su masturbación infantil y una suerte de agotamiento precoz de su organismo”¹⁶. Foucault evoca, en el texto citado, a los padres velando en la noche para evitar esa “horrorosa” práctica de sus hijos y a los niños durmiendo con las manos atadas.

Vemos aquí una estrategia con un soporte diferente al actual. En el siglo XIX, el sexo infantil era omnipresente, insidioso, se mantenía al acecho. Hoy, se quiere negar y se proclama su inexistencia hasta los catorce años. Hay que recordar, por ejemplo, que entre nosotros hasta una reciente sentencia de la Corte Constitucional¹⁷, las jóvenes podían contraer matrimonio desde los doce años y seguramente muchas de nuestras abuelas y bisabuelas lo hicieron, sin que se observaran esos devastadores efectos que ahora se quieren ver en cualquier relación sexual de un menor de catorce años.

En segundo lugar, hay que desexualizar el tema con los niños y colocarlo en su verdadera dimensión: una violencia, simple y pura. Marine Zecca decía: “Pero lo que se ejerce sobre los niños no es ya un acto sexual, creo: es verdaderamente una violencia física [...] Es lo que quería decir: ya no se trata de sexualidad, estamos en otro campo, en el de la violencia física”¹⁸. Y David Cooper, reafirmaba: “No es sexual. Es una lesión”¹⁹. En el horizonte de esta cuestión, se deberían abandonar tantas discusiones sobre objetos gaseosos como la seguridad y la formación sexuales y proteger el **derecho a decir no**, tanto para niños como para adultos.

¹⁴ Ver Michel Foucault. *Los anormales. Curso en el Collage de France (1974-1975)*. Trad. Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, pág. 219.

¹⁵ Michel Foucault. *Los anormales*. ob. cit. Pág. 223.

¹⁶ Michel Foucault. *Los anormales*. ob. cit. Pág. 226.

¹⁷ Sentencia C-507 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda E.

¹⁸ Encierro, psiquiatría, prisión. Diálogo entre David Cooper, Marie-Odile Faye, Jean Pierre Faye, Michel Foucault y Marine Zecca. *En: Sexo, poder, verdad*. Barcelona: Materiales, 1978, pág. 200.

¹⁹ *Ibidem*.

Tercero, **asumir el problema sin hipocresías**. Entiendo que la propuesta de colocar las relaciones sexuales con menores de catorce años en el campo de la simple violencia puede ser resistida, porque hay quienes prefieren un sexo infantil completamente silenciado, que les permite a los adultos seguir diciendo cuándo debe empezar y en qué condiciones. Indudablemente los adultos perderían algo de su sabiduría salvadora, protectora y carecería de sentido el paternalismo orientador e ilustrado. Plantear el problema en términos de una **simple violencia** suscita un problema muy grave para algunos: ¿Qué hacemos con las otras violencias contra los niños, esas que se hacen visibles en los semáforos, en las aceras, en los barrios periféricos, en los niños sin comida, techo y educación? Aquí la estrategia también es clara: en las agresiones que involucren el sexo se puede individualizar a un culpable y presentarlo como un monstruo. Eso hace sentir a la gran mayoría buenos, les permite mantener la buena conciencia y les da cierta superioridad moral porque ellos no practican ese tipo de violencia. Pero... ¿y las otras? ¿a quiénes señalamos como culpables? Es claro que la respuesta puede llevar muy lejos y muy arriba; parece más cómodo, tranquilizador y efectivista un discurso que nos muestre una víctima inocente y un depredador monstruoso.

Disgresión. El proyecto sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo

Detrás del proyecto que pretende otorgar algunos derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, hay unos movimientos sociales y unas personas que han demostrado una valentía y un arrojo que personalmente me despierta toda la solidaridad. Sé que por personas y grupos como ellos, ha sido posible que el Estado haya retirado su mano en muchos campos del sexo de los habitantes –en los cuales no tendría que haber estado– como el amancebamiento, el adulterio, en las relaciones homosexuales, o que no se impongan obstáculos a la posibilidad de cambiarse de sexo, nombre, etc. Sin dejar de reconocer lo anterior, quisiera hacer unas reflexiones sobre las estrategias que pueden estar inscritas en este proyecto.

Por un lado, me parece que pedir el derecho a la seguridad social para la pareja del mismo sexo, deja en la sombra un problema mucho más grave: ¿Por qué no disfrutan de la seguridad social **todas** las personas, independientemente que vivan en parejas hetero u homosexuales? ¿no debería lucharse por una seguridad social verdaderamente universal? ¿no se está sectorizando un problema que tendría que ser de **todos**?

Por otro lado, creo que los derechos sucesorales para la pareja homosexual hacen un culto exagerado y probablemente perpetuador de instituciones que deberíamos empezar a cuestionar como el matrimonio y, sobre todo, el derecho de herencia. El derecho a la herencia se inscribe, necesariamente, en una alianza de sangre, por medio de la cual el sólo hecho de ser parientes, a veces lejanos, fríos e inclusive hostiles, cuando la muerte llega, pueden acercarse a pedir su parte. ¿No sería esto más bien lo que debería cuestionarse para, en su lugar, establecer unas formas de repartición del patrimonio del difunto, que tuvieran en consideración otros factores como la solidaridad, la fortaleza y, en últimas, la materialidad de las relaciones?

Creo que hay que ser muy cautelosos con el reclamo de muchos de estos derechos que pueden terminar creando discriminaciones adicionales y confundiendo la libertad con un simple cambio de obligaciones.

CONCLUSIONES

Un breve recorrido por la legislación penal colombiana en materia sexual, nos muestra con toda claridad que muchas conductas que se habían considerado delictuosas, han dejado de serlo. Esto no quiere decir que automáticamente los colombianos estemos gozando de mayor libertad sexual y, sobre todo, que no se sigan diseñando y poniendo en práctica, con el pretexto del sexo, estrategias de control. Así, por ejemplo, si se ha levantado la punibilidad del homosexualismo, inmediatamente ha aparecido la necesidad de precauciones sanitarias muy exigentes, para presuntamente evitar el contagio del SIDA. Si se desacraliza el matrimonio, en su reemplazo se legisla sobre la violencia intrafamiliar, lo que puede llegar a cobijar, en un próximo futuro, a las parejas del mismo sexo; si se admite discutir algunos derechos para parejas homosexuales, se silencia el sexo de los menores y se dispara el arsenal punitivo, inclusive en relaciones consentidas y en el seno de la familia. El mismo sexo se aspira a convertirlo en material de enseñanza obligatorio en las escuelas y colegios.

Es claro, entonces, que si la ley se retira de un lado, es para introducirse mejor y más eficazmente, en otro. Creo que nunca, como hoy, se tiene mayor visibilidad y sensibilidad frente a la delincuencia sexual. Es probable que el problema no haya crecido, pero hablamos tanto de él que necesariamente aparece por todas partes. Cierta liberalidad en el sexo se otorga a cambio de perpetuar instituciones como la familia y las reglas sucesorales.

Finalmente, creo que el problema no consiste en que se otorguen derechos a los diferentes, sino en que se retiren tantas cauciones religiosas, morales, científicas pedagógicas y jurídicas frente al sexo de **todos** y así se podrá tener en el sexo un placer sencillo, singular, irrepetible, que pueda disfrutarse sin que las manos largas de la moral, las ciencias o la Ley, lo constriñan o lo moldeen. En su límite no debe haber más que el **derecho del otro o de la otra, a decir no.**



Región: Magdalena Medio
Autor: J. Alfredo Laverde Calderón
Título: Drama de un campesino
Técnica: Mixta brea y acrílico
Dimensiones: 120 x 70 cm

***CON LA CULTURA A CUESTAS.
LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA
EN EL DEBATE MULTICULTURAL***

Fecha de recepción: Agosto 30 de 2007
Fecha de aprobación: Septiembre 28 de 2007

**CON LA CULTURA A CUESTAS.
LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL DEBATE MULTICULTURAL**

*Santiago Sastre Ariza**

RESUMEN

Sin duda, el concepto de cultura está muy presente en el debate de la filosofía política (especialmente en el enfoque comunitarista). En este artículo trato de hacer una aproximación conceptual a la noción de cultura (centrada en las notas de la subjetividad –el quién– y la supervivencia –el para qué–) para destacar, finalmente, la visión de la cultura en la que parece apoyarse el liberalismo político. El enfoque liberal presta más atención al valor del individuo (al ejercicio de su autonomía), cuya defensa constituye el eje vertebrador de su propuesta universalista de los derechos humanos.

Palabras clave: cultura, comunitarismo, liberalismo, individuo, autonomía, universalidad y derechos humanos.

**WITH CULTURE ON ONE'S SHOULDERS.
THE PERSON AS THE CENTER IN THE MULTICULTURAL DEBATE**

ABSTRACT

Without any doubt, the concept of culture is really present in the debate of the political philosophy (especially in the communitarist side). In this article I try to do a conceptual approximation to the notion of culture (centered in the notes of the subjectivity -the who- and the survival -the why-) to emphasize, finally, the vision of culture in which seems to be supported the political liberalism. The liberal side regards with more attention to the value of the individual (the exercise of his autonomy), whose defense constitutes the central axis of its proposed of the universality of the human rights.

Key words: Culture, communitarism, liberalism, individual, autonomy, universality and human rights.

• Profesor titular de Filosofía del Derecho. Enseña Teoría del Derecho y Filosofía Política en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.

CON LA CULTURA A CUESTAS. LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL DEBATE MULTICULTURAL

1. LA CULTURA EN LA NATURALEZA

Si fuera posible hacer una estadística con la finalidad de recoger las palabras más empleadas en el juego lingüístico, creo que una de las principales candidatas para figurar en ese elenco sería *cultura*. Es indudable que desempeña un papel nuclear en muchas disciplinas (podemos citar a título de ejemplo la sociología, la antropología, la psicología y la filosofía). Y, sin embargo, lo primero que llama la atención es que se trata de un concepto borroso o escurridizo, pues resulta difícil de precisar o manejar con rigor. No es de extrañar por eso que se haya afirmado que el término “cultura” viene a ser una especie de inútil caja de Pandora¹.

Si prestamos atención a los usos lingüísticos que recoge el diccionario de la Real Academia es posible advertir cómo el significado de “cultura” ha estado sometido a los avatares de la evolución histórica. En efecto, la cultura tiene que ver con aspectos tan dispares como la agricultura (ya que la raíz latina de “cultura” es *colere*, que se refiere al cuidado y cultivo de la tierra), como el culto religioso (es decir, los actos con los que los sacerdotes propician y cuidan la relación con la divinidad) y, finalmente, la alusión a la educación (pues es obvio que en este caso el cultivo se refiere a la adquisición y desarrollo de conocimientos), que es el giro con el que de forma habitual se suele manejar este vocablo. Parece ser que fue Marco Tulio Cicerón quien, en su tratado *Tusculanae disputationes*, usa por primera vez el término “cultura” con este último sentido al comparar un campo cultivado con un individuo que ha recibido formación.

Dejando a un lado la imposibilidad de una definición correcta de cultura que captaría algo así como su esencia, me parece que lo más adecuado es acercarse al significado de cultura sin perder de vista, y esto es ahora lo importante, cuáles son los problemas que están relacionados con ella y que en este caso pretendo abordar. En este sentido, considero que una estrategia útil para afrontar el análisis de la

¹ L. Rossi y E. O’Higgins, *Teorías de la cultura y métodos antropológicos* (1980), trad. A. Cardín. Anagrama: Barcelona, 1981, p. 36.

cultura, y que se remonta nada menos que al pensamiento griego (concretamente a la conocida distinción entre el ámbito convencional del *nomos* y el ámbito natural de la *physis*) consiste en diferenciar la naturaleza de la cultura. ¿De qué modo esta dicotomía puede arrojar luz en la aproximación a la noción de cultura?

Por un lado, se insiste en que la naturaleza es, por así decirlo, *algo* que nos viene ya establecido, *algo* que no elegimos sino que nos encontramos *ahí*; es decir, una realidad que está fijada de antemano y que se rige por sus propias normas. Desde un punto de vista antropológico, cuando se habla de la aportación de lo natural se alude a todo aquello con lo que uno nace; con otras palabras: lo que forma parte de la herencia genética o biológica. Así, quien sostenga la tesis, que a mí me parece improbable, de que el hombre está orientado o dirigido totalmente por sus genes (en definitiva se trataría de reducir el hombre a pura biología) dejaría al hombre atrapado en esa especie de tela de araña que a modo de orden inamovible teje la naturaleza humana.

En cambio, cuando la cultura se presenta en oposición a la naturaleza lo que se quiere resaltar es que se enmarca en el ámbito de lo producido por los hombres (dejo ahora a un lado la visión de la cultura como *un entramado de enseñar y aprender* que podría rastrearse también en el comportamiento de algunos animales²). Por tanto, se insiste en el componente de construcción o elaboración que la cultura añade a la naturaleza. Desde un punto de vista antropológico la cultura designa en el hombre todo aquello que aprende en el juego social, es decir, lo que para bien o para mal adquirimos en la convivencia con nuestros semejantes. Si la palabra clave para entender el enfoque antropológico de naturaleza es *herencia*, en el caso de la cultura sería *aprendizaje*. Ciertamente, es en el seno de la vida social donde el hombre selecciona lo que imita, asume y aprende de otros hombres. En el contexto de la filosofía de la cultura se suelen oponer los *genes*, como elementos que transportan la información genética, frente a los *memes* o culturgenes³ que designan las unidades de transmisión cultural que el hombre recibe o asimila.

De acuerdo con esta distinción, tiene sentido afirmar que el hombre es fruto de la evolución biológica pero al mismo tiempo se eleva, si se le permite la expresión, por encima de las exigencias que le marca su programa biológico y se convierte en

² Así, la presencia de la cultura en el reino animal se destaca poniendo de relieve, por ejemplo, cómo algunos chimpancés usan piedras para romper frutos secos y manejan ramas para excavar y sacar las termitas del termitero, vid. J. Mosterín, *La naturaleza humana*. Espasa Calpe: Madrid, 2006, pp. 229 y ss.

³ Vid. J. Mosterín, *Filosofía de la cultura*. Alianza: Madrid, 1993. En sentido crítico G. Bueno, *El mito de la cultura. Ensayo de una filosofía materialista de la cultura*. Prensa Ibérica: Barcelona, 7ª ed., 2004.

protagonista de la cultura que fabrica. Como escribe el teólogo Olegario González de Cardenal, “la cultura es un elemento constituyente de la vida humana, cuando quiere vivir más allá del instinto zoológico o de la ley de la selva. En la cultura prevalece lo gratuito, la belleza, la esperanza, lo sublime o la ironía para sobreponernos al absurdo o a lo imposible, saltando sobre sus alambradas. Esas creaciones ensanchan y redoblan la vida humana, permitiendo a cada uno de nosotros vivir las múltiples trayectorias posibles que laten en nuestros entresijos; esos “yos complementarios” de los que hablaba Unamuno”⁴. El ser humano es capaz de construir con “sus manos” una especie de segunda naturaleza⁵. No hay que olvidar que el equipaje natural del que dispone el hombre (basta pensar en su cerebro y en su predisposición para manejar el habla) ha sido decisivo en el desarrollo de la cultura. Es indudable que estas condiciones han sido determinantes para que el hombre desplegara una cultura más sofisticada y perfeccionada que la de los animales.

El análisis de la cultura a partir de su contraposición con la naturaleza no debe ocultar que esta distinción no es pacífica. Los problemas apuntan en la dirección de destacar las dificultades que hay a la hora de deslindar nítidamente lo natural frente a lo cultural, que en el discurso antropológico se expresaría en los términos de advertir la estrecha relación que existe entre lo innato y lo adquirido. Podríamos decir que provistos con *la inseparable mochila* de nuestra trama hereditaria y a través de *las gafas* de nuestra cultura tratamos de interpretar o comprender la realidad. De todas formas creo que el conocimiento de la realidad no puede ser concebido, desde un punto de vista epistemológico, como un todo *de la misma pasta*, pues no es lo mismo acercarse al mundo social (que suele -y debemos- cambiar para que sea cada vez más justo y está más mediatizado por la cultura) que al mundo natural (que presenta una objetividad más poderosa y por eso permite remitirnos a “la prueba de los hechos”).

2. LA CULTURA, LA NATACIÓN Y LA MANTEQUILLA

Dejando a un lado estos problemas, lo que más me interesa ahora es profundizar un poco en ese proceso que ilustra cómo se inserta o se ensambla la cultura en el espacio de la naturaleza. Para abordar esta cuestión me voy a servir de algunas ideas del pensamiento de *nuestro* Ortega y Gasset.

⁴ Olegario González de Cardenal, “Dinamismos sociales y poder político”, *ABC*, 15-2-2007, p. 3.

⁵ E. Moya, “Antropología filosófica”, J. Muñoz (dir.), *Diccionario de Filosofía*. Espasa: Madrid, 2003, p. 24.

Hay dos imágenes o metáforas que son consideradas como emblemas del pensamiento orteguiano. Me refiero al arquero y al náufrago. Con el arquero que tensa el arco con la intención de alcanzar su blanco Ortega recalca, desde su conocido enfoque raciovitalista, su visión de la vida no como algo dado sino como proyecto, como quehacer, como empresa, como “futurición”. Con esta imagen, que figuraba ya al comienzo de la *Ética* de Aristóteles, Ortega resalta que “nuestra vida es algo que va lanzado por el ámbito de la existencia, es un proyectil, solo que este proyectil es a la vez quien tiene que elegir su blanco. Nuestra vida va puesta por nosotros a una u otra meta. La elección de blanco no será totalmente libre; las circunstancias limitan el margen de nuestro albedrío”⁶.

La imagen del arquero predomina en las primeras etapas del pensamiento orteguiano para dejar paso, en los umbrales de los años treinta, a la del náufrago, que es la que emplea para exponer su conocida visión de la cultura⁷. Pues bien, se trata de que el hombre se encuentra en el contexto de la naturaleza en una especie de situación de indigencia, en cuanto tiene que hacerse y construirse en su circunstancia, en un medio que no domina y en el que se siente extraño y amenazado. Por eso la vida en sí siempre es un naufragio, y el hombre, escribe Ortega, sintiéndose “que se sumerge en el abismo, agita los brazos para mantenerse a flote. Esa agitación de los brazos con que reacciona ante su propia perdición es la cultura”⁸. La equiparación de la cultura a un movimiento natatorio supone, en primer lugar, concebirla como algo que depende del propio sujeto, ya que lo que le impide hundirse es su empeño y su esfuerzo por braccar, y, en segundo lugar, se conecta la cultura con la supervivencia en cuanto nos ayuda a subsistir o a salvarnos en medio del *oleaje de la vida*. Por tanto, de aquí se extraen dos notas que me parecen importantes para abordar la cuestión de la cultura: su condición subjetiva y su relación con la supervivencia.

⁶ J. Ortega y Gasset, *El Espectador* (1930), En: *Obras completas*. Alianza: Madrid, 1983, volumen II, p. 644. Para A. Bastida, “la magnanimidad queda representada en el arco tenso de la vitalidad y la flecha del alma; la madurez, en la aceptación del esfuerzo que supone la caza; la claridad, en el ojo avizor del cazador”, “Salvación y elegancia de la vida. La metafísica ética de José Ortega y Gasset” En: F. Llano y A. Castro (ed.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*. Tébar: Madrid, 2005, pp. 55-107, p. 101. La práctica del tiro con arco tiene una relevancia especial en el contexto de la filosofía zen, en cuanto se asocia con una simbología (identificando al individuo con el arco, la flecha, el objetivo y el arquero) que se presenta como un camino hacia la iluminación.

⁷ Sigo aquí el análisis de F. J. Martín, *La tradición velada. Ortega y el pensamiento humanista*. Biblioteca Nueva: Madrid, 1999, pp. 169 y ss.

⁸ J. Ortega y Gasset, *Goethe desde dentro* (1932), *Obras completas*, citado, volumen IV, p. 397.

Confieso que al leer este texto orteguiano recordé la fábula de los dos ratones que cuenta el actor Christopher Walken en la estupenda película *Atrápame si puedes* (*Catch me if you can* de 2002) de Steven Spielberg. La película está basada en la autobiografía de Frank Abagnate Jr. (que, por cierto, hace un cameo, pues aparece en la piel de un policía francés) y cuenta cómo un adolescente, después de la ruptura de la armonía familiar a raíz de un divorcio y dominado por la imagen idealizada del padre, logra burlarse de las convenciones e instituciones del mundo de los adultos convirtiéndose en un *adorable* estafador (papel que interpreta, a mi juicio, de forma convincente, Leonardo DiCaprio). Yo creo que es una película que demuestra la poderosa fuerza de la mentira y la apariencia, que conduce finalmente al territorio de la soledad. El protagonista desempeña diferentes profesiones sin tener la cualificación necesaria (médico, abogado y copiloto de líneas aéreas) y se convierte en un experto a la hora de falsificar talones, lo que le permite hacerse con un botín de millones de dólares. Pues bien, hay un momento en el filme en el que el padre (al que da vida Christopher Walken) pronuncia un brevísimo discurso, al tomar posesión como miembro vitalicio nº 58 de un distinguido club, en el que comenta la historia de dos ratones que cayeron en un cubo de nata; uno se rindió enseguida y se ahogó, mientras que el otro siguió peleando y logró convertir la nata en mantequilla, de modo que consiguió escapar. El padre termina su alocución afirmando con rotundidad: “desde este momento yo soy ese segundo ratón”. Cuento esto porque con esta historia también se puede ilustrar, si se me permite esta osadía filmica, esos dos elementos a los que aludía antes como característicos de la cultura: el elemento subjetivo (en este caso el esfuerzo por bracear del ratón) y su vinculación con la supervivencia (que aquí estaría representada por la mantequilla). A continuación desarrollaré un poco más estos dos requisitos como ingredientes básicos de la cultura.

En relación con la última característica, se podría pensar que la conexión entre la cultura y la supervivencia anticipa ya un enfoque optimista sobre el papel de la cultura. Es verdad que siempre cabe añadir una dosis de pesimismo y recalcar que también forman parte de la cultura algunas prácticas como la tortura, el canibalismo, fumar, hacer la guerra y tomar droga. Pero el análisis de estas manifestaciones parece que no invalida el juicio genérico que consiste en reconocer que la cultura nos ha concedido, en general, un mejor equipamiento para enfrentarnos a la naturaleza y nos ha ayudado a superar adversidades y a avanzar en un proceso de socialización que ha contribuido en gran parte a nuestro bienestar.

Por decirlo de una manera más contundente: la cultura ha venido en nuestro auxilio para subsistir y para encontrar una dosis de felicidad en el ámbito *inhóspito*

de la naturaleza. Jesús Mosterín advierte que hay razones para el pesimismo si tenemos en cuenta ciertas expresiones culturales, pero al mismo tiempo reconoce que “el triunfo total de nuestra especie en la competencia interespecífica no es el triunfo de la naturaleza humana sino el de la cultura humana”⁹. Por tanto, si la cultura humana se asocia con el triunfo del hombre creo que es posible defender una posición moderadamente optimista, aunque existan algunas prácticas culturales que nos hagan pensar lo contrario. En definitiva, en este nivel del discurso en el que nos preguntamos por el carácter funcional (es decir, el *para qué*) de la cultura, tiene sentido presentar la cultura como una especie de salvavidas o como un elemento que el hombre elabora para satisfacer ciertas necesidades. Esta idea, que propone la cultura como algo que viene en ayuda del hombre, me parece útil, como argumentaré después, a la hora de realizar una aproximación valorativa a las prácticas culturales.

Aparte de este elemento *salvífico* que parece incorporar la cultura, la otra característica que Ortega atribuye a la cultura es su condición subjetiva, pues es el hombre el que construye deliberadamente la cultura al agitar los brazos en un intento desesperado por evitar el naufragio. La artificialidad de la cultura radica en que se trata de una construcción humana. Me parece que la característica de la subjetividad es la más difícil de analizar porque puede ser estudiada desde diferentes ángulos. Y además hay que subrayar que tiene una especial relevancia en el andamiaje teórico de algunas propuestas teóricas que son objeto de debate en la filosofía política contemporánea.

Para empezar, en el examen de la subjetividad tal vez convendría no hablar tanto de cultura en abstracto (la visión de la cultura como proceso) como de sus concretas manifestaciones (la visión de la cultura como producto). Esto quizá ayudaría a poner de relieve la condición del hombre como sujeto activo o agente cultural. Así, a título de ejemplo, en esa *habitación tan amplia* de la cultura cabe incluir aspectos tan dispares como el lenguaje, el comercio, el arte, el vestido, la música, el Derecho, la política, la filatelia, la vivienda, la religión, la cocina, la filosofía, la ciencia, la peluquería, el cine, la papiroflexia, la carpintería, la moral, etcétera.

Si se tiene en cuenta esta enumeración es fácil apreciar cómo algunas de estas expresiones presentan un indudable sesgo subjetivo pero otras, en cambio, en ocasiones no han sido concebidas o representadas de esta forma. Algunas se han interpretado con una cierta connotación objetiva, acercándolas de esta manera al ámbito de lo natural. Esta *naturalización* de determinados productos culturales se

⁹ J. Mosterín, *Filosofía de la cultura*, citado, p. 72.

ha producido por la vía de considerar que se encuentran más allá de las “manos” del hombre o que están enclavados en ese ámbito regido por las leyes de la naturaleza. Me parece que esto es lo que ha sucedido en algunos casos como por ejemplo con el Derecho (cuando se afirma la existencia de un Derecho natural o de unas leyes naturales que se sitúan por encima de la voluntad de los legisladores de carne y hueso), con la religión (si se considera que remite a una realidad ontológica superior y, por tanto, no es un producto más de la cultura¹⁰), con la política (cuando se presenta al político como alguien que está dotado de unas cualidades especiales para pilotar la nave del Estado, como sucede con los filósofos-políticos de Platón) y con la moralidad (si se afirma, desde el objetivismo ético, que en el mundo de la moral es posible encontrar *tierra firme*, es decir, algo así como hechos morales que tienen la misma fuerza empírica que los hechos de *aquí abajo*).

De todas estas prácticas culturales me parece que la religión tiene una fuerza especial porque suele presentar una visión omnicomprendiva de la realidad. Con esto quiero decir que las creencias religiosas no afectan a ciertas parcelas de la vida de los creyentes sino que proponen una visión totalizadora ya que *empapan* el estilo de vida y la visión del mundo de los creyentes. Por decirlo empleando términos filosóficos: no operan desde esa especie de *atomismo* de tener su reflejo en éste o aquel comportamiento aislado, sino que intervienen desde ese *holismo* que supone enfocar la vida como un todo desde el prisma de la fe. Por eso no es de extrañar que la religión haya sido concebida como uno de los principales escollos a la hora de afrontar el diálogo y diseñar una política común en las sociedades multiculturales contemporáneas.

3. HACIA LA SUBJETIVIDAD DE LA CULTURA

El proceso de objetivación de la cultura puede venir a través de la estrategia de objetivar alguna de sus particulares manifestaciones, como acabo de apuntar, pero también mediante la presentación de la cultura como una realidad existente en la que deben integrarse necesariamente los individuos. En este caso se considera que los individuos son sujetos pasivos en cuanto *padecen* la cultura, pues ésta se configura o moldea su identidad, su autonomía y sus creencias. En esa cultura el sujeto debe moverse como pez en el agua, pues constituye algo así como el ecosistema

¹⁰ La religión pretende responder, fundamentalmente, a la cuestión del porqué del mundo (de la naturaleza) con el que se encuentra el hombre y donde construye la cultura, y, por otro lado, al porqué o al sentido de su vida, que desemboca necesariamente, por decirlo en términos manriqueños, en el mar de la muerte. Vid. J.M. Barrio, *Antropología del hecho religioso. Con un debate Ratzinger-Habermas*. Rialp: Madrid, 2006.

o el caldo de cultivo de su yo individual. La objetividad de la cultura a veces se articula a partir de ciertas características –como la lengua, la raza, la historia y la religión- que comparten los que viven en un determinado territorio (como sucede en el caso de la propuesta normativa del nacionalismo) y otras a través de una visión de la comunidad cultural como un entramado de prácticas que tienen la función de acuñar en el individuo su identidad personal (como ocurre en el caso de la corriente del comunitarismo)¹¹. Pues bien, esta interpretación, que aproxima la cultura a una realidad natural fácilmente identificable, me parece peligrosa por dos motivos: por la concepción de cultura que mantiene y por las consecuencias negativas que puede acarrear para el individuo.

En relación con el problema de la configuración del individuo, no creo que nadie medianamente sensato pueda negar que la cultura desempeña un papel importante en *el yo* del individuo; concretamente en aquello que se refiere a las creencias desde las que el individuo ejerce su autonomía, sostiene su visión del bien y edifica su identidad personal. En la construcción de su vida nadie parte de cero; nadie es una hoja en blanco en la que pueda escribir a su antojo lo que quiera. Pero una cosa es reconocer esta relación inevitable entre el hombre y la cultura (eso sí: conviene insistir en que se trata de cualquier cultura) y otra diferente defender su condición objetiva a partir de esta relación y justificar así su necesidad de protección por parte del Estado a través de normas jurídicas. Pienso que en algunos casos la intervención estatal puede ser reclamada con razón para proteger (no para imponer) algún rasgo cultural, pero también para rescatar al individuo de algunas circunstancias culturales que suponen un lastre a la hora de lanzarse a la carrera de la vida en igualdad de condiciones que los demás.

En cualquier caso, creo que es útil poner el acento en la visión subjetiva de la cultura. En este sentido me parece que ha sido la filosofía del liberalismo quien más ha subrayado el proceso de subjetivización de la cultura. Y lo ha hecho sobre todo a través de la defensa, según una expresión acuñada por Schumpeter, del individualismo metodológico, que considero una herramienta teórica fundamental sobre todo en el ejercicio de las ciencias sociales. La idea básicamente consiste en reconocer que los individuos constituyen la unidad explicativa básica de los

¹¹ Para profundizar en las relaciones entre comunitarismo y nacionalismo recomendaría los trabajos de G. López Sastre, “Por una ciudadanía política ilustrada y solidaria” En: F. Valido, A. Maestre y D. Fernández, *El proceso de unidad europea y el resurgir de los nacionalismos*. Euroliceo: Madrid, 1993, p. 73-94., F. Laporta, “Comunitarismo y nacionalismo”, *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 53-68, L. Rodríguez Abascal, *Las fronteras del nacionalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2000 y el último libro de F. Ovejero, *Contra Cromagnon. Nacionalismo, ciudadanía, democracia*. Montesinos: Madrid, 2006.

fenómenos sociales. Esto supone situarse en el dato previo de los individuos, ya que son ellos, y no las culturas, los que sufren, razonan, se emocionan, desean, sueñan, aman, tienen miedos y asumen valores. Me parece difícil concebir algo así como una especie de espíritu común o personalidad colectiva que permitiría dar vida a una especie de *yo colectivo*. Frente a la visión organicista que mantiene el colectivismo metodológico, insistir en el proceso de subjetivización de la cultura es importante en el sentido de que pone de relieve que la cultura de un grupo es ni más ni menos que la cultura de sus miembros o la que es compartida de forma mayoritaria por sus componentes. Así pues, el valor de la cultura depende de la importancia que tenga para los individuos. Por eso la pertenencia a una cultura no debe verse como algo homogéneo sino que admite diferentes niveles o grados. Y esto supone introducir una especie de *caballo de Troya* porque evidencia que la cultura se expresa en los mismos individuos a través de *muchas voces*, porque aquella se compone de múltiples vivencias e interpretaciones. Dentro del mismo grupo cultural podemos encontrar *un nosotros* y *un otros*.

Utilizando una imagen de Antonio Valdecantos¹², me gusta concebir la cultura como un árbol frondoso y a veces tengo la impresión de que los autores que abrazan el multiculturalismo, en un intento por *cosificar* o *reificar* la cultura para hacerla fácilmente identificable, creen que es posible, por muy enredada que esté la copa del árbol, hacer el recorrido exacto que va desde una hoja hasta la raíz que la nutre. Creo que lo normal es que un sujeto no esté hecho culturalmente de una sola pieza y tenga una identidad culturalmente transversal (es decir, con muchas ramas que se entrecruzan). Así, por ejemplo, sería posible concebir la cultura como una especie de muñeca rusa (una *matriuska*)¹³ en el sentido de que dentro de ella se engloban distintas identidades culturales que tienen que ver con factores diferentes, como los relacionados con el contexto territorial (a nivel local, regional, nacional, supranacional...) y los que aluden a aspectos personales (como la profesión, las creencias religiosas, el estatus, las aficiones...) Creo que las culturas son frágiles, porosas, maleables, flexibles. Esto sucede porque están haciéndose o deshaciéndose, están en proceso de construcción o de derribo.

¹² Antonio Valdecantos escribe que los relativistas, que interpretan las culturas como entidades concretas u objetivas, “conciben las culturas de manera arborescente; por muy enredada que esté la fronda de las creencias y de las prácticas, siempre cabrá descender desde una hoja particular hasta sus raíces últimas, mostrándose así que cada creencia pertenece siempre a un árbol y a uno sólo”, *Contra el relativismo*. Visor: Madrid, 1999, p. 51.

¹³ Tomo la imagen de J. Prieto, *Cultura, culturas y Constitución* (1992). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 4ª reimposición, 2006, p. 98.

Con esta visión de la cultura tan elástica (pues no se sabe dónde empieza ni dónde termina) y relativa (pues su valor depende de los individuos) es difícil argumentar que desempeña una sólida función constitutiva en la identidad personal. Más bien parece que es el individuo el que desde la atalaya de su madurez reflexiona, elige y toma distancia frente a ese maremagno cultural y se lanza a la aventura apasionada de edificar con diferentes materiales de *aquí y de allá* y de forma autónoma su identidad personal (algo en lo que tienen mucho que ver, por ejemplo, las relaciones sociales, la lectura de libros y realizar viajes)¹⁴. El enriquecimiento cultural del individuo lleva, en muchas ocasiones, a situarse al margen de las directrices (prejuicios, ideas heredadas, etc.) cultivadas en su grupo cultural. Es por esto, si no me equivoco, por lo que el liberalismo ha venido insistiendo en que no se debe atribuir valor intrínseco a la pertenencia del individuo a una comunidad cultural.

En definitiva, frente al sentido orgánico de la cultura, que fácilmente puede llegar a instrumentalizar al individuo al verlo como una herramienta de transmisión o conservación de la cultura (lesionando así la idea kantiana de que los individuos deben ser concebidos como fines), la filosofía liberal nos ayuda a tener en cuenta la prioridad de los individuos a la hora de analizar fenómenos sociales y por eso es un buen camino para evidenciar la condición subjetiva de la cultura. Como afirma Juan Antonio Rivera, para preservar ciertos rasgos culturales “se está dispuesto a sacrificar a ellos las libertades de los individuos. Para salvar de la extinción una lengua, un nacionalista o un multiculturalista considerarán lícito forzar –directa o indirectamente– a los individuos a hablarla; para mantener una religión habrá que buscar para ella creyentes obligatorios. La actitud conservacionista hacia ciertas “especies culturales” junto a una suerte de “platonismo político” (según el cual esas características de la cultura poseen más relevancia ontológica que las personas concretas de modo y manera que estas últimas son sacrificables a las primeras) son síntomas habituales tanto del multiculturalismo como del nacionalismo”¹⁵.

4. EL RETORNO AL INDIVIDUO

En el esfuerzo por reivindicar la condición subjetiva de la cultura (pues es algo artificial ya que ha sido construida por el hombre) conviene advertir que una cosa es reconocer esto y otra muy diferente sostener que esta subjetividad lleva apa-

¹⁴ J.A. Rivera pone como ejemplo de este modelo romántico y aventurero de *free-rider* cultural o de identidad abierta el caso del pintor Paul Gauguin, J.A. Rivera, *Menos utopía y más libertad*. Tusquets: Barcelona, 2005, pp. 208-209.

¹⁵ J.A. Rivera, *Menos utopía y más libertad*, citado, p. 209.

rejada la defensa de un relativismo cultural que vendría a admitir que todas las culturas tienen igual valor. En esta argumentación se produce un *salto* que no está justificado. Se incurre en la temida falacia naturalista si del hecho de que existan diferentes culturas (es decir, del plano empírico del *ser*) se infiere automáticamente el respeto moral o la justificación de tales culturas (pasamos *alegremente* al plano normativo del *deber ser*).

Si nos situamos en un punto de vista normativo, la propuesta del relativismo ético en el contexto cultural produce efectos devastadores. Si se asume que todas las culturas son inconmensurables, y por tanto incomparables, entonces se propone que la verdad y la justificación de las creencias dependen del marco cultural en el que aparecen, de modo que esas creencias y esas prácticas culturales *están blindadas* contra la crítica ya que desde fuera de esa cultura sería imposible comprenderlas y juzgarlas.

En relación con esta cuestión, en la que ahora no puedo entrar en detalle, me gustaría llamar la atención al menos sobre tres puntos. El primero es que el relativismo es autofrustrante si la defensa de una pluralidad de verdades se propone ya como una creencia verdadera. En el debate sobre la diversidad cultural esto supondría presentar como una verdad inmune a la crítica la tesis de que las prácticas culturales se apoyan en unas creencias que no pueden ser objeto de críticas desde otro marco cultural (el relativista que formula esta afirmación tendría que admitir que al menos esta afirmación no es relativa). En segundo lugar, la senda relativista, como sugiere Antonio Valdecantos, conduce a una especie de universalismo pero a escala local ya que cada cultura reproduce a su modo su propio universo, donde no falta su concepción de la ciencia y de la moralidad¹⁶. Ahora bien, si se parte de que las culturas son construcciones humanas –por tanto subjetivas– parece difícil fundamentar esta especie de universo en pequeño dentro de esa pequeña isla (que tal vez termine siendo una pequeña cárcel) que es el marco cultural. Además, este enfoque lleva a la autosuficiencia de las culturas, en cuanto no promueve la cooperación y conduce, finalmente, al aislamiento y al empobrecimiento de las culturas. Y, en tercer lugar, el relativismo cultural nos aboca a una actitud paralizante en el discurso práctico. Jesús Mosterín lo dice de una manera más poética: “en la noche sin estrellas del relativismo todos los gatos son negros y todas las direcciones son equivalentes: ninguna conduce a ninguna parte”¹⁷. Desde una posición relativista

¹⁶ A. Valdecantos, *Contra el relativismo*, citado, p. 98. Para profundizar vid. L. Arenas, J. Muñoz y A. J. Perona (ed.), *El desafío del relativismo*. Trotta: Madrid, 1997.

¹⁷ J. Mosterín, *Filosofía de la cultura*, citado, p. 140.

¿cómo luchar contra la injusticia o contra aquellas prácticas culturales que nos parecen injustificadas desde un punto de vista ético? El relativismo nos lleva a la perplejidad de sostener una tesis que nos parece contraintuitiva porque no refleja lo que sucede en la práctica moral; si todo vale entonces nada vale, pues todo se sitúa en el mismo plano, de modo que “el valor pierde valor”¹⁸. Como afirma Savater en su último libro, “llevado a consecuencias más extremas, el escepticismo y el relativismo cultural –según el cual no podemos encontrar ninguna verdad fuera de la tradición que le da sentido ni por tanto decidir cuál es más “verdadera” entre las muchas que se nos ofrecen- desemboca en una posición artificiosa, sostenible solamente en el gabinete del investigador o en la sala de conferencias pero es incompatible con el ejercicio de la existencia cotidiana”¹⁹.

Me parece que detrás de la defensa del relativismo cultural subyace una visión del pluralismo que considero equivocada. Es verdad que la existencia de una cultura para todos o esa idealización de una sociedad homogénea o monocultural es una quimera y no parece deseable. Pero otra cosa muy diferente es considerar que la diversidad tiene *per se* un valor moral que permite justificar todos los puntos de vista. Por decirlo de otro modo: hay quien ampara ciertas prácticas culturales que a muchos nos parecen reprochables desde un punto de vista moral apelando al valor del pluralismo. Este es un camino que han transitado *alegremente* algunos antropólogos. Pero creo que ciertas prácticas (como por ejemplo la circuncisión femenina, la quema de viudas, los sacrificios humanos, los matrimonios amañados y la discriminación sistemática de la mujer) no pueden justificarse argumentando que cuanto más variedad cultural mejor²⁰. La desaparición de estas prácticas puede leerse en clave de pérdida cultural pero no como una pérdida moral. En el fondo creo que todo esto pone de relieve que el concepto de pluralismo, igual que el de tolerancia, es un concepto vacío desde un punto de vista moral, es decir, ni bueno ni malo. Se trata de conceptos con una fuerte carga persuasiva porque despiertan una actitud positiva en el interlocutor. Sin embargo para que el pluralismo nos enriquezca moralmente tenemos que entrar a valorar el contenido de las prácticas culturales que se amparan *bajo el paraguas* del pluralismo. Y con la tolerancia también sucede lo mismo: todo depende de lo que se tolere, pues puede haber,

¹⁸ G. Sartori, “Multiculturalismo contra pluralismo”, trad. M.A. Ruiz, *Claves de Razón Práctica*, 187, 2000, pp. 4-8, p. 7.

¹⁹ F. Savater, *La vida eterna*. Ariel: Barcelona, 2007, p. 28.

²⁰ E. Garzón Valdés, “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”, *Claves de Razón Práctica*, 74, pp. 10-23, p. 12 y ss.

como con el colesterol, una tolerancia mala y una tolerancia buena²¹. El pluralismo que nos interesa, por tanto, nos obliga a la difícil tarea de valorar las diferentes manifestaciones culturales.

Y *la pregunta del millón* ya no puede esperar más: ¿cuáles son los criterios que debemos manejar para realizar este (para muchos imposible) enjuiciamiento? A mí me parece que una estrategia equivocada es afrontar esta cuestión, como se ha hecho en el debate sobre la viabilidad del multiculturalismo, a partir de la superioridad de una cultura, que no por casualidad es la cultura occidental. Esta es la vía que han elegido, por ejemplo, el politólogo Giovanni Sartori y la conocida periodista ya fallecida Oriana Fallaci (que expone el debate como un enfrentamiento entre dos civilizaciones –la cristiana y la islámica– y vaticina que la vieja Europa se convertirá en *Eurabia*)²². Me parece equivocada porque la respuesta propone otra nueva versión de comunitarismo en el sentido de que frente a una cultura se opone otra cultura presuntamente superior, que necesita a su vez una noción de pertenencia a una comunidad, de identidad y de sentir cultural, algo que habíamos debilitado ya antes en la argumentación²³. Desde este enfoque, la acusación de eurocentrismo me parece atinada porque una cultura que se propone como superior pretende constituirse en la medida de todas las demás.

Por tanto, en mi opinión, hay que elegir otro camino. Y creo que para ello resulta pertinente recuperar las dos características de la cultura que extraíamos del pensamiento de Ortega: la subjetividad y la supervivencia. La subjetividad nos exige centrarnos en el individuo, que es el hacedor de la cultura. Y en este sentido podemos afirmar que hay una prioridad de los individuos frente a la cultura. Otra manera de decir esto es sostener que la cultura es para el hombre y no al revés. Y en relación con la segunda característica, lo que se viene a remarcar es que la cultura es construida por los hombres con el fin de evitar su naufragio, esto es, con el objetivo de lograr su supervivencia (la lucha *pertinaz* del ratón que consigue crear la mantequilla según la parábola de la película de Spielberg). En este caso

²¹ Sobre el tema de la tolerancia me permito remitir a C. Thiebaut, *De la tolerancia*. Visor: Madrid, 1999 y a la voz “Tolerancia” que escribe A. Faerna En: J. Muñoz (dir.), *Diccionario de filosofía*, citado, pp.842-846. También E. Garzón Valdés, “El sentido actual de la tolerancia”, *Claves de Razón Práctica*, 147, 2004, pp. 10-18. La imagen del colesterol la emplea también Gil Calvo para indicar que puede haber un capital social bueno y malo, vid. “El eclipse del capital social”, *Claves de Razón Práctica*, 164, 2006, pp. 42-49, p. 42.

²² G. Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros* (2000), trad. M.A. Ruiz de Azua, Tecnos: Madrid, 2001. O. Fallaci, *La rabia y el orgullo* (2001), trad. J.M. Vidal, La Esfera de los libros: Madrid, 2002.

²³ Vid. F. Laporta, “Inmigración y respeto”, *Claves de Razón Práctica*, 114, 2001, pp. 64-68.

“sobrevivir” habría que entenderlo en un sentido amplio, en cuanto se trata de que cada uno pueda ir libremente a la búsqueda de la felicidad y que tenga colmadas algunas necesidades, de conseguir cierto bienestar, etcétera. Me parece que aquí se plantan unas buenas bases para avanzar en el tortuoso problema de la valoración de las prácticas culturales, teniendo en cuenta si ofrecen una mejor o peor respuesta a la luz de estos criterios. Me temo que no voy a ser excesivamente original si anoto que los derechos humanos se presentan como los mejores candidatos para aunar esas condiciones.

5. LA LÓGICA DE LA UNIVERSALIDAD

Me parece que quienes mejor representan las ideas de la centralidad o preeminencia del individuo y del esfuerzo por sobrevivir, tanto en el contexto en el que se desarrolla la vida del hombre como en lo que se refiere a las relaciones con los demás, son los derechos humanos.

Los derechos humanos suponen un enorme *esfuerzo de descontextualización* en cuanto se atribuyen al hombre con mayúsculas (que no es *alguien totalmente ajeno* a nosotros, pues todos guardamos con él un cierto parentesco). Por eso una característica fundamental de los derechos humanos, junto con su condición de ser absolutos *prima facie* –para expresar su especial fuerza en relación con otro tipo de requerimientos, como la utilidad o el bienestar general, aunque es inevitable la dramática colisión con otros derechos²⁴ - y también inalienables –tienen tal fuerza que aspiran a estar al margen del consentimiento o la voluntad del individuo-, es el rasgo de su universalidad.

Detrás de los derechos humanos late la consideración de un bien o un estado de cosas o algo valioso que se adscribe a todos por el mero hecho de ser hombres. La justificación de los derechos sólo puede situarse en un plano moral y parte de atribuir valor a las personas en cuanto agentes morales (capaces, por tanto, de dirigir sus conductas y ordenar sus preferencias) e iguales (pues todas las personas tienen el mismo valor moral, de ahí que sean acreedoras de igual consideración y respeto)²⁵. Pero lo que más me interesa ahora es la idea de universalidad que subyace a la lógica de los derechos.

²⁴ En este caso habría que acudir al juicio de ponderación, en el que se pretende justificar la intervención o lesión de un derecho en función de otros derechos o bienes constitucionales vid. L. Prieto, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003.

²⁵ Vid. L. Hierro, “El concepto de justicia y la teoría de los derechos” En: E. Díaz y J.L. Colomer (ed.), *Estado, justicia, derechos*. Alianza: Madrid, 2002, pp. 11-73.

En efecto, la universalidad, que es una característica esencial de las reglas morales para que puedan ser *auténticamente morales* de acuerdo con el planteamiento kantiano, se postula como una condición deontológica de los derechos humanos²⁶. No se trata, por cierto, de una universalidad en un sentido lógico (que se predica de todos los que se encuentran en determinadas circunstancias, condiciones y contextos) sino que, como sostiene Francisco Laporta, la universalidad de los derechos hace referencia “a los titulares de esos derechos y reviste una significación material o de contenido con respecto a ellos”²⁷. Bastaría cumplir el requisito mínimo de “ser humano” para ser titular de los derechos (sin tener en cuenta elementos contingentes como la raza, la religión, el sexo, la lengua...) Frente a una universalidad de carácter formal, la universalidad que tiene que ver con los derechos presenta una apoyatura moral en cuanto atribuye algo valioso a todos por el mero hecho de ser hombres.

Es por este camino de la universalidad por donde los derechos humanos, en cuanto se presentan con la fuerza de tener una validez universal, cuentan con apoyo, en mi opinión, para constituirse en pautas relevantes a la hora de valorar las prácticas culturales. A la hora de enjuiciar prácticas culturales no me parece conveniente entrar en la comparación de una cultura con otra presuntamente superior (que nos introduciría en una especie de argumentación del tipo de “y yo más”) sino usar como principio básico el valor que se otorga al individuo. Y esa *difícil temperatura* podría ser medida con *el termómetro* de los derechos humanos.

Si históricamente los derechos humanos se vinculan con la finalidad de establecer límites al poder, hoy más que nunca esta alusión al poder debe ser entendida en sentido amplio. Pues los derechos pretenden venir en ayuda del individuo no sólo frente a los posibles excesos del poder político sino también frente al que ejercen —a veces de una manera más salvaje, como se ha insistido desde las filas del republicanismo con la tesis de la libertad como no dominación- en el seno de la sociedad civil otros individuos, frente al dominio asfixiante de determinadas prácticas culturales (como aquellas que quieren presentar la discriminación de la mujer como justificada en los parámetros de *la lógica cultural*) y frente a determinadas circunstancias (como, por ejemplo la miseria y la ignorancia) que suponen un lastre para el individuo hasta el punto de que pueden hacer que no tenga sentido la existencia.

²⁶ Vid. A.E. Pérez Luño, “La universalidad de los derechos” En: J.A. López y A. del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*. Dykinson: Madrid, 2000, pp. 51-68.

²⁷ F. Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, pp. 23-46, p. 32.

Por tanto, los derechos humanos permiten el anclaje de un punto de vista universal desde el que se podrían enjuiciar algunas prácticas culturales. Ahora bien, a veces se sostiene que detrás de la universalidad de los derechos se cuela de incógnita una cultura que pretende imponer su interpretación de los derechos o, para decirlo más directamente, su visión particular del mundo a los demás. Se trataría de que detrás de los derechos estaría la mano poderosa de Occidente, de modo que de forma encubierta se produciría una especie de colonialismo cultural. La estrategia de abandonar el enfrentamiento entre culturas vuelve ahora a resurgir bajo la apariencia inocente de la defensa de los derechos humanos.

Ciertamente, la dificultad a la hora de cosificar una cultura ahora se pone de relieve, pues resulta difícil precisar con nitidez la esencia occidental que *destilan* los derechos humanos cuando se argumenta que son derechos para todos los hombres. Esta presunta occidentalización de los derechos pierde fuerza si tenemos en cuenta que la Declaración universal de derechos humanos de 1948 fue suscrita por muchos países que no forman parte de Occidente, pues apunta hacia la posibilidad, por decirlo con una expresión más ilustrativa que aparece en el preámbulo de la Declaración, de crear una familia humana. Si tiene algo de particularismo habría que hablar de una especie de *comunitarismo universal*. De todas formas, no estarán tan viciados de etnocentrismo los derechos humanos cuando se pretende que muchas exigencias (de ciertos grupos culturales, por ejemplo) sean acogidas en ese haz de posiciones normativas (por ejemplo inmunidades, libertades, pretensiones y competencias) que comportan. Si los derechos humanos recogen ciertos bienes que se consideran valiosos para todos los hombres entonces parece lógico que se quiera asegurar su implementación o realización por medio del aparato institucional del Estado a través de las normas jurídicas. Es más: desde las filas del liberalismo político se ha insistido en el carácter instrumental del Estado y del Derecho en cuanto son medios artificiales creados precisamente con el objetivo de garantizar los derechos²⁸. De todas formas, como ya advertí antes, en el plano de la justificación de la universalidad de los derechos humanos nos situamos en el contexto de la moralidad²⁹. Y me parece que por una exigencia de mera racionalidad práctica los juicios morales deben ser universalizables.

²⁸ Curiosamente Rubio Carracedo ha sostenido recientemente que la defensa de los derechos humanos a través del Derecho es una obsesión occidental (que él denomina legalismo occidental) y que, además, ha sido un obstáculo para la universalización de los derechos humanos, "El legalismo occidental. Un problema para la universalización de los derechos humanos", *Claves de Razón Práctica*, 168, 2006, pp. 54-59.

²⁹ Una cosa sería la universalidad en lo moral y otra la universalidad en lo jurídico, como sostiene M. A. Pacheco, "Universalidad y derechos sociales", *Revista del Colegio Oficial de Trabajo Social de Castilla-La Mancha*, en prensa. Uno de los principales escollos para la realización de la universalidad en el plano de lo jurídico es la noción de ciudadanía, vid.

Por tanto los derechos nos obligan a situarnos en el plano de la moral. En lo que se refiere al discurso moral, considero que el modelo de tolerancia liberal no exige a los creyentes que abandonen las verdades de su fe sino que renuncien a imponer sus creencias a los demás. Además, deben respetar las reglas del juego constitucional que garantizan las exigencias de respeto a la autonomía y a la igualdad en cuanto tratan de proteger el valor de la persona. Otra cuestión diferente es analizar la problemática relación, en la que ahora no puedo profundizar, entre las leyes democráticas y los preceptos particulares de cada religión (el recurso de la objeción de conciencia toma fuerza en este caso para que al menos se tome en consideración la relevancia de la libertad de conciencia ante normas que se consideran injustas). De todas formas lo que quería destacar ahora es que una vez que dejamos a un lado, por problemas ontológicos y epistémicos, la existencia de verdades morales, lo único con lo que podemos contar para adentrarnos en el mundo moral es el diálogo. Como en la metáfora de Neurath, no queda otra que reconstruir y reparar en alta mar el barco de la moral en el que vamos realizando la travesía de vivir sin más herramientas que el debate y la argumentación.

En este contexto de articular una *concepción política* de la justicia, Rawls ha insistido en que el modo de razonar en sociedades dominadas por el hecho del pluralismo exige una manera diferente de razonar, una especie de razón pasada por un filtro que denomina razón pública. Desde esta razón se podría argumentar con razones públicas, que son aquellas que apelan al bien común o a la justicia y que, dejando a un lado la visión omnicomprendensiva que proporciona una doctrina religiosa o una filosofía concreta, posibilitaría exponer argumentos que podrían ser compartidos por los demás. Si el sujeto se adentra en la política pertrechado con esta manera de argumentar, sería posible alcanzar consensos o, según la terminología rawlsiana, acuerdos por superposición. Ahora bien, esta tesis me parece discutible por dos razones. La primera consiste en poner de relieve la dificultad a la hora de trazar esta dicotomía en la racionalidad del *ciudadano/persona privada* entre razón pública y razón privada. El recorte en la argumentación que propone la razón pública guarda, en mi opinión, cierto parentesco con las condiciones que se establecían en la famosa posición original, aunque aquí aparecen bajo la apariencia de una forma de razonar que permite alcanzar acuerdos razonables en el debate político. Esta manera de establecer una criba o un escrutinio en el manejo de argumentos parece una falta de confianza en el diálogo democrático, de ahí que la propuesta de la razón pública, como afirma Jerónimo Betegón, “puede parecer ciertamente restrictiva a quienes, en principio, creen en una concepción más robus-

ta del discurso democrático”³⁰. En segundo lugar, también hay que pensar en los problemas que aparecen a la hora de delimitar qué es lo razonable. ¿Cómo precisar cuándo una propuesta se adentra en el territorio cualificado de lo razonable teniendo en cuenta lo que a mí y a los demás les parece razonable? El carácter discutible de esta distinción queda de manifiesto en el ejemplo que utiliza el propio Rawls cuando sostiene que la mujer tiene “un derecho debidamente cualificado a decidir si pone o no fin a su embarazo durante el primer trimestre”³¹ y que quien se oponga a esta defensa del aborto se sitúa en una posición irrazonable³¹. Todo parece indicar que se precisa algún criterio previo capaz de discriminar los argumentos. Como escribe José Luis Martí en su excelente tesis doctoral, recientemente publicada, “la exclusión de determinados tipos de razonamiento (por irrazonables) no se produce internamente en el seno de cada comunidad política, no son los propios ciudadanos los que la determinan, sino que viene impuesta por una concepción sustantiva previa de lo razonable, una concepción que remite en última instancia a la concepción de la justicia que el propio Rawls ya había desarrollado previamente”³².

El liberalismo se presenta como una doctrina política que, por lo que sé, ha mostrado un compromiso firme con el criterio de la universalidad. Su teoría de la justicia se fundamenta en argumentos en los que adquiere un especial protagonismo el respeto a la autonomía individual. John Gray ha insistido en que dentro de la tradición liberal es posible encontrar dos caminos: una visión del liberalismo que pone el acento en la idea de un consenso o la aplicación de principios universales (esta es la corriente a la que cabría adscribir a Locke y a Kant) y otra tradición liberal que acentúa la idea de que lo importante es la coexistencia (en la que sitúa a Hobbes y a Hume)³³. Mientras que la primera se lanza a la búsqueda de un consenso racional sobre el mejor modo de vida posible (apoyado en la noción de autonomía), la segunda rehúsa realizar este compromiso y, teniendo en cuenta el pluralismo de valores, insiste en que lo importante es un proyecto político (no un ideal moral) que nos permita vivir en paz. John Gray defiende esta última variante del liberalismo que renuncia a la universalidad y la define como un *modus vivendi* en el que lo importante no es compartir valores comunes, sino facilitar la implantación de

³⁰ J. Betegón, “Liberalismo, comunitarismo, derechos” En: J. Betegón, F. Laporta, J.R. de Páramo y L. Prieto (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2004, pp. 41-65, p. 62.

³¹ J. Rawls, *El liberalismo político* (1993), trad. A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996, p. 279, nota 32.

³² J. L. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons: Madrid, 2006, p. 102.

³³ J. Gray, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal* (2000), trad. M. Salomón. Paidós: Barcelona, 2001.

instituciones que permitan la coexistencia de diferentes formas de vida y ejerzan de mediadoras en caso de conflictos.

Si con Rawls el liberalismo se centra en la posibilidad de alcanzar un consenso que tiene algún punto de intersección a la hora de definir lo razonable, ahora se pone el acento en la conveniencia de convivir sin necesidad de alcanzar un acuerdo mínimo, renunciando así al impulso universalista que ha acompañado la doctrina liberal. A mí me parece que detrás de ese respeto a la convivencia y al pluralismo cultural es preciso compartir algo o algunos criterios éticos si no se quiere que ese *modus vivendi* se convierta en una especie de “todo vale”. En concreto, creo que la motivación ética que permite mantener en pie el *modus vivendi* radica en el principio de autonomía. Como afirma Pedro Cerezo comentando la teoría de Gray, si el principio de autonomía se pone en entredicho entonces “ya no hay modo de recuperar una sólida base para convivir”³⁴. No se trata tanto de contraponer o de elegir entre el consenso y la convivencia, sino de destacar que la convivencia es posible si se fundamenta en un mínimo de convicciones morales que tienen su principal pilar en el valor de la autonomía.

Por tanto, considero que los derechos humanos son hoy por hoy lo mejor que tenemos para acercarnos al análisis de las prácticas culturales. Sería iluso desconocer todos los problemas que plantean (cuáles son, qué interpretaciones admiten, cuál es su fundamento, etc.) En un contexto de globalización los derechos humanos deben servir para articular una ética universalista que consagre la centralidad de las personas. Ellos recogen la esperanza de que es mucho más lo que nos une que lo que nos separa. La *cultura* compartida que reclaman los derechos humanos debe servir para ayudar a que cada persona se lance a la aventura de su autorrealización y a la búsqueda de *ese imposible necesario*³⁵ que es la felicidad, en medio de la naturaleza y a partir de la convivencia con los demás.

³⁴ P. Cerezo, “Tolerancia” en P. Cerezo (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*. Biblioteca Nueva: Madrid, 2005, pp. 183-228, p. 212.

³⁵ J. Marías, *La felicidad humana*. Alianza: Madrid, 1987.



Región: Occidente
Autor: Andrés Felipe Restrepo G.
Título: Cargueros
Técnica: Acrílico sobre lienzo
Dimensiones: 80 x 40 cm

***DELITO POLÍTICO. AL HILO DE LA
SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE COLOMBIA DE
11 DE JULIO DE 2007***

Fecha de recepción: Septiembre 6 de 2007
Fecha de aprobación: Octubre 5 de 2007

DELITO POLÍTICO. AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DE 11 DE JULIO DE 2007

*Juan Antonio García Amado**

RESUMEN

Se analiza el origen histórico y la evolución de la idea de delito político y se señala la paradoja que introduce en los esquemas constitucionales del Estado de Derecho el reconocimiento de tal categoría. Se propugna una interpretación muy restrictiva de la noción de delito político, tal como hace la reciente Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Palabras clave: delito político, Estado de Derecho, subversión, insurgencia, derechos fundamentales, relativismo, justicia de transición, paz.

POLITICAL CRIME. TO THE THREAD OF THE OPINION OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF COLOMBIA OF JULY 11, 2007

ABSTRACT

The historic origin and the evolution of the idea of political crime is analyzed and also is indicated the paradox that introduces in the constitutional plans of the State of Law the recognition of such category. It supports a very restrictive interpretation of the notion of political crime, just as does the recent Opinion of the Supreme Court of Justice of Colombia.

Key words: Political crime, State of Law, subversion, insurgency, fundamental rights, relativism, transitional justice, peace.

• Doctor en Derecho de la Universidad de Oviedo, España. Profesor de la Universidad de León, España..

DELITO POLÍTICO. AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA DE 11 DE JULIO DE 2007

1. PLANTEAMIENTO Y TESIS

En este trabajo nos hacemos una pregunta con dos dimensiones o aspectos: ¿qué sentido puede tener hoy en día el reconocimiento de la categoría de delito político, tanto a efectos de derecho interno de un Estado y del consiguiente tratamiento de sus propios delincuentes, como a efectos de las relaciones entre Estados y en lo que afecta fundamentalmente a derecho de asilo y extradición?

El replanteamiento de dicha categoría jurídico-penal, la del delito político, puede responder a dos propósitos contrapuestos: extender dicha consideración a más ilícitos penales de los que en nuestros días suelen admitirla o restringir o suprimir las ventajas que lleva asociadas para el delincuente así calificado, como delincuente político. Aquí nos inclinamos por la opción restrictiva y mantendremos dos tesis fuertemente ligadas. Una, que en el Estado constitucional y democrático de Derecho¹ carece de sentido el mantenimiento de dicha categoría para cualquier tipo de atentado penal que acontezca en su seno contra los más importantes derechos fundamentales, y más si dichos atentados constituyen incluso crímenes de lesa humanidad con arreglo a Derecho internacional; otra, que el uso de dicha categoría en el Derecho internacional y las relaciones interestatales ha de ser sumamente selectivo y unido a una definición material con fuerte carga moral y política, al menos mientras sean Estados de Derecho los que la empleen.

2. UN AURA ROMÁNTICA QUE SE DESVANECE

En la Edad Media y en el Estado absolutista el móvil político de un delito era razón de agravamiento y mayor crueldad del castigo. Esas tornas se invierten con los primeros pasos del Estado liberal moderno, que se muestra comprensivo con

¹ Siempre que aquí hablemos de Estado de Derecho nos estaremos refiriendo al Estado constitucional y democrático de Derecho.

el empleo de la fuerza para derribar los gobiernos que representaban el Antiguo Régimen. En palabras de Quintero Olivares, “(N)o es pues de extrañar que sea común en la literatura penal la idea de que el concepto de *delito político* es un concepto acuñado en el siglo XIX y que tuvo una primera configuración casi romántica: el delincuente político era el luchador contra la opresión absolutista, contra la tiranía, y por lo tanto, era merecedor del elogio de sus conciudadanos, que necesariamente lo tenían que ver como un héroe. Solamente los poderosos de turno podían considerarlo <<delincuente>>”². En paralelo, con esa evolución de lo que se llamará delito político, corre la práctica de la extradición. Los primeros acuerdos políticos entre Estados buscaban precisamente asegurar la entrega de los autores de delitos de signo político y alteradores de la paz pública. Así ocurría, por ejemplo, con el convenio de 1303 entre Francia e Inglaterra o el de 1376 entre Francia y el Ducado de Saboya. El mismo propósito tenían los convenios firmados por Carlos II de Inglaterra con Dinamarca, en 1661, y con Holanda, en 1662, para la entrega de los partidarios de Cromwell refugiados en dichos países. Bien representativo es igualmente el acuerdo del año 1777 entre Francia y Suiza, que estipula la obligación respectiva de entregar a los “*criminels d’Etats, assassins et perturbateurs du repos public*”. Será en la tercera década del siglo XIX cuando tales planteamientos se modifiquen y comiencen algunos Estados a introducir en su legislación cláusulas que impidan la extradición de delincuentes políticos. Francia y Bélgica serán los primeros. En los documentos políticos y legislativos de la época se trasluce la convicción de que la lucha ilegal y violenta es un instrumento inevitable para derribar el antiguo régimen e imponer los nuevos Estados liberales, un recurso válido y meritorio contra la tiranía³.

Seguramente subyace a tales enfoques iniciales la fe ilustrada en el progreso imparable de la humanidad hacia formas políticas liberales, como puro despliegue de una razón incontenible que asentaría universalmente el principio de libertad y la positiva consideración de la dignidad constitutiva de cada individuo, y todo ello en compatibilidad con el pleno respeto de la propiedad individual y en el marco de la benéfica acción de la mano invisible del mercado. Lo que en esos años no se alcanzaba aún a vislumbrar eran dos cosas, de las que se derivarán los problemas futuros del delito político. Una, que los regímenes políticos individualistas y de

² Quintero Olivares, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, En: Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer, 2006, vol. 2, p. 689.

³ Sobre lo anterior vid. especialmente: Franke, Dietmar, *Politisches Delikt und Asylrecht*, Königstein/Ts, Athenäum, 1979, pp. 15ss.

libertad no llegarán a imponerse universalmente por la mera fuerza incontenible de la razón y por el dinamismo inevitable de la historia, con lo que las luchas políticas del futuro acontecerán, cruentamente, entre regímenes liberales y antiliberales, de corte totalitario y organicista, por ejemplo. Y, otra, que en los propios Estados liberales individualistas surgirán duros enfrentamientos para la instauración de sistemas políticos más justos, que no tomen como único valor el de la libertad, con su secuela de igualdad formal ante la ley, sino que añadan la consideración también de unos mínimos de igualdad material entre los ciudadanos, de satisfacción de elementales necesidades materiales para todos y de igualdad efectiva de oportunidades vitales entre todos, así como la conquista de más y mejores derechos políticos para cada ciudadano, sin distinción de rentas, sexo, raza, etc. De estas dos circunstancias se derivarán los problemas posteriores de uso del delito político: si puede dicha categoría aplicarse a quienes luchan por imponer regímenes políticos antidemocráticos y si cabe aplicarla a quienes, sin abominar de la libertad individual, pugnan ilegalmente para la implantación de regímenes de mayor contenido social.

Va comenzando de este modo lo que serán las implicaciones de la idea de delito político desde mediados del siglo XIX y a lo largo de todo el siglo XX, y con ello también las consiguientes dificultades para los respectivos Estados y en las relaciones entre Estados. El delito político, que por ahora podemos superficialmente definir como aquel ilícito penal que se comete con el fin de socavar las instituciones y las normas de un Estado tenido por radicalmente injusto y con el propósito de instaurar un sistema político más justo y acorde con el interés general de los ciudadanos, será objeto de una doble consideración favorable. Por un lado y por regla general, el delincuente político no será extraditado a otros Estados que lo reclamen para el enjuiciamiento de su acción conforme a sus leyes y a la competencia de sus tribunales penales. Por otro lado, al delincuente político se le hace beneficiario de un derecho que, en tanto que extranjero y frente al resto de los extranjeros, supone un privilegio: el derecho de asilo.

Si nos preguntamos cuál es la razón de ese doble trato de favor, la respuesta tiene una dimensión entre moral y romántica, por cuanto se considera que el demérito de la acción delictiva, con su ataque a importantes bienes jurídico-penalmente protegidos, es en todo o en parte contrapesado por el mérito que al delincuente corresponde, tanto por la pureza de sus ideales como por el riesgo que para su vida, su libertad y sus bienes asume al lanzarse a la lucha ilegal en pro de los ideales aquellos⁴.

⁴ El planteamiento habitual a este respecto queda bien reflejado en la siguiente cita: "Otro elemento que condiciona la evaluación social del delito político es la consideración del acusado político como un hombre con un elevado sentido moral que delinque por razones altruistas. Si bien pueda estar influido por errores

3. PROBLEMAS DE DEFINICIÓN Y APORÍAS DE LA PRÁCTICA

Fácilmente se puede apreciar que la figura lleva aparejados dos problemas de imprescindible resolución para su coherente puesta en práctica como modelo delictivo con efectos favorables al reo: su imprecisión conceptual y su ambivalencia moral.

La imprecisión del concepto se deriva del énfasis definitorio en el elemento intencional: ¿puede ser delito político cualquier acción delictiva realizada con el designio de afectar a la pervivencia o estabilidad del Estado o sólo pueden serlo aquéllos que de modo directo se dirijan, atenten, contra instituciones, órganos o autoridades del Estado –y, en su caso, cuáles-? Así pues, se van a enfrentar en la doctrina la concepción subjetiva y la objetiva del delito político, así como las nociones de delito político absoluto y delito político relativo⁵.

El problema moral del delito político se plantea del siguiente modo: si lo que define tal categoría, y el consiguiente trato de favor para el delincuente, es la mera intencionalidad subversiva y, en su caso, que el bien jurídico atacado sea el orden estatal establecido, el régimen jurídico-político vigente, cada Estado que en su legislación acoja dicha categoría se va a topar con el siguiente dilema: ¿tiene sentido que conceda ese tratamiento privilegiado a los que luchan contra él mismo o contra otros Estados de idéntico corte? La posible contradicción se hace más patente en el propio Estado constitucional de Derecho: ¿puede éste privilegiar al que lucha

o utopías de base, el transgresor político no puede ser considerado infractor desde el punto de vista moral, teniendo en cuenta que sus actos están orientados hacia el progreso y la evolución positiva de la sociedad. Los móviles del delincuente común son de carácter egoísta y antisocial, mientras que los del delincuente político son de índole altruista y prosocial. Este carácter altruista estriba en la vocación de sacrificio al servicio del progreso sociopolítico (y, por lo tanto, moral) de la comunidad. Su conducta se orienta en pro del bien común. La delincuencia política se considera como delincuencia evolutiva, en el sentido de que sus actos están orientados más allá del momento presente y proyectados hacia un futuro supuestamente progresista. Dicho de otra manera, pretenden situar a la colectividad en un estadio evolutivo más elevado, trasladarla a un plano superior de progreso humano” (Alonso Salguero, Manuel, “Nuevo terrorismo y violencia ilimitada. Hacia un nuevo paradigma de la violencia extrema”, [[http://www.aecpa.es/congreso_07/archivos/area6/GT-27/ALONSO-SALGADO-Manuel\(UPV\).pdf](http://www.aecpa.es/congreso_07/archivos/area6/GT-27/ALONSO-SALGADO-Manuel(UPV).pdf)].

⁵ Para la concepción subjetiva o intencional del delito político, lo que define a éste es la finalidad política transformadora que mueve a su autor. Para la concepción objetiva o material, lo determinante es el objeto sobre el que se ejerce tal acción, debiendo estar dirigida de modo directo contra los poderes públicos o contra el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos. La teoría mixta exige la concurrencia de los dos elementos.

El delito político absoluto sería el que de modo directo y exclusivo se dirige contra los poderes estatales, atenta contra la pervivencia del Estado o contra su seguridad interna o externa. En el delito político relativo estaríamos ante un delito común realizado por razones predominantemente políticas (Cfr. Franke, Dietmar, *Politisches Delikt und Asylrecht*, cit. pp. 23ss).

contra los principios básicos que lo inspiran, al que mediante la acción delictiva trata de imponer, por ejemplo, una dictadura o un régimen totalitario⁶?

La salida de ese dilema se dará necesariamente por una doble vía. Por un lado, con la práctica de una clara selectividad a la hora de aplicar la idea de delito político, de modo que como delito político se calificará sólo aquel que vaya contra Estados con regímenes políticos diferentes a los del Estado que juzga de tal delito. De esta manera, en la definición de ese delito se introduce, expresa o tácitamente, un elemento material que determina la aplicación de dicha noción. Por otro lado, la consideración práctica del delito político se moraliza y se politiza, de manera que, quiérase o no, ya no se tomarán en cuenta meramente las intenciones del delincuente o la aptitud de su acción para socavar efectivamente las instituciones jurídico-políticas establecidas en el Estado en que la acción acontece, sino que resultará determinante la calidad moral del sistema político contra el que se atenta. Y el Estado constitucional de Derecho no podrá negar su propia legitimidad a base de reconocer superioridad o mérito moral al que delinque para echar por tierra y reemplazar sus principios constitutivos.

Vemos, pues, que el carácter formal de las definiciones doctrinales y legales del delito político o lo que en ellas aparece como ambigüedad o neutralidad político-moral se rellena en la práctica con consideraciones materiales atinentes a la índole y los fundamentos morales del respectivo tipo de Estado. Desde el principio la consideración de un delito como político se muestra condicionada por el juego de una doble perspectiva, la del Estado contra el que el delito se dirige y la del Estado que lo enjuicia, ya sea a efectos de sanción, de extradición o de asilo. En las relaciones entre Estados, el delito político por regla general tiende a ser considerado como tal solamente cuando se dé una asimetría o discrepancia notable entre el modelo de sistema político de uno y otro Estado. Es decir, los Estados constitucionales democráticos, de estirpe liberal, considerarán delito político sólo el dirigido a debilitar el sistema político de los Estados autoritarios o con graves deficiencias democráticas. Por su parte, y a la inversa, los Estados con regímenes

⁶ La situación puede llevar a notables paradojas. Así, cuando algunos Estados penalizan las acciones de incitación al odio racial o la negación del holocausto, pero, luego, reconocen la condición de delincuentes políticos a quienes incurren en tales conductas como miembros de grupos neonazis opuestos al modelo de Estado vigente y que operan así en pro de uno nazi, que consideran más justo. El ejemplo no es una pura hipótesis de escuela, puede verse en alguna sentencia belga; vuelve a mostrar la incoherencia de toda interpretación no restrictiva del delito político en el Estado de Derecho. Véase al respecto, S. van Drooghenbroeck, F. Tulkens, "La Constitution de la Belgique et l'incitation à la haine", XVIth Congreso of the International Academy of Comparative Law", Brisbane, 14th-20th July 2002 [<http://www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/Brisbane-Belgio.pdf>].

autoritarios tenderán a otorgar trato de favor al delito cometido contra Estados de carácter opuesto y con el propósito de instaurar uno de su tipo. Queda, así, patente el carácter sesgadamente político con que se suele proceder al aplicar la categoría de delito político.

A esa dualidad de perspectivas se agregará un tercer elemento, la índole de la acción delictiva que busca la consideración de delito político. Los Estados que asumieron la noción en sus ordenamientos jurídicos comenzaron pronto a introducir cláusulas con excepciones, para negar dicha condición a delitos que, pese a cumplir plenamente con los elementos definitorios, no debían recibir dicha etiqueta. Fue primeramente la cláusula de atentado y luego la cláusula de anarquismo. Conforme a la primera, que se insertó en Bélgica en 1856, “no será considerado delito político ni hecho vinculado a un delito semejante el atentado contra la persona de un jefe de gobierno extranjero o contra un miembro de su familia, cuando dicho atentado constituya un hecho de homicidio, de asesinato o de envenenamiento”. La base la dio la Corte de Casación belga a raíz del caso Jacquin, quien había intentado asesinar a Napoleón III y huyó luego a Bélgica, confiando en que, como autor de un delito político, no sería extraditado de este país. Declaró dicha Corte que el delito político que evita la extradición sólo comprende aquellas acciones “cuyo carácter radica en el ataque a la forma y al orden de una nación determinada y los hechos conexos, cuya apreciación desde el punto de vista de la criminalidad depende del carácter puramente político del hecho principal con el que se relacionan; pero que, en ningún caso, puede aplicarse esta disposición a causas que, cualquiera fuere el fin perseguido por su autor o la forma política de la Nación donde fueron cometidos, son reprimidos por la moral y deben caer bajo la represión de la ley penal en todos los tiempos y en todas las naciones”⁷.

En el texto jurisprudencial que acabamos de recoger queda de manifiesto un sutil desdoblamiento que suele darse en el razonamiento de los poderes públicos sobre el delito político. Por un lado, se apela al carácter reprobable de ciertos delitos, a su consustancial maldad, para sustraerlos de la consideración favorable que la idea de delito político supone. Pero, por otro, en el fondo predomina siempre un planteamiento político instrumental, a tenor del cual es el Estado que juzga el que asigna o no esa condición al delito, en función de un doble rasero combinado: los fundamentos de su propia legitimidad y los riesgos para su propia seguridad. Por lo primero, no se dará trato de delito político, como ya hemos dicho, al que pretenda

⁷ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, cit., p. 691, n. 4.

liquidar un modelo de Estado basado en los mismos fundamentos legitimatorios del Estado que juzga. Por lo segundo, no se otorgará dicha condición en las ocasiones en que sea probable en los hechos que la situación pueda revertirse y un delito idéntico cometerse contra este Estado que juzga, siendo esta vez enjuiciado en el otro Estado⁸.

Esas tensiones entre el concepto y el trato del delito político explican las críticas que desde los orígenes la doctrina ha formulado a la configuración legal de dicha especie, pues, al atenerse sólo al diseño teórico formal de la figura, la doctrina ve profundas incoherencias en excepciones como la de la cláusula de atentado o magnicidio, mientras que no repara en que el tipo de “lógica” que le es propio es de cariz político y pragmático y tiene mucho más que ver con la “Realpolitik” que con órdenes ideales de valores. Así es como tiene todo su sentido teórico y muy poca penetración en los determinantes de la práctica una crítica como la de von Liszt a la cláusula de atentado, pues, en su opinión, no hay delito más político que el atentado contra la vida del jefe de Estado y quien admita el carácter político de delitos como la sedición no podrá negárselo al asesinato del rey⁹.

Ese peculiar desdoblamiento o esa falta de armonía entre la descripción teórica y la admisión práctica del delito político se aprecian aún mejor en otra cláusula de excepción que en muchos ordenamientos se introdujo a partir de finales del siglo XIX, la cláusula de anarquía. Conforme a la misma, no recibirán consideración de delito político los atentados anarquistas. Fue la asamblea del Instituto de Derecho Internacional celebrada en Ginebra en 1892 la que primeramente estableció que los autores de crímenes anarquistas no deberían gozar del derecho de asilo¹⁰. El paso siguiente consistió en que algunos ordenamientos jurídicos retiraron a tales delitos de anarquistas la calificación de delito político, a fin de permitir la extradición de sus autores. Repárese en que, por una parte, el delito anarquista es el más político de los delitos posibles, pues no pretende meramente cambiar este o aquel Estado, sino acabar con todos; pero, por otra, por eso mismo supone idéntico peligro para todos, pues el anarquista puro a todos los considera por igual enemigos y en todos

⁸ Naturalmente, cuando se trata de que el Derecho interno de un Estado dé la consideración de delito político al cometido contra él mismo y en su propio territorio, esas dos razones en contra se suman con mayor fuerza y coherencia: no puede un Estado premiar al que cuestiona sus propios fundamentos legitimatorios ni puede lanzar a su sociedad el mensaje de que ve con mejores ojos a quienes delinquen para destruirlo que a quienes lo aceptan. Volveremos sobre esto.

⁹ Cfr. Franke, Dietmar, *Politisches Delikt und Asylrecht*, cit., p. 35.

¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

justificaba la violencia como medio para pasar a una convivencia mejor y más justa en una sociedad sin Estado.

En suma, vemos desde los inicios que la ambigüedad moral que caracteriza las definiciones del delito político, a tenor de las cuales lo que hace tal es o bien la intención política del delincuente o el tipo de bien jurídico por éste atacado, son resueltas en la práctica de los Estados sobre la base de una doble óptica. Por un lado, un cálculo de conveniencia en sus relaciones con los otros Estados y en lo relativo a la pervivencia del propio Estado, evitando fomentar o disculpar comportamientos delictivos que puedan fácilmente volverse en su contra; por otro, la afirmación de la superioridad moral del propio Estado, de su sistema de legitimidad, de modo que no quepa justificar ninguna forma de rebelión violenta contra dicho modelo tenido por el mejor y más justo. No estarán en consonancia con este enfoque común aquellos Estados que en sus relaciones internacionales admitan el delito político como ataque a otro Estado de su mismo tipo y con idéntica base legitimatoria, salvo que se justifique por la discrepancia entre las cláusulas constitucionales y la realidad efectiva operante en dicho Estado; y, sobre todo, no lo estarán aquellos Estados que en el plano de su Derecho interno y en lo relativo al juzgamiento en su seno de los delitos de sus ciudadanos, den trato de favor al delincuente político frente al delincuente común. Habría que estudiar con precisión caso por caso y la historia del respectivo país para conseguir explicación para tan paradójico fenómeno, pero seguramente se puede mantener, como hipótesis general, que tal ocurre, al menos en los tiempos recientes, sólo en los Estados que no han sido capaces de articular un vínculo suficiente entre su sistema político constitucional y democrático, las vivencias de su sociedad civil y las aspiraciones de su clase política. Estados en que la disputa política violenta entre grupos o facciones y en pro de uno u otro modelo de sociedad no se considera que haya sido o deba ser desterrada para siempre y donde la Constitución y el ordenamiento político democrático vigente se entienden como un mal menor, un armisticio provisional o una solución de compromiso antes de que unos u otros de los que no la quieren tengan fuerza suficiente -militar, económica...- para imponer su sistema alternativo. Bajo esa común coincidencia relativizadora del valor de la Constitución y del sistema de legitimidad política que ésta instaure, los partidos y facciones se ponen de acuerdo para premiar desde la propia Constitución la pelea violenta contra ella misma, todos a la espera de justificar su acción anticonstitucional en esa misma prioridad que la Constitución da a la lucha política ilegal como moralmente meritoria, o, si vienen mal dadas, de poder beneficiarse de ese trato ventajoso que para el delincuente político la propia Constitución permite.

4. DELITO POLÍTICO Y ESTADO DE DERECHO

La evolución del delito político hasta nuestros días viene determinada por esa dinámica entre las conveniencias instrumentales de todos los Estados, cualquiera que sea su régimen político, y los intentos de afirmación que los Estados de Derecho hacen de su base moral como superior a cualquier otra posible. Aun si en nuestros días repasamos las posturas, vemos que la actitud ante la admisión o no del delito político, en qué casos y con qué consecuencias está determinada en cada autor por su sistema moral y su correspondiente juicio sobre la democracia de raigambre liberal y el Estado constitucional correspondiente. Desde la convicción de que el Estado constitucional de Derecho constituye el más justo de los sistemas políticos posibles, se tenderá a una apreciación muy restrictiva del delito político, que sólo podrá ser aquel que acontezca en pro de la imposición de dicho Estado y en un contexto autoritario y no respetuoso con los derechos humanos. No cabrá el reconocimiento favorable, como delincuentes políticos, de los que atenten contra las estructuras de dicho Estado con el fin de sustituirlo por un modelo diferente, no se reconocerá mérito moral digno de apreciación jurídica favorable al que en nombre de ideales anticonstitucionales delinca para socavar tal Estado. A la superioridad moral que para el Estado de Derecho se afirma, se añade la toma en cuenta de que tales órdenes constitucionales permiten la discrepancia y el planteamiento en libertad de políticas alternativas, con el único límite del respeto a los principios y estructuras sobre las que tal Estado se asienta y que en la Constitución se garantizan: los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos. Fuera de esos límites intangibles, hasta la desobediencia se admite y hasta a ciertos comportamientos ilegales se les puede reconocer virtud moral y beneficio legal, bajo la forma de desobediencia civil. Pero el desobediente civil no es un delincuente político propiamente dicho, pues su propósito no es suprimir el sistema jurídico-político del Estado de Derecho, sino perfeccionarlo mediante una más depurada realización de sus derechos y principios cruciales, lo cual pone el límite “lógico” a la acción del desobediente civil, que no podrá atentar contra los derechos fundamentales constitucionalmente sancionados en nombre de cualquier concepción opuesta del orden social o de tales derechos.

Cuando, por contra, vemos posturas que o bien quieren introducir el trato favorable del delito político en el Estado de Derecho o bien demandan la aplicación de esa categoría a uno u otro de los bandos que pugnan con medios ilegales y gravemente atentatorios contra los derechos fundamentales de cualesquiera ciudadanos, nos hallamos ante ideologías que en el fondo discrepan de la superior condición moral

del Estado de Derecho como sistema político y simpatizan con alguna de sus alternativas de otro cariz. Desde la convicción de la mejor calidad política y moral de la convivencia en el Estado de Derecho, nadie defenderá un trato de favor para el que delinque en nombre de ideales políticos y sociales opuestos al mismo o que se quieren imponer en contravención de sus derechos primeros y sus procedimientos democráticos.

Son las mismas razones por las que el demócrata partidario del Estado de Derecho y del libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos que en él son definitorios y constitutivos se negará también a regalar trato mejor a quien en aras de la defensa del Estado, incluso del mismo Estado de Derecho, vulnera gravemente la legalidad garantizadora de aquellos derechos, y rechazará toda manifestación de terrorismo de Estado, toda acción delictiva por razón de Estado y todo trato ilegal a los que se tengan por enemigos del Estado.

En consecuencia, en la práctica política del Estado de Derecho se superan aquellas ambigüedades con que el delito político se define en la teoría, se superan a base de hacer efectivas las pautas morales que forman el sustento de ese modelo de Estado. Esto se traduce en dos notas atinentes a la configuración moral del mismo: el Estado de Derecho no es relativista y el Estado de Derecho no es absolutista, por mucho que defienda un coto vedado de derechos que no pueden ser atacados bajo ninguna justificación política o moral.

Que no sea relativista significa que, por definición, no puede equiparar como igualmente dignas de respeto cualesquiera concepciones del ser humano y de la convivencia en sociedad y que no puede mantenerse neutral y tolerante ante cualesquiera medios que los ciudadanos empleen para sus fines políticos, ya consistan éstos en la formación de un sistema político alternativo, ya en la defensa del vigente. Bajo la perspectiva democrática y constitucional, el mérito moral lo tiene aquel ciudadano que encauza sus discrepancias con el orden establecido por la vía de la acción política constitucional y subordina sus afanes transformadores (o de defensa del Estado) al respeto de las reglas mínimas del juego establecido: respeto a los derechos más básicos de cada persona, incluidos los de los gobernantes (vida, integridad física, libertades...) y al procedimiento democrático como único camino admisible para toda innovación política y legal. Dentro de ese marco de juego, todos los credos e ideologías valen por igual y tienen idéntico derecho a expresarse y a imponerse por los cauces constitucionalmente sentados; fuera de él, no cabe homenaje ni privilegio y ninguna profunda convicción de nadie puede tenerse por atenuante de la vulneración de aquellos derechos y del proceder democrático.

Que el Estado de Derecho no profese un absolutismo moral quiere decir que no acoge ni defiende como único posible o loable un determinado ideal de vida y deja un amplio margen para las discrepancias individuales con el orden legal establecido, a base de reconocer y proteger derechos como la libertad de expresión, las libertades políticas, la objeción de conciencia o, incluso, para dar consideración benigna a los llamados delitos de conciencia, que son cosa distinta de los llamados delitos políticos¹¹.

Sentado lo anterior, en el tratamiento penal que en el Estado de Derecho se haga de la delincuencia movida por convicciones políticas pueden surgir dos paradojas o contradicciones internas. Una tiene que ver con el trato favorable de esos delitos, la otra con la tipificación como delito de ciertas acciones de propósito político, pero que no afectan a esos derechos básicos y a esas estructuras democráticas de tal Estado.

Resulta, en efecto, paradójico que en esos Estados constitucionales, que blindan frente a cualquier reforma las normas de su Constitución referidas a los derechos fundamentales o al procedimiento democrático o que someten esas reformas a procedimientos muy agravados y que acaban siempre en una consulta popular, privilegien a quien pretende cambiar esas reglas primeras mediante la acción violenta. Allí donde se ponen dificultades para el cambio de las reglas del juego mediante el ejercicio político ordinario, se muestra comprensión con la transformación violenta de las mismas, y todo en consideración a la presunta superioridad moral de quienes consideran que sus ideas o intereses valen más que la vida, la integridad o la libertad de los otros. El que se quiere a sí mismo tanto y se considera en posesión de verdad tan alta y evidente como para tratar a sus conciudadanos como

¹¹ Dice Claus Roxin, en paralelo con lo que aquí venimos defendiendo: “En los restantes casos en que el sujeto infringe la ley penal en una situación de conflicto ineludible por razones de conciencia, ante todo la existencia (independencia e integridad) del Estado, su seguridad y sus supremos principios constitucionales establecen límites inmanentes a la puesta en práctica de la libertad de conciencia. Por tanto, quien por razones de conciencia comete traición, pone en marcha una subversión interior o perpetra atentados terroristas para destruir el sistema no puede invocar el art. 4 GG. Pues la GG otorga la libertad de puesta en práctica de la conciencia sólo en el marco del Estado para el que está creada; *la hipótesis de que la GG hubiera preprogramado su propia derogación mediante la tolerancia de delitos contra la seguridad del Estado es absurda*” (el subrayado es mío, JAGA). Y añade: “El art. 4 GG topa con sus límites allí donde el hecho realizado por motivos de conciencia impediría u obstaculizaría el cumplimiento de funciones esenciales del Estado; de lo contrario el Estado se entorpecería o paralizaría a sí mismo” (Roxin, C., *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I (*Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*), Madrid: Civitas, 1997, p. 946 (trad. de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). El apartado 1 del artículo 4 de la Constitución alemana (GG) reza así: “La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables”.

puros instrumentos de sus personales designios, quien en nombre de su visión del hombre y la sociedad mata, tortura o secuestra a sus vecinos, no puede merecer ningún especial respeto de ese Estado cuya Constitución comienza por proclamar la intangibilidad de la vida, la integridad y la libertad de todos. Quien en el seno de un Estado de Derecho en nombre de ideales políticos mata, tortura o secuestra, no es merecedor de disculpas o atenuantes legales, sino al contrario, pues con su acción ataca en primer lugar dichos bienes básicos de los ciudadanos y, al tiempo y en segundo lugar, pretende desterrar precisamente el sistema político que hace de la defensa de tales derechos y bienes su seña de identidad. El que, por razón de su oposición política a la Constitución democrática, mata o secuestra a mi conciudadano no sólo atenta contra sus concretas víctimas, sino también, indirectamente, contra mí, pues me hace ver que mi valor como ser humano está sometido a sus ideas y es una pura herramienta de sus objetivos. Y lo mismo vale si tales delitos se cometen en nombre del Estado de Derecho y su defensa, lo cual es un imposible lógico y, en la práctica, un escarnio de sus ideales definitorios.

La segunda paradoja asoma cuando vemos a un Estado de Derecho tipificar penalmente y castigar conductas de finalidad política, pero que no suponen atentado directo contra los derechos fundamentales de los ciudadanos ni ponen en peligro los procedimientos democráticos, conductas como ultrajes a la nación, ofensas al Jefe del Estado, negación del holocausto, etc.¹². La conversión del Estado y de los que ocupan sus órganos supremos en una superpersona con derechos más altos que los del común de los ciudadanos y que justifican la represión del ejercicio de los de éstos equivale a una inversión del orden de las cosas que en un Estado constitucional de Derecho es congruente y se espera. Ni el Estado ni sus símbolos y dirigentes valen por sí ni merecen mayor protección que el ciudadano ordinario ni pueden ser titulares de derechos que primen sobre los de éste, al menos mientras se quiera obrar en congruencia con la filosofía que subyace a dicho Estado. Pero no es ése el tema de este escrito y lo dejamos aquí.

5. LOS LÍMITES MATERIALES DEL DELITO POLÍTICO

Por lo expuesto y, en consonancia con la doctrina dominante y los documentos internacionales, podemos suscribir las palabras de Quintero Olivares, según el cual

¹² Al respecto, véase, por ejemplo, Belloch Petit, Guillermo, "El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 54, enero 2001.

los llamados delitos políticos “no son concebibles en países configurados como Estados de Derecho democráticos; en cambio, son propios de países totalitarios”. Junto a los delitos políticos “se sitúan los delitos comunes (robos, secuestros, atentados, extorsiones) de <<finalidad política>>. Generalmente, la doctrina y la praxis penal europeas niegan a estos últimos el carácter de delitos políticos, criterio comprensible en relación con los países dotados de sistemas democráticos que permitan la expresión pacífica de cualquier discrepancia, sea cual fuere el alcance de ésta”¹³. Añade en consecuencia este autor que “el concepto *positivo* de delito político es funcional y, por consiguiente, *no puede ser aplicado a un hecho prescindiendo de las características del Estado en el que ha tenido lugar*”. Y hace inmediatamente después una última consideración de suma importancia: “Tenemos así un segundo criterio, que se suma al primero, que consiste en negar la condición de delito político a una serie de actos que internacionalmente han sido excluidos de esa condición”¹⁴.

Vemos de nuevo que, bajo el prisma del Derecho y la política comparados, el delito político tiene un componente fuertemente relativo, en consonancia con la diversidad de regímenes políticos que lo tratan, pero que, bajo la óptica del Estado de Derecho, el delito político posee, por razones de pura coherencia con los presupuestos valorativos de tal Estado, dos límites absolutos: no cabe el delito político cuando se atenta contra un Estado de Derecho mínimamente efectivo y, se atente contra el Estado que se atente, no pueden merecer dicha calificación ciertos delitos que suprimen los derechos más básicos de las personas, como la vida, la integridad física o la libertad. La lucha por los derechos humanos no puede recibir premio legal cuando vulnera los derechos humanos más importantes. Contempladas las cosas desde la filosofía inspiradora del Estado constitucional de Derecho, ningún orden político puede reputarse justo si se obtiene al precio del sacrificio de aquellos derechos más elementales. Si se nos permite la comparación, sería como pretender formar pianistas a base de amputar brazos, o como querer fomentar el libre ejercicio del celibato mediante la castración forzosa: una contradicción en los términos, una quimera teórica y un sinsentido práctico.

No podrá chocar, por tanto, que en el Derecho internacional se haga un uso cada vez más restrictivo del delito político y que de él queden claramente excluidos

¹³ Quintero Olivares, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, cit., p. 692.

¹⁴ Ibid., p. 693.

los delitos de terrorismo¹⁵. Como muy bien ha señalado Martin Moucheron¹⁶ en su análisis de la situación en Bélgica, país cuna de la idea de delito político, las definiciones usuales de terrorismo encajarían en lo que tradicionalmente ha sido definido como delito político. Pero lo curioso es que, mientras el delito político era objeto de una consideración más benévola frente a los delitos comunes, los delitos de terrorismo reciben un trato agravado. Un vistazo a la discusión en la doctrina internacional nos muestra que esta evolución histórica puede merecer un juicio muy diverso. Para unos, la progresiva disolución del delito político y su no aplicación a delitos que caen bajo los términos de su definición tradicional, como los de terrorismo, da cuenta del progresivo alejamiento de los ideales humanistas propios del Estado liberal y de su tendencia a convertirse en Estado conservador y crecientemente represivo¹⁷; para otros, es precisamente el contenido radicalmente opuesto a cualquier sentido humanitario y su nula compatibilidad con los derechos humanos y los principios más elementales del Estado liberal moderno lo que justifica con creces el hecho de que al terrorismo no se le regale ningún beneficio legal¹⁸ o, incluso, que se agraven las penas para sus atroces atentados¹⁹.

¹⁵ Para un útil repaso de los intentos de la comunidad internacional para alcanzar una definición de terrorismo, y con especial atención al ámbito europeo, vid. García Rivas, Nicolás, “La tipificación <<europea>> del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas”, *Revista General de Derecho Pena* (Ed. Iustel) I, n° 4, noviembre 2005 [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&id_noticia=404561&id_categoria=7220].

¹⁶ Moucheron, Martin, “Délit politique et terrorisme en Belgique: du noble au vil”, *Culture & Conflicts*, n° 61, 2006, pp. 77-100. Citamos por la versión electrónica [<http://www.conflicts.org/document2038.html>].

¹⁷ Un ejemplo bien significativo de esas posturas críticas nos lo ofrece Luca Bauccio desde Italia, país en el que también se recoge en la Constitución vigente la prohibición de extraditar por delitos políticos a ciudadanos italianos (art. 26) o extranjeros (art. 10). Vid. Bauccio, L., “Reato politico, reato di terrorismo ed estradizione”, en *Diritto&Diritti*, octubre de 2001 [<http://www.studiobauccio.it/index.cfm?fuseaction=bauccio.12682&lan=it>].

¹⁸ En la jurisprudencia europea puede verse, como ejemplo entre muchos, la actitud de la Corte Suprema Italiana: “el límite sentado por la Constitución a la extraditabilidad de los extranjeros sólo puede operar si en la base del motivo político se coloca el presupuesto fundamental del reconocimiento de las instituciones democráticas y de los derechos de libertad, lo cual es confirmado por el hecho de que la Constitución reconoce el derecho de asilo al extranjero al que le sea impedido en su país el ejercicio efectivo de los derechos de libertad. Queda, por tanto, excluida en línea de principio la prohibición de extradición para los delitos de terrorismo que impliquen dicha finalidad opuesta al espíritu de la Constitución italiana” (Corte Suprema di Cassazione, Sezione VI Penale, sentencia de 2 de julio de 2000 (http://www.diritto.it/osservatori/diritto_umani/n1_02.html)).

¹⁹ Asunto hasta cierto punto distinto es que el problema grave que el terrorismo supone para el Estado, las libertades y los derechos más básicos de los ciudadanos sirva como pretexto para meter en ese saco comportamientos que no deberían aparecer bajo esa etiqueta y para demonizar, como delitos graves, conductas que propiamente no lo son tanto, como delitos de opinión (asi, el de enaltecimiento o justificación del terrorismo -art. 578 del Código Penal español- o el de provocación al odio o la discriminación -art. 510.1 del Código

No es extraño que la solución en los documentos de Derecho internacional haya consistido en la práctica renuncia a la definición de los delitos de terrorismo y su reemplazo por una pura enumeración casuística de aquellos tipos de atentados que han de merecer tal consideración a efectos de la colaboración internacional para su persecución²⁰. Cualquier intento de definición genérica del terrorismo como delito habría de hacer hincapié tanto en el elemento subjetivo o intencional -propósito de combatir el sistema político establecido en algunos lugares- como objetivo o material -efectiva aptitud del hecho para provocar el debilitamiento, crisis o inestabilidad de tal sistema-, y de esa forma entraría en conflicto con la mención positiva que algunos ordenamientos aún hacen del delito político a efectos de sustraer a

Penal español-), etc. Respecto de estos últimos delitos que las legislaciones están asociando al terrorismo, pero que no forman parte, obviamente, del núcleo de éste que merece tal vez un esfuerzo represivo sin concesiones a filosofías románticas (aunque con todas las garantías propias del Estado de Derecho), puede decirse en verdad que se ha invertido la situación anterior: de primar las ideas y acciones de los que quieren un cambio de sistema político por razones de interés general, a reprimir incluso la defensa meramente teórica o propagandística de tales cambios.

En el extremo opuesto a la consideración positiva del delito político se hallaría el llamado “derecho penal del enemigo”, categoría forjada por Günther Jakobs. Hay una diferencia absolutamente sustancial entre la interpretación restrictiva que para el delito político en este trabajo proponemos y los planteamientos de Jakobs. Para nosotros, el terrorista y quien atenta contra los derechos fundamentales más esenciales no puede ser, en un Estado constitucional de Derecho, merecedor de ningún privilegio penal, pero rigen para él las garantías jurídicas generales que son propias y constitutivas de tal Estado. En cambio, para Jakobs el terrorista -entre otros “enemigos”- no amerita ni siquiera trato de persona y puede el Estado privarlo de tales garantías. Para una consideración más amplia sobre el particular por mi parte, García Amado, J.A., “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, en Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid (Edisofer), Buenos Aires (Euros Editores), Montevideo (B de F), 2006, vol. 1, págs. 887-924. Entre la ingente literatura referida a la noción de “Derecho penal del enemigo” puede verse, además de los numerosos trabajos que figuran en el libro que acabamos de mencionar, las consideraciones de Alejandro Aponte en su importante obra *Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006. De sumo interés también el artículo de Muñoz Conde, F., “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la <<tolerancia cero>> al <<Derecho penal del enemigo>>”, *Revista General de Derecho Penal*, (Ed. Iustel), núm. 3, mayo 2005. [http://www.iustel.com/revistas/detalle_revista.asp?id_revistas=8]. Desde Colombia, además del referido libro de Aponte es muy recomendable: Velásquez V., Fernando, “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, *Revista General de Derecho Penal* (Ed. Iustel), nº 3, mayo de 2005 [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&id_noticia=403857&id_categoria=7066].

Si empleamos la de “derecho penal de enemigo” como categoría puramente descriptiva para denominar la privación de garantías penales y procesales a ciertos delincuentes, tal vez cabría llamar “derecho penal de amigo” a determinados intentos de eximir de responsabilidad a algunos grupos criminales, cercanos al aparato estatal y que *supuestamente* defienden el orden establecido, pues en estos casos los privados de las garantías legales y constitucionales son los ciudadanos en general, y muy en particular las víctimas.

20

Así, ya la Convención Europea para la Represión de Terrorismo, aprobada en Estrasburgo el 12 de enero de 1977, artículo 1.

sus autores a la extradición, de brindarles asilo o de permitir el ejercicio con ellos de ciertas medidas de gracia²¹. Al realizar el elenco de los delitos que, por quedar calificados como terroristas, no pueden recibir ese trato de delitos políticos, el ordenamiento internacional está sacando para cada Estado constitucional de Derecho las conclusiones a que cada uno de ellos debería llegar por sí: que no puede mirarse con mayor simpatía que al delito común la acción delictiva de aquellos que, en su lucha contra la Constitución de tales Estados, desconocen por completo los más elementales derechos de los ciudadanos y hacen radical ostentación de su desprecio por los procedimientos democráticos como vía legítima para la acción política. La intención política noble que se atribuye al delincuente político pasa a contemplarse como una intención política particularmente vil.

La contradicción inmanente a los ordenamientos que, por un lado, reconocen el delito político con efectos favorables y, por otro, inaplican tal categoría al delito posiblemente más “político” en muchos casos, el de terrorismo, sólo puede salvarse en la teoría reservando la consideración de “políticos” para los delitos de esa naturaleza que acontezcan contra sistemas políticos dictatoriales y desconocedores de los derechos humanos. Pero tal reserva resulta incompatible con la pretensión de apoyar internacionalmente, con alcance universal y al margen de los diferentes tipos de Estado, la persecución del terrorismo, por lo que, en términos prácticos, se asiste a un inevitable vaciamiento de la noción de delito político. Es el precio que pagan las democracias y los Estados constitucionales de Derecho por el mantenimiento de su superioridad moral. Este planteamiento, cuyo fundamento último parece aceptable, conlleva también un riesgo indudable: el que se comience por afirmar el régimen democrático y de derechos fundamentales como el más justo o el único justo, pero se acabe en contradicción interna a base de considerar atentado contra la democracia, y hasta delito terrorista, el puro delito de opinión o cualquier *pacífica* discrepancia con los fundamentos de tal sistema o con el estado de cosas vigente en un Estado democrático en un momento dado.

²¹ Como dice la Corte de Casación Belga, Sección Neerlandesa, 2ª Cámara, en su Sentencia de 11 de septiembre de 2004, un delito sólo es político « *si, eu égard à la nature même de l'infraction, il consiste en une atteinte portée directement à l'existence, à l'organisation ou au fonctionnement des institutions politiques ; ou s'il a été commis dans le but de porter une telle atteinte aux institutions politiques et que, vu les circonstances particulières de sa commission, le fait entraîne ou peut entraîner directement une telle atteinte [...]* ». Téngase en cuenta que esta misma Corte que define así el delito político aún en nuestros días es la misma que viene haciendo una interpretación sumamente restrictiva de su alcance actual en el ordenamiento belga y deslindándolo cuidadosamente del terrorismo.

Una sutil cuestión de medida es la que marca el límite entre la legítima y moralmente justificada defensa de la democracia y la paradójica conversión de la democracia en una nueva forma de autoritarismo. No se trata de que en democracia no se pueda criticar la democracia ni, menos aún, de que haya que equiparar Estado democrático con este o aquel gobierno del mismo, tildando de terrorista al que con su palabra o su comportamiento pacífico pretende o bien sustituir la democracia o bien hacerla evolucionar hacia más justas realizaciones. Es un asunto de medios y fines, y lo que en democracia no se puede tolerar ni debe recibir trato de favor, so pretexto de las laudables y sinceras intenciones del delincuente, es el atentado más grave (asesinato, tortura, secuestro) contra los derechos básicos de ciudadanos inocentes. Quien mata, tortura o secuestra para sus fines políticos es un canalla y como tal tiene que ser tratado en un Estado constitucional de Derecho. Fuera de ahí, la mayor tolerancia posible y la mejor consideración para el que por sus convicciones políticas discrepa o, incluso, vulnera la ley penal. O, expresado de otra manera, quizá menos equívoca: no se trata de defender frente a cualquier opositor el Estado constitucional de Derecho, como sistema moral y político abstracto; tampoco de amparar a este o aquel gobierno o, por ejemplo, el régimen económico vigente en un momento dado²². Se trata de no otorgar ni la más mínima ventaja, sino al contrario, a aquellos cuyo fanatismo político o absolutismo moral los lleva a valorar en más sus ideales y fines que la vida, la integridad física o la libertad de los ciudadanos. Simplemente. Siga aplicándose la noción de delito político, con su componente subjetivo y objetivo, pero siéntense claramente esas excepciones que lo excluyen y que tienen su base en las propias constituciones de los ordenamientos jurídicos que lo reconocen. Es la única manera de no convertir tales cláusulas constitucionales o legales en palmariamente inconstitucionales, en caballos de Troya insertos en los propios textos jurídicos fundamentales de las democracias.

Y una observación más, por las dudas. Cuando el terrorista es el aparato del Estado que, so pretexto de defender el orden constitucional y los derechos de los ciudadanos libres, violenta tal orden y tales derechos, suprime las más elementales garantías jurídicas y pretende reducir toda política posible a la política gubernamental, nos hayamos ante la más perversa y cínica inversión de la idea de delito político, pues en tales casos los aparatos estatales pretenden adueñarse en exclusiva tanto de la nobleza de propósitos del delincuente político como del contenido moral de las constituciones. Un ejemplo más de un tipo de delincuencia política, la estatal, que

²² Sobre el riesgo actual de tal utilización torcida de la noción de terrorismo y desde una defensa fuerte del mantenimiento del delito político, vid. Moucheron, M., op. cit.

no puede, bajo ningún concepto, recibir ninguna consideración favorable, sino bien al contrario. Cuando los que nos defienden frente al terrorismo se convierten en terroristas, nuestra indefensión, como ciudadanos, es máxima y ni la más nimia forma de impunidad podemos tolerar. Es más, posiblemente es ahí donde resurge algo más profundo incluso que el delito político: el derecho de resistencia de los ciudadanos. Pero, para evitar el diabólico círculo, debe quedar claro un límite: en la legítima lucha por la democracia y contra la opresión estatal sigue siendo esencial la valoración de medios y fines y jamás puede estar justificado el sacrificio de la vida, la integridad física o la libertad de inocentes.

El Estado de Derecho está ideológicamente ubicado en un muy inestable equilibrio. Por una parte, tiene una de sus raíces en la filosofía de la tolerancia y en la protección del pluralismo ideológico, con esmerada atención a la libertad de conciencia y a la consiguiente posibilidad de cada persona de profesar credos religiosos, morales o políticos distintos y de vivir y actuar en consonancia con ellos. Pero, por otra parte, hay un límite definitorio: esa posibilidad ha de ser real y efectiva para todos por igual, no reconociéndose a nadie el derecho a usar la fuerza para imponer sus ideales a los demás. Sin embargo, como las normas jurídicas en cada momento vigentes han de recoger, inevitablemente, elementos de la moral positiva de algún grupo, se recurre a la democracia, al régimen de mayorías, para que sean los menos los que tengan que doblar sus convicciones frente a la ley. El sistema se reequilibra con la protección de las minorías y con la posibilidad, que ha de estar siempre abierta, de que, mediante la acción política constitucionalmente habilitada, la minoría de hoy pueda ser mayoría mañana e imponer sus propias normas. Vemos ahí un primer matiz a la no “confesionalidad” moral del Estado de Derecho como tal, a su necesario carácter neutral frente a las plurales cosmovisiones de los ciudadanos. El segundo matiz deriva del hecho de que sólo puede funcionar tal Estado cuando opera en la sociedad un consenso básico sobre su superioridad moral frente a toda ideología de corte absolutista que quiera perpetuarse mediante los aparatos del Estado y al margen de los cauces constitucionales. Es decir, no hay posible Estado de Derecho constitucional y democrático allí donde la mayoría de la sociedad no piensa que existe algo mejor que las particulares convicciones de cada cual: el hecho, constitucionalmente garantizado, de que cada uno pueda mantener las suyas. Ese es el relativismo moral paradójico de las democracias: cada demócrata no se considera en posesión de la suprema y definitiva verdad moral, aplicada a sus credos particulares, pero los demócratas en su conjunto creen que hay una “metamoral” verdadera, la que garantiza que cada uno viva conforme a sus ideas, a tenor del sistema moral que prefiera, y que el contenido de las leyes se establezca por mayoría y no a tiros o a base de oprimir las libertades de nadie.

6. ¿JUSTICIAS DE TRANSICIÓN? CONSIDERACIONES MARGINALES SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, DE 11 DE JULIO DE 2007

En Colombia el delito político tiene consideración constitucional como diferente del delito común y merecedor de determinadas ventajas en su tratamiento jurídico. Así, el artículo 35 proscribía la extradición por delito político. El 150, en su apartado 17, permite que las Cámaras concedan amnistías e indultos generales por delitos políticos, si bien con mayoría necesaria de dos tercios en cada una de ellas. En este precepto se trasluce la contemplación resignadamente instrumental de tal medida, pues se puntualiza que cabe “por graves motivos de conveniencia pública”. El artículo 179 exime de la prohibición de ser congresistas a quienes hayan sido condenados a penas privativas de libertad por delitos políticos; el 201 faculta al gobierno para otorgar indultos por delitos políticos, con la obligación de informar al Congreso sobre el ejercicio de tal facultad; el 232 permite a los que hubieran sufrido condena privativa de libertad por delito político ser Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, a diferencia de lo que se establece para quienes hubieran padecido tal condena por delito doloso, y la misma excepción hace el artículo 299 para poder ser diputado departamental. Se entienden los motivos para tales “privilegios” en un país con semejante historia de sangrientas luchas fratricidas²³. Pero la cuestión estriba en qué alcance se puede dar a la noción para que tal concesión constitucional y el consiguiente debilitamiento del valor que la Constitución se concede a sí misma no desemboquen en un puro escarnio constitucional.

En ese sentido, la interpretación restrictiva que las altas Cortes colombianas realicen de dichas normas constitucionales sólo puede merecer el aplauso de este observador extranjero, y no sólo por consideraciones de mera apreciación moral y política, sino por las expuestas razones de coherencia del propio sistema constitucional de un Estado de Derecho que quiera serlo en la práctica y no sólo en los fríos textos. Ello no quita para que esa interpretación restrictiva aparezca acompañada en ocasiones de expresiones sorprendentemente comprensivas con el espíritu de los alzados en armas contra esa forma de Estado y su Constitución, como cuando la Corte Suprema, en

²³

Si no estoy mal informado, en la historia del constitucionalismo colombiano estas cláusulas son triunfos históricos de los liberales para protegerse de la persecución política de los conservadores que, por ejemplo, tuvo lugar durante los regímenes de las constituciones de 1843 y de 1886, antes de la reforma de 1936.

esta Sentencia de 11 de julio de 2007, profiere el siguiente párrafo: “Las sociedades democráticas se caracterizan por la búsqueda permanente del consenso social, el cual viene de la mano de postulados tales como la igualdad, la justicia y la libertad, entre otros, cuya materialización compete a todos los poderes públicos. *Una sociedad excluyente con graves déficits en el funcionamiento de la democracia, en la que no se respeta la dignidad humana ni los derechos fundamentales, frecuentemente cuenta con la presencia de graves conflictos, que en algunos casos llegan hasta niveles de confrontación violenta*” (subrayado de JAGA). ¿Se está refiriendo la Corte Suprema a Colombia? ¿Está admitiendo que pueda haber en realidad sociedades que merezcan el nombre de democráticas y en las que el alzamiento violento contra el orden constitucional democrático esté moralmente justificado? ¿Forma parte la lucha armada de la “búsqueda permanente del consenso” que es propia de las sociedades democráticas? No digo que el derecho de resistencia frente a la opresión no pueda tener justificación en más de un Estado ni que la rebelión violenta contra el orden establecido carezca siempre de fundamento moralmente aceptable, y no me pronuncio sobre Colombia a ese respecto. Sólo trato de resaltar la difícil tesitura en que se coloca uno de los máximos guardianes del orden constitucional de un Estado con una Constitución ejemplarmente democrática y protectora de los derechos fundamentales, cuando sus palabras pueden hacer pensar que los medios jurídicos que a los poderes públicos facultan y vinculan son por sí insuficientes para asegurar el mínimo respeto a ese orden.

Pero, más allá de disquisiciones puntuales y de la exégesis de afirmaciones que seguramente son fruto de toda una tradición política nacional que en el fondo mira con simpatía, consciente o no, a las acciones de lucha revolucionaria (o involucionaria) contra el Estado, el fallo de la Corte Suprema en esta Sentencia le resulta a este observador plenamente razonable y acorde con lo hasta aquí expuesto. Que crímenes absolutamente atroces y subsumibles en los estándares internacionales de genocidio y terrorismo no se consideren merecedores de los privilegios del delito político es digno de la máxima alabanza y expresa la mejor actitud de defensa de la Constitución y sus valores de fondo. Sea el grupo que sea el que cometa semejantes desmanes, por supuesto.

Sentado ese acuerdo de base con el fallo y con la fundamentación en su conjunto, quisiera solamente cuestionar una de las nociones que en la Sentencia se manejan, la de “justicia de transición”. Y ello con el mero fin de sostener que en posturas de firmeza constitucional, como la de la Corte Suprema en la Sentencia referida, la defensa de la Constitución y de los derechos y procedimientos que ésta consagra será tanto más efectiva cuantos menos resquicios deje a la duda y

cuanta mayor sea la coherencia con que las Cortes valoren los hechos desde su competencia de defensores de la Carta Constitucional, al menos mientras honestamente consideren que hay tal Constitución y que aún merece la pena resguardarla y hacerla efectiva.

Usa en varias ocasiones la Corte Suprema en esta Sentencia la expresión “justicia de transición”, siguiendo los precedentes de la Corte Constitucional al respecto. También se habla de “transición hacia una paz consensuada”. Pero esa transición viene representada por la Constitución misma, y permitir su debilitamiento mediante otras “transiciones”, para integrar a los que violentamente se oponen a la Constitución²⁴, equivale a afirmar una Constitución nueva y distinta, cuya norma suprema vendría a decir que por encima de las disposiciones de la Constitución escrita están las que sean capaces de imponer los que violentamente se le enfrentan.

¿Qué quiere decir “justicia de transición”? En este contexto sólo puede significar transición *constitucional*. Propiamente la justicia de transición sólo cabe entre un modelo anterior de inestabilidad constitucional y un modelo constitucional estable. En situaciones de guerra civil o profundo enfrentamiento social, se negocia y se acuerda una salida jurídica y política que dé mínima satisfacción a las partes en litigio y que fije para el futuro *nuevas* reglas de juego con vocación de estabilidad²⁵. Y la Constitución no es sino la norma que sienta las reglas básicas del juego jurídico-político hacia el futuro y con propósito de permanencia, una vez que se ha salido del enfrentamiento anterior y del consiguiente desorden. La justicia de transición puede darse entre dos sistemas políticos o dos constituciones, una anterior, que se ha tornado inefectiva o inconveniente, y una nueva, que se afirma como asentadora de ese nuevo orden estable.

²⁴ A la Constitución se opone todo el que extremadamente la desconoce y atenta contra los derechos fundamentales, aunque diga que lo hace para defenderla. En esto los extremos se tocan.

²⁵ En la doctrina colombiana, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, autores que mantienen una actitud reticente ante la aplicación de modelos de justicia transicional en Colombia, dejan claro, en su definición de la misma, que opera en contextos de salida de guerras civiles y transformaciones radicales del orden social. Así, cuando señalan que mediante los procesos transicionales “se llevan a cabo transformaciones fuertes de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias de paz y justicia”; o cuando explican que la justicia transicional “hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico”. Y aclaran que “es preciso recordar que el objetivo básico de toda transición consiste en la instauración de un nuevo orden político y social” (Uprimny, R., Saffon, M.P., “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, cit. El trabajo citado puede consultarse en [http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html].

Lo que no tiene mayor sentido es la aplicación de la justicia de transición bajo una misma Constitución y con permanencia de ella²⁶. Tal cosa equivale a un permanente estado de excepción constitucional: cada vez que un grupo se alce eficazmente contra los fundamentos más elementales de la Constitución (derechos fundamentales, democracia parlamentaria...), al aplicar la justicia de transición con pretensiones de constitucionalidad se estará pretendiendo un imposible lógico y un sinsentido práctico. O hay anteriormente Constitución eficaz, y entonces no cabe en ella justicia de transición, pues supondría contradecir su valor normativo o reconocer palmariamente su ineficacia (equivalente a la inexistencia real de tal Constitución) o no la habría propiamente y lo que se busca en realidad es poner las bases para una nueva, que ya no podrá, si en verdad es Constitución, reconocer y amparar esa apertura permanente a la justicia de transición. Una Constitución vigente y eficaz no puede afirmarse y negarse al mismo tiempo. Lo cual equivale a decir que no puede ser la base normativa para una justicia de transición. Ahora bien, si la vigencia de

26

Salvo que la propia Constitución recoja normas para tales transiciones, normas que se puedan considerar de justicia transicional, con lo cual dichas cláusulas constitucionales, si suponen excepciones al principio general de respeto de los derechos humanos y el procedimiento democrático, deben interpretarse como cláusulas de excepción o como normas sobre la reforma de las normas constitucionales. En cualquier caso, cuando las medidas tomadas en pro de la “justicia de transición” rebasen esas previsiones constitucionales o, sobre todo, cuando supongan el “visto bueno” constitucional a acciones gravísimamente atentatorias contra los más básicos derechos humanos constitucionalmente reconocidos, estaríamos ante una reforma constitucional inconstitucional y, con ello, ante una Constitución nueva si en los hechos tales medidas logran imponerse. Ahí, que una alta Corte considerara semejantes medidas como constitucionales no significaría sino un manto más para el ocultamiento de que la Constitución anterior ha fenecido y ha surgido una nueva. Ningún artificio retórico, ninguna verborrea judicial pueden convertir lo negro en blanco.

De cómo la permanencia de una Constitución puede tener un carácter absolutamente ficticio y de mera tapadera de una realidad gobernada por otras normas, de imposible constitucionalidad acorde con aquel texto constitucional, nos da buena cuenta la historia constitucional argentina. La Constitución argentina de 1853 se mantuvo formalmente vigente a lo largo de tantos golpes militares escandalosamente inconstitucionales. Era la Corte Suprema Argentina la que cada vez declaraba que aquellas medidas de los golpistas en el poder, como el dejar en suspenso los derechos fundamentales principales, eran constitucionales porque se tomaban para salvar el Estado y, como sin Estado tampoco cabe Constitución, para salvar la propia Constitución. Era un Estado constitucional de inconstitucionalidad, podríamos decir. Sobre esa historia argentina puede verse el magnífico libro de Alejandro Carrió (con la colaboración de Alberto F. Garay), *La Corte Suprema Argentina y su independencia* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996). Tampoco los nazis derogaron nunca formalmente la Constitución de Weimar de 1919 y en los primeros años de gobierno hitleriano la doctrina afín, que era casi toda, proclamaba que la supresión de todas las garantías constitucionales y la misma alteración del orden territorial del Estado establecido por la Constitución respondían a un “estado de necesidad del Estado” y suponían una “revolución constitucional”: revolución por lo que de alteración del orden anterior contenía y “constitucional” porque su propósito era salvar la esencia del Estado y, con ello, la base primera de aquella Constitución. Los juristas de corte siempre recurren a la alquimia verbal para complacer a los tiranos y para dar apariencia de exquisita juridicidad al simple abuso radicalmente antijurídico. De eso viven; y bien, por cierto.

la Constitución existente es puramente nominal, aparente, superestructural, bien porque no es socialmente aceptada, bien porque el Estado no es capaz de hacerla valer frente a los que contra ella se levantan, es mejor, más honesto intelectualmente y más conveniente en la práctica, llamar a las cosas por su nombre y asumir dos hechos: que en el presente no hay Constitución que merezca con propiedad tal nombre y que con la llamada justicia de transición nos hallamos ante un proceder fáctico consistente en la negociación de la paz y de los acuerdos sociales básicos que desembocan en un proceso constituyente, confeso o no. Pero en ese caso es una pura ficción el mantener que la justicia de transición y las consiguientes medidas poseen una base constitucional. Su sustento es puramente fáctico y referido a la fuerza respectiva de los grupos enfrentados. Los términos de una Constitución vigente no pueden estirarse hasta el extremo de su propia contradicción²⁷, pues, así estirada, una Constitución se rompe y deja de ser tal, se convierte en tapadera, en puro simulacro, mediante el que retóricamente se puede justificar cualquier acción, hasta la más abruptamente inconstitucional.

Mantener que esas medidas de justicia de transición implican “transición hacia una paz consensuada” equivale a admitir soterradamente lo que se quiere negar de boca para afuera: que no hay paz ni consenso social mínimo, paz y consenso social mínimo sin los que no existe, hablando con propiedad jurídica y política, ni Constitución vigente ni, en realidad, Estado propiamente dicho, sino contingentes normatividades impuestas en cada parte del territorio por la facción que lo domina.

Podemos entender que cuando la Corte Suprema sienta límites a la “justicia de transición” está haciendo algo más que interpretación de ciertas leyes especiales o de los propios preceptos constitucionales, está afirmando la vigencia *in toto* de la Constitución como fuente de legitimidad de los poderes del Estado y sólo de ellos, y, así, de su propia competencia constitucionalmente legítima. Proceder de

²⁷

Por ejemplo, la posibilidad que la Constitución otorgue de dictar amnistías para los delitos políticos se vuelve contra la propia Constitución cuando esa medida se convierte en un subterfugio para convertir en impunes o prácticamente impunes los más graves atentados contra los derechos fundamentales de ciudadanos no beligerantes. Una Constitución que permitiera sanar de esa manera la revuelta contra sus más intocables pilares estaría negándose a sí misma, llevaría en su seno la semilla de su propia aniquilación. De ahí que resulte constitucionalmente forzosa la interpretación restrictiva de un precepto semejante. Una interpretación extensiva, por contra, supondría hacer tabla rasa de la Constitución, bien para dar cuenta de que en los hechos ya no rige tal Constitución, o bien para permitir la tácita erección de una Constitución de nuevo cuño y en la que los derechos fundamentales no serían ya el valor primero e indiscutible. Sería una Constitución nueva cuyo principio básico rezaría más o menos así: quien posee la fuerza para exterminar a partes importantes de la sociedad está legitimado para mantener sus conquistas y sentar sus propias normas con validez general, normas que formarían parte de un metafórico “bloque de constitucionalidad”.

otra manera supondría, en última instancia, no pretender para sí, para la propia Corte, más legitimidad que la propiamente fáctica y asumir que su poder jurídico sólo será efectivo en la medida en que complazca y dé la razón a los otros poderes del Estado, los cuales crecientemente se afirman más como poderes de hecho que jurídicos y constitucionales.

Lo contrario de la paz es la guerra. El delito no altera la paz, pues con su castigo se reafirman la paz y las normas que la hacen posible. La función primera y constitutiva del Estado es el mantenimiento de la paz interior, por la fuerza cuando es necesario, fuerza *sometida a las leyes y la Constitución*. Si el Estado no cumple ese cometido o si no lo cumple con tales límites legales y constitucionales, no hay paz, sino guerra. Y en guerra no rigen más normas que las del derecho de la guerra, que no son normas de derecho interno, pues en guerra civil no existe el derecho interno de un Estado, sino sólo las normas que con pretensión de juridicidad cada bando imponga en el territorio que domina. Las leyes de la guerra son normas de derecho internacional, rigen los enfrentamientos armados entre Estados o permiten juzgar internacionalmente ciertos atentados graves contra las mismas. De ahí que no existan en puridad más que dos caminos. Si no hay paz, sino guerra, carece de sentido invocar la Constitución de uno de los bandos para legitimar las concesiones al otro, pues el haber llegado a esa situación indica precisamente que tal Constitución no es efectiva porque el Estado no es capaz de imponerla, incluso por la fuerza (fuerza dentro de los límites legales y constitucionales). Invocar ahí la Constitución es tanto como admitir solapadamente o bien la derrota del Estado (y con él la Constitución que jurídicamente lo fundamenta), o bien que el aparato estatal no estaba en verdad defendiendo al Estado y su Constitución, sino en complicidad con alguno de esos bandos que tratan de forzar un nuevo orden. Si hay paz y de lo que se trata es de vencer a la delincuencia organizada con los instrumentos constitucionales del Estado de Derecho, lo que no tiene coherencia es disolver esa Constitución, base de la legitimidad del ejercicio estatal de la fuerza, para otorgar estatuto “constitucional” a los que contra el Estado y la Constitución se levantaron²⁸.

Pensar que, después de ser así obviada la eficacia y vigencia real de la Constitución, ésta pueda resucitar lozana, revivir y regir como si nada hubiera pasado, es una manifestación de profunda ingenuidad o un depurado ejercicio de cinismo. Esa Constitución en ningún caso sería la misma, por la razón ya expuesta, porque en ella se habría incrustado una nueva norma, la más alta de las suyas, que indica a la

²⁸

Y contra la Constitución se levantan no sólo los que expresamente quieren eliminarla, sino también los que, so pretexto de defenderla, la violentan hasta su más radical negación práctica.

sociedad que el orden constitucional puede alterarse por la fuerza sin que la Constitución perezca definitivamente; o que sus normas pueden modificarse sin respeto de los procedimientos formales de reforma constitucional. Y eso, nos guste o no, es tanto como privar a la Constitución de su esencial vocación de permanencia o teñirla de provisionalidad, de vigencia puramente virtual, convirtiéndola en simple pretexto para cualquier maniobra posible de los poderes fácticos. Y, de paso, implica la invitación a rebelarse contra la Constitución a cualquier grupo que no quiera hacer política por los cauces legales y pacíficos que la norma suprema prevé; o que quiera, simplemente, sacar tajada de su poder material. Es como pretender que la Constitución dice a tales grupos que, si están seguros de su fuerza con las armas, lo intenten, pues, si triunfan, lograrán establecer el orden alternativo que pretenden, y, si no llegan a culminar su empresa, obtendrán al menos impunidad y, posiblemente, sustanciosas ventajas para el futuro. Equivale a insertar en la Constitución un estado de excepción permanente y a asumir que la Constitución también puede legitimar la guerra contra ella misma. Un puro absurdo en lo político y un engaño sangrante en lo jurídico.

Pero no nos engañemos, o se está con la Constitución, sus valores, sus instituciones y sus legítimos medios, o se está en contra. No hay en esta tierra de nadie ni campo neutral. Un Estado está tocado de muerte y su Constitución agoniza²⁹ tanto cuando una buena parte de la sociedad se opone a que el Estado use legal y constitucionalmente su fuerza contra los que se alzan contra el orden constitucional, como cuando ese uso de la fuerza por el Estado prescinde de aquellos límites jurídicos y convierte a las instituciones en marionetas del poder y a las normas en papel mojado o puro disfraz de su actuar antijurídico. Tanto los que defienden en los libros y los periódicos esas prácticas inconstitucionales del Estado como los que se oponen a que el Estado emplee toda su fuerza legal y constitucional se convierten en puro aparato ideológico de uno de esos dos bandos que tienen en común idéntico designio anticonstitucional. Pueden esos “ideólogos”, esos “intelectuales orgánicos”, proceder así si así les parece justo, pero es un requisito de honestidad intelectual y política el pedirles que llamen a las cosas por su nombre. Deberían reconocer, en suma, que no es el respeto a la Constitución la primera de sus prioridades políticas y, sobre todo y ante todo, se les ha de exigir que no pretendan un imposible y cínico respaldo constitucional para esas acciones radicalmente antijurídicas y

²⁹

Cosa que cada cual considerará buena o mala en función de cuanto comulgue con o discrepe de ese orden constitucional vigente. Lo que no cabe, repito, es estar al mismo tiempo a favor de la Constitución y en su contra.

estrepitosamente opuestas a los derechos básicos y los valores de humanidad que la Constitución recoge en su mismísimo frontispicio.

Puestos a elegir entre el apoyo a un Estado que hace guerra sucia y vulnera él mismo los derechos humanos que ha de salvaguardar, y una “insurgencia” que busca amparo político para sus acciones de exterminio de inocentes, no queda más que la acción en pro de la tercera vía, que parece que pocos quieren transitar: la defensa del Estado constitucional con todos los medios rectamente constitucionales, pero sólo con éstos. Al menos mientras se piense que todavía queda algo de Estado y que no se vive en plena anarquía o en estado de naturaleza y que le resta a la Constitución vida suficiente, suficiente como para que tenga sentido intentar defenderla incluso frente a sus propios defensores falsos.



Región: Occidente
Autor: Jonathan Andrés Valderrama
Título: G.T
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 45 x 60 cm

“MÉTODOS” PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA: ¡UN CUENTITO MÁS!*

Primera parte

* El presente texto es una versión corregida de la exposición oral que el autor efectuó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el 19 de mayo de 2005, en el marco de la cátedra Investigación Dirigida correspondiente a la Maestría de Derecho Ambiental. Se introduce ahora la división en numerales y sus respectivos encabezamientos; también se añaden las notas subpaginales [n.], para invitar al lector a que consulte obras donde podrá hallar tratamientos más integrales sobre las cuestiones consideradas, y además se agrega un Suplemento al final [sec. VII]. - He conservado el estilo «flojo» de la disertación original; desarrollos mucho más amplios, y también más precisos, con respecto a las principales cuestiones que serán enfocadas también aquí, se encuentran en los sitios señalados infra: n. 3.

Fecha de recepción: Julio 24 de 2007

Fecha de aprobación: Agosto 15 de 2007

“MÉTODOS” PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA: ¡UN CUENTITO MÁS! PRIMERA PARTE

*Enrique Pedro Haba Müller***

RESUMEN

No existe ningún “método”, en sentido propio, para efectuar investigaciones (en serio) decisivas sobre cuestiones de derecho. Nadie puede aprender a investigar en unos cursos especiales que lleven tal nombre: “técnicas de investigación” o letreros por el estilo. Sirve de poco o nada, salvo para complacerse en disimulos criptoacadémicos, distraerse en aprender unos repertorios de reglas de procedimiento formalistas. La capacidad para investigar es sobre todo un resultado adquirido INTUITIVAMENTE, a lo largo de muchos años, por el hábito de “quemarse las pestañas” con lecturas de nivel académico elevado (¡difíciles!), impulsado por profesores no complacientes. Además, para evitar caer en errores muy comunes, es fundamental no ignorar ciertas precauciones de orientación HEURÍSTICA (aplicables como “ideas a tener en cuenta”, nada formalistas): la actitud mental anfacilista, el estar advertido sobre los obstáculos epistemológicos provenientes de las “celadas” lingüísticas en general y del normativismo jurídico en particular, no aceptar apriorísticamente las opiniones dominantes y no contentarse con armar unos ensambles de copiandinas bibliográficas (“fichas”) tomadas de la literatura estándar.

Palabras clave: métodos, pedagogía, heurística, mistificaciones, perfil del investigador, ciencia, antifacilismo, democratización, derecho.

“METHODS” FOR LEGAL INVESTIGATION: ANOTHER LITTLE TALE! FIRST PART

ABSTRACT

It exists no “method”, in own sense, to perform investigations (seriously) conclusive on questions of the legal. Nobody can learn to investigate in some special courses with such names as: “Technical of investigation” or signs like that. It is not useful but being pleased in pretenses “academic labyrinthine” or to be distracted in learning formalistic repertoires about some procedure rules. The capacity to investigate is above all a result acquired INTUITIVELY, along many years, by the inhabit of “burning the midnight oil” with readings of high academic level (¡ones that be really difficult!), prompted by rigorous professors. Besides, to avoid falling into very common mistakes, it is fundamental not to ignore certain HEURISTICS orientation precautions : the “anti simplistic” mental attitude, being warning about the cognitive obstacles originating from the linguistic “ambushes” and from the legal normativism, not to accept hastily the prevalent opinions and not to be pleased with assemble some join of bibliographical copies (“put on file”) taken from Standard.

Key words: Methods, teaching, heuristics, mystifications, investigator profile, science, “anti simplistic”, democratization, law.

** Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho y ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental de Uruguay y ex profesor de la Facultad de Derecho de esa misma Universidad. Doctor en Filosofía del Derecho de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París. Tiene más de ciento cincuenta publicaciones, aparecidas en distintos países de América y Europa, principalmente sobre temas de filosofía y metodología del derecho, derechos humanos, racionalidad del discurso práctico y epistemología de las ciencias sociales. Miembro Honorario del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Recientemente fue galardonado con el Premio al Investigador de la Universidad de Costa Rica, 2006, Área de Ciencias Sociales.

“MÉTODOS” PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA: ¡UN CUENTITO MÁS! Primera Parte

El más esencial de los métodos de investigación es el pensamiento libre de prejuicios.

S. Andreski

La palabra “investigación” se halla hoy en el dintel de su desintegración por abuso en su uso, aunque no ciertamente por abuso en su realización. Con razón pedía Ortega que no se obligara a los estudiantes a jugar el hipócrita papel de aprendices de investigadores.

C. Láscaris

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. Introducción

El Decano de nuestra Facultad¹ ha tenido a bien solicitarme una contribución para incluirla en un libro donde se reunirán materiales a propósito de la investigación jurídica. Ese sería, tengo entendido, un manual que habría de servirles a ustedes para aprender a investigar.

Bueno, desde el primer momento no vacilé en señalarle a Don Rafael mi total escepticismo al respecto. Yo no creo que haya ningún manual en el mundo que pueda enseñarles a *investigar*, tomada tal palabra en sentido propio. Entonces le pedí, con el fin de poder referirme con cierta objetividad al asunto, que él mismo me consiguiera algún artículo o un libro (lo que le pareciera) que estuviera en condiciones, acaso, de servir para proporcionar verdaderamente tal enseñanza.

No ignoro que existen por ahí muchas publicaciones que responden a tal pretensión. Por eso mismo, me parece necesario examinar por lo menos una de ellas, ya sea un estudio que se piense incluir en nuestro manual u otro (cualquiera indicado por

¹ Referencia al Dr. Rafael González Ballar, Decano de la Facultad de Derecho (Universidad de Costa Rica) y Director de la cátedra señalada en la nota anterior.

el propio Decano). Tomando como ejemplo alguno que supuestamente sirva para realizar este milagro de *enseñarles* a investigar, podré confrontarlo con mis ideas al respecto. Estoy convencido de que ningún texto, tampoco alguno (cualquiera fuere) elegido por el propio Don Rafael, puede servir verdaderamente para aquello, lo de suministrar unos *métodos* para investigar. Estaba, y estoy, convencido que no será difícil hacer ver, hasta mediante ese mismo texto justamente (aunque entonces yo no sabía aún cuál iba a ser), o en cualquier otro de propósito similar, que ellos son substancialmente superfluos y más bien engañosos.

Ahora bien, para los propósitos perseguidos mediante ese proyecto, probablemente resulte más accesible, más liviano, ofrecer una presentación no tan “técnica” (relativamente) como las contenidas en estudios míos dirigidos a auditorios más especializados. Aquí puede resultar conveniente abordar eso de la manera en que trataré de efectuarlo ahora, esto es: mediante una exposición oral, relativamente espontánea, donde uno se expresa con más simpleza, más llanura, incluso en un lenguaje coloquial, basándose simplemente en unas breves notas de guía; prácticamente irá sin tecnicismos, con lo cual ha de estar –supongo– sin mayores dificultades al alcance de personas que, como ustedes, probablemente no han leído antes estudios sobre esta problemática. Se trata, pues, de ofrecer esas ideas, que en algunas publicaciones he desarrollado con mucho mayor detalle y precisión², aquí en la forma más sencilla y gráfica posible, para que pueda servir mejor, tal vez, a los destinatarios del manual proyectado.

Pregunta un estudiante: “¿Será esto [*i.e.*, lo que se expondrá aquí] aplicable para la práctica dirigida [en el posgrado]?”.

Mire, no le puedo contestar si acaso pueda serlo o no. Para saber eso, yo necesitaría estar allí mismo, ver en qué consiste concretamente tal práctica. Simplemente señalo que, si lo que usted pregunta se refiere a la posibilidad de que supuestamente conseguirían ustedes ahí aprender *cómo* investigar, no habiéndolo hecho antes, en tal caso considero que sí, que cuanto diré es muy aplicable... ¡justamente para *NO hacerse falsas ilusiones* al respecto! Esto es: que no se las hagan sobre que ello pueda acaso ser una cuestión de “métodos”, y en general lo de suponer que tal cosa se pueda aprender de veras en determinado curso.

² Véase sobre todo: *Pedagogismo y “mala fe”*. De la fantasía curricular en los ritos de la programación universitaria. San José (C.R.): Investigaciones Jurídicas, 1997, 246 p. [próximamente se publicará una edición ampliamente reelaborada de esta obra]; además, “El desafío (contraacadémico) de las Universidades privadas en Costa Rica. Buenos negocios, facilismo/aprobismo, acreditación y algunas floraciones concomitantes”, *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Costa Rica), N° 97 (2002-III), pp. 79-93 [los desarrollos presentados en ese estudio pertenecen al material destinado a la nueva edición de *Pedagogismo...*].

Eso sí, en esta exposición no se trata de que ustedes crean lo que digo porque lo digo yo. Un profesor puede decir esto o lo otro, no menos yo que unos desde la vereda de enfrente. Solo que, cuanto voy a señalarles es bastante menos difundido, me parece, que muchas otras cosas que al respecto les dicen por ahí. Ahora bien: juzgarán ustedes por sí mismos, una vez conocidas las ideas de ambos lados; (para las del lado de enfrente contamos, p. ej., con el libro que me proporcionó Don Rafael [*infra*: § 14]).

2. La cuestión central

Como ya les dije, cuando Don Rafael me pidió poner al alcance de ustedes unos “métodos” para la investigación jurídica, mi respuesta fue: “¡Imposible! No puedo venir a enseñarles tales métodos, sencillamente porque no existen, nunca nadie los descubrió. O bien, si es que alguien los haya descubierto, por favor dígame usted cómo puedo enterarme dónde hallarlos y aprender en qué consisten. La verdad, hasta donde estoy enterado, es que no los hay, en ninguna parte del mundo”. Él quedó un poco asombrado, como posiblemente a su vez estén asombrados ustedes ahora, porque se dirán: “¿Cómo no van a existir? ¿No hay libros de metodología jurídica, artículos y conferencias sobre ello, hasta en abundancia?”. ¡Claro que sí! Por supuesto, no niego que existen toda esa clase de elucidaciones *en el papel*. Mas resulta que todas ellas hablan de aspectos que, si bien tampoco es que sean unos disparates (probablemente hasta son aceptables en cierta medida), empero pecan sobre todo por lo que *no* dicen. Callan, o aluden apenas muy secundariamente, a aquello que es lo principal, eso que insistiré en subrayar acá.

Veamos si puedo hacerme entender mediante una analogía. Supongamos que alguien va a ver al médico para hacerse un examen general. El médico le nota una verruga en la cara, encuentra también alguna lesión ósea en una rodilla, ve que tiene un poco de ronquera... y ya, ¡listo el examen! Entonces él se contenta, si el examen fuera así, con señalarle a usted: “Tómese estas pildoritas para esto o para aquello”. No auscultó el corazón, no mandó hacer unos exámenes de sangre diferentes que son necesarios para detectar eventualmente otras deficiencias funcionales. Con lo que él vio, se queda tranquilo y lo manda a usted para su casa. Es verdad que esos medicamentos que le recetó sirven para algo. Sí, sirven, pero igual usted pronto termina en el cementerio; porque si resulta que lo que tiene es un cáncer avanzado, va a estar curándose la verruga que tiene en la cara, y mientras tanto revienta el cáncer. Los remedios que tomó no sirven para lo principal. Usted se muere, de todas maneras, pues ha dedicado la atención sobre todo a otras cosas: la verruguita, la

ronquera, etc. Más o menos así, también, pasa con los libros y los artículos sobre métodos de la investigación jurídica. Te dicen algunas cositas, aplicables o no, pero que no van al eje mismo de la cuestión.

He ahí, pues, lo que me importa hacerles ver: dónde está el *centro* de lo concerniente a la investigación, o sea, lo que ustedes *no van a encontrar* en esos manuales. Es de esto último justamente, lo que *NO* se alcanza a ver en ellos, de donde va a depender en realidad qué puedan o qué no puedan, en qué medida puedan, hasta dónde puedan, y sobre todo con qué *calidad* puedan o no realizar una investigación, sobre el tema que fuere. Para encarar esto claramente, necesitamos responder a dos preguntas antes de pasar a cualquier otro aspecto de la cuestión.

Suplemento

“Muchas de esas obras –bajo el título habitual de “metodología de la investigación jurídica”, “cómo investigar en derecho”, “cómo hacer una tesis en derecho” y otros similares– presentan una estructura muy similar. Comienzan con una o varias secciones dedicadas al “método científico” –término por el que, en general, entienden el método observacional y experimental de las ciencias empíricas–... se ofrece un panorama de conceptos teóricos y de métodos empleados por aquéllas (teorías, hipótesis, variables dependientes e independientes, contrastación y experimentación, confirmación y falsación, etc.). A continuación, mediante un salto sorprendente y sin mayor explicación acerca de la relación entre los capítulos anteriores y los que allí se inician, el texto aterriza en el campo del derecho. Pasamos entonces a enfrentarnos con cosas más pedestres y de menos lustre teórico: cómo hacer una ficha, cómo se deben numerar las secciones de un capítulo, cómo se cita correctamente, si la ciudad debe figurar antes de la editorial o viceversa, si del nombre de pila de los autores mencionados se refiere solo la inicial, cómo se hace el índice, etc. En cuanto al método, parece que el que utilizan los juristas, a diferencia de todo el resto de la fauna autoconsiderada científica o académica, se denomina “bibliográfico”, y consiste en obtener textos legales o sentencias, revisar bibliotecas y recoger opiniones de autores que ya escribieron sobre el tema elegido. En ocasiones también se hace referencia a hipótesis, aunque no quede demasiado claro en *qué* consiste una hipótesis en el terreno jurídico. En fin, a muchas de esas obras la mención del término “metodología” en el título les queda holgada en exceso: no pasan, en lo que se refiere a su anclaje específicamente jurídico, de un catálogo o *recetario de técnicas formales*, que poco aclaran respecto al *sentido* del trabajo académico en el campo del derecho.

«Existen también obras –muchísimo más sofisticadas desde el punto de vista teórico, que parecen incurrir en el vicio opuesto: en su intento por “reconstruir racionalmente” el trabajo intelectual de los juristas, lo que ofrecen es un modelo en apariencia muy racional, pero que no se asemeja en nada a lo que los juristas hacen cotidianamente. La “reconstrucción” parece más bien una cirugía estética». [C. Courtis, en: Christian Courtis (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: 2006: 14, curs. agr.]

“Algunos autores que anuncian sus trabajos como de metodología jurídica nos presentan sencillamente manuales de cómo hacer una tesis, con recomendaciones sobre redacción y estilo, y si bien esto puede tener alguna utilidad práctica, esta no va más allá de la que cumple un manual de redacción. Otros autores asumen que el método jurídico es *el* método científico aplicado al derecho: el problema entonces es que con frecuencia asumen ingenuamente que existe sólo *un* método general de las ciencias; suelen además olvidarse de establecer o ejemplificar la(s) manera(s) como se aplica dicho método en el derecho. Quizá los trabajos menos confusos son los de aquellos autores para quienes el método jurídico consiste en algún o algunos de los llamados métodos interpretativos». [Juan Antonio Cruz Parceró, en *op. cit.*: 17]

3. Dos preguntas básicas

Primera pregunta: si hablamos de *métodos* para efectuar *investigaciones* jurídicas, ¿en qué sentido se está empleando ahí el término “métodos” y de qué clase de “investigación” se trata? Si la palabra “método” y la palabra “investigación” fueran términos unívocos, de modo que cualquier profesor y cualquier estudiante, todo el mundo, los entiende igual, entonces sería perder el tiempo preocuparse por definirlos. Mas resulta que, por “método”, unos entienden ciertos procedimientos y otros entienden otras modalidades; por “investigación”, unos entienden esto y otros entienden lo de más allá. Es fundamental, por ende, empezar por preguntarnos de qué estamos hablando ahí. La primera pregunta clave es esa: ¿de qué especie de métodos se trata y en qué tipo de investigación estamos pensando?

Inmediatamente después, una vez aclarado lo anterior, cuando ya sepamos a qué nos referimos para el asunto que nos ocupa, viene la segunda pregunta clave: ¿dónde y cuándo han funcionado, si es que han funcionado, *esos* métodos, para las investigaciones jurídicas *reales*? Después habrá ocasión de efectuar aún otras observaciones.

Plan de trabajo. En primer término [II], examinaré los dos puntos claves que acabo de indicar. Luego [III-IV], con base en aquellos, señalaré asimismo los principales aspectos concomitantes. Lo puntualizado he de respaldarlo con algo así como unas “pruebas” empíricas [V] y finalmente subrayaré mis conclusiones fundamentales [VI].

II. CLAVES CONCEPTUALES

(¿Qué “métodos”? ¿Qué “investigaciones”?)

4. Noción de lo que es “método”

Empecemos por tratar de aclarar la noción misma de “método”. Ustedes saben que las definiciones son, todas ellas, más o menos convencionales³: unas pueden definir determinada palabra de cierta manera, otras de otra, y ninguna de esas definiciones es ni más verdadera ni menos verdadera que las demás; probablemente cada una responde a tales o cuales usos del término en cuestión. Lo que nosotros nos vamos a preguntar, es otro asunto: no cuál sea *la* definición “verdadera” (no hay tal) para dicho término, sino qué es lo que se entiende o insinúa *de hecho* –al menos implícitamente– por parte de aquellos que proponen métodos, según el pensamiento de ellos mismos al llamarlos así. Tal procedimiento aclaratorio vale en general para todos los discursos sobre métodos, como también para montones de otras cuestiones terminológicas. Por *método*, normalmente se entiende algo más o menos como lo siguiente. Uno dice que tiene un “método” para hacer cierta cosa, la que sea, cuando a usted le dicen: primero haga esto, después haga lo otro, después haga lo de más allá; pueden ser dos o tres, cuatro, cinco pasos, o más. Le dicen cómo hay que hacer esas cosas, en cada uno de esos pasos; y le aseguran que si lo hace exactamente de la manera en que se las enseñaron, usted o cualquiera que proceda así va a llegar al mismo resultado, o sea, el previsible y normal cuando se siguen dichos pasos exactamente.

Veámoslo mediante un ejemplo. Lo obtengo, sin necesidad de ir más lejos, de una pregunta que ayer mismo le hice a la dentista que me está tratando un diente, la

³ Véase E. P. Haba, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. San José: Vllamarán, 2003, 2 vols., xii-207 + xv-335 p.: esp. t. I, § 5. O bien, cf. Id., *Elementos básicos de Axiología general (Axiología I). Epistemología del discurso valorativo práctico (Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos)*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C.R.), 2004, xxv-402 p.: # 104.

cual a su vez es profesora en la Facultad de Odontología de la Universidad de Costa Rica. Se lo planteé así: “Suponiendo que usted le enseñe a sus estudiantes todo lo relativo a esto que me está haciendo a mí, o que allí lo enseñe la misma persona que se lo enseñó a usted, ¿el resultado sería que cualquiera de sus estudiantes –suponiendo que sea relativamente capaz, haya estudiado atentamente el asunto, no sea manualmente torpe, etc.– entonces podría, una vez que haya aprendido, hacer exactamente lo mismo que me hizo usted y llegar exactamente al mismo resultado a que llega usted?”. La respuesta fue neta: ¡sí!. Pues bien, en *eso* –unos pasos uniformes y predeterminados, que conducen siempre al mismo resultado– se supone que consiste lo que constituya un método. Un método es tal, sólo cuando cualquier persona que lo conozca (y tenga, si se quiere, cierta práctica en ello), para aplicarlo va a hacer exactamente lo mismo que a su turno hará toda otra persona que lo conoce igualmente, todos ellos con exactamente el mismo resultado.

Si hubiera algún método de investigación jurídica, si existiera algo así, entonces se daría lo siguiente. Por ejemplo: a todos ustedes les ponen la misma tarea, les dicen investiguen esto, y los ponen en habitaciones separadas; con pequeñas diferencias, todos deberían llegar al mismo resultado. Entonces sí, habríamos comprobado que han seguido un método determinado. *Método* es, dicho más o menos técnicamente:

*Un conjunto de pasos preestablecidos que señalan algunas reglas de procedimiento, de modo tal que, cumpliendo esos pasos de la manera que indican esas reglas, se llega al mismo resultado, sea quien fuere el ejecutor de este procedimiento (suponiendo que lo conozca bien, claro está)*⁴.

Por ejemplo, se delinea un método para construir determinado modelo de automóviles. En una fábrica se aplica ese método: primero el ensamblaje de esto y después de lo otro, con determinados materiales, etc.; de tal manera es como en general todos los automóviles de ese tipo salen ahí más o menos iguales. Así también se procede, *mutatis mutandis*, en un cálculo de matemática, para resolver una ecuación: a todo el que aprendió la fórmula y la aplica sin errores, le sale igual el resultado. Eso es un método. Cuando les dicen que existen unos métodos y les presentan un libro donde estarían explicados –así en ese libro que voy a tomar como ejemplo, el que

⁴ He aquí una definición más completa: “se llama *método* (propriadamente dicho) a algún procedimiento *estándar* que, ordenado según determinadas reglas explícitas que se conocen y aplican de modo *intersubjetivo* en el seno de una disciplina dada, es utilizado por los profesionales de esta para obtener, normalmente, cierta clase de resultados (*estándar*) que pueden, así, ser netamente *pre-vistos* y alcanzarse con *seguridad* –o, por lo menos, con alto grado de probabilidad– mediante el método en cuestión” (*El espejismo...* [cit. n. 4], t. II: 256).

me proporcionó don Rafael—, ustedes se imaginan que con eso, una vez que hayan estudiado bien todo lo que dice ahí, entonces estarán en condiciones de afrontar muy bien la investigación jurídica que sea, sabrán llegar todos al mismo resultado para las cuestiones planteadas. En síntesis: unas fórmulas más o menos esforzadas para llegar a resultados seguros, eso sería un *método* jurídico (si lo hubiera).

5. ¿Hay métodos para el pensamiento jurídico?

No creo que pueda costarles mucho lograr advertir que tales fórmulas no existen para los estudios de derecho. Consultan los exámenes sobre cualquier tema de derecho y se encuentran con varios autores que proclaman resultados distintos. Probablemente no sabrán ustedes qué método haya utilizado ahí cada uno de aquellos, si es que emplearon alguno. En verdad, no hay métodos propiamente dichos para esos estudios. Si los hubiere, no existirían tantas discusiones doctrinarias y todos los jueces llegarían al mismo resultado, no habría decisiones divididas en los tribunales. Nada de eso podría existir, las discrepancias fundamentales no se presentarían sino por excepción. ¿Ustedes han visto algún resultado dividido para un análisis de orina normal? ¿Se han enterado de algo así como lo siguiente?: habiendo enviado la misma muestra a cinco laboratorios, en uno dicen que tiene leucocitos, en el otro dicen que no los tiene, y en el más de allá dicen que tiene tales o cuales elementos que en los otros se señalan como inexistentes. No, eso no sucede. ¿Por qué? Porque todos los laboratorios trabajan con el mismo método o con métodos equivalentes.

Hay quienes dicen que esos son métodos muy estrictos, mientras que en el derecho basta con unos métodos más *amplios*. Bueno, también estos últimos «métodos» señalan: tal es el primer paso, a renglón seguido viene otro, luego un tercero, etc.; sólo que, a diferencia de lo requerido en el laboratorio, los pasos del “método” jurídico pueden efectuarse en formas bastante diferentes, según la inteligencia de la persona, sus variados conocimientos, etcétera. Y si hasta a eso se le quiere llamar «método», ¿quién puede prohibirlo? Claro, les pueden llamar «métodos», solo que ello conduce a resultados completamente distintos de lo que por lo habitual la gente sobreentiende cuando les presentan un libro de Metodología. Así pasa también con ese libro que tengo aquí, como en tantos otros que circulan por ahí.

En síntesis: el término “método” (científico) significa, en sentido propio (estricto), que se dispone de unos pasos predeterminados de modo *neto* para arribar uniformemente a los resultados apetecidos; en cambio, si dicho término se toma en sentido amplio, son unos pasos con contenido bastante *elástico* y cuyos resultados

son contingentes. La confusión nace de semejante homonimia, la circunstancia de que la radical diferencia entre dos modalidades tan diversas queda escondida por el uso de la misma palabra indiscriminadamente tanto para lo uno como para lo otro. Así, con respecto a este asunto de la investigación, resulta que a ustedes les están ofreciendo, en sustancia, unos métodos en sentido muy amplio, mas haciéndoles creer –al menos en forma implícita– que eso pueda funcionar cumpliendo con unas esperanzas⁵ de eficacia cierta como las acreditadas por los métodos en sentido estricto.

6. ¿Qué quiere decir “investigar”?

Actualmente ha llegado a ser de recibo común un sentido amplio, vulgar, para la palabra “investigación” como parte de la enseñanza normal⁶. Hasta a los niños en la escuela, y luego se sigue con la misma práctica en el colegio, les mandan hacer una «investigación» sobre equis cuestión. ¿En qué consisten tales tareas? De hecho, simplemente es cuestión de efectuar unos recortes de Internet o extraer unas fichas de libros. Rejuntan todo eso y después lo copian, ¡ahí tienen una «investigación»! Para semejantes «investigaciones» puede haber uno o más procedimientos que fijen unos pasos de ordenamiento, los cuales también serán llamados “método”. Por ejemplo: busque la palabra tal en internet, tome algunos de los artículos que allí encuentre al respecto, saque cinco líneas de cada uno, amontónelas reproduciéndolas en un documento, presente esta pegatina como resultado... ¡y ya! En cambio, las investigaciones propiamente dichas requieren que mediante ellas se arribe a algún conocimiento que no sea bastante trivial y no esté ya adquirido antes. Una investigación no tiene sentido si no es para arribar a alguna novedad. Si usted investiga, es para aportar algo nuevo y con interés para ciertos renglones del conocimiento. Si no, ¿para qué investigar? ¿Qué chiste tiene dedicar el tiempo a “descubrir” algo que de por sí es bastante conocido?

El resultado perseguido en una investigación, si es de las que van en serio, no ha de ser banal sino relativamente novedoso. Digo «relativamente novedoso», porque esto no deja de tener sus bemoles. Obviamente, no se puede exigir que en toda

⁵ Para un análisis más detenido sobre el asunto de los métodos, véase *El espejismo...* [cit. n. 4], cap. XI; o bien, más breve, la Introducción General en *Pedagogismo...* [cit. n. 3] (mejor: cap. I en la nueva ed.).

⁶ “La palabra ‘investigación’ se halla hoy en el dintel de su desintegración por abuso en su uso, aunque no ciertamente por abuso en su realización. Con razón pedía Ortega que no se obligara a los estudiantes a jugar el hipócrita papel de aprendices de investigadores” (Constantino Láscaris, *Palabras*, Editorial Costa Rica, San José, 1976: 138, cursiva agregada aquí). — Para comentarios más amplios al respecto, véase *Pedagogismo...* [cit. n. 3]: esp. cap. II.A.1-2 (nueva ed.: cap. III.A.1-2).

investigación, sobre cualquier materia, cada investigador sea un genio y presente unas ideas principales que nunca a nadie se le habían ocurrido antes. Esto último constituye, cuando se da, la posibilidad extrema, lo cual es poco común. Pero aun sin llegar a tal extremo, ni aproximadamente, el investigador presentará *algo* que no sea mera repetición de lo bastante conocido. Por ejemplo: organiza o reorganiza unos datos ya existentes o les añade algunos otros datos significativos de que no se disponía antes, o al menos aporta una visión algo distinta al respecto; o pone a disposición elementos de conocimiento que, aun cuando no son estrictamente novedosos, resultan poco accesibles en este medio (supóngase que usted investiga sobre equis tema jurídico y tiene la suerte de conocer el chino, el japonés, el árabe y algún otro idioma; entonces usted lee esos textos, saca algunos resúmenes, los organiza y presenta en castellano –también eso es investigación, porque no estaba disponible así–).

Pregunta un estudiante: “¿El resultado tiene que ser necesariamente no-trivial, aunque la investigación en sí misma sea muy detallada?”.

Lo que pasa, es que no se ve para qué va a hacer usted un estudio detallado con vistas a probar lo que todo el mundo sabe, siempre y cuando eso no haya sido cuestionado por nadie en serio. Por ejemplo, ponerse a efectuar una detallada investigación sobre dificultades de los jueces, para demostrar la tesis de que si ellos están demasiado recargados de expedientes (cuando tienen, digamos, unos doscientos casos que fallar por mes) no los van a resolver razonando mucho. Naturalmente, usted puede interrogar con lujo de detalles a un buen número de jueces sobre eso, como prueba recoge datos de los expedientes de cientos de casos, los clasifica de cincuenta maneras, mete ahí montones de cuadros estadísticos, etc... Solo que, ni usted ni nadie necesitan conocer las minucias de esa infinidad de datos para llegar a la conclusión presentada. Es verdad que no pocas investigaciones en las ciencias sociales son por el estilo, para “probar” lo obvio; o bien, para destacar unos detalles que son completamente intrascendentes en la práctica. Todo eso constituye una gloriosa pérdida de tiempo (tanto las universidades como los organismos internacionales tienen sus muebles repletos de semejantes investigaciones, mediante las cuales se legitiman los puestos de burócratas encargados de distribuir las respectivas partidas de gastos). Para sostener una idea trivial o en todo caso bastante sabida entre los conocedores de la materia, siempre es posible reforzarla con ochenta millones de datos estadísticos u otros... pero, ¿para qué?

Cuando uno dice «novedad», se trata de que el resultado consista en algo que no es bastante conocido en la rama académica respectiva; o al menos sea dudoso,

discutido, y que entonces usted venga a aportar elementos de juicio importantes que no estaban ya fácilmente a mano. Quiere decir que lo de la “novedad” tiene un amplísimo rango de variadas posibilidades, desde las meras obras de recopilación (de un material que no se tenía de esa manera o no estaba disponible) o unas “ideítas”, hasta grandes ideas, tesis muy originales; desde tratados hasta monografías o artículos, etc. Una investigación (en serio) tiene que aportar algo realmente *significativo* que *no estaba ahí*. En cambio, por cuanto hace a esos ejercicios que se le suele encargar a los estudiantes, cuando les mandan recopilar fichas de la biblioteca, ¿qué “investigación” es eso? Para tal tipo de trabajos, simplemente rutinarios y sin verdadero provecho intelectual, si a esto le quieren llamar “investigación”, acaso sí pueda haber como unos procedimientos más o menos estandarizados, por cierto bastante elementales. Pienso que cualquier profesor puede explicar eso en dos o tres horas, si es que haga falta tanto; por lo mismo, también se puede poner en unos libros, abrumándolo a usted con toda suerte de detalles adicionales. Mas para todo lo que es investigación en serio, no se dispone de método en sentido propio. No los hay, nunca nadie los descubrió, no existe semejante recetario de abracadabras. Menos que menos, para la problemática jurídica.

7. Motivos de la mistificación (pereza mental, pseudo-seguridad)

Ahora bien, ¿por qué se busca amparo en semejantes mitologías edificadas en torno del sortilegio que en las gentes provoca la palabra “método”? Hay dos motivos claves para esa huida hacia el reino de múltiples sistemas de palabreríos, sean unos u otros, compuestos en torno al hechizo provocado por ese término. Estos motivos son, básicamente: a) obsesión por recostarse en determinada comodidad mental, pereza del pensamiento; b) y el afán de seguridad (aunque sea ficticia), una *pseudo-“objetividad”*⁷. Para lograr eso, también se pretende poder llevar la investigación adelante metiéndola en algún molde más de los correspondientes al modelo *homo mechanicus*⁸.

Comodidad e ilusión de seguridad, ¿por qué? Si a uno le dicen de antemano todo lo que necesita hacer, entonces se evita la molestia (“¡... qué aburrición!”) de tener que andar pensando mucho. Se dará por satisfecho con seguir un machote o una serie de machotes como guía de procedimiento... ¡y listo el pollo! Triunfo de la pereza mental: no reflexionar, no analizar. Eso es lo primero. Y se conjunta con lo

⁷ Sobre la mentirilla de semejante “objetividad”, véase: *Pedagogismo...* [cit. n. 3]: cap. II.4 (nueva ed.: cap. III.4).

⁸ Cf. la obra señalada en la n. anterior: 37 s. (nueva ed.: cap. I, Apéndice-Suplemento iii).

segundo, la obsesión por hallar un cobijo de “seguridad”. Siguiendo el machote, ahí tienen los resultados supuestamente indubitables, exactos, en forma tal que no podrán haber dudas de que eso es como es *así*. Se entiende que, método-machote mediante, uno conseguirá llegar sin duda al resultado que sea. El método, si existiera, les aseguraría eso. Solo que, como hemos visto, tales métodos, si bien los hay para realizar muchas cosas (análisis químicos, construcción de artefactos, etc.), no existen para la práctica de la investigación (en serio).

Veán que es así, ni más ni menos, si se fijan en cualquiera de las grandes obras en materia jurídica, o simplemente en un artículo sobre esta donde se ofrezcan ciertas ideas nuevas importantes. ¿Ustedes creen que el autor se tomó previamente la molestia de leer todo eso que viene en algún libro como este que me proporcionó nuestro Decano? ¡Jamás! Entonces, ¿cómo hizo este investigador? Primero hubo de aprender a investigar, claro está, pero fue de *otra* manera. No, por cierto, en algún “instructivo” con un listado (mayor o menor) de reglas puntuales. Fue mediante un aprendizaje bastante prolongado en el tiempo, el cual no consiste en memorizar las recomendaciones de ningún libro en particular, como tampoco el seguir ningún curso en especial. No digo que unos libros o unos cursos no puedan suministrar algunas indicaciones valiosas, unas pocas, complementariamente. Solo que, lo verdaderamente decisivo no está ahí. ¿De qué se trata, pues?

Hemos visto que la noción propia de método se refiere a seguir ciertos pasos de una manera unívoca para llegar a resultados firmes prefijados. Asimismo vimos que hay un sentido amplio para esa palabra, el cual, si bien señala unos pasos, estos no son unívocos; entonces conducen a resultados muy variados, no se sabe bien cómo. La razón por la que se desea poder contar con el primer tipo de método es, sobre todo, por la comodidad y por la seguridad de conseguir así los resultados deseados. En cambio, ¿qué pasa con esos otros métodos, que de hecho se conforman con tomar este término en sentidos muy amplios, y casi siempre sin aclarar que, justamente por eso mismo, aquellos *no sirven* para alcanzar resultados bastante seguros? Al entreverar ambas acepciones de la palabra, llamándole “método” también a procedimientos tan lábiles como estos últimos, se logra esconder las principales dificultades en la materia: todo lo que no se puede meter en plazos rígidos, pasos preestablecidos, resultados firmes. Así, cuando se habla de “métodos” para llevar a cabo los trabajos de investigación, con semejante letrero se disimula, al menos implícitamente, que ahí no cabe, para alcanzar resultados que valgan verdaderamente la pena, una conducta intelectual más o menos mecánica: lo que se pueda hacer siguiendo simplemente algún machote, ya sea sencillo o bastante complicado. Por el contrario, *cómo* se investigue depende, en lo principal, de algo que es muy dife-

rente de cualquier actividad “machotera”, como la de juntar y acomodar fichas de lectura o recortes de Internet, etcétera. Investigar no es poner en movimiento unas conductas mentales más o menos “mecánicas”, sino actividad de la *inteligencia*. Consiste, por encima de todo, en saber PENSAR.

III. “Perfil” del INVESTIGADOR

8. Tres condiciones *sine qua non* del investigador en serio

(“fosforito” y mucho estudio, para enfrentar “obstáculos epistemológicos”)

No me canso de repetir esto: la calidad de la producción intelectual, también en los estudios sobre derecho, depende de lo que “no se compra en la botica”. Esa es la condición primera: DESARROLLO EXIGENTE DE LA INTELIGENCIA, *¡en sí misma!* Ahora bien, ¿cómo es que logra buen desarrollo la inteligencia de una persona? Lo primero que se necesita, eso sí, es tener algún “fosforito” básico en la sustancia gris (y también, desde luego, ganas suficientes de hacerlo funcionar, en vez de preferir retozar en la cultura del televidente). Por lo que se ve, pareciera que eso no lo tiene, así como así, todo el mundo. En todo caso, cada quien no lo tiene –ni lo va a tener ya– si ello no ha conseguido hacerse presente en cierta medida al llegar a la adolescencia.

También es indispensable –segunda condición– hacer aquello que, por lo general, tratan de salvarse de tener que hacer quienes se refugian en unos supuestos “métodos” de investigación. Esto es: en vez de aplicar unas formulitas preestablecidas, preocuparse por ESTUDIAR MUCHO, leer mucho, pensar mucho. La inteligencia se desarrolla de esa manera, hasta donde pueda (según el “fosforito” de cada quien) irse desarrollando, en un proceso permanente, de larga duración. Leyendo mucho y sobre todo obras de calidad, se produce una especie de asimilación con respecto al “espíritu” que logra dar vida a estas mismas. La mente va aprendiendo eso, y entonces, casi automáticamente, ella empieza a tratar de hacer las cosas a la manera de aquellas obras. Al principio lo hará un tanto torpemente; después es posible que logre hacerlo también ella misma con más habilidad, acercándose cada uno hasta donde pueda a las habilidades de tales modelos. Al fin de cuentas, la clave de las capacidades para investigar está en la inteligencia de cada quien; pero inteligencia basada en, y fomentada por, una preparación intelectual previa que sea de veras *exigente*.

Tercero: asimismo es fundamental, particularmente en la investigación jurídica, saber enfrentarse a lo que son las “celadas” (así dice Wittgenstein) que nos tiende el lenguaje. El discurso jurídico está lleno de trampas del razonamiento sobre las que sus locutores profesionales no suelen tener conciencia. La cuestión es lograr acostumbrarse a percibir las y ver las distintas posibilidades de corregirlo en cada caso. Aquí no puedo detenerme a explicar menos telegráficamente este punto, esa presencia generalizada de tales “trampas” en el discurso jurídico. De todas maneras, voy a señalarles un engaño que es extremadamente común en los razonamientos llevados a cabo por los juristas: la pretensión de hallar el sentido “verdadero”, supuestamente el único que lo sería propiamente, de tal o cual formulación jurídica cuyas aplicaciones son controvertidas.

Si ustedes realizan una investigación jurídica y ahí se ponen a buscar la *verdadera* definición del concepto “equis”... ¡ya están perdidos! No hay ninguna definición que sea la *única* correcta si estamos ante un término que en la práctica lingüística aparece entendido de varias maneras. ¿Por qué no hay *una* (sola) definición “verdadera”? Veamos: ¿qué sería una definición *verdadera*? Si la hubiera, eso sería como (*mutatis mutandis*) decir cuál es el verdadero tamaño de esta mesa que tengo frente a mí. Tomo un metro, la mido, y así llego a saber cuál es el verdadero tamaño de la mesa en cuestión. Ahora, ¿cuál es el metro o el patrón, el criterio, la vía que les permita a ustedes distinguir la definición verdadera (supuestamente) frente a una definición falsa (supuestamente)? Las definiciones corresponden simplemente a usos corrientes de un lenguaje. Si ustedes dicen: “La verdadera definición es la que proporcione el autor X”; bueno, entonces alcanza con averiguar lo que diga el autor X, y se conforman con llamarle definición “verdadera” a la que ofrezca ese autor, ni más ni menos. ¿Y si resulta que el autor Z trajo una definición distinta, como muchas veces sucede? ¿Cuál de las dos será la verdadera definición, por qué la de uno y no la del otro? No, no hay definición propiamente *verdadera*. Lo que puede haber, son definiciones *usuales*: una puede ser más común que otras, o pueden ser tan habituales la una como la otra, dependiendo de los círculos de locutores. Cuando usted se lanza a buscar *la* definición verdadera, se está dejando “enredar” por unos pre-juicios sobre posibilidades (falsas) del lenguaje. Entonces, lo que usted investigue estará viciado ya de entrada por tal error básico, su mente está concentrada hacia el hallazgo de un imposible.

Hay toda especie de celadas del lenguaje, normalmente ignoradas por los juristas⁹. El jurista toma de manera extremadamente cándida el lenguaje, se deja simplemente

⁹ Véase *Axiología I* [cit. n. 4]: sec. D.II.

“llevar” por este. Para hacer una investigación fructífera sobre una cuestión de la doctrina jurídica, el investigador debiera comenzar tomando conciencia de tales celadas. Sin embargo, sobre nada de eso ponen el acento las obras que supuestamente proporcionan unas fórmulas canónicas para saber investigar. Todo esto es lo que *NO* se pone bien de manifiesto en esos manuales que supuestamente “enseñan” a investigar.

* * *

Pues bien, esos tres son los puntos claves para poder investigar provechosamente: la inteligencia *personal*, estudio *severo* durante muchos años y tomar conciencia de los *obstáculos* al conocimiento (trampas del lenguaje y otros).

Estos últimos, que pueden funcionar como “obstáculos epistemológicos” (así se les ha denominado¹⁰), son unas ideas recibidas bastante habituales. Se trata de preconcepciones básicas que se asumen espontáneamente, tomándolas del medio en que uno se forma, tanto el cotidiano como el académico, sin examinarlas críticamente: *pre-juicios*. En este sentido, el término *pre-juicio* no se emplea en la acepción común vulgar, donde sobre todo se refiere a estereotipos racistas o análogos con respecto a las personas de grupos que no son el propio nuestro o a ciertas ideas fijas en materia moral (aunque también eso entra dentro de dicha categoría general). En sentido técnico epistemológico, *pre-juicio* significa aquello que ustedes creen saber que saben, simplemente porque lo piensa así todo el mundo, lo han asimilado como algo indiscutible en su medio. La gente en general lo cree así o en un círculo académico se da por entendido eso, entonces uno lo da sin más por obvio e indiscutible. En cambio, el punto clave de las investigaciones valiosas suele ser el enfrentarse a algunos *pre-juicios*, más grandes o más pequeños. Es sacar a luz lo que no se sabía o se entendía de otra manera, o sea, desnudar unos obstáculos a un conocimiento mejor de la cuestión considerada.

Se trata, en efecto, de *pre-juicios* circulantes entre los propios cultores de la materia tratada. Si ustedes van a abordar un tema con verdadero “espíritu” de investigación, lo harán poniendo en duda, por lo menos en alguna medida, ciertas ideas recibidas sobre ese tema. En cualquier tema que aborden, van a encontrar ideas recibidas. No quiere decir que esas ideas estén por fuerza equivocadas; el dar por descontado que lo están necesariamente, sería embarcarse en otro *pre-juicio*, no menos funesto.

¹⁰ Cf. Gaston Bachelard, *La filosofía del no. Ensayo de una filosofía del nuevo espíritu científico* (trad. Noemí Fiorito de Labruno) Buenos Aires: Amorrortu, 1973.

Sólo que, cuando investigan, ustedes someten a duda una manera común de ver las cosas: averiguan, analizan, comparan. ¿Cómo hacerlo? ¡Ah, no hay ningún manual en este mundo que pueda prever netamente ese *cómo*!

9. Qué aprender, y cómo, para llegar a ser un investigador

¿Cómo es que se aprende *realmente* a investigar (en serio)? Eso se aprende más o menos como se aprende el lenguaje. ¿Cómo aprenden ustedes a hablar? ¿Los sentó un día su mamá en la mesa, les leyó un manual de idioma español y les dijo: “Sigan la regla lingüística tal para referirse al objeto o asunto cual...”? ¿Es de ese modo como aprendieron a hablar? ¡Claro que no! Lo aprendieron intuitivamente, por vivir en el medio donde se habla así, oyendo, equivocándose, primero expresándose torpemente, luego un poco mejor, etcétera. Llegado el momento, cuando tuvieron ya unos seis años de edad, resulta que habían logrado ir asimilando de tal manera, *intuitivamente* –¡no por ningún método o libro de instrucciones formales!–, cómo se utiliza el idioma español. En cambio, ¿por qué tiene tanta dificultad el adulto para aprender un idioma extranjero? Es que, como su cerebro ya no está tan “fresco” como el de un niño, aquel tiene que tratar de aprender con base en un manual... ¡y así no se aprende verdaderamente bien! El lenguaje no se aprende estudiando gramática. La gramática está implícita en el lenguaje, pero usted fue aprendiendo esa gramática sin que se la hubieran enseñado formalmente. La aprendió por el *contacto directo*, intensivo y prolongado, con la práctica misma de dicho lenguaje: esto es, simplemente por vías intuitivas.

A investigar se aprende de manera análoga. Si ustedes se acostumbran a leer obras de verdadera calidad intelectual, resulta que en la cabeza se les van metiendo, sin darse cuenta ni cuándo ni cómo, ciertas estructuras mentales, ciertas exigencias para el pensamiento, ciertas maneras de organizar las ideas. Habiéndolo hecho efectivamente así durante una buena cantidad de años, desde la secundaria al menos, cuando tomen un tema es probable que apliquen eso intuitivamente. Claro que cada quien lo aplica mejor o peor, no todos lo van a aplicar igual.

Lo propio sucede si la enseñanza recibida fue más bien al revés. Si el lenguaje lo aprendieron en un medio chabacano, donde normalmente emplean apenas unas quinientas palabras, entre las cuales “mae” y “huevón” se repiten a cada media frase (en combinación con algunos otros machacotes: “vaina”, “carajada” y demás, a los cuales se recurre una y otra vez como cajones de sastre aplicables para referirse a todo lo habido y por haber), entonces... Siendo así, nada tiene de extraño que sea ni más ni menos que este mismo lenguaje, junto con el de los programas de buen

“rating” en la T.V., lo único que pueda circularles cómodamente en la cabeza. Con ese lenguaje van a salir adelante, “a como haya lugar”. En cambio, si en lugar de tener el pensamiento confinado a moverse simplemente dentro de semejante calabozo de neblina mental, ustedes fueron leyendo obras de literatura clásica y textos que presentan investigaciones en profundidad, y si también contaron con la fortuna de que en la enseñanza primaria y la secundaria hubo unos docentes que les corrigieron severamente la redacción (no otros tantos semianalfabetos que ni siquiera diferencian entre “que” y “qué” o entre “si no” y “sino”, por ejemplo), entonces también ustedes estarán en condiciones de manejar este mismo lenguaje; no tendrán el cerebro clausurado para cuanto vaya más allá de la conversación disco-“mae” y en general el nivel-televisión. Eso, ni más ni menos, constituye la condición primaria, *sine qua non*, para estar en condiciones de efectuar cualquier investigación seria en las ciencias sociales, incluido el derecho. Si no han aprendido primero que nada a manejar bien el lenguaje, nunca sabrán investigar en serio. Quienes ni siquiera saben leer (textos no superficiales), y muchísimo menos aún escribir (presentando nítidamente las ideas: ortografía, signos de puntuación, etc.)¹¹ ... ¿qué van a investigar?

En síntesis: todo depende de las clases de textos que ustedes se hayan acostumbrado a leer y en general del tipo de exigencias intelectuales a que hayan sido sometidos durante su formación, desde antes de llegar a la Universidad. No es a esta altura de la carrera que van a “aprender” a investigar, si no traen ya las bases previas indispensables de *conformación* mental. Si las traen, ustedes no necesitan ningún manual atiborrado de unos no menos tediosos que por lo general superfluos catálogos de minuciosas indicaciones al respecto. En todo caso, bastará simplemente con algunas pocas indicaciones muy elementales, que se las puede proporcionar “sobre la marcha” (esto es, ante una investigación en concreto) cualquier profesor que sea un investigador en serio. Si acaso, alcanzaría con un folletito de, digamos, máximo diez páginas (probablemente bastarían menos) para enseñar lo poco que se puede aprender así, supuesto que haga falta: maneras de citar, cómo consignar la bibliografía, conocer qué significan ciertas abreviaturas, etc. Por lo demás, tampoco es que se “aprende” a investigar en una sola investigación, eso se va haciendo durante toda la vida: lo aprendido en determinada investigación se aplica *mutatis mutandis* para la que sigue, y así sucesivamente.

Acaso podrían suministrarse también algunas elementales recomendaciones heurísticas en cuanto al fondo, como las siguientes: no olvide preocuparse mucho por

¹¹ *Infra*: n. 28.

conocer y examinar a fondo los planteamientos más severos *en contra* de lo que va a sostener usted mismo; las ideas de autores con los que usted no concuerda, ha de presentarlas de la manera en que ellas puedan resultar lo *más* sensatas posibles (claro que sin desnaturalizarlas), o sea, de modo tal que no se le haga a usted fácil sino lo más difícil posible enfrentarlas; cuando trate sobre un autor o en general sobre un tema, sepa distinguir lo principal frente a unos detalles secundarios, para concentrarse sobre todo en lo primero; etcétera. Por supuesto ninguna de estas indicaciones, ni tampoco su conjunto, constituyen algo así como un método (propriadamente dicho). Son apenas como unas flechas que señalan en cierta dirección, gruesamente, sin que de antemano pueda saberse con *qué* vaya a encontrarse cada investigador; menos que menos, fijan *cómo* pueda entonces hacer uso específicamente del material de investigación con que él llegue a contar.

* * *

En fin, si a esta altura ustedes no están ya “en la onda”, básicamente (dominio del lenguaje, exigencia de rigor intelectual), sería mejor que no les hagan perder el tiempo con unas supuestas “investigaciones”. Es como para ser bailarina de música clásica, hay que arrancar de edad suficientemente temprana. Si a la muchacha van a empezar a enseñarle ballet a los dieciocho años, a esa altura sus músculos se han hecho demasiado poco elásticos. Si no le flexibilizaron las piernas antes, para que pueda pararse debidamente en las puntitas de los pies y hacer ciertos movimientos, ¡ya nunca más! Con un manual de instrucciones para la danza, si *antes* no la fueron acostumbrando a pararse en punta de pies, jamás se va a lograr aquello, lo que no puede ser sino el resultado de un proceso paulatino, llevado adelante mediante años de formación muy severa.

También así es como se aprende a investigar, ni más ni menos que como se va aprendiendo a pensar. Esto no se aprende en ningún cursito de cinco clases o de unos meses, con un manual. Se aprende, si es que se aprende, durante toda la vida: habiendo empezado a tiempo y siguiendo con mucha constancia después. Son “músculos” intelectuales que se van desarrollando, partiendo de edades tempranas. Sólo que, dichosamente, en materia del pensamiento sucede luego al revés que con nuestra condición física: mientras que los músculos físicos se van poco a poco atrofiando con el avance de la edad, luego de la adolescencia, la actividad intelectual es de las pocas cosas para las que se puede ir siendo cada vez más hábil con mayor edad, hasta una bastante avanzada: como el vino añejo, quien se dedica

al estudio está cada vez mejor para hacer eso (...si no tiene la suerte, o la desdicha, de prolongar su vida hasta la senilidad).

Por supuesto, si ustedes tienen oportunidad de investigar sobre un tema bajo la guía de algún investigador en serio, esto constituye una ventaja nada desdeñable, sobre todo para cuando uno comienza a tratar de hacerlo. Así, la posibilidad de contar con alguien capaz de señalarle al investigador joven: “Mire, a usted le conviene consultar tales o cuales textos, para el tema elegido”; pues probablemente ustedes no conozcan de antemano esos textos, no son adivinos. Es bueno, o hasta puede ser indispensable, que les ofrezcan algunas elementales indicaciones sobre dónde hallar cierta información sobre el asunto. A partir de ahí, usted tiene que empezar a nadar solo. Si está por ahogarse, tal vez ese profesor guía pueda tirarle un salvavidas, es decir, le ayuda mediante algunas observaciones sobre contenidos u organización de lo que usted está trabajando; lo sostiene un poco en ese momento, pero para seguir adelante va a tener que nadar usted solito, la mayor parte del trayecto. No hay método como tabla de salvación, no existe.

Entonces, repito, la investigación es algo que se aprende de forma intuitiva, como el lenguaje general. Se asimila lenta y progresivamente, poco a poco, durante muchos años; en función, ante todo y sobre todo, de haberse acostumbrado a leer muchas obras valiosas de cierta materia, como también de otras. Antes de ponerse a investigar, el aspirante a investigador necesita estar provisto *ya* de todo ese bagaje intuitivo proveniente de haber leído *atentamente* gran cantidad de buenos estudios. A partir de ahí, cada quien verá –“fosforito” y oportunidades– hasta dónde pueda llegar. Bueno, tampoco todas las niñas que desde pequeñas estudiaron ballet consiguen finalmente tener las habilidades especiales requeridas para ser unas bailarinas capaces de desempeñarse profesionalmente como tales. Es, también, como en el fútbol: las “mejengas” y hasta los ejercicios estándar pueden hacerlos por igual cinco jugadores, pero no todos van a ser un Ronaldo, o ni siquiera alcanzar las habilidades como para poder jugar en algún club de segunda división. Hicieron las mismas prácticas, jugaron en el mismo campo; tampoco eso lo aprendieron en un manual. Así y todo, los resultados son distintos. Las ayudas que puedan obtener (como las de un director técnico) son secundarias, les ayudan un poco, les proporcionan ciertas guías, mas no harán un buen jugador de quien no tiene “pasta” para ello. Igualmente pasa en caso de que usted tenga quien sea capaz de corregirle una investigación que vaya en serio. Todo lo que el guía puede hacer, es decirle: “Ponga atención en esto, fíjese en aquello...”; pero no va a poder suministrarle algún machote que sirva para lograr lo principal, la *calidad* de esa investigación.

10. Síntesis

Retomo y resumo las conclusiones fundamentales de lo expuesto hasta aquí:

Primera conclusión esencial. Lo decisivo no lo pre-establecen ciertos "métodos", capaces de ser aprendidos en unos criptomanales de "investigación", sino que ello es sobre todo de raigambre *intuitivo*-intelectual.

Como dice un autor (leo un breve pasaje que resume esa idea):

"No hay, no, nada que pueda llamarse método de descubrimiento. La solución de un problema puede obtenerla un hombre después de un análisis sistemático inmenso, otro por analogía, un tercero como súbito pensamiento o visión, otro más en sueños, o de tantas otras maneras"¹².

Eso es lo que pasa, realmente, en la cabeza del investigador mismo. Claro que, si usted tiene la mentalidad ya formada, acostumbrada a pensar, le va a resultar relativamente más posible lograr eso; a partir de ahí se van haciendo investigaciones en serio, aunque sean pequeñas, poco a poco, de menor a mayor. Entonces puede llegar a darse –¡o no!– que usted consiga ser un investigador verdaderamente. "No es pa' todos la bota 'e potro...", así se dice en el Río de la Plata. En efecto, no todos pueden llegar a jugar como Pelé o Maradona, ni siquiera hacer goles como Wanchope o las paradas del portero de un cuadro en la segunda división.

Segunda conclusión esencial. Las investigaciones valiosas son creativas, consisten básicamente en superar unos pre-juicios en el conocimiento. Como dice otro autor:

"Del mismo modo en que la higiene puede ayudar a evitar algunos contagios, pero resulta impotente para garantizar la salud, la metodología puede prevenirnos contra ciertos peligros, pero no nos ayudará a concebir nuevas ideas".

Y aquí viene la conclusión decisiva:

"... el más esencial de los métodos de investigación es el pensamiento libre de prejuicios"¹³.

¹² René Dubos, *Los sueños de la razón –ciencia y utopías* (trad. Juan Almeda). México: Fondo de Cultura Económica (Breviario 190), 1967: 130.

¹³ Stanislaw Andreski, *Las ciencias sociales como forma de brujería* (trad. Juan Carlos Curuchet). Madrid: Taurus, 1973:133 y 134.

Corre por cuenta del talento *personal* de cada uno de ustedes y del esfuerzo *personal* de estudio sobre los datos informativos disponibles, lo que pueda alcanzarse (¡o no!) en la investigación emprendida. Es cada investigador, con la luz que sea capaz de dar el “fosforito” de su propia mente y con su propio esfuerzo de dedicación rigurosa al estudio de la materia, el llamado a comprobar en qué medida son correctas o no ciertas ideas, qué es lo que ahí hace falta complementar, qué hace falta corregir, etc., en las cuestiones abordadas.



Región: Oriente
Autor: Daniel Andrés Ospina H.
Título: Territorios (serie de 4 piezas)
Técnica: Óleo
Dimensiones: cada pieza 70 x 35 cm

LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES: UN ESTUDIO PRELIMINAR

Fecha de recepción: Agosto 30 de 2007
Fecha de aprobación: Septiembre 25 de 2007

LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES: UN ESTUDIO PRELIMINAR

*Natalia Ramírez Bustamante**

*Olga Cecilia Restrepo Yepes***

RESUMEN

Entender los factores que influyen en la definición que damos al concepto de sexualidad, así como las maneras en las que ella es reglamentada y protegida por el Estado, es uno de los objetivos analíticos del debate. Como muestra de ese debate, este ensayo pretende: i) Analizar tres corrientes importantes sobre el tema de la sexualidad que iluminen el debate sobre la violencia sexual: a. La de la autonomía racional, b. La de la autonomía sexual, c. Contra la idea de autonomía. ii) Analizar, en cada una de esas tres escuelas, cuál es el papel del Derecho en la definición de víctima y en la estructuración del delito de violencia sexual. iii) Analizar dos vías de acción que tienen el objetivo de disminuir la incidencia de los delitos sexuales presentando los argumentos que los sustentan y las dificultades que enfrentan. Ellos son: los actos de habla y el derecho penal.

Palabras clave: violencia contra las mujeres, teoría feminista contemporánea, autonomía sexual, actos de habla, Derecho penal.

SEXUAL VIOLENCE AGAINST WOMEN: A PRELIMINARY STUDY

ABSTRACT

Understanding the factors that influence in the definition that we give to the concept of sexuality, as well as the ways in which it is regulated and protected by the State, is one of the analytic objectives of the debate. As sample of that debate, this essay intends: i) Analyze three important conceptions on the theme of the sexuality that illuminate the debate on the sexual violence: a. That of the rational autonomy, b. That of the sexual autonomy, c. Against the idea of autonomy. ii) Analyze, in each one of those three ideas, which is the role of the Law in the definition of victim and in the structuring of the crime of sexual violence. iii) Analyze two ways of action that have the objective to diminish the incident of the sexual crimes presenting the arguments that support them and the difficulties that face. They are: the acts of speech and the criminal law.

Key words: violence against women, contemporary feminist theory, sexual autonomy, acts of speech, criminal law.

* Abogada y estudiante de Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

** Abogada y profesora de la Universidad de Medellín e investigadora del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín.

LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES: UN ESTUDIO PRELIMINAR

*En EE.UU. una mujer es violada cada 6 minutos y cada 15 segundos una es golpeada. En África del Norte cada día 6,000 mujeres sufren la mutilación genital. Este año en China más de 15,000 mujeres serán vendidas como esclavas sexuales. En Bangladesh 200 mujeres serán desfiguradas horriblemente con ácido por esposos o pretendientes. En India, más de 7,000 mujeres serán asesinadas por familiares debido a disputas sobre pagos por matrimonios arreglados. La violencia contra las mujeres tiene raíces en una cultura global discriminatoria que les niega la igualdad de derechos y legitima la apropiación de los cuerpos femeninos para la gratificación personal o política. Cada año la violencia hogareña y comunitaria destruye las vidas de millones de mujeres. (**Broken Bodies, Shattered Minds: Torture and Ill Treatment of Women, AI, 2001**)*

“Después de todo, ¿Dónde empiezan los derechos humanos universales?
En los pequeños lugares, cerca del hogar”.

Eleanor Roosevelt

INTRODUCCIÓN

En promedio, una de cada cuatro mujeres estudiantes universitarias ha sido víctima de violación o intento de violación, o lo que es lo mismo, el 25% de la población femenina universitaria ha sido víctima de acceso carnal violento o de su tentativa¹. Ello, sin considerar las demás formas de violencia de que son víctimas privilegiadas las mujeres, tales como la violencia doméstica (que puede coincidir o no con violencia sexual), el acoso sexual (que al igual que el anterior no conlleva necesariamente el acceso carnal), entre otros. Sin embargo, los delitos de tipo sexual no son necesariamente ni los más denunciados ni los que una mayor cantidad de

¹ Estados Unidos 27%, República de Corea 22%, Nueva Zelanda 25%, Uganda 22%, Reino Unido 19%, Canadá 27% de las mujeres estudiantes universitarias, han sido objeto de violación o intento de violación. Informe de Liz Kelly de la Unidad de Estudios de los Abusos de los Niños y Mujeres de la Universidad del Norte de Londres, citado en: Wendy Stokes “Violencia doméstica” En: *Globalización a qué precio. El impacto en las mujeres del norte y del sur*. Barcelona: Icaria, 2001, p. 131.

condenas penales generan.² Como corolario, la dimensión sexual de las mujeres se convierte en arma, fuente y origen de su propia subordinación al poder masculino, de acuerdo con el cual se privilegian el derecho y las garantías del victimario sobre el derecho y las garantías de las víctimas.³

Teniendo en cuenta la altísima incidencia de los delitos sexuales sobre la integridad y los derechos de las mujeres, y cómo a través de las elaboraciones del Derecho se configura un sujeto femenino, los trabajos académicos que tratan de analizar las condiciones de su ocurrencia, las formas de mitigarlo y la función del Derecho en su erradicación, han sido abundantes. Paralelamente, y ante las cifras apremiantes de víctimas de violencia sexual, las políticas públicas adoptadas por los Estados pretenden mitigar la situación sin que sus esfuerzos muestren necesariamente resultados positivos, o una reducción apreciable en las cifras. Parte de las razones que explican este desfase entre políticas públicas y la reducción efectiva de la violencia sexual, tienen que ver con los efectos prácticos que demeritan la posición de las víctimas, por ejemplo: el anonimato de los perpetradores, la ausencia de reparación integral a las víctimas, ausencia de medidas y políticas públicas claras e idóneas que permitan la prevención del delito, entre otras.

I. CONCEPCIONES DE SEXUALIDAD

1. Autonomía Racional: posiciones del liberalismo clásico

La división entre las esferas de lo público y lo privado, es el pilar fundamental del Estado liberal, en respuesta a la división entre el ámbito de lo que respeta y responde a los intereses de la mayoría, mientras que el ámbito de lo privado escapa al poder del gobernante. Sobra recordar que el liberalismo surge justamente como alternativa al poder absolutista del monarca. Además de la división privado/público, se encuentran también el *laissez faire* como forma económica y de comercio privilegiada, y

² Ver: Mujeres que crean. Informe sobre la violación de los derechos humanos de las mujeres y el derecho internacional humanitario en Medellín y área metropolitana 2005. (Consultado en Noviembre 15 de 2006) Disponible en www.mujeresquecrean.org. “El porcentaje es verdaderamente alarmante, diariamente hay dos mujeres, que de acuerdo con las denuncias, son víctimas de abuso sexual y cada día una mujer denuncia que ha sido violada. Esto significa que serían muchos más los casos, pues persiste el miedo, la resistencia y la vergüenza a denunciar. Durante el 2005, hasta el 30 de noviembre, 805 mujeres fueron atendidas para examen por alguna forma de agresión sexual, es decir, por lo menos 2 mujeres fueron víctimas de violencia sexual al día.”

³ Ver: MACKINNON. Catherine A. Crímenes de guerra. Crímenes de Paz. Los derechos humanos, las conferencias Oxford Amnesty de 1993. Editorial Trota, 1998, p. 87.

el derecho de sufragio aunque fuera restringido sólo a una porción de la población. De acuerdo con esta distinción, se asume que los asuntos públicos serán tratados objetivamente y los asuntos privados serán tratados subjetivamente.

Para un Estado liberal, la intervención en lo público se obrará a través de derechos abstractos, aplicados a personas abstractas, sin examinar en ningún momento el contenido de estas nociones para un sujeto en especial, esto como desarrollo de la objetividad en lo público.

La objetividad es la concepción de sí mismo que tiene el legalismo liberal. Se legitima a sí mismo al reflejar su concepción de la sociedad existente, una sociedad que él creó y que sigue creando al verla así, y llamando a esta concepción y a esa relación, racionalidad práctica. Si la racionalidad se mide por la ausencia de un punto de vista, lo que cuenta como razón será aquello que corresponde a la forma como son las cosas⁴.

Respecto a los asuntos privados, el Estado liberal determina que serán tratados subjetivamente, es decir, establece cómo lo privado es regido por lo subjetivo; aquí la realidad se mide a través del sujeto que la vive, que la siente, y tiene, por consiguiente, las particularidades de cada sujeto. Lo privado, que mira las intenciones y la voluntad, descansa sobre la autonomía de cada persona respecto a su intimidad. El ámbito privado es pues el ámbito de los individuos del cual el Estado apartaría su control. Quiere decir ello entonces que al interior del hogar, 'a puerta cerrada' los miembros de la familia se encuentran a merced del más fuerte: el padre, el hombre, lo masculino.

Si la teoría política liberal va de la mano con una teoría de los derechos, las feministas liberales propendieron por la protección de derechos individuales en pie de igualdad con los hombres⁵. Durante los siglos XIX y XX e incluso las feministas liberales del presente siglo, han luchado por asegurar los derechos de las mujeres, incluyendo el derecho al voto, a ser propietarias a título propio, igual acceso a la educación, e igual acceso a las oportunidades laborales⁶. Sin embargo, el pilar

⁴ MACKINNON. Catherine A. Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del Derecho Feminista. En: *Crítica Jurídica*. Compilación, edición y estudio preliminar. García Villegas, Mauricio; Jaramillo Sierra, Isabel Cristina; Restrepo Saldarriaga, Esteban. (Ed). Bogota: Ediciones Uniandes y Universidad Nacional de Colombia, 2006.

⁵ Entre los defensores del feminismo liberal se contaron: Mary Wollstonecraft (1759-1797), Harriet Taylor (1807-1858), John Stewart Mill (1806-1873), Elizabeth Cady Stanton (1815-1902).

⁶ Cfr. TUANA. Nancy y TONG. Rosemarie Tong (Eds.), *Feminism and Philosophy*, "Liberal Feminist perspectives", Westview Press, 1995, p.7.

mismo del liberalismo: la división tajante entre esfera pública y esfera privada sería uno de los principales obstáculos para el incipiente movimiento feminista. Así, el liberalismo se desarrolló aceptando la principal estructura patriarcal: la familia patriarcal en la cual las esposas dependían de sus maridos. Como corolario, la ideología del individualismo liberal y de la libertad personal no eran conceptos con vocación de generalidad, sino que sólo tenían en cuenta a los hombres en el mercado, sin intentar cuestionar en absoluto el poder patriarcal⁷.

¿Cuál es la percepción del liberalismo clásico sobre la sexualidad? Como es previsible atendiendo a lo expuesto, la teoría de la autonomía racional asume que las conductas relacionadas con la sexualidad pertenecen a la esfera de lo privado, es decir al espacio que en principio escapa al poder del Estado, salvo cuando surgen ofensas al violar la esfera privada, “pero no dentro de ella ni a causa de ella”⁸. Es así como el concepto de lo privado supone el consentimiento del sujeto en cualquier acto u omisión posible, pero, cuando se demuestra que no existió tal consentimiento, se configura la ofensa y, por tanto, se legitima la intervención del Estado.

¿Cómo entenderá el Estado liberal la ofensa en el ámbito de lo privado respecto al tema de la sexualidad? Se considera como ofensa sexual en el ámbito de lo privado a todo caso en el cual la víctima no expresa un consentimiento frente al acto sexual. Para el Estado liberal, cuando se configura la agresión o violación, ésta se califica como un acto de violencia, pero no como un acto violento sexual, puesto que tal agresión no obedece a elementos relacionados con el género, sino a situaciones comunes en sociedades violentas, donde las agresiones entre sujetos, sin importar el género, son comunes. Al respecto Mackinnon expone:

(...) entienden la violación como un desplazamiento de poder hacia la sexualidad basado en la fuerza física, una fuerza natural preexistente a la que es ajena la dominación (...) la violación en los disturbios, guerra, pogromos y revoluciones; violaciones por parte de la policía, los padres, los guardias de las prisiones; y las violaciones motivadas por el racismo –rara vez las violaciones que suceden en circunstancias normales, en la vida cotidiana, en las relaciones habituales, realizadas por hombres como hombres. Las mujeres son violadas por las armas, la edad, la supremacía blanca, el Estado- sólo de manera derivada por el pene.

⁷ Cfr. TUANA y TONG, *Ibidem*, p. 5.

⁸ MACKINNON. Catherine A. Crímenes de guerra. Crímenes de Paz. Los derechos humanos, las conferencias Oxford Amnesty de 1993 *Op.*, cit.

⁹ MACKINNON. Catherine A. Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho Feminista. En: *Crítica Jurídica*. *Op.*, cit. p. 205, 206.

La violencia sexual es definida como violencia sin más, como violencia genérica; por lo tanto, difiere del acto sexual. No se mira como un acto de agresión diferente a la agresión genérica, es decir que podría ser equiparable un evento de violación al de unas lesiones personales a otro individuo. En este sentido, se dejan de lado apreciaciones que identifiquen en este acto situaciones de subordinación de las mujeres frente a los hombres, o cualquier interpretación que trate de identificar un arma de dominación en la falta de reglamentación del acceso sexual no consentido.

Dentro del Estado liberal, las mujeres se convierten en un grupo de interés como desarrollo del principio del pluralismo, que posee problemas específicos y, dentro de la masa social, es un grupo que es vulnerable y vulnerado. El Estado liberal apoya la intervención del Estado a favor de la protección de los individuos cuando los derechos de éstos son violados, pero esta protección, que igualmente se hace en el caso de la violación de los derechos humanos de las mujeres, no es interpretada por el Estado en términos de género, es decir, no reconoce que en la sociedad existe un dominio de los hombres sobre las mujeres, y que aún en la actualidad existen sociedades patriarcales en las cuales las mujeres son perdedoras en el ámbito social¹⁰.

El liberalismo clásico ha apoyado la intervención y protección del Estado a favor de las mujeres pero como personas abstractas con derechos abstractos, sin revisar el contenido de estas nociones en términos de género. Es en este punto donde el liberalismo es cuestionado por posiciones como la denominada autonomía sexual, que hace visible cómo el derecho trata a las mujeres de la misma forma como son tratadas por los hombres dejando de lado los conceptos abstractos y neutrales de las normas y los derechos; así, entonces, el Estado liberal construye un orden social según los intereses de los hombres. Ante estas críticas es preciso aclarar que estas teorías no desconocen el avance en la defensa de los derechos de las mujeres por parte del pensamiento liberal, pero, de igual forma, contemplan su defensa como insuficiente.¹¹

2. Autonomía Sexual: crítica al liberalismo clásico

De acuerdo con esta corriente el liberalismo clásico es cuestionado bajo el cargo de que en este sistema se identifica el poder del Estado con el poder y la racionalidad

¹⁰ WEST, Robin. *Género y teoría del derecho. Estudio preliminar*. Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá: Uniandes., 2000. p. 33.

¹¹ MACKINNON. Catherine A. Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho Feminista. En: *Crítica Jurídica*. Op., cit. p. 201-202.

masculina, así como con su forma de aprehender el mundo. Las normas y el derecho, como el Estado, son masculinos, por cuanto las realidades que se presumen objetivas son creadas a partir de lo masculino, por lo que sólo puede atender a sus intereses y necesidades. En el mismo sentido, la construcción del sujeto mujer en cuanto a su cuerpo, sus intereses, sus actividades esperadas, etc., se realiza desde la perspectiva masculina. Las corrientes de la autonomía sexual critican abiertamente la totalidad masculina para explicar la realidad, tratando, por consiguiente, de introducir en esta definición la visión femenina del mundo, que permita crear una conciencia del universo donde ellas estén presentes: la historia, la cultura, la comunidad, el poder, la sexualidad. En términos generales, la preocupación central del feminismo radical¹² consiste en denunciar la forma en que las normas jurídicas existentes garantizan a los hombres un “derecho de acceso” al cuerpo y la sexualidad femenina¹³.

Tanto el derecho como el Estado ven y tratan a las mujeres como lo hacen los hombres; construyen sus sistemas jurídicos y el orden social según los intereses de los hombres. “Lo masculino es la referencia implícita para lo humano, la masculinidad será la medida de la igualdad en las leyes contra la discriminación sexual”¹⁴. Así pues, la pretendida objetividad del liberalismo aparece como una fachada de los

¹² Encuentra su mejor expresión en la obra de Catherine Mackinnon quien sostiene que la estructura fundamental de la sociedad es el género, siendo ésta la línea que determina primariamente la distribución del poder. Para esta escuela la definición del problema que investigan se centra en la titularidad del poder por parte de los hombres, lo que se manifiesta en su libre acceso a la sexualidad femenina, tienen la posibilidad de definir lo que es ser mujer. Las mujeres, entonces, silenciadas y despojadas de sus posibilidades de identificación, se convierten en objetos de intercambio. Ver: JARAMILLO, Isabel Cristina. *La Crítica feminista al Derecho*. En: *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Uniandes, 2004. WEST. Op. cit. p. 56.

¹³ Existen a su vez dos corrientes importantes dentro del feminismo radical: las radicales-culturales y las radicales-libertarias. El punto de desacuerdo fundamental tiene que ver con una interpretación disímil sobre la pornografía. Para las feministas radicales culturales (MacKinnon), “la sexualidad es el territorio del poder masculino en el que se construyen el género y las relaciones de género”, lo que genera que a través de la pornografía los hombres se sientan incitados a tratar a las mujeres como individuos de una categoría inferior, no sólo en el ámbito de lo privado, sino también en el de lo público. Entre tanto, las radicales libertarias, consideraban la apreciación de las radicales culturales como ideas represivas cristianas o victorianas acerca del sexo, y en su lugar proponían que “en lugar de insistir tercamente en que las representaciones visuales de hombres como tiranos sexuales de las mujeres de alguna manera son una violación en la vida real, deberían comprometerse a hacer un examen de la pornografía que fuera por completo de mente abierta y no defensivo y deberían guardar su veneno para los violadores reales”. Finalmente, la defensa de las radicales libertarias constituyó el más duro revés para las radicales culturales en su intento de prohibir la pornografía. En PUTNAY. Rosemarie, “Feminismo radical: posiciones libertarias y culturales”, En: Carmen Millán Benavides y Ángela María Estrada (Eds.) *Pensar (en) género*. Bogotá: Instituto Pensar, 2004, pp. 64-123.

¹⁴ MACKINNON. Catherine A. *Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho Feminista*. En: *Crítica Jurídica*. Op., cit. p. 203-204.

intereses masculinos que organizan el mundo, las relaciones sociales, y la racionalidad. En este sentido, Sandra Harding ha afirmado:

Los estudios recientes en cada una de las áreas de los estudios sociales de las ciencias fuerzan a reconocer que todo/a científico/a está siempre, en cada aspecto, situado/a socialmente. Ni quienes conocen ni el conocimiento que ellos/as producen son o pueden ser imparciales, desinteresados/as, neutrales en términos de valores. En sociedades en las que el poder está organizado jerárquicamente no hay posibilidades de una perspectiva arquimedea, una que sea desinteresada, imparcial, neutral en términos de valores, o desconectada de relaciones históricas sociales particulares en las cuales todos/as participan¹⁵

Cuando se establece una diferenciación en el Estado liberal entre lo público y lo privado como un elemento crucial para la pretensión de la objetividad del Estado, las corrientes de la autonomía sexual evidencian cómo esta diferenciación hace clara la subordinación de la mujer no sólo en lo público sino también en lo privado.

Como ya se dijo anteriormente, en el ámbito de lo público, la objetivación se hace a partir de la concepción de los intereses del hombre. El sector de lo privado es un escenario donde la supremacía masculina se impone. El maltrato, la explotación del trabajo de la mujer y la violación conyugal despojan a las mujeres de su autonomía, de su identidad, de su propia autodeterminación y control; es allí, en la esfera de lo privado, donde se evidencia de manera más palpable la desigualdad entre hombres y mujeres. Cuando las mujeres son oprimidas y ofendidas en lo privado, la ley de la privacidad protegerá el derecho de los hombres, toda vez que un Estado que reproduce modelos de opresión masculina someterá igualmente las necesidades no sólo individuales sino también colectivas de las mujeres a la supremacía del hombre. Es así como la separación entre lo público y lo privado para la posición de la autonomía sexual desaparece, puesto que identifica esta división como otra potente ideología.¹⁶

¿Qué sucede entonces sobre el tema de la sexualidad? Si para la autonomía racional la sexualidad atiende al concepto de lo privado, en la autonomía sexual la sexualidad no se identifica con tal división, puesto que no existe, es decir, no atiende a la

¹⁵ Sandra Harding, *Whose science? Whose Knowledge?*, Cornell University Press, p. 11, citado en: Marcela Rodríguez "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas". En: Haydée Birgin (Comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 139.

¹⁶ MACKINNON, Catherine A. Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho Feminista. En: *Crítica Jurídica*. Op., cit. p. 220.

protección de la sexualidad detrás del derecho a la privacidad, sino que se somete a la verificación colectiva y de apoyo del Estado en la protección de la sexualidad. ¿Por qué amparar a las mujeres con el derecho de la privacidad, si en este espacio no se ha permitido ser a la mujer lo que ella es? Para las mujeres la intimidad ha sido la medida de la opresión de los hombres.

¿Cómo se ve por la postura de la autonomía sexual la agresión sexual o violación sexual a la mujer? Esta corriente ve la violación no sólo como violencia, sino también como la “expresión de la sexualidad masculina cuyos imperativos sociales definen a todas la mujeres (...) ve la sexualidad como una esfera social de poder masculino cuyo paradigma es el sexo forzado. La violación no es menos sexual por ser violenta; en la medida en que la coerción se ha convertido en parte integral de la sexualidad masculina, la violación puede ser sexual en la medida en que es violenta y por ese motivo”¹⁷.

Es así como se define la violación sexual como violencia contra las mujeres, puesto que la violación no es algo diferente del acto sexual. Lo que se califica como reprochable no es sólo la violencia con que se impetra el hecho, sino que este hecho denota un acto de subordinación de las mujeres a los hombres. Al respecto, la profesora MacKinnon expresa:

Así, el crimen de la violación se define y adjudica desde la posición masculina, esto es, presumiendo que aquello (lo que las feministas ven como) sexo forzado, es sexo. Bajo la supremacía masculina, desde luego, lo es. Lo que esto significa desde el punto de vista de la doctrina es que la percepción masculina de los deseos de la mujer determina a menudo si se considera violada o no. Esto podría asimilarse a otros crímenes de intención subjetiva si la violación fuese como otros crímenes. Pero con la violación, dado que la sexualidad define el género, la única diferencia entre el maltrato y (aquello que socialmente se considera como) la ausencia de daño, es el significado del encuentro para la mujer. Interpretado de esta manera, el problema jurídico ha sido determinar objetivamente, por consiguiente, como si esta tarea de determinación fuese separable del género de los participantes y de la naturaleza genérica de su intercambio¹⁸.

Otro aspecto importante para discutir esta diferenciación entre la violación y el acto sexual es el elemento del consentimiento y cómo este puede hacer que ciertas conductas puedan presentarse o no como violación sexual.

¹⁷ MACKINNON. Catherine A. Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho Feminista. En: *Crítica Jurídica*. Op., cit. p. 205, 206.

¹⁸ *Ibidem*, p 214.

Las leyes contra la violación presumen que la legalidad o ilegalidad de la violación depende del consentimiento de las mujeres, como desarrollo de la posición de los Estados liberales. Es fácil hacer esta claridad de la ilegalidad de la violación sexual cuando el hombre es ajeno al mundo habitual de la mujer, conoce que la mujer no quiere tener sexo y tiene sexo con ella a pesar de su negativa para hacerlo. En este sentido, Linda Alcoff ha afirmado:

“Para los sobrevivientes, las narraciones sobre incesto y los reportes sobre violaciones por alguien que ellas conocían tienen menos credibilidad que los recuentos sobre violaciones realizadas por un extraño. Pero aún en el caso de una violación por un extraño, las mujeres mayores y las mujeres que no son “atractivas” tienen usualmente más dificultad de que se les acepten sus historias. De igual forma, a mujeres que son consideradas “muy sexy” y a mujeres prostitutas no se les cree o se les dice que han sido las culpables. Las mujeres negras de un nivel socioeconómico más bajo que han sido violadas por hombres blancos de clase alta, tienen aún menos oportunidad de que se les crea que las mujeres blancas que reportan violaciones por parte de hombres pertenecientes a grupos marginados... El patrón que emerge de estas respuestas es que si la sobreviviente no es silenciada antes de que pronuncie una palabra, su discurso es categorizado dentro de lo loco, de lo falso, o de lo increíble”¹⁹

Así, en la legislación sobre la violencia sexual la ausencia de consentimiento en el acto es determinante para el Derecho, puesto que el acto se reduce a la fuerza del hombre y la resistencia de la mujer, configurando, por lo tanto, el delito.

Pero ¿qué sucede –según MacKinnon– cuando el agresor es parte del mundo cotidiano de la mujer, amigo, novio, esposo, padre, hermano, y ante la petición de tener sexo con ella, ella se niega?; él, amparado en su cercanía, cree identificar su negativa como el consentimiento al acto sexual por parte de ella²⁰.

Esta definición de los encuentros sexuales se presta para equívocos, puesto que si estas definiciones son generadas a partir de la visión del hombre, ellos han sido

¹⁹ ALCOFF, Linda, “El movimiento norteamericano contra la violación: Paradigmas desafiantes del discurso”, En: Carmen Millán de Benavides, Ángela María Estrada (Eds.) *Pensar (en) género*, Instituto pensar, 2004, p. 378

²⁰ “Las mujeres distinguen radicalmente entre la violación y experiencias de violación sexual, concluyendo que no hemos sido realmente violadas si hemos visto al hombre que lo hace, salido con él, dormido con él o es nuestro marido, si estamos vestidas con elegancia, o no podemos demostrar que somos vírgenes, si somos prostitutas, si lo soportamos o tratamos de superarlo, si se nos ha follado a la fuerza durante varios años.” MACKINNON, Catherine A. *Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho Feminista*. En: *Crítica Jurídica*. Op., cit. p. 214.

condicionados a no advertir lo que quieren las mujeres, es decir, las mujeres son violadas por hombres que no tienen idea de lo que significan sus actos para las mujeres. Los hombres identifican tales actos como sexo, y para ellos, “el sexo mismo no puede ser una ofensa. Las mujeres dan su consentimiento al sexo cada día. El sexo hace a la mujer, mujer. El sexo es aquello para lo que son las mujeres”²¹. Así, entonces, los violadores no ven la repulsión o negativa de la mujer. Incluso, —señala Mackinnon—, se ha establecido que algunos hombres encuentran la dominación sobre las mujeres sexualmente excitante, que demuestra la masculinidad del perpetrador²², y que aproximadamente un tercio de todos los hombres aceptan que violarían a una mujer si supieran que no serían arrestados²³.

Cuando, por otro lado, se realiza la diferenciación entre violación y acto sexual, se tipifica el acto de la violación, salvo cuando éste se parece al sexo, es decir, deja de lado un elemento importante y es el significado del acto desde el punto de vista femenino; tal acto somete a la mujer al poder del hombre. Este planteamiento contradice profundamente las posiciones enunciadas por la autonomía racional, puesto que elimina de la visión del delito el elemento sexual. Estos elementos, que influyen en las leyes contra la violación, demuestran la desigualdad sexual de la sociedad, no sólo por construir el concepto de ofensa desde la visión del violador, sino por recompensar a los hombres con absoluciones amparadas en que éstos no entienden el punto de vista de las mujeres respecto a los encuentros sexuales.

Las posturas de la autonomía sexual esgrimen el argumento según el cual un mundo, hecho a la medida del hombre y que excluye a la mujer, crea, de igual forma, el sistema social, jurídico y político de un Estado. Es así como pone en evidencia que el poder es ejercido exclusivamente por hombres, y utilizado como elemento de dominación femenina. Evidencia la desigualdad de la mujer, reclama la voz del silencio de la mujer, la sexualidad de ésta, la centralidad de su marginalidad y su exclusión, la presencia de su ausencia, la naturaleza pública de la privacidad femenina.

²¹ *Ibidem*, p. 214.

²² S.D. Smithyman, “The undetected rapist” (Ph.D. diss., Claremont Graduate School, 1978); N. Groth, *Men who rape: The psychology of the Offender* (New York: St. Martin’s, 1982); D. Scully y J. Marolla, “Riding the bull at Gilley’s: Convicted rapists describe the rewards of rape”, *Social problems* 32 (1985):251. En: MACKINNON Catharine, “Sexuality, pornography and method”, En: Nancy Tuana y Rosemarie Tong (Eds.) *Feminism & Philosophy*, Westview, 1995, p. 147.

²³ Scully y Marolla, *op cit.*, En: Mackinnon *ibidem*, p. 147.

3. Contra la idea de autonomía

La autonomía racional y la autonomía sexual, como posturas que sirven de punto de reflexión sobre el tema de la sexualidad, defienden un elemento central en sus discursos y es el elemento de la autonomía. Esta autonomía, como característica que es atribuida a los seres humanos y a su sexualidad, los provee de la capacidad de autodeterminarse y ser independientes frente a lo que piensan, hacen y desarrollan en el campo del sexo y la sexualidad.

Para teóricos como Michel Foucault, uno de los principales exponentes de las posturas “contra la idea de autonomía”, este concepto de autonomía frente a la sexualidad no existe. Ante tal afirmación se descubre un mundo diferente al concebido por el mundo occidental hasta el momento, puesto que pone en evidencia otros elementos que impiden que tal autonomía se desarrolle en aspectos tan importantes como el sexual. El punto esencial de su teoría es entender a través de qué formas se ha canalizado y configurado el poder en las conductas más tenues e individuales del deseo, y cómo se infiltra y controla el placer cotidiano, esto es, aislar y comprender la voluntad de saber y de entender “el poder”, como la estructura que le sirve de soporte y de instrumento para lograr tal fin.

Esta postura hace una descripción clara y precisa de cómo el régimen victoriano impuso en el siglo XVII parámetros sociales y culturales que encerraron cuidadosamente la sexualidad, “(...) a partir de la edad clásica la represión ha sido, por cierto, el modo fundamental de relación entre poder, saber y sexualidad (...)”²⁴. La época victoriana marcó el silencio, la negación y el puritanismo con todo lo relacionado con la sexualidad.

El único lugar de sexualidad reconocida y fecunda, donde tales restricciones no operaban, era la alcoba de los padres. Pero esta afirmación no sugiere la prohibición del sexo en la época clásica, es más, enuncia la construcción de una ciencia de la sexualidad que permitió la diseminación e implantación de sexualidades polimorfos, donde “(...) la voluntad del saber no se ha detenido ante un tabú intocable sino que se ha encarnizado –a través, sin duda, de numerosos errores– en constituir una ciencia de la sexualidad”²⁵.

Para Foucault, esta represión, luego de años de libertad de expresión, obedeció a una causa política, mas no a asuntos que involucraban la moralidad o la religión. Al respecto expone:

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1991. p. 11.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Op.*, cit. p. 20.

Bien se sostiene este discurso sobre la moderna represión del sexo. Sin duda porque es fácil de sostener. Lo protege una seria caución histórica y política; al hacer que nazca la edad de la represión en el siglo XVII, después de centenares de años de aire libre y libre expresión, se lo lleva a coincidir con el desarrollo del capitalismo: formaría parte del orden burgués. La pequeña crónica del sexo y de sus vejaciones se traspone de inmediato en la historia ceremoniosa de los modos de producción; su futilidad se desvanece. Del hecho mismo parte un principio de explicación: si el sexo es reprimido con tanto rigor, se debe a que es incompatible con una dedicación al trabajo, general e intensiva; en la época en que se explotaba sistemáticamente la fuerza del trabajo, ¿se podía tolerar que fuera a dispersarse en los placeres, salvo aquellos, reducidos a un mínimo, que le permitiese reproducirse? El sexo y sus efectos quizá no sean fáciles de descifrar; su represión, en cambio, así restituida, es fácilmente analizable.²⁶

El poder reprime la sexualidad despojando al sujeto de su derecho para determinarse, eliminando todo rasgo de autonomía. Pero ¿por qué ocurre esto? El poder soberano (Estado), en ejercicio de su poder impone a sus súbditos la obligación de defenderlo y de cuidar su supervivencia. Esta exigencia por parte del soberano es llamado por Foucault *el derecho indirecto de vida y de muerte*²⁷. Este derecho, que era ejercido por el soberano, se aplicaba esencialmente como instancia de deducción, es decir, de apropiarse de los derechos, riquezas, productos, bienes, trabajo, servicio e impuestos de sus súbditos, “el poder era ante todo derecho de captación: de las cosas, del tiempo, de los cuerpos y finalmente de la vida; culminaba en el privilegio de apoderarse de ésta para suprimirla”²⁸.

En esta dinámica, el derecho a la muerte se desplaza hacia un poder que pretende administrar la vida y conformarse, por consiguiente, con lo que reclama de estas exigencias y lo que obtiene del derecho a la vida: el poder controla, vigila, organiza, produce la especie, la raza, los fenómenos de población, la sexualidad, es decir, en todo sentido, la vida.

²⁶ FOUCAULT, Michel. Op., cit. p. 12.

²⁷ “(...) El derecho de vida y muerte tal como se formula en los teóricos clásicos ya es una forma considerablemente atenuada. Desde el soberano hasta sus súbditos, ya no se concibe que tal privilegio se ejerza en lo absoluto e incondicionalmente, sino en los únicos casos en que el soberano se encuentra expuesto en su existencia misma: una especie de derecho de réplica. ¿Está amenazado por sus enemigos exteriores, que quieren derribarlo o discutir sus derechos? Puede entonces hacer la guerra legítimamente y pedir a sus súbditos que tomen parte en la defensa del Estado; sin “proponerse directamente su muerte”, es lícito para él “exponer sus vidas”: en este sentido ejerce sobre ellos un derecho “indirecto” de vidas y de muerte”. FOUCAULT, Michel. Op., cit. p. 163.

²⁸ FOUCAULT, Michel. Op., cit. p. 164.

Este poder sobre la vida se centra en el cuerpo, en el cuerpo como máquina y en el cuerpo como especie. En el cuerpo como máquina, el poder se ejerce en la educación, en su fuerza y en la docilidad del súbdito, esto con el objetivo de aumentar sus aptitudes, el crecimiento de su utilidad y su integración a un sistema de control eficaz y económico (la disciplina del cuerpo). En el cuerpo como especie, el poder se ejerce en los procesos biológicos: el nacimiento, la proliferación, la mortalidad, la salud, la longevidad, todos estos cuestionamientos y problemas que generan los elementos de la vida de la especie. El poder toma a su cargo el cuerpo del hombre para intervenirlo y controlarlo, lo que se llama por la teoría como bio-poder.

El bio-poder fue un elemento definitivo para el desarrollo del capitalismo, toda vez que las intervenciones y controles del Estado sobre el cuerpo contribuyeron a los procesos económicos y a las relaciones de producción necesarias para el capitalismo. Así lo describe Foucault:

(...) si el desarrollo de los grandes aparatos de Estado, como instituciones de poder, aseguraron el mantenimiento de las relaciones de producción, los rudimentos de anatomo y biopolítica, inventados en el siglo XVII como técnicas de poder presentes en todos los niveles del cuerpo social y utilizadas por instituciones muy diversas (la familia, el ejército, la escuela, la política, la medicina individual o la administración de colectividades) actuaron en el terreno de los procesos económicos, de su desarrollo, de las fuerzas involucradas en ellos y que los sostienen; operaron también como factores de segregación y jerarquización sociales, incidiendo en las fuerzas respectivas de unos y otros, garantizando relaciones de dominación y efectos de hegemonía; el ajuste entre la acumulación de los hombres y la del capital²⁹.

El sexo se convierte en este juego político, en un elemento crucial que “desarrolla toda la tecnología política de la vida”³⁰. En este juego político, el sexo depende de dos variables importantes: la primera denominada como la disciplina del cuerpo, y la segunda, como la regulación de las poblaciones, apuntando, por consiguiente, al cuerpo social entero. “El sexo es, a un tiempo, acceso a la vida del cuerpo y a la vida de la especie. Es utilizado como matriz de las disciplinas y principio de las regulaciones”³¹; adiestra cuerpos, intensifica la fuerza, distribuye la energía del cuerpo y, por otro lado, regula las poblaciones. Estos dos elementos estarán sometidos a controles exhaustivos, exámenes médicos, psicológicos, que apuntan a intervenir el cuerpo como individuo y como grupo social, para analizar y amaestrar.

²⁹ FOUCAULT, Michel. Op., cit. p. 171, 172.

³⁰ FOUCAULT, Michel. Op., cit. p. 177.

³¹ FOUCAULT, Michel. Op., cit. p. 177.

El porvenir de la sociedad y de la especie se construye con personas y grupos sociales saludables, seguros y armoniosos, que puedan sostener los sistemas económicos y políticos donde el poder se centra. Una mano de obra en buen estado permite que la economía se desarrolle fluida y constantemente.

¿Qué sucede entonces sobre el tema de la sexualidad? El poder la traza, la utiliza, la enuncia con un único motivo y mantiene así la sexualidad bajo control para que no escape: “la sexualidad está del lado de la norma, del saber, de la vida, del sentido, de la disciplina y las regulaciones”³².

¿Cómo se ve por la postura “contra la ausencia de autonomía”, la agresión sexual o violación sexual a la mujer? La agresión sexual o violación sexual a la mujer puede ser mirada como una conducta ilegal y reprochable siempre y cuando cause, atente o dañe el poder. Este daño implicaría una violencia sobre el cuerpo que cuidan y protegen con tanto ahínco el Estado y sus instituciones.

En cuanto a la mujer, el poder se centró en la “medicalización de su cuerpo y de su sexo”, impuso a la mujer la responsabilidad de la salud de sus hijos, la solidez de la familia como institución y la salvación de la sociedad; toda conducta tendiente a violentar dicho fin deberá ser atacada por el mismo poder.

La legitimidad de este obrar no obedece a la protección de la mujer con un ánimo altruista: obedece a la defensa del Estado y de su propia supervivencia. Con relación a la mujer, como elemento clave para la configuración de la familia, que es, a su vez, la protección de la sociedad, el poder pone a funcionar toda su maquinaria de control, restricción, regulación sobre la figura de la relación matrimonial. Anomalías como la sodomía, el masoquismo, entre otros, permanecían en un estado de poca regulación y control, puesto que este tipo de actos no implicaban un ataque a la institución de la familia.

II. CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL

¿Qué hacer para mitigar la situación de violencia sexual contra las mujeres? Las líneas de acción varían desde la divulgación sobre la proliferación de actos de violencia sexual y mecanismos para intentar mitigarla, proyectos de ley para volver más severas las penas por el delito de acceso carnal violento o su tentativa, la puesta en público de víctimas de violencia sexual para que relaten su caso y se eduque y

³² FOUCAULT, Michel. *Op.*, cit. p. 179.

concientice a la sociedad, etc. En esta sección, abordaremos primero el caso del movimiento norteamericano contra la violación, análisis que se concentra en la importancia del habla de los sobrevivientes como efecto transgresor y en segundo lugar algunos de los argumentos a favor y en contra de la utilización del derecho penal como mecanismo para mitigar la violencia sexual contra las mujeres.

I.

En Estados Unidos el movimiento feminista contra la violación ha tenido un itinerario multiforme que se ha movido desde iniciativas legislativas contra leyes y procedimientos legales que ponían a las mujeres en desventaja (década de 1970), a críticas sociales acerca de las ideologías patriarcales organizando demostraciones de mujeres y sobrevivientes del abuso para que se tomen las calles y asuman el derecho a hablar en público. Sin embargo, después de los setenta, muchas de las soluciones se redujeron al “diván” y a la terapia privada que es costosa y ayuda al paciente a sobrellevar el trauma sin estimular la prevención o la persecución del transgresor. Finalmente, la estrategia feminista de romper el silencio se trivializó por la participación constante de las víctimas en *Talk shows*. Esta última estrategia corre varios peligros, entre ellos que en los medios de comunicación el lenguaje de las sobrevivientes se convierte en un bien de consumo, que la atención se enfoca en la víctima y su estado psicológico lo que quita la atención sobre el violador, se reproduce la noción de “experiencia cruda” y refuerza las estructuras binarias³³.

En este mismo sentido, para Foucault el acto de insertar un tema en el reino del discurso no siempre es liberador y por el contrario, puede convertirse en otro espacio de dominación, en este caso de la subjetividad de la víctima. La razón es que el discurso adopta por lo general las estructuras hegemónicas que legitiman la autoridad de los expertos que reinterpretan las experiencias traumáticas a través de códigos de normalidad, todo lo cual genera una subjetividad más subsumida y una posibilidad más reducida de intervención o transgresión³⁴.

¿Cuáles son entonces las vías para devolver la dimensión transgresora al discurso de las víctimas? Entre ellas se cuentan por ejemplo, la eliminación del papel del mediador experto para alterar las relaciones de poder entre los participantes discursivos, el estímulo de grupos de apoyo a las sobrevivientes de abuso sexual en donde

³³ Linda Alcoff, *op cit*, p. 375-384.

³⁴ Michel Foucault, “The Discourse on language”. *The Archaeology of Knowledge and the Discourse on Language*. Trans. A.M. Sheridan S. New York: Pantheon, 1972, citado en Linda Alcoff, *op. cit.* p. 374-375.

el proceso de análisis y la evaluación de la experiencia es realizada colectivamente. Estos mecanismos se contraen a analizar las condiciones en que se produce el habla y a abstraer a las víctimas en lo posible, del discurso dominante.

II.

Los mecanismos que se proponen desde y contra el Derecho han generado un amplio debate sobre su vocación real para mitigar la violencia sexual contra las mujeres, máxime cuando está claro que las corrientes estudiadas –por poner sólo un ejemplo–, sospechan del derecho como vehículo apto del cambio social en la medida en que lo identifican como una construcción masculina que contribuye a la sujeción de los débiles entre los que se cuentan las mujeres. Sin embargo, algunas feministas se han inclinado en favor del derecho penal pues consideran que, teniendo en cuenta que el derecho penal es una de las principales formas de manejo del poder, las feministas deben hacerse un nuevo espacio en él, en lugar de rechazarlo; así, siendo conscientes de los problemas que plantea, defienden su utilización tanto en forma real como simbólica³⁵. Gerlinda Smauss, a favor de esta postura, considera que el derecho penal es un mecanismo para dar a conocer y problematizar la cuestión de la violencia contra las mujeres, incluso a pesar de los “efectos secundarios” de su utilización: “si la criminalización de las clases subalternas asegura el poder de las clases altas, la falta de tipificación de la violencia contra las mujeres como delito asegura el dominio del patriarcado en el espacio privado”³⁶.

En el otro extremo, las feministas que rechazan la utilización del derecho penal, consideran que dado que el derecho penal protege a los poderosos, su uso resulta inadecuado para resolver conflictos sociales porque sirve para estigmatizar a sus sujetos, ofrecer falsas soluciones y no satisfacer a las víctimas. Consideran que el sistema penal duplica la victimización femenina en tanto, además de la victimización sexual de que ya han sido objeto, son convertidas también en víctimas de la violencia institucional que reproduce la violencia estructural de las relaciones sociales patriarcales. En conclusión, para esta posición el recurso al derecho penal

³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ Marcela, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas”, En: Haydee Birgyn (Comp) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 143.

³⁶ Gerlinda Smauss, “Abolicionismo: el punto de vista feminista” (trad. de Mery Beloff) En: *No hay derecho*, III, 3, 7, sept.-nov- 1992, En: Marcela Rodríguez, *ibidem*, 31.

refuerza la ideología patriarcal y legitima la perversidad intrínseca del sistema penal³⁷.

Para las feministas, el Estado crea o permite un gobierno paralelo en el cual los derechos de las mujeres son sistemáticamente violados y, por lo tanto, puede ser considerado responsable por ello. Para Celina Romany, la complicidad depende de la existencia de un Estado paralelo con su propio sistema de justicia, un Estado que sistemáticamente priva a las mujeres de sus derechos humanos³⁸.

En el mismo sentido Alviar y Jaramillo han afirmado que el derecho penal es ineficaz en tanto los operadores jurídicos interpretan las normas de la manera más restrictiva frente a los derechos y garantías de las mujeres. Afirman que, incluso en algunos casos, el aumento de las penas seguido de la inaplicación de la norma sitúa a las mujeres en una posición peor que la inicial³⁹. Para las profesoras, la interpretación restrictiva de las normas cuya aplicación empieza por ello a volverse excepcional, refuerza y no soluciona el problema pues les quita a las mujeres la posibilidad de explicar qué es lo que está mal con las conductas de abuso sexual, y además nos dificulta explicar a las mujeres qué es lo que consideramos que estas omisiones conllevan. Así, quedan inauditas consideraciones como que encontramos que la falta de penalización conlleva a que no nos sintamos seguras en lugares públicos cuando no estamos acompañadas por hombres, que no podamos transitar por ciertos lugares o a ciertas horas, no usar ropa que nos hace más “accesibles”, etc.

III. CONCLUSIONES

Cuando se realiza un estudio riguroso sobre el tema de la sexualidad y sobre cómo este concepto ha sido abordado, discutido y replanteado por diferentes teorías y posturas académicas, se puede concluir que estas teorías no son tomadas en cuenta al momento de realizar una regulación de las conductas que atentan contra la sexua-

³⁷ Carmen Hein de Campos, *A contribuição da Criminologia Feminista ao discurso criminalizante no Brasil*, 1998, Jolande U. Bejeirse y Renée Kool, “La tentación del sistema penal: ¿apariciencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal”, Elena Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. En: Marcela Rodríguez, *ibidem*.

³⁸ Celina Romany, “State responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law”. En: *Human Rights of Women*, pp. 85 y ss. En: Marcela Rodríguez, *ibidem*.

³⁹ ALVIAR Helena, y JARAMILLO Isabel Cristina, “La violencia silenciosa”. En: *Revista Semana*, No. 1283, del 12 Feb. 2006. En: ON LINE (Consultado en noviembre 15 de 2006) Disponible en: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=98419

lidad en los sistemas jurídicos, entre ellas, la violación sexual. Esta circunstancia determina, en la mayoría de los casos, que el Estado no tenga una visión clara respecto de la problemática de la violencia sexual en mujeres.

Cuando se analizan las diferentes posturas, se aprecia que el Estado liberal hace una delicada y minuciosa diferenciación de los ámbitos de lo público y lo privado, tratando de lograr así un equilibrio entre la autonomía de la voluntad del sujeto y la autonomía del Estado. De esta manera, pretende establecer un límite a su propio poder en aquellos casos en los cuales puede transgredir lo privado, cuando exista una violación que vaya en contra del consentimiento del sujeto. La postura que establece la autonomía sexual es criticada abiertamente: por un lado, se cuestiona que la norma creada por el Estado no obedece a una objetivación en materia de normas que regulen aspectos como la violencia sexual, debido a que ésta, que está en la órbita de los asuntos públicos, no implica que la realidad se mida desde lo objetivo; por otro lado, se argumenta que la apreciación de la violencia sexual no es independiente del sujeto que la sufre. La órbita pública es subjetivada por la visión masculina de la vida, de la realidad, del mundo, creando, por consiguiente, normas que siguen sosteniendo este poder a costa de la subyugación de las mujeres al poder del falo.

Cuestionar la creación de la norma referente a la violación sexual por parte de un Estado con una visión abiertamente masculina ubica al tipo penal inoperante y poco eficaz, puesto que puede dejar por fuera aspectos como la violación sexual ejercida por personas cercanas a la víctima.

Es acá donde el tema del consentimiento cobra importancia para ambas corrientes, y activa, tanto en la una como en la otra, una discusión álgida sobre el tema. Para el Estado liberal, el consentimiento es un elemento crucial para la interferencia en el ámbito de lo privado del sujeto, pero ¿qué sucede cuando para el Estado la lectura del consentimiento se hace con una visión eminentemente masculina? El Estado, según las posturas de la autonomía sexual, deja por fuera a aquellos agresores que cometen el delito en la intimidad del hogar y de la familia, puesto que el consentimiento en este campo frente a los delitos sexuales no está claramente definido, en primer lugar, porque no identifica violencia con sexo y, en segundo lugar, porque el concepto que se tiene de delito sexual no puede ser leído con visiones de género, puesto que atentaría contra el principio de lectura abstracta y general de las normas. ¿Por qué leer esto con una visión masculina o femenina, sabiendo que se puede establecer un tipo de discriminación?

Esta actitud ha propiciado tanto el anonimato de sus perpetradores como la falta de reparación total a las víctimas, logrando, por consiguiente, la práctica reiterada de tal agresión y la ausencia de una exigencia mayor en la responsabilidad del agresor.

Pero, ante estas teorías que establecen una clara autonomía del sujeto, Foucault expone una teoría abstraída de los problemas de igualdad y género, y es el aspecto del poder como un todo, del poder que no hace división entre lo público y lo privado, un poder que deja sin piso la autonomía del sujeto y determina que tanto las normas como los sistemas jurídicos son, entre otras, formas e instituciones que propugnan por la supervivencia del poder. El poder creará normas que cuiden los cuerpos y la especie, normas que impidan la violación, siempre y cuando la norma regule los comportamientos que ayuden a sostener su sistema de producción.

Por último pero tal vez más importante, ¿cómo combatir la violencia sexual en nuestras sociedades? ¿cómo evitarla, y cómo atender adecuadamente a las víctimas? Prácticamente todas las soluciones que pueden formularse tienen tanto virtudes como deficiencias y es al mejor balance entre unos y otros a los que debe orientarse la labor del teórico y del científico social. Así, ni la divulgación de los eventos de violencia y de sus traumas por parte de las víctimas va a evitar que los abusos sigan ocurriendo, ni mayores sanciones penales lograrán por sí mismas la erradicación de este tipo de delito. Por ello tal vez se ha llegado a pensar que los mejores mecanismos para enfrentar la violencia sexual deben mezclar diversos ámbitos de acción. Por una parte, se reconoce la importancia de romper el silencio, desafiar el estigma y llamar las cosas por su nombre, es decir, que las mujeres se tomen la vocería de la denuncia y ella sea planteada en los términos que mejor describan la situación, y que de mejor forma expresen las razones del rechazo femenino a estas conductas. Segundo, debe darse apoyo a las mujeres y niñas que han sufrido la violencia de género. La tercera forma, implica reconocer en el derecho una potencialidad explotable de cambio, es decir, mantener a la vista las críticas que con ocasión de su 'masculinidad' se le formulan, pero no rechazarlo por completo y en lugar de ello buscar formas a través de las cuales los derechos de las víctimas sean reconocidos. Por ejemplo, la consulta a organizaciones de mujeres para la elaboración de proyectos de ley o de políticas públicas, la orientación de estas últimas a la prevención del delito, pero de cualquier forma una mayor atención y participación de las víctimas y de las mujeres en general en la elaboración de planes estratégicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOFF, Linda. “El movimiento norteamericano contra la violación: Paradigmas desafiantes del discurso”. En: Carmen Millán de Benavides, Angela María Estrada (Eds.) *Pensar (en) género*, Instituto pensar, 2004.
- ALVIAR Helena, y JARAMILLO Isabel Cristina. “La violencia silenciosa”. En: Revista semana, No. 1283, del 12 Feb. 2006. En: ON LINE (Consultado en noviembre 15 de 2006) Disponible en: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=98419.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1991.
- MACKINNON, Catharine. “Sexuality, pornography and method”. En: TUANA Nancy y TONG Rosemarie (Eds.) *Feminism & Philosophy*, Westview, 1995.
- MACKINNON, Catherine A. Crímenes de guerra. Crímenes de Paz.. Los derechos humanos, las conferencias Oxford Amnesty de 1993. Trota, 1998.
- MACKINNON, Catherine A. Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho Feminista. En: *Crítica Jurídica. Compilación, edición y estudio preliminar*. García Villegas, Mauricio; Jaramillo Sierra, Isabel Cristina; Restrepo Saldarriaga, Esteban. (Ed). Bogotá: Ediciones Uniandes y Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- Mujeres que crean. Informe sobre la violación de los derechos humanos de las mujeres y el derecho internacional humanitario en Medellín y área metropolitana 2005. (Consultado en Noviembre 15 de 2006) Disponible en www.mujeresquecrean.org.
- RODRÍGUEZ, Marcela. “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas”. En: Haydee Birgyn (Comp) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- STOKES, Wendy. “Violencia doméstica”. En: *Globalización a qué precio. El impacto en las mujeres del norte y del sur*. Barcelona: Icaria, 2001.
- TUANA Nancy y TONG Rosemarie (Eds.). *Feminism and Philosophy*, “Liberal Feminist perspectives”, Westview Press, 1995.
- PUTNAY, Rosemarie. “Feminismo radical: posiciones libertarias y culturales”. En: Carmen Millán Benavides y Ángela María Estrada (Eds.) *Pensar (en) género*. Bogotá: Instituto Pensar, 2004, pp.64-123.
- WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Estudio preliminar Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá: Uniandes, 2000.



Región: Oriente
Autor: Óscar Hernando Cardona A.
Título: Invierno I
Técnica: Carboncillo sobre lienzo
Dimensiones: 120 x 80 cm

DERECHO PENAL DE ENEMIGOS. UNA MIRADA AL DERECHO Y A LA GUERRA*

* Este texto fue desarrollado dentro del grupo de estudio en homenaje a los 80 años del nacimiento de Foucault, asesorado por los profesores Lina Adarve Calle y Julio González Zapata, a quienes ofrezco mi agradecimiento.

Fecha de recepción: Septiembre 25 de 2007

Fecha de aprobación: Octubre 16 de 2007

DERECHO PENAL DE ENEMIGOS. UNA MIRADA AL DERECHO Y A LA GUERRA

*David Enrique Valencia Mesa***

RESUMEN

El presente artículo intenta poner de presente una concepción de lo social que parte de la guerra como motor y fundamento de la organización jurídica y política. A diferencia de la tradición contractual que concibe la existencia del Estado y el derecho desde la superación de la guerra y el estado de naturaleza, Foucault presenta elementos teóricos, retomados en este texto y denominados perspectiva bélica, para comprender algunos fenómenos sociales imbuidos en la lógica de la guerra.

La utilidad de la perspectiva bélica desarrollada por Foucault será puesta de presente en el análisis de una teorización y práctica actualmente denominada “derecho penal de enemigos” y que muestra como ninguna otra la lógica de la guerra que anima al Estado y su derecho. El derecho penal de enemigos será abordado a partir del desarrollo de tres elementos fundantes: i) la seguridad cognitiva; ii) la forma como se individualiza al enemigo; y iii) los argumentos usados para legitimar la existencia del derecho penal de enemigos concebido como “la regulación jurídica de la exclusión”.

Palabras clave: Foucault, derecho, guerra, seguridad, enemigo, exclusión.

CRIMINAL LAW FOR ENEMIES. A LOOK TO THE LAW AND TO THE WAR

ABSTRACT

This article tries to present a conception of the social aspect that begins from the war as motor and base of the political and legal organization. As opposed to the contractual tradition which conceives the existence of the State and the Law since the beating of the war and the state of nature, Foucault presents theoretical elements, taken up again in this text and called military perspective, to understand some social phenomena instilled in the logic of the war.

The utility of the military perspective developed by Foucault will be shown in the analysis of a theorizing and a practice so called “criminal law for enemies” which exhibits as no other the logic of the war that encourages the State and its law. The criminal law for enemies will be undertaken from the development of three basis elements: i) the cognitive security; ii) the way how the enemy is individualize; and iii) the arguments used to legitimize the existence of criminal law for enemies conceived as “the legal regulation of the exclusion”.

Key words: Foucault, law, war, security, enemy, exclusion.

** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

DERECHO PENAL DE ENEMIGOS. UNA MIRADA AL DERECHO Y A LA GUERRA

No se trata de juzgar a los gobiernos injustos, los abusos y las violencias, refiriéndolos a cierto esquema ideal (que sería la ley natural, la voluntad de Dios, los principios fundamentales, etc.). Se trata, al contrario, de definir y descubrir bajo las formas de lo justo tal como está instituido, de lo ordenado tal como se impone, de lo institucional tal como se admite, el pasado olvidado de las luchas reales, las victorias concretas, las derrotas que quizás fueron enmascaradas, pero que siguen profundamente inscritas.

M. FOUCAULT

INTRODUCCIÓN

Este texto se propone mostrar cómo una teorización y práctica como la actualmente denominada derecho penal de enemigos,¹ tiene la ventaja, a la hora de abordar su análisis, de sacar de la sombra un ejercicio que informa toda la vida institucional de las sociedades modernas, de alumbrar un acontecimiento que por más que se quiera ocultar, es ineludible para entender el funcionamiento real, la configuración concreta de las sociedades, con sus instrumentos jurídicos, sus leyes, sus procesos, sus órganos, como los mecanismos de exclusión y de guerra que informan el conjunto social, se trata, en últimas, de presentar a la guerra como el motor indispensable y la perspectiva adecuada para entender la organización de la sociedad moderna.

Para dar cuenta de esta configuración bélica de lo social, y siendo éste un texto que intenta retomar categorías foucaultianas, se reconocen dos posibles perspectivas de análisis ya analizadas y desarrolladas por Foucault;² la primera de ellas consiste en el discurso filosófico-jurídico tradicional en la cultura occidental que

¹ El primer desarrollo académico fue realizado por Gunther Jakobs en 1985 en una conferencia titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, donde Jakobs se mostraba crítico con la actual tendencia en Alemania a castigar actos preparatorios, en flagrante contradicción esto del principio de lesividad, posteriormente en una intervención en Berlín en 1999 y en Frankfurt en 2002, Jakobs ha cambiado de parecer y ha mostrado estas tendencias, (confusión entre tentativa y consumación, igual trato para partícipes y autores) denominadas por él; derecho penal del enemigo “como un derecho justo y justificado”. Reseña sacada de Prittwitz, Cornelius. *Derecho penal del enemigo ¿análisis crítico o programa de derecho penal?* Barcelona, 2004

² Foucault, M. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: FCE, 2001.

niega la existencia de la guerra como trasfondo del Estado y su derecho, que construye orden, o por lo menos lo dice construir, desde la superación de un Estado de guerra que se encontraría en el inicio de la sociedad civil, y cuya superación, precisamente, es el primer requisito para hablar de, en términos contemporáneos, Estado de Derecho.

Este marco teórico propio de los filósofos fundadores de la modernidad como Hobbes, Locke y Rousseau, se basa en una concepción “economicista de la sociedad”, el poder es concebido como un derecho originario que se cede por sus poseedores para fundar la soberanía; se intercambia por paz y por la preservación de la vida que ofrece el poder así fundado. De esta manera se suscribe el contrato social, contrato que sería la matriz o el eje estructurante de todo el poder político, los derechos se entregan y se reciben a través de un pacto, el cual es celebrado entre los súbditos o ciudadanos y el soberano o representante, el cuerpo social entonces se concibe como una pirámide de órdenes o una jerarquía, como un organismo coherente y unitario. Al instrumento jurídico por excelencia, la ley, se le asigna la labor de pacificar las sociedades, de representar los intereses de un grupo social, que a través de consensos llegan a un acuerdo mínimo sobre lo que quieren para sus vidas, en todo caso, se trata de excluir la guerra, de ocultar la violencia real que está inscrita en todas estas instituciones e instrumentos, de negar las conquistas con sus respectivos conquistados, y las guerras con los respectivos derrotados, todo este trasfondo bélico se concibe como una práctica externa, que se introduce por los resquicios que deja la ley, prácticas que solo por mala voluntad o mal manejo de la política y la ley adquieren forma.

Posición sin lugar a dudas representativa de esta forma de análisis, y presentada a manera de ejemplo, es la desarrollada por Luigi Ferrajoli, como el más conspicuo representante de la tradición liberal, para quien en sus análisis todo se reduce a una excepción a la regla, al rompimiento de las reglas del juego, al resurgimiento de una razón de Estado distinta y externa a la razón jurídica “la razón de Estado –afirma en Derecho y razón– se configura como un principio de legitimación histórica de tipo extra y, de ser necesario antijurídica”, este discurso, denominado como el discurso de la soberanía, cumple la labor de negar (y ocultar) la guerra; “para quienes cuentan la historia dentro del derecho público, dentro del Estado, la guerra es esencialmente la ruptura del derecho, el enigma, la especie de masa oscura o acontecimiento en bruto que había que tomar en verdad como era y que no solo no era principio de inteligibilidad sino, al contrario, principio de ruptura”³. Desde

³ Foucault, M. Ob. cit. p. 154.

esta perspectiva, la guerra es, entonces, un acontecimiento externo, un hecho que hay que negar, por esta razón este discurso no presenta los suficientes elementos para explicar una tendencia como la del derecho penal de enemigos, consistente en utilizar el derecho, la lógica institucional como un instrumento de guerra, como “la regulación jurídica de la exclusión” en palabras del mismo Jakobs.

A diferencia de este discurso “filosófico-jurídico”, Foucault propone un discurso “histórico-político”, una perspectiva consistente en poner la guerra como centro a la hora de analizar las relaciones de poder; “la guerra va a precipitar una especie de grilla de inteligibilidad en la ruptura misma del derecho y, por lo tanto, permitirá determinar la relación de fuerza que sostiene permanentemente cierta relación de derecho”, en otras palabras, para Foucault “lo que hace inteligible la sociedad es la guerra”⁴ lo cual trastoca toda la lógica anterior, brindando los elementos suficientes para dar cuenta del enemigo en el derecho penal.

En primer término, y al hacer reaparecer la guerra en el escenario público, este discurso histórico-político concibe el cuerpo social, no como una pirámide de órdenes jerárquicamente constituida, el cuerpo social no es una unidad pacífica en la que los miembros en su totalidad participan de las ventajas y seguridades que brinda el Estado y el derecho, al contrario, las ventajas y seguridades funcionan como un mecanismo excluyente de las que participan solo el escaso número de los integrados, el orden social se diseña de manera tal, que se hace indispensable excluir los residuos que resultan de la materialización del diseño si se quiere continuar con la forma de sociedad elegida, en síntesis, aquellas “víctimas colaterales” del progreso social y económico se convierten en el blanco predilecto de la violencia ejercida en el trasfondo bélico de la organización moderna.⁵

Esta concepción binaria de la sociedad (binaria en tanto que implica la existencia permanente de dos conjuntos contrapuestos), también denominada guerra de razas⁶ implica aceptar que “la guerra es el motor de las instituciones y el orden: la paz hace sordamente la guerra hasta en el más mínimo de sus engranajes”⁷, por esto mismo la configuración jurídico-política debe concebirse, necesariamente, como la continuación de la guerra por otros medios.

⁴ Ibidem, p. 155

⁵ “la separación y la destrucción de los residuos habría de ser el secreto de la creación moderna: eliminando y tirando lo superfluo, lo innecesario y lo inútil habría de adivinarse lo agradable y lo gratificante”. Bauman, Z. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Barcelona, 2005.

⁶ Expresión entendida en un sentido amplio, referido a un conjunto poblacional independientemente de su filiación genética.

⁷ Foucault, M. Ob. cit. p. 56

En el análisis de una tendencia como el actualmente denominado derecho penal de enemigos, esta perspectiva, que en adelante llamaré bélica, se convierte en un instrumento indispensable para comprender la configuración y la lógica real de una práctica que concibe al derecho como guerra abierta e ilimitada contra los ya viejos enemigos.

PLANTEAMIENTO GENERAL

Siguiendo de cerca la concepción de Jakobs⁸ y la variedad de perspectivas que se han desarrollado, me centraré en tres consideraciones básicas, a partir de las cuales, la perspectiva bélica que he escogido para desarrollar este escrito, se convierte en el instrumento adecuado, la “grilla de inteligibilidad”, para comprender la estructura y funcionamiento de la forma de sociedad moderna; en primer lugar, desarrollaré la preocupación que se presenta por la denominada *seguridad cognitiva*, la cual se ha convertido en un requisito, al parecer indispensable, para que los ciudadanos se desenvuelvan en sociedad, y a falta de ésta, los contactos sociales se consideran caóticos, incontrolables e imprevisibles;⁹ el segundo aspecto que me interesa desarrollar podría ser planteado como respuesta a la siguiente pregunta: ¿quién, por qué, y en base a qué criterios selecciona el enemigo? Este punto es el que la doctrina ha denominado como *la individualización del enemigo*, que en la vertiginosidad y superficialidad de las sociedades contemporáneas obedece a criterios puramente eficientistas, aunque esto no impida que se haga “correctamente”, pues el enemigo es sacado de donde “naturalmente” y según los criterios de exclusión social debe salir; los inmigrantes; los excluidos de los beneficios materiales; los disidentes políticos, y sin lugar a dudas, como afirma Zaffaroni, esta selectividad del sistema penal se acrecienta a pasos agigantados pudiendo ser cualquiera (el que esto escribe o el que lo lee) el que pase a ser considerado un objeto peligroso a contener, sino directamente a eliminar.

⁸ Ver entre otros; Prittwitz, C. Ob. cit; Portilla Contreras, G. *La configuración del “Homo sacer” como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial*. Salamanca, 2004; Zaffaroni, E. R. *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá, 2006; Aponte, A. *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá, 2005.

⁹ “El establecimiento de dicho marco de expectativas –así se denomina a la seguridad que una persona ofrece en sus actos, seguridad que no es más que la correcta adaptación a los cánones considerados correctos e institucionalizados normativamente– tiende así al fin de seleccionar lo que puede de lo que no puede esperarse y, en suma, de reducir la complejidad, permitiendo al individuo limitar la previsión de acontecimientos y orientarse así en su actividad.” Alcacer Guirao, R. *Los fines del derecho penal*. Bogotá, 2004.

El tercero, y sin lugar a dudas el más útil de los criterios para comprobar la utilidad del modelo de análisis escogido, es aquel que considera que la sociedad está conformada por una relación de oposición, de guerra permanente entre dos grupos contrapuestos y no por un organismo coherente y unitario, es el estudio de los argumentos que se esgrimen para *legitimar la existencia y la necesidad de un trato diferenciado para amigos-personas y enemigos-no personas*: se exige que la respuesta bélica que se da a los enemigos¹⁰ esté efectivamente separada de la respuesta en derecho que brinda el Estado a sus ciudadanos, para así: “poder persistir tanto más en el tratamiento del delincuente como persona jurídica” y preservar sus garantías de la posible contaminación bélica que pudiera implicar su contacto con el derecho penal de enemigos, denominando esta tarea como “la principal que se le impone a la autocomprensión de la ciencia del derecho penal”.¹¹

SEGURIDAD COGNITIVA

Desde la perspectiva sistémico-funcionalista de Jakobs, el delito no es concebido como la lesión de un interés individual (pues al derecho penal en general y a la sanción en particular no se le asigna la labor de protección de bienes jurídicos), sino que la comprensión de un acto como lesivo viene dada desde una perspectiva social.

Según el autor antes citado, las normas jurídico-penales vienen a ser la institucionalización, a través de un amplio consenso social, de las *expectativas de conductas*. Estas, a su vez, vendrían a cumplir la labor de reducir la complejidad de la realidad en las sociedades modernas, para permitir que el individuo pueda guiarse en la intrincada y múltiple red de interrelaciones que se le presentan en cada contacto social.

De ahí entonces que lo protegido por el derecho penal venga a ser la vigencia de determinadas expectativas de conductas establecidas en las normas jurídicas, o dicho en otros términos, la sanción se presenta como un restablecimiento del *status quo* anterior al delito.

En síntesis, la norma jurídica según la perspectiva sistémico-funcionalista, es la expresión formalizada y simbólica (institucionalizada) de la forma de vida (de acción y reacción en determinados contextos) que la sociedad ha escogido para sí

¹⁰ Considera Jakobs que “el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la *regulación jurídica de una exclusión*”. En: *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

¹¹ Op. cit. pp. 60 – 61.

(expectativas), por ende, la sanción, viene a restablecer la “vigencia de la norma”, la “seguridad cognitiva” y las expectativas que los buenos ciudadanos esperan para poder vivir tranquilamente¹². Es por lo anterior que a esta concepción del derecho penal se ha denominado como “protección de la vigencia de la norma”.

Por lo tanto, la pena, es vista desde esta perspectiva del ciudadano, en la cual “el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada sino solo como irritación de ésta, como desliz reparable”¹³, como portadora de un significado, el cual se contrapondría al hecho delictivo, que al ser realizado por una persona, *significa* una desautorización a la norma, un ataque a su vigencia, viniendo la pena a demostrar, en un complejo proceso de negaciones y afirmaciones simbólicas, que la norma sigue vigente, contrarrestando la desautorización realizada por la persona.

A diferencia de la anterior concepción, donde la pena vendría a entablar un diálogo con el ciudadano, en el derecho penal de enemigos, la pena (más que una respuesta en derecho una respuesta de hecho), sería una medida bélica en aras de combatir un peligro.

Este derecho penal de enemigos se construye para contener a aquellos individuos peligrosos que debido a la falta de seguridad cognitiva que ofrecen a la sociedad¹⁴ se les quita la atribución de personas, lo que desemboca en una serie de medidas como la confusión entre tentativa y consumación, la equiparación de autores y partícipes, la creación de tipos abstractos y de solo peligro, privándolos así, de categorías construidas dentro del derecho penal de ciudadanos. Según esto, el énfasis es puesto en la llamada seguridad cognitiva, pues aquel que no ofrezca un mínimo de certeza en su comportamiento se convierte en enemigo, en no-persona, seguridad ésta que se deriva de la concepción normativista de la que parte el funcionalismo sistémico de Jakobs, al pretender prefigurar las actuaciones de las personas en el tráfico social, se debe tratar de eliminar a aquellos que en su “conducción de vida” introducen caos en las organizadas e industrializadas sociedades modernas.

¹² Tranquilidad que se verá continuamente afectada, pues como afirma Zygmunt Bauman “La vulnerabilidad y la incertidumbre humanas son la principal razón de ser de todo poder político; y todo poder político debe atender a una renovación constante de sus credenciales.” *Vidas desperdiciadas*. Barcelona, 2005, p. 71.

¹³ Jakobs, G. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson civitas, 2003, p. 35.

¹⁴ El enemigo es aquel individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento o en su ocupación profesional, o principalmente a través de su vinculación a una organización criminal, es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad en su comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento. Jakobs. Op. Cit. p. 43

Con el funcionalismo de Jakobs, al poner el acento en la llamada seguridad cognitiva se afirma que el valor esencial es la seguridad, pero no una seguridad en derechos, sino la simple certeza de que los miembros de la sociedad se comportarán de forma predecible y definible desde instancias transpersonalistas, estatales,¹⁵ que van más allá de la autonomía individual; lo así pretendido obedece a un afán por despersonalizar toda la sociedad, por robotizar a los miembros sociales, por convertirnos, en últimas, en lo que siempre se ha soñado de nosotros; máquinas útiles, dóciles y disciplinadas al servicio del tráfico social.

Esa forma de argumentar, independientemente de los nuevos e intrincados conceptos que usa, no se puede considerar nueva en absoluto, ya Edmund Mezger, el penalista del nacionalsocialismo,¹⁶ se refería a la enemistad al derecho y la ceguera al derecho que ofrecían algunos indeseables. Tal enemistad era concebida por este autor como la actitud que no está de acuerdo con la sana intuición del pueblo sobre lo justo y lo injusto, como aquellas personalidades que por su forma de *conducción de vida* eran incapaces de cumplir las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo. Sea esto suficiente respecto a las similitudes del funcionalismo-sistémico de Jakobs y el nacionalsocialismo.

Esta forma de entender el derecho y la norma, como un mecanismo que guía las actuaciones de las personas con el fin de facilitarles el tráfico social -pues se afirma que sin una respuesta previamente definida a una circunstancia determinada la vida del hombre sería caótica-, se considera uno de los grandes logros de la modernidad y de la forma de organización cultural contemporánea. No obstante, esta concepción incluye en sí una paradoja, pues como afirma Zaffaroni; “esta forma de concebir la modernidad, lleva simplemente a una ficción de modernidad realizada hasta el límite de lo antimoderno, llegando a ser *antiilustrado*”¹⁷. Esta pretensión de reducir los ámbitos de expresión del ser humano a unas “expectativas” previamente definidas, desemboca en una “antropología reaccionaria antimoderna”: el hombre libre provoca el caos, solo la reducción de sus espacios provoca orden, lo que se pretende es un actuar sin pensar, “una domesticación en forma de no disenso y no pensar”¹⁸.

¹⁵ “Necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el Estado nos hace más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar”. Zaffaroni E. R. *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Ibáñez. 2006, p. 31.

¹⁶ Muñoz Conde, F. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant le blanch, 2003.

¹⁷ Zaffaroni, E. R. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, p. 350-351.

¹⁸ Op. cit.

Esta absolutización del valor seguridad (que ya se concibe como el *derecho fundamental* a la seguridad), lo que busca es domesticar a los vulnerables, a los que debido a sus carencias materiales y sociales es más fácil excluir diciendo que violaron el pacto social que garantizarles un mínimo de bienestar económico o integrarlos en la sociedad que los mira como extraños por el simple hecho de ser inmigrantes, mestizos o pobres, esta seguridad es un mecanismo discriminatorio, pues implica un énfasis de la administración en las necesidades de los “ciudadanos respetables” (su certeza y tranquilidad ante el mundo), a costa de las necesidades de los excluidos.

Por esto no puede parecer extraño que los nuevos enemigos se presentan como los sin hogar, los drogodependientes, la criminalidad organizada, los mendigos, los extranjeros, los asilados, los refugiados y cualquier otro sector de la población que haya sido excluido.¹⁹

LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL ENEMIGO

La presencia del enemigo, aquel que debe ser eliminado ya sea porque es diferente, porque es disidente o por el simple hecho de ser un obstáculo al desarrollo de la sociedad, tal como es planeada por sus representantes, ha estado presente en todo el desarrollo de la sociedad occidental, lo que significa aceptar que la guerra ha sido un recurso permanente, ya sea de forma latente o real.

Aunque la doctrina penal siempre ha intentado usar criterios pseudo-científicos (la mejor prueba de ello es el positivismo del siglo XIX que tomando conceptos de la medicina y la psicología construía unos estereotipos de fácil identificación, y que coincidían con los indeseables para el poder político: anarquistas, extraños), para separar a los enemigos de los amigos, sin lugar a dudas, todas las racionalizaciones intentadas se remontan a una decisión política, decisión que a su vez, en aras de mantener el statu quo del momento apela a la dogmática penal para encubrir sus pretensiones bélicas en mantos científicos, en un círculo vicioso al parecer sin fin ni comienzo.

La sociedad occidental a lo largo de su historia ha estado cruzada por la disputa entre clases poderosas que intentan eliminar a las víctimas de su poder o entre clases vencedoras en clara confrontación (disimulada muchas veces por el discurso jurí-

¹⁹ Portilla Contreras, G. La configuración del “homo sacker” como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. En: *Serta in memoriam Alessandri Baratta*. Salamanca, 2004.

dico) con las vencidas (sin el discurso, sin los recursos), o de grupos colonizadores intentando neutralizar a los colonizados: con la reseña de estos conflictos concretos se llega a la conclusión de que el poder punitivo siempre reprimió y controló de modo diferente a los iguales y a los extraños, a los amigos y a los enemigos, un *leitmotiv* que ha sido denominado por la criminología crítica como selectividad estructural del poder punitivo.²⁰

Otro interrogante que se plantea aquí es el referido a quién selecciona o individualiza al enemigo, porque (como se preguntaba Albin Eser²¹): ¿quién podría decir en qué lado se encuentra el mejor ciudadano o el mayor enemigo, cuando uno de ellos rompe la paz del país por motivos políticos de interés hipotético del bien común (...), o cuando el otro, mediante el uso de cada agujero impositivo, llega a no pagar impuestos, al engaño subvencional, quitándole al Estado el sustrato económico?

Afirmo en respuesta a este interrogante que la selección del enemigo ha obedecido y sigue obedeciendo a una decisión política²², la individualización de las expectativas consideradas disfuncionales, por mucho que se quieran esconder tras discursos jurídicos o científicos, obedecen a una necesidad política (y económica), a la necesidad continua de crear enemigos para legitimar la guerra, una guerra que se presenta como recurso indispensable para mantener las cosas tal cual están.

LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Jakobs en sus textos dedicados al derecho penal de enemigos, es recurrente al afirmar que su existencia se justifica en tanto es el único recurso para salvaguardar las garantías de los ciudadanos del Estado de derecho, pues; “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos guerra y proceso penal, (...) quien no quiere privar al derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de derecho, debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no

²⁰ Además de la necesidad de eliminar al definido como enemigo, la alarma social provocada en este proceso es funcional a la creación de consensos simbólicos, consensos contra el mal, que entretienen a la población, para evitar así cualquier disenso político. Así, Portilla Contreras, G. Ob. cit.

²¹ En su comentario a la ponencia presentada por Jakobs en Berlín en 1999. Op. cit.

²² Así esta decisión ya no esté en manos de los Estados, pues como afirma Zaffaroni, en el nuevo autoritarismo, son los medios de comunicación, que con sus mensajes publicitarios promocionan estereotipos, guerras y los necesarios “impulsos emocionales vindicativos”. Op. cit. p. 97.

se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”²³.

Al concebir abiertamente al derecho penal de enemigos como una guerra, “la regulación jurídica de la exclusión”, y al separarlo del derecho penal para personas, se intenta salvaguardar a los amigos, en la mejor descripción posible de una sociedad concebida como campo de batalla, como escenario por excelencia de las relaciones de poder como relaciones de guerra.

Este intento por salvaguardar a los amigos, a través de la teorización y legitimación de la necesidad de un derecho penal de enemigos, se convierte en una estrategia desesperada e inútil, pues al disminuir o relativizar las garantías para la selección de los enemigos, termina por afectar al conjunto de la sociedad.

Además de esto, se presenta el peligro de la generalización absoluta de la enemistad, pues una sociedad que no tiene muy claro los criterios de definición de sus enemigos, ya que por muchas racionalizaciones que intente todo se reduce a una decisión, y por ende reparte aquí y allá el mote de indeseable²⁴, de no persona, de enemigo al cual se entra directamente a eliminar, y al enmarcar esto en una tendencia especialmente poderosa y creciente de distinguir entre los buenos y los malos, entre amigos y enemigos; lo único que sin lugar a dudas conseguirá es seguir alentando (desde el Estado) una política criminal belicista, olvidando que el derecho penal más que solucionar los conflictos los institucionaliza.

²³ Jakobs, G. Op. cit. p. 42.

²⁴ “Lo cierto es que en este autoritarismo (...) no se sabe quién es el enemigo, pues estos se suceden sin sumarse; en lugar de definirlos fotográficamente se proyectan cinematográficamente, como constructos en serie de los medios de comunicación”. Zaffaroni, E. R. Op. cit. p. 99.



Región: Oriente
Autor: Uriel Mauricio Ríos Arango
Título: De la serie sometidos III
Técnica: Ensamble óxido y esmalte sobre metal
Dimensiones: 97 x 55 cm

LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA FRENTE A LAS OBJECIONES A LA LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO*

* La investigación de la que deriva este ensayo se realizó en el Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” de la Universidad Externado de Colombia, donde recibí la gentil colaboración de Hiomara Vargas. Esta versión se presentó en el II Congreso Internacional “Derecho y sociedad en el Estado Constitucional”. Universidad de Manizales, oct. 31, nov. 1 y 2 de 2007. Agradezco a los asistentes de la mesa “Derecho y Participación”, en particular a Ricardo Guarinoni, Jessica Mancipe y Marcela Vásquez, por sus útiles comentarios y sugerencias; así como a Roberto Gargarella, Catalina Botero, Rodolfo Arango, Mauricio García, Jorge Iván Cuervo y Margarita Varón por los valiosos elementos aportados, en varios diálogos, que permitieron mejorar el texto. Debo agradecer también a José Luis Martí, Cristina Lafont y Delfín Ignacio Grueso por el envío de sus preciados manuscritos.

Fecha de recepción: Agosto 6 de 2007

Fecha de aprobación: Septiembre 4 de 2007

LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA FRENTE A LAS OBJECIONES A LA LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

*Leonardo García Jaramillo***

RESUMEN

En este ensayo se defenderá la conveniencia de fortalecer en el proceso legislativo colombiano los postulados sostenidos por los partidarios de la democracia deliberativa, lo cual resulta de singular relevancia debido a las críticas hacia el modelo actual de aprobación de la ley del Plan Nacional de Desarrollo (por los vicios en los que se incurrió durante su trámite por el Congreso) que sustentaron la conveniencia de regresar al anterior modelo de aprobación que, al ser unilateralmente sancionado por el Ejecutivo, no contaba con proceso de deliberación parlamentaria. A partir de una reconstrucción del “núcleo común” de esta teoría sobre la democracia, y particularmente desde las virtudes que al proceso legislativo le incorpora la deliberación, se sustentará que es democráticamente inadmisibles proponer la eliminación del modelo actual por cuenta de los vicios legislativos acaecidos en el proceso de aprobación del proyecto de ley. Se mostrará cómo al incorporar la deliberación se cuenta con más posibilidades de alcanzar la imparcialidad en las decisiones políticas, así como de respetar la oposición, honrar el control político y propender hacia la representación de amplios sectores sociales (tales como los que hacen parte del Consejo Nacional de Planeación), lo cual resultaría imposible en caso de operar bajo el anterior modelo.

Palabras clave: deliberación, representación, Plan Nacional de Desarrollo, proceso democrático, modelos normativos de democracia, imparcialidad.

THEORY OF DELIBERATIVE DEMOCRACY IN THE FACE OF OBJECTIONS TO THE NATIONAL PLAN OF DEVELOPMENT LAW

ABSTRACT

This essay will defend the desirability of strengthening the postulates supported by transnational proponents of deliberative democracy respect to the legislative process. This has singular relevance due to criticism towards the current model of approval of the National Plan of Development (because of the abusive provisions tacked on by Congress). The criticisms seek a return to the prior enactment model, which just required a presidential decree without previous legislative deliberation. Starting with a review of the “common nucleus” of this democratic theory, and particularly respect to the benefits that deliberation adds to the legislative process, this essay will argue that it is democratically impermissible to propose elimination of the current process simply because of the abusive provisions tacked on by Congress; instead it will be demonstrate how the incorporation of deliberation into the process improves the ability to attain impartiality in political decisions as well as promotes respect for opposing viewpoints, while tending to promote participation by large segments of society (as is the case with participants in the National Planning Council), all of which would be unattainable under the prior enactment process.

Key words: deliberation, representation, National Plan of Development, democratic process, normative models of democracy, impartiality.

** Vinculado al programa de Derecho de la Universidad de Caldas. Ha publicado artículos y traducciones sobre filosofía política, derecho constitucional y teoría jurídica. Editor y co-autor de John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual (2004).

LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA FRENTE A LAS OBJECIONES A LA LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

I. La representatividad de la teoría de la democracia deliberativa

Sin atisbo alguno de exageración puede sostenerse que la teoría de la democracia deliberativa es la concepción filosófico-política contemporánea que mayor atención ha recibido desde el punto de vista de la producción académica, y es igualmente considerable la influencia que ha ejercido en los debates sobre la legitimidad del orden político, la imparcialidad de las leyes y el déficit en la representación legislativa de las minorías sin un poder económico significativo que se traduzca en poder político. Por tales razones, esta teoría normativa de la democracia ha tenido un poderoso influjo en las principales discusiones actuales del derecho constitucional y la teoría jurídica, tanto a nivel transnacional¹ como desde nuestro propio contexto, ya que el número y la calidad de análisis sobre las restricciones y posibilidades de esta teoría es cada vez mayor y más extendido disciplinalmente².

¹ Dentro de una amplia bibliografía se cuentan dentro de los más relevantes: B. Manin, "On Legitimacy and Political Deliberation", En: *Political Theory*. Vol. 15, No. 3, 1987. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 4ta ed., 1987. J. Cohen, "Deliberation and Democratic Legitimacy", En: A. Hamlin – P. Pettit (eds.) *The Good Polity*. Oxford: Blackwell, 1989. J. Fishkin, *Democracy and Deliberation*. Yale University Press, 1991. J. Knight – J. Johnson, "Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy", En: *Political Theory*. Vol. 22, No. 2, 1994. S. Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Constitutional Legitimacy", en: *Constellations*, Vol. 1, No. 1, 1994; (ed.) *Democracy and Difference*. Princeton University Press, 1996. C. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996. A. Gutmann – D. Thompson, *Democracy and Disagreement*. Harvard University Press, 1996; *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press, 2004. J. Bohman, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*. The MIT Press, 1996. S. Macedo (ed.) *Deliberative Politics*. Oxford University Press, 1999. H. Hongju – R. Slye (eds.) *Deliberative Democracy and Human Rights*. New Haven: Yale University Press, 1999. J. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford University Press, 2000. J. Elster (ed.) *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press, 1998. J. Fishkin – P. Laslett (eds.) *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Basil Blackwell, 2003. C. Sunstein, "Más allá del resurgimiento republicano", En: R. Gargarella – F. Ovejero – J. L. Martí (eds.) *Nuevas ideas republicanas*. Barcelona: Paidós, 2004; *The Partial Constitution*. Harvard University Press, 1998. J. L. Martí – S. Besson (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate, 2006

² De lo cual dan cuenta los trabajos que se han ocupado del tema: O. Mejía, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998. F. Cortés, *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999 (caps. III y VI). A. Hernández (ed.) *Republicanism contemporáneo*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2002. G. Murillo – L. Pizano, *Deliberación y construcción de ciudadanía*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2003. M. L. Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Y. Haddad, *La democracia deliberativa*. Bogotá:

No obstante la proliferación de estudios en torno a la democracia deliberativa no se cuenta actualmente con una definición única e incontrovertible de su concepto ni con una delimitación precisa de los límites de su contenido. Para algunos autores, por ejemplo, la educación ciudadana en los aspectos básicos del gobierno constitucional y democrático, y el público bien informado sobre los problemas que requieren solución prioritaria, son condiciones imperativas que impone tal teoría para que puedan ser adoptadas las decisiones políticas y sociales más importantes. Dice Rawls “Incluso los líderes políticos más visionarios que deseen hacer reformas sensatas, no podrían convencer a un público desinformado y cínico para que respalden y sigan tales cambios”³.

En los distintos modelos sobre la democracia deliberativa subyacen divergencias (y en algunos casos oposiciones) respecto a la revisión judicial de constitucionalidad, el escenario idóneo para el ejercicio de la deliberación y su principal objetivo, la necesidad de ciertas competencias por parte de los ciudadanos al momento de deliberar,⁴ y la distinción de las dimensiones epistémica y democrática de la deliberación,⁴ entre otras. Coinciden todos los modelos analizados en la exigencia a una ciudadanía activa, crítica y propositiva en el proceso de toma de decisiones, que esté comprometida permanentemente con la idea del bien común y, en general, con el interés por los asuntos públicos más allá del pasivo ejercicio electoral que perpetúa el error de dejarle la política sólo a los políticos. Una ciudadanía que, en palabras de Skinner, tenga un robusto “sentimiento de virtud cívica”⁵, con miras a consolidar una esfera pública dinámica y permeable a todos los niveles sociales, ya que como advierte Barber en *Strong Democracy*: “La democracia sólo puede sobrevivir como una democracia fuerte si está asegurada, no por grandes líderes, sino por ciudadanos competentes y responsables. Las dictaduras efectivas requieren

Universidad Externado de Colombia, 2006. R. Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. Sobre los aspectos deliberativistas de este último, confróntese con mi reseña aparecida en el último número de *Praxis filosófica. Nueva serie*. Entre las sentencias más representativas que han acogido postulados deliberativistas, ver: C-013 de 1993, C-386 de 1996, C-222 de 1997, C-760 de 2001, C-915 de 2001, C-1250 de 2001, C-688 de 2002, C-801 de 2003, C-551 de 2003, C-1056 de 2003, C-839 de 2003, C-1152 de 2003, C-313 de 2004, C-370 de 2004, C-372 de 2004.

³ J. Rawls, *The Law of Peoples “With the Idea of Public Reason Revisited”*. Harvard University Press, 2001, pp. 139-140.

⁴ La más sugestiva presentación de la democracia deliberativa desde un punto de vista epistémico, es *The Constitution of Deliberative Democracy*, de Nino (Op. cit., cap. 5), la cual critica sugestivamente Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, cap. 5.

⁵ Cfr.: Q. Skinner, “The Republican Ideal of Political Liberty”, En: G. Bock – Q. Skinner – M. Viroli (eds.) *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge University Press, 1990, pp. 301-303.

grandes líderes, las democracias efectivas necesitan grandes ciudadanos”, o como sostuvo el magistrado Louis Brandeis, en *Whitney vs. California* (274 U.S. 357, 375. 1927): “la amenaza más grande para la libertad, es un pueblo inerte”. En el mismo sentido, para Arthur Kaufmann, “La democracia soporta tener a su cabeza personalidades mediocres, pero no resiste el comportamiento pasivo del pueblo”⁶. Esta exigencia está en consonancia también con la concepción democrática de Sunstein⁷ por abandonar la neutralidad apática por el destino político de las sociedades. La intervención y veeduría permanente de los ciudadanos, que deben participar más directa y profundamente en el destino político de la sociedad, se concibe al interior de la democracia deliberativa como una condición esencial del sistema democrático que se enfoca en el fortalecimiento de los valores públicos y de la moralidad civil de la comunidad. Desde el siglo V a.C. Pericles había reseñado en su panegírico de Atenas que la deliberación es un mecanismo indispensable para ejercer el control ciudadano sobre asuntos de la cosa pública.

En lugar de referirnos a *la* democracia deliberativa como una teoría monolítica, podría sustentarse, en consecuencia, la existencia de variopintas escuelas y doctrinas que, desde diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones y países, dan cuenta de agendas propias de estudio e investigación⁸. Por esto dicha teoría debe entenderse como un mosaico de tendencias o como un conjunto de concepciones del orden democrático que poseen entre sí lo que Wittgenstein denominara un “aire o parecido de familia”⁹, es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí y que se entrecruzan a la manera en que se parecen unas a otras como los miembros de una familia. Tales parecidos nos permiten utilizar el mismo concepto (en este caso: “teoría de la democracia deliberativa”) para referirnos a todos los modelos existentes sin tener que realizar necesariamente distinciones ni precisiones respecto a los autores y tradiciones que se han ocupado de la misma desde principios de los años 80.

Sin embargo, varios aspectos esenciales del referido “núcleo común” de la teoría bajo análisis permiten identificarla con rasgos *colectivos y públicos* (excluye la

⁶ A. Kaufmann, *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 516.

⁷ Ver sus libros, *The Partial Constitution*. Op. cit.; *Designing Democracy*. Op. cit.

⁸ Nino pone también de presente este punto al afirmar que su defensa desde el poder epistémico del proceso deliberativo, es hacia “una variedad” de la democracia deliberativa. Cfr. con su *The Constitution of Deliberative Democracy*. Op. cit., cap. 4.

⁹ L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1969, pp. 324-325. Adeudo esta referencia a Vicente Durán. Alexy sostiene que tal concepto es el ejemplo más famoso del modelo no clásico del debate sobre el concepto de derecho. Cfr.: R. Alexy. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, cap. IV, 1.

deliberación individual o privada resguardada del ámbito social), *adaptativos* (cada momento y circunstancia permite que sus demandas y postulados resurjan y orienten los procesos de toma de decisiones), *auto-referentes* (el propio procedimiento permite decidir las cuestiones que afectan al mismo), *inacabados* (las decisiones están abiertas a ulterior revisión) e *igualitarios* (permite que los ciudadanos o sus representantes participen en condiciones de libertad e igualdad durante el proceso de conformación de la voluntad general).

Puede decirse que, en general, para la concepción deliberativa de la democracia la principal virtud de los procesos de toma de decisiones políticas, y la que igualmente los justifica, es la imparcialidad y el bien común, las cuales resultan de la amplia deliberación pública que antecede la votación realizada entre los ciudadanos que serán afectados por ella (así sea potencialmente)¹⁰. Tal proceso inclusivo de toma de decisiones debe hacerse, o directamente con la participación de todos aquellos que serán afectados por la decisión, o por intermedio de sus representantes; ésta, conforme a Elster, es “la parte democrática”, mientras que la parte deliberativa hace referencia a que la toma de decisiones se realice por medio de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad¹¹.

II. Las críticas al Plan Nacional de Desarrollo frente a las virtudes de la deliberación

La guía que consigna el destino de las inversiones públicas en los principales proyectos de inversión nacionales, y la cual orientará la política durante el período 2006-2010: el Plan de Desarrollo, fue recientemente revisado, (presuntamente) corregido y aprobado por el Congreso; lo denominó este gobierno: “Estado Comunitario: desarrollo para todos”.

Dentro de las tempranas críticas que recibió por parte de diversos sectores¹², aquellas enderezadas por conspicuos economistas fueron particularmente agudas, pues además de lo abiertamente clientelista, se destacaron un grupo de elocuentes objeciones, y ya frecuentes en todo lo que emana del Congreso, en virtud de las

¹⁰ Sobre este punto, B. Manin, “On Legitimacy and Political Deliberation”, En: *Political Theory*, Vol. 15, No. 3, 1987, p. 352.

¹¹ J. Elster (ed). *Deliberative Democracy*. Op. cit., pp. 8-9.

¹² Para una síntesis de las principales objeciones al PND por parte del Gobierno y la Federación Colombiana de Municipios, ver el informe “Objeciones al Plan Nacional de Desarrollo”, En: *Ámbito Jurídico* 2 al 15 de julio de 2007, pp. 18-19. Ver también la columna de Juan Camilo Restrepo en este periódico, “Una vela a Dios y otra al diablo”. 30 de julio – 12 de agosto, 2007.

cuales el plan terminó siendo una “lista de mercado regional”, como lo calificó Juan Camilo Restrepo, refiriéndose a la inclusión indebida de obras regionales de diversos tipos (pistas de coleo, polideportivos, transmilenios en ciudades intermedias y hasta un tanque de agua potable en un barrio de Barranquilla y un Instituto Agrícola en San Jerónimo, Ant.)¹³, sin siquiera contar durante la discusión con la (requerida por ley) aprobación del Ejecutivo.

Otra de las críticas tiene que ver con la falta de dirección política y la propia actuación del Ejecutivo en tal descontrol institucional generado por la premura con la que se aprobaron, en dos meses, 181 artículos en los cuales se incluyeron modificaciones legislativas que ordinariamente habrían tenido que seguir el trámite previsto en la ley 5 de 1992. Por estas circunstancias se desfiguraron los objetivos nacionales de largo plazo y las prioridades de acción que deberían orientarse en la ley orgánica del plan. Para Restrepo, en *Portafolio*, “la armonía que por disposición constitucional debe existir entre el presupuesto nacional y el plan nacional de desarrollo se refiere a las inversiones prioritarias recogidas en los presupuestos plurianuales del plan”.

Frente al censurable hecho de que el gobierno no se manifestó en contra de tales obras menores, el Ministro de Hacienda sostuvo que estas tendrán aplicación durante el cuatrienio en la medida en que se cuente con los recursos necesarios y se obedezca a una estricta prioridad técnica y financiera que viabilice su ejecución.

Para procurar resarcir tales inconvenientes a futuro, el economista Alejandro Gaviria, en su columna de *El Espectador*, así como el editorial de *El Tiempo* de mayo 17, propusieron reformar el esquema actual para que el plan, como en el esquema constitucional anterior, sea elaborado y aprobado autónomamente por el Ejecutivo, y así eliminar la aprobación del plan que contiene la Constitución de 1991 en virtud de la cual debe dársele un trámite legislativo en el que participen en su configuración el Congreso y los representantes de diversos sectores sociales que hacen parte del Consejo Nacional de Planeación. Aunque Mauricio Olivera, investigador de Fedesarrollo, reconoce que debe fortalecerse el trámite legislativo y dotarlo de lineamientos más estrictos respecto a la discusión, por la dificultad de realizar con eficacia esta tarea, secunda el cambio al sistema anterior de aprobación del plan. El exministro Restrepo sostiene que la solución no es reformar la ley sino propender hacia su efectivo cumplimiento.

¹³ Recuérdese lo que preceptúa el artículo 339 constitucional respecto a lo que debe contener el plan de inversiones públicas: “solamente los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución”.

Sin analizar en torno a lo que pueden considerarse críticas veraces y sólidas al plan¹⁴, no debe perderse de vista que las virtudes que al proceso político le incorpora la deliberación no pueden ser desvaloradas ni menoscabadas por la ocurrencia de estos vicios, pues esto resultaría siendo más costoso que solidificar los vicios que se presentan durante el sometimiento de la ley del plan al conocimiento del Congreso debido al impedimento de la deliberación, la cual es concebida como una condición *necesaria*, más no *suficiente* para alcanzar decisiones justas para todos y no sólo buenas para algunos¹⁵. Esta exigencia no constituye razón suficiente para eliminar el modelo del plan previsto en la Constitución que exige la aprobación democrática y deliberativa del plan.

Es aquí en donde les convendría a los detractores del modelo actual de aprobación del plan, y en general a los críticos de la teoría de la democracia deliberativa, considerar las virtudes que le incorpora al proceso político la dinámica deliberativista. Los rasgos esenciales que se incluyen dentro del concepto de democracia deliberativa conforman un planteamiento teórico al que podemos referirnos como un “núcleo común”¹⁶ que da cuenta de sus características esenciales y potenciales virtudes:

1. La deliberación permite que se amplíe el panorama de nuestros juicios mediante el intercambio de puntos de vista y de razones que sustentan las cuestiones concernientes a la política pública, por parte de personas con diversas perspectivas y diferente información. La razonabilidad de las posiciones se impone al momento de exteriorizarlas con el objetivo de lograr un consenso en torno a ellas. “El intercambio de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y ensancha nuestra perspectiva; se nos hace ver las cosas desde otros puntos de vista, así como los límites de nuestra propia visión”¹⁷.

Sunstein acuñó el concepto de “república de razones” para referir al necesario sistema de pesos y contrapesos, establecido en la Constitución, cuya implementación incrementaría la probabilidad de contar con juicios más reflexivos.

¹⁴ Sobre la falta de rigurosidad respecto a la unidad de materia de la ley y la necesaria relación directa de las normas aprobadas con los altos objetivos del plan, se pronunciará en su momento la Corte Constitucional. Para recordar lo expresado en una oportunidad anterior (C-573/04) “las disposiciones instrumentales contenidas en la ley del plan deben guardar una relación directa e inmediata con los objetivos y programas del plan, pues de no ser así, estarían desconociendo el principio de unidad de materia y el contenido constitucional propio de esta ley”.

¹⁵ J. Bohman, “Deliberative Democracy and Effective Social Freedom: Capabilities, Resources, and Opportunities”, En: J. Bohman – W. Rehg (eds.) *Deliberative Democracy*. Op. cit.

¹⁶ El cual lo constituyen, a mi juicio, las obras que se citan y referencian en este ensayo.

¹⁷ J. Rawls, *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 327.

En tal república de razones los ciudadanos y sus representantes, así como los electores y los miembros del gobierno, deliberan respecto a las distintas funciones decisorias que tienen que cumplir¹⁸.

2. Para Habermas (1998) el proceso de decisión pública por el que devienen las decisiones políticas, se orienta hacia la legitimidad del Estado y el sistema jurídico. Las razones que sustentan las decisiones deben ser aceptadas por todos, justificando así igualmente las leyes que posteriormente deberán acatarse. En Habermas la democracia deliberativa se concibe como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública¹⁹.
3. Al deliberar pública e incluyentemente, los argumentos se expurgan de errores lógicos o fácticos, ya que al advertir las debilidades de las tesis –propias y rivales– los interlocutores depuran sus perspectivas y los argumentos que las sustentan. Los participantes clarifican y, en muchos casos, redefinen sus propias perspectivas sobre los asuntos que afectarán al resto de la sociedad, ampliando el rango de alternativas de solución sobre los problemas planteados. Así, en el proceso deliberativo puede evidenciarse la falta de compromiso social y el irrespeto por las minorías.
4. Debido a la exteriorización de las opiniones políticas los ciudadanos asumen su permanente revisión, por lo cual no serán simplemente un resultado previamente asegurado de intereses privados o, en todo caso, que no correspondan a cuestiones políticas. Por esto dentro de la concepción deliberativa debe hablarse de ‘razones públicas’²⁰.

¹⁸ C. Sunstein, *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004, p. 31; *Designing Democracy*. Op. cit., p. 239. *The Partial Constitution*. Op. cit., Part I, A.

¹⁹ J. Habermas, “Further Reflections on the Public Sphere”, En: C. Calhoun (ed.) *Habermas and the Public Sphere*. The MIT Press, 1992; *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 407-468. Sobre la perspectiva de Habermas en torno a la democracia (y en general, la política) deliberativa, ver, *Ibidem*, caps. VII – VIII. De la edición en inglés (*Between Facts and Norms*) pp. 287-387 y 463-515; y en *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999, “Tres modelos normativos de democracia”. Sobre Habermas al respecto: J. A. Gimbernat (ed.) *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997. M. Rosenfeld – A. Arato (eds.) *Habermas on Law and Democracy*. University of California Press, 1998. F. Cortés, *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Op. cit., cap. III. C. Sancho, “Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa”, En: *Revista de Estudios Políticos* No. 122. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2003. O. Mejía, *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 2005, cap. IV.

²⁰ Para una ampliación de este concepto, consúltense, J. Rawls, *Ibidem*, pp. 129-180; *Political Liberalism*. Columbia University Press, 1993, Lecture VI. O. Mejía, *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, pp. 163-168; “La filosofía política de John Rawls (II)”, En: J. J. Botero (ed.) *Con Rawls y Contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 86-89.

5. La deliberación favorece la amplia inclusión social a la democracia y alienta un genuino intercambio de argumentos²¹, proveyendo así mutuamente información, con la que no siempre se cuenta, que contribuye a expandir el panorama de las alternativas entre las cuales optar. Así es como no sólo el resultado de la deliberación es producto de nuevas y depuradas consideraciones, sino que también se favorecen las decisiones políticas por el consenso del que son producto.
6. Por la amplia consideración de los asuntos públicos, la deliberación constriñe a pensar en las pretensiones de los demás, favoreciendo la solidaridad hacia los problemas que aquejan al resto de la sociedad. El intercambio de ideas y creencias reduce la posibilidad de que los ciudadanos se guíen exclusivamente por sus propios intereses para que, en cambio, piensen con un sentido más de comunidad.
7. La deliberación limita las razones que los ciudadanos pueden otorgar en sustento de sus opiniones políticas a aquellas que estén acordes con una consideración igualitaria de los otros ciudadanos²². Se avanza así en la construcción de decisiones más razonables, pues deben ser permanentemente oponibles ante terceros²³.
8. El respeto a las mayorías deliberantes no implica el desamparo a los intereses minoritarios, por lo que las razones producto de un proceso deliberativo son más justas en la medida en que toman en consideración, tanto los intereses ampliamente respaldados, como los minoritarios²⁴.
9. La exposición de los argumentos permite que los ciudadanos ejerzan un efectivo control sobre los miembros de instituciones como el Congreso y las altas cortes, particularmente los tribunales constitucionales, ya que su compromiso con lo público les exige justificar y explicar sus decisiones. Podríamos sostener que esta necesidad de justificación se materializa en una ‘carga de la argumentación’ que tienen los magistrados al tomar un punto de vista diferente al establecido

²¹ C. S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*. Op. cit., caps. 5 y 6.

²² Véase la contribución de Cohen (“Democracy and Liberty”) a J. Elster (ed.) *Deliberative Democracy*.

²³ Examinense las razones que explican la potencia epistémica de la deliberación conforme a Nino: *The Constitution of the Deliberative Democracy*. Op. cit. Sobre tal cuestión resulta ilustrativa la síntesis de Y. Haddad, *La democracia deliberativa*. Op. cit., cap. 2, III.

²⁴ En torno a las restricciones a la deliberación en lo concerniente con decisiones que, siendo producto de un amplio proceso de discusión, oponen sobre alguna minoría un cierto modo de vida, ver, R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno*. Op. cit., pp. 164-172.

previamente, y en el caso de los tribunales por un precedente aplicable al caso concreto²⁵.

10. En una sociedad pluralista la dialéctica mediante la deliberación permite integrar la fuerza del disenso, constituyéndose en una fuerza productiva en la medida en que posibilita que se clarifiquen las diferencias con respecto a los valores bajo los cuales deseamos ser gobernados.
11. Gargarella subraya un carácter pedagógico de la deliberación, teniendo en cuenta que intercambiando argumentos, escuchando otras razones y ajustando algunas perspectivas, la deliberación contribuye a que las personas se eduquen a sí mismas en la convivencia cívico-democrática²⁶.
12. Los demócratas deliberativos demandan porque se favorezcan resultados imparciales en las decisiones que afectarán al grueso de la población, propiciando para esto un espacio de deliberación y condicionándolo sólo a la libertad e igualdad reales entre los ciudadanos.

III. CONCLUSIÓN

Es bien sabido –y padecido por muchos en sociedades como la colombiana– que la desigualdad económica, y por ende social, conduce a la desigualdad en la representación política²⁷. Los menos favorecidos económica y socialmente tienden a estar sistemáticamente marginados de todos los procesos de toma de decisiones. De hecho, como señalan autores dentro de los que se encuentran Young y Schattschneider²⁸, una de las cuestiones más problemáticas en la mayoría de las

²⁵ Recuérdese que una de las principales razones en sustento de la Corte para declarar inconstitucional el “estatuto anti-terrorista”, fue el hecho de que más de una docena de Representantes que habían votado por el polémico estatuto, cambiaron sus opiniones de un día para otro (literalmente), sin dar ninguna explicación pública sobre tal cambio de perspectiva. Para un análisis crítico de esta sentencia desde el punto de vista deliberativista, ver R. Gargarella, “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”, En: J. L. Martí – S. Besson (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. Op. cit. Vers. cast. de Leonardo García, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, En: R. Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Op. cit.

²⁶ R. Gargarella, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”. Op. cit. *La justicia frente al gobierno*. Op. cit., p. 160.

²⁷ Sobre el ideal de la democracia deliberativa en torno a la representación plena de la ciudadanía, ver, R. Gargarella, “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, En: J. Elster (ed.) *Deliberative Democracy*. Op. cit., cap. 10.

²⁸ Cfr.: I. M. Young, *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press, 2000. E. Schattschneider, *The Semi-sovereign People*. New York: Dryden Press, 1960.

democracias modernas es la coexistencia simultánea y armónica de la igualdad política (*real*) con la profunda diferencia económica, donde los ciudadanos menos favorecidos están condenados a ser prisioneros de su extracción socioeconómica. En no pocos casos la igualdad *formal* de todos los ciudadanos consagrada por la Constitución y la ley, no se traduce en una igualdad material como la realizada en casos determinados por la jurisprudencia constitucional. En este punto ilustra la ironía con la que Anatole France se refirió a la igualdad de la ley francesa: “La Ley, en su majestuosa igualdad, le prohíbe al rico, al igual que al pobre, dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan”.

Aunque, como se dijo, los partidarios de la democracia deliberativa parten de perspectivas diversas, y en muchos casos antagónicas, coinciden en la necesidad imperante de proveer las bases teóricas necesarias, con la permanente preocupación por articularlas a los procesos reales de toma de decisiones, para que al interior de las sociedades contemporáneas se practique una democracia más incluyente y sólida que esté inspirada por el ideal de los modelos deliberativos de llegar a decisiones imparciales producto de amplios consensos.

Si bien el cabildeo y la agregación de preferencias privadas en el proceso político son (no males necesarios sino condiciones) inevitables, las virtudes que le incorpora la deliberación a tal proceso resultan de ineludible referencia si queremos construir en Colombia un sistema democrático más justo y extensamente vinculante, y si, en últimas, pretendemos constituirnos como ciudadanía en una fuente auto-originante de pretensiones y reclamos, como diría Rawls.

Para quienes sustentan, como los economistas señalados, que debido a los vicios legislativos debe retornarse al modelo anterior (sin deliberación) de aprobación de la ley del plan, conviene recordarles que, como modelo normativo de democracia, la teoría de la democracia deliberativa no *describe cómo son* las cosas en realidad (cómo operan las instituciones jurídico-políticas que cuentan con representatividad popular) sino que *prescribe cómo deben ser* (o sea cómo hay que concebir o razonar en torno a las instituciones de la política pública a partir de una valoración que dé cuenta de un estado de cosas ideal). Es decir que por la falta de operatividad material de la deliberación, que no alcanza los objetivos planeados de generalidad y respeto a las disposiciones constitucionales que regulan la aprobación de leyes como la del plan, no resulta democráticamente admisible que se sustente la conveniencia de un cambio tan radical en el esquema actual de trámite, en lugar de dirigir las críticas, los argumentos y las propuestas hacia una mayor puesta en práctica y respeto del debate, el cual se concibe como la forma de que los intereses

nacionales, caracterizados por su diversidad, surjan y se vinculen con los principales proyectos de inversión.

Así, entonces, esta teoría sobre la democracia se encamina hacia el entendimiento de que el de toma de decisiones en el escenario público es un procedimiento discursivo basado en el intercambio de razones y argumentos en respaldo a una u otra opción y que se orienta hacia la transformación de las preferencias políticas mediante el convencimiento racional, es decir, atendiendo al argumento que posea mayor fuerza con el ideal de alcanzar un consenso ampliamente vinculante; este procedimiento le confiere a las decisiones políticas la legitimidad que no se alcanza por la mera validez formal²⁹.

La instauración y el fortalecimiento de los procesos deliberativos dentro de la democracia se encaminan hacia la elusión de las severas condiciones de inequidad en las decisiones públicas al interior de los sistemas jurídico-políticos; condiciones que no hacen más que perpetuar entre los grupos sociales desfavorecidos una especie de situación de humillación severa que implica que sus miembros, los miles de ciudadanos excluidos al no tener voz para expresar sus necesidades y que sufren las funestas consecuencias ocasionadas por la pobreza, no se perciban a sí mismos como destinatarios ni como merecedores de derechos en la medida en que no fueron favorecidos con un tipo de “suerte social” (Rawls) que les dispensara la capacidad económica para suplir tales necesidades.

No debe perderse de vista que dentro de las virtudes que la deliberación le aporta al proceso legislativo se encuentra el que por la obligación de los representantes de exhibir sus propuestas, y los argumentos que las respaldan, se promueve la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones e igualmente se tiende a compensar la falta de representación de amplísimos sectores que, por su carencia de poder económico, no cuentan con voces parlamentarias significativas (políticamente hablando) que materialicen sus necesidades acuciantes y propendan por una reducción de las fehacientes injusticias que padecen tantos miles de compatriotas.

Si bien, entonces, hay condiciones constrictoras del actuar deliberativo, este esquema ofrece más posibilidades de respetar la oposición y honrar el control político, pues el anti-deliberativismo no va a salvar la democracia ni a fortalecer el diseño institucional respecto a las falencias que ha exhibido en el escenario legislativo. A

²⁹ Como habrá notado el estudioso familiarizado, asumo un punto de vista rawlsiano en la medida en que efectivamente considero que en la deliberación radica la idea misma de la democracia deliberativa. Cfr.: J. Rawls, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*. Op. cit., p. 138.

pesar de todas sus deficiencias, por tanto, debe considerarse preferible el trámite legislativo en lugar de que tal ley la diseñe y defina el gobierno.

Aunque como denuncias son válidas y necesarias, las críticas aludidas atrás no pueden conducir a un sacrificio de la deliberación, porque además los argumentos que se presentan para descalificar la deliberación respecto al trámite de aprobación de la ley del plan, se pueden extender perfectamente a la eliminación de la deliberación en cualquier otra estancia temática: la deliberación en las normas tributarias, fiscales y de política social, etc., ya que en tales escenarios también se presentan incursiones indebidas de intereses privados o falta de unidad de materia, por ejemplo.

Que hay un déficit en la representación popular en el Congreso y que respecto igualmente al clientelismo y a las parcelas electorales se presentan vicios cada vez más aberrantes, no es sólo un secreto a voces sino casi una “verdad de Perogrullo”. Órgano (supuestamente) representativo, todo el poder Legislativo tiene serios problemas de representatividad general tales como la ‘para-política’, la corrupción y compra de votos, así como el excesivo costo de ingreso y permanencia en la política que muchas veces parece imponerle a los parlamentarios la obligación de adquirir cada vez mayores respaldos privados que posteriormente comprometen sus votos, por lo cual llegan al Congreso con una serie de intereses muy puntuales que impiden la construcción de un Plan *Nacional* de Desarrollo, entre otras políticas. En particular, respecto al costo de ingreso a la política, Rawls presentó una preocupación que resulta más que relevante en nuestro contexto debido a la falta de límites en las donaciones privadas a las campañas políticas, lo cual deriva en la distorsión de la política como tal por la indebida injerencia de grandes corporaciones y otras clases de intereses particulares³⁰. Sostuvo que la deliberación pública, como una característica esencial de la democracia, tiene que librarse de la maldición del dinero, ya que de lo contrario “la política estará dominada por corporaciones y otra serie de intereses que, a través de cuantiosas contribuciones a las campañas, distorsionan, si no es que excluyen, la discusión y la deliberación públicas (...) En la constante búsqueda de dinero para financiar campañas, el sistema político es simplemente incapaz de funcionar. Sus poderes deliberativos se paralizan”³¹.

³⁰ J. Rawls, “The Basic Liberties and Their Priority”, En: S. M. McMurrin (ed.) *Liberty, Equality, and Law*. University of Utah Press, 1987. Versión corregida y aumentada incluida como “Lecture VIII” en *Political Liberalism*. En una conversación informal con el profesor asistente de Rawls en Harvard, Thomas Pogge, durante una reciente visita a Medellín, sostuvo que en este ensayo Rawls realiza la aportación más original a la cuestión de la democracia.

³¹ J. Rawls, *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*. Op. cit., p. 139 y 140.

La adscripción a las virtudes del modelo deliberativista no significa una intencional omisión a los vicios que presenta la *Realpolitik* en Colombia, sino que más bien señala la posibilidad de encontrar caminos intermedios para solucionar los desaciertos en los cuales, por ejemplo, se incurrió durante el paso por el Congreso de la ley del plan. El análisis de tales caminos tendrá que ser motivo de un estudio posterior, pero podría insistirse preliminarmente en que debe aumentarse el seguimiento a los controles para que no sea posible introducir en el plan inversiones menores que respondan a intereses marcadamente clientelistas y electoreros; también debe ser posible contar con una mayor visibilidad del trámite y, en particular, de las razones parlamentarias para proponer o apoyar ciertas inversiones, ya que si se hubiera transmitido por los medios de comunicación lo fundamental del debate, y la puya por intereses privados en lo que se convirtió una parte del mismo, seguramente muchos senadores y representantes no habrían llevado a término su empeño sectario por incluir en el plan proyectos de inversión que sólo responden a un interés por conservar parcelas electorales. Con base, entonces, en mecanismos que exterioricen las razones e intenciones de los representantes del pueblo en el Congreso, entre otros concernientes a la agenda deliberativista, se propendería, sin eliminar el trámite legislativo y sacrificar valiosos escenarios deliberativos, por un plan y una política nacional más razonable que esté en armonía con la consagración constitucional. Los caminos que remedien los vicios parlamentarios son imperativos institucionales en nuestro incipiente sistema democrático que, podrían articularse fructíferamente con los postulados de la teoría de la democracia deliberativa ya que, como se dijo, la deliberación puede impedir (o al menos ayudar a prevenir), la adopción de decisiones infundadas, sesgadas o no-políticas.

BIBLIOGRAFÍA (citada y referenciada)

- ALEXY, R. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, cap. IV.
- ARANGO, R. (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007.
- BARBER, B. *Strong Democracy*. Berkeley: University of California Press, 1984, cap. 7.
- BENHABIB, S. (ed.) *Democracy and Difference*. Princeton University Press, 1996.
- “Deliberative Rationality and Models of Constitutional Legitimacy”. En: *Constellations*, Vol. 1, No. 1, 1994.
- BOHMAN, J. *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*. The MIT Press, 1996.

- “Deliberative Democracy and Effective Social Freedom: Capabilities, Resources, and Opportunities”, En: J. Bohman – W. Rehg (eds.) *Deliberative Democracy*. The MIT Press, 1997.
- COHEN, J. “Deliberation and Democratic Legitimacy”. En: A. Hamlin – P. Pettit (eds.) *The Good Polity: Normative Analysis of the State*. Oxford: Blackwell, 1989.
- CORTÉS, F. *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999 (caps. III, VI).
- DRYZEK, J. *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford University Press, 2000.
- ELSTER, J. (ed.) *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press, 1998.
- FERRERES, V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, cap. 5.
- FISHKIN, J. *Democracy and Deliberation*. Yale University Press, 1991.
- LASLETT, P. (eds.) *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Basil Blackwell, 2003.
- GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996, cap. 6.
- “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”, 1995 (me baso en la vers. manusc. facilitada por el autor).
- “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. En: J. L. Martí – S. Besson (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate, 2006. Vers. cast. de Leonardo García, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”. En: R. Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007.
- OVEJERO, F. – MARTÍ, J. L. (eds.) *Nuevas ideas republicanas*. Barcelona: Paidós, 2004.
- GIMBERNAT, J. A. (ed.) *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.
- GUTMANN, A. – THOMPSON, D. *Democracy and Disagreement*. Harvard University Press, 1996.
- *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press, 2004.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 4ta ed., 1987.
- *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999. Cap. “Tres modelos normativos de democracia”.

- “Further Reflections on the Public Sphere”. En: C. Calhoun (ed.) *Habermas and the Public Sphere*. The MIT Press, 1992.
- HADDAD, Y. *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- HERNÁNDEZ, A. (ed.) *Republicanism contemporáneo*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2002.
- HONGJU, H. – SLYE, R. (eds.) *Deliberative Democracy and Human Rights*. New Haven: Yale University Press, 1999.
- KAUFMANN, A. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KNIGHT, J.– JOHNSON, J. “Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy”. En: *Political Theory*, Vol. 22, No. 2, 1994.
- LAFONT, C. “Is the ideal of a deliberative democracy coherent?”. En: J. L. Martí – S. Besson (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate, 2006 (me baso en la vers. electr. facilitada por la autora).
- MACEDO, S. (ed.) *Deliberative Politics*. Oxford University Press, 1999.
- MANIN, B. “On Legitimacy and Political Deliberation”, en: *Political Theory*, Vol. 15, No. 3, 1987.
- MARTÍ, J. L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- *Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino*. Ensayo inédito a publicarse en un libro en homenaje a Nino que publicará la Universidad de Buenos Aires, en edición de R. Gargarella, C. Rosenkrantz y M. Alegre.
- BESSON, S. (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents. National and Post-national Challenges*. London: Ashgate, 2006.
- MEJÍA, O. *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
- *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, 1998.
- “La filosofía política de John Rawls (II)”. En: J. J. Botero (ed.) *Con Rawls y Contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 2005.
- MURILLO, G. – PIZANO, L. *Deliberación y construcción de ciudadanía*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2003.

- NINO, C. S. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996. Vers. cast. de Roberto Saba, *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- RAWLS, J. "The Basic Liberties and Their Priority". En: S. M. McMurrin (ed.) *Liberty, Equality, and Law*. University of Utah Press, 1987.
- *Political Liberalism*. Columbia University Press, 1993, Lecture VI.
- *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- *The Law of Peoples "With the Idea of Public Reason Revisited"*. Harvard University Press, 2001.
- RODRÍGUEZ, M. L. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- ROSENFELD, M. – ARATO, A. (eds.) *Habermas on Law and Democracy*. University of California Press, 1998.
- SANCHO, C. "Un modelo diferente de democracia. La democracia deliberativa". En: *Revista de Estudios Políticos* No. 122. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2003.
- SCHATTSCHEIDER, E. *The Semisovereign People*. New York: Dryden Press, 1960.
- SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. Harvard University Press, 1998.
- *Designing Democracy. What constitutions do*. Oxford University Press, 2001.
- *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004.
- SKINNER, Q. "The Republican Ideal of Political Liberty". En: G. Bock – Q. Skinner – M. Viroli (eds.) *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge University Press, 1990.
- YOUNG, I. M. *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press, 2000.



Región: Suroeste
Autor: Edison Andrés Álvarez García
Título: Postura para tango
Técnica: Óleo y resina sobre MDF
Dimensiones: 100 x 90 cm

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA COMO HERRAMIENTA PARA UN CONTROL SOCIAL EXACERBADO*

-
- * Artículo desarrollado dentro de la investigación interinstitucional “La lucha contra la corrupción en Colombia. Construcción de un marco teórico para la comprensión de su genealogía”, aprobada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, dentro de la Convocatoria Temática 2003. Investigación realizada por el grupo “Derecho y Sociedad” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con participación del investigador principal Juan Carlos Amaya Castrillón, las co-investigadoras Ana Victoria Vásquez Cárdenas y Elsa Deyanira Enríquez Rosero y el auxiliar de investigación Mauricio Hernando Aguirre; en asocio con el grupo “Derecho y Poder” de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, donde participan el co-investigador Mario Montoya Brand y el auxiliar de investigación Esteban Mejía.

Fecha de recepción: Agosto 6 de 2007

Fecha de aprobación: Septiembre 14 de 2007

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA COMO HERRAMIENTA PARA UN CONTROL SOCIAL EXACERBADO

*Mauricio Hernando Aguirre Giraldo***

RESUMEN

Desde que existe sociedad existe control social. Bajo esta premisa, al construir un marco teórico que dé cuenta de las variables que dan origen a la lucha contra la corrupción en Colombia, el análisis de las dinámicas dadas entre los procesos de esa lucha y el papel de la sociedad como depositaria del orden social, se tornan en elementos ineludibles de análisis para comprender cómo a partir de la lucha contra la corrupción se logran incrementos en los niveles de control social, ligados al combate contra un *enemigo* como lo es, o al menos como se pretende mostrar, a la corrupción.

Por ello, en este artículo descriptivamente el lector encontrará la tesis de que existe una instrumentalización política de la lucha para lograr mayor control social basada en un discurso democrático y participativo pero con hondas repercusiones en el ciudadano como elemento observador y policial, lo que implica una sociedad vigilante.

Palabras clave: lucha, corrupción, control social, instrumentalización política, expectativas, enemigo.

THE FIGHT AGAINST THE CORRUPTION IN COLOMBIA AS A TOOL FOR A EXACERBATED SOCIAL CONTROL

ABSTRACT

Social control exists since society is, and under this premise can be build a theoretical framework that realize the variables that cause the fight against the corruption in Colombia. The analysis of the dynamics present among the processes of that fight and the role of the society as depository of the social order, become in inescapable elements of study to understand how from the corruption fight get increased the levels of social control, connected with the battle against an enemy as the corruption.

Because of it, this article brings the thesis that exists a political exploitation of the fight to achieve greater social control based on a participatory and democratic speech but with deep repercussions in the citizen as an observer and police, wich implies a vigilant society.

Key words: Fights, corruption, social control, political exploitation, expectations, enemy.

** Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA COMO HERRAMIENTA PARA UN CONTROL SOCIAL EXACERBADO

¿LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA SE UTILIZA COMO UNA HERRAMIENTA PARA AUMENTAR LOS NIVELES DE CONTROL SOCIAL?

Sostendremos en este artículo que la lucha contra la corrupción (LCC) en el escenario colombiano es una herramienta política a partir de la cual se incrementan los niveles de control social sobre la función pública, sobre las personas que cumplen funciones públicas y sobre toda relación entre los particulares y el Estado. Por ello, aunque inicialmente al hablar de LCC como una herramienta de control social podríamos pensar que lo que se busca es integrar a la sociedad en la consolidación del estado democrático, no partiremos de esta visión idealista, por el contrario, nos ubicamos en una posición crítica, que buscará mostrar argumentos suficientes para sostener que esta acción no se da bajo una perspectiva democrática y participativa sino como elemento observador y policial, es decir, ésta se utiliza como una herramienta por lo que hay una instrumentalización política¹ de la lucha para lograr mayor control social.

Por lo anterior, en este artículo observaremos como referente conceptual la lucha contra la corrupción, entendiendo que abordamos es el fenómeno de la lucha como tal y no el objeto que persigue; luego tomaremos una definición conceptual de control social a partir de Muñoz Conde, a lo que sumaremos una breve aproximación a los diferentes tipos de control que recaen sobre los servidores públicos, para caracterizar su responsabilidad y la influencia de algunas visiones administrativo-funcionales sobre su labor, cerrando con una aproximación crítica sobre el papel que desempeña la sociedad con los rasgos del control social contemporáneo y de la corrupción como un enemigo en constante definición.

Por último, aclaramos al lector que este es un ejercicio descriptivo que busca establecer algunas variables en la construcción de un marco teórico, sin pretensiones prescriptivas, pues no pretendemos ofrecer alternativas para desarrollar la lucha contra la corrupción en Colombia sino comprender su genealogía.

¹ MONTOYA BRAND, Mario. "La instrumentación política de la corrupción". En: *Estudios Políticos*, número 16. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín, enero-junio de 2000. pp. 103 a 117.

LCC y control social

El hablar de corrupción implica hablar de lugares comunes, de políticas construidas idealmente sobre la prevalencia del interés general y de la protección a la moralidad administrativa, de ahí que no se consideraría en principio, e incluso por principio, que hay fallas en la elaboración de tan loable inquietud; sin embargo, una mera aproximación crítica plantea interrogantes como ¿Qué es la corrupción? ¿Por qué hay que luchar contra ella? ¿Hay un límite de las acciones de la LCC? ¿Cómo se concibe el interés general a proteger normativamente? ¿Qué es la moralidad administrativa?

Por eso, al encontrar sugerentes inquietudes comprendemos que el debate hoy no se encuentra agotado, no podemos hablar de corrupción y de un imaginario colectivo ya construido y acabado, sobre la necesidad de luchar contra un **enemigo** que “*socava el imperio de la ley, estrangula el crecimiento económico y perjudica más gravemente a los pobres*”² o que “*socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos*”³. Esto, reconociendo incluso que utilizamos dos valoraciones que se entrelazan sobre el disvalor de la corrupción, pero que no logran agotar la conceptualización.

Siendo así, una aproximación tradicional intentaría definir qué es corrupción para saber contra qué se está luchando y así determinar y delimitar, al menos conceptualmente, el campo de acción de la cruzada contra el fenómeno; un campo que generaría acciones institucionales, directrices y políticas concretas, asimismo implicaría un imaginario determinado en la sociedad y en el sector privado sobre lo que es y lo que no es lucha contra la corrupción, es decir, un proceso de definición que llevaría a un acuerdo común, lo que en sí implicaría un condicionante de conducta y un limitante para el control social derivado de la LCC.

Así, al hacer un ejercicio sobre ideas que conciban o formen el entendimiento pretendido, encontramos una primera aproximación nominalista siguiendo al Diccionario de la Lengua Española⁴, en la que definimos corrupción y lucha, donde

² WOLFENSOHN, James. Estrategia de Principios Básicos contra la Corrupción. Perspectivas Económicas (Publicación Electrónica de USIS), Vol. 3, No. 5, noviembre de 1998. Tomado de la página del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción.

³ Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 y aprobada en Colombia mediante la ley 412 de 1997.

⁴ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, vigésima segunda edición. www.rae.es

corrupción derivada del latín *corruptio*, en una de sus acepciones significa: “*En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.*”; mientras que lucha también derivado del latín, implica el “*Esfuerzo que se hace para resistir a una fuerza hostil o a una tentación, para subsistir o para alcanzar algún objetivo*”. Por ello, una definición basada en las palabras que le dan origen a la LCC pudiera sostener que ésta implica esfuerzos encaminados a alcanzar un objetivo, el cual pudiese ser, evitar que se presente la acción realizada en las organizaciones públicas (también puede ser en organizaciones privadas) donde se utilizan las funciones y medios de la organización en provecho, sea económico o no, de sus gestores, en nuestro caso de quien cumple una función pública.

Sin embargo, esta visión no da cuenta del fenómeno, por ello, para definir el concepto “*Lucha contra la corrupción*” sería necesario entrar a hacer una más completa definición de qué es corrupción, pues de la percepción económica, política, moral o jurídica que se tenga del concepto, se derivarán el conjunto de acciones y fórmulas para frenar las repercusiones de las prácticas asociadas a cada concepción. No obstante, se deja claro que no es pretensión de este escrito ahondar sobre lo que es corrupción y lo que no es, por ello agotaremos el discurso apelando a las ideas expuestas en la investigación “*Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa*” del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de los Andes en el año 2001.

Al respecto entre las definiciones dadas en ese trabajo investigativo, a manera de síntesis, encontramos que desde el enfoque jurídico siguiendo a Rowland García se identifican “*como corruptas y por ello sujetas a sanción, las acciones u omisiones que los empleados públicos o particulares hayan realizado en contra del bien común*”⁵. Desde un enfoque moral, apelando a Adela Cortina⁶, la corrupción es fruto de una pérdida generalizada de valores, y la desaparición de la moral cristiana es su causa. Igualmente, el enfoque económico de Robert Klitgaard⁷, quien define la corrupción como “*Monopolio + Discrecionalidad – Transparencia = Corrupción*”.

⁵ GARCÍA, Rowland. Op. Cit. p. 16. Citado en: PÉREZ PERDOMO, Olga Lucía y otros. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa. Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., 2001. p. 107.

⁶ CORTINA, Adela. El paradigma ético del estado contemporáneo. Citado en: PÉREZ PERDOMO, Olga Lucía y otros. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa. Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., 2001. p. 107.

⁷ Citado en: PÉREZ PERDOMO, Olga Lucía y otros. Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa. Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., 2001. p. 109. También se puede ver esta aproximación sobre en: AMAYA

De esta forma, con esa escasez de determinación conceptual sobre corrupción, no originada en la falta de definiciones sino en la variación conceptual según la posición tomada, llegamos a otro limitante, ¿Qué es entonces luchar contra la corrupción? Encontramos que no hay una construcción unívoca sobre el objeto a atacar, no delimitamos contra qué se convoca la labor de los denominados “*cruzados*”⁸.

Para esto, nuestra aproximación conceptual sobre la LCC se hace bajo sugestivas ideas del artículo “*Importancia de la definición conceptual de la lucha contra la corrupción en Colombia para la construcción de un marco teórico*”⁹, donde se ha sostenido:

“El proceso de comprensión de los resultados de la lucha contra la corrupción o del producto anticorrupción responde a la naturaleza misma de su definición, por su multiplicidad de enfoques y carencia de delimitación, evidente al momento de cualificarla. La utilización de los términos “corrupción” y por consiguiente “lucha contra la corrupción” provienen del conocimiento derivado de la “definición ostensiva”. El profesor Juan Ramón Capela (sic), explica esta definición de la siguiente manera: (... la definición ostensiva tiene la forma de “Esto es una N, y esto también es una N... y cosas como éstas son una N”). Parafraseando al profesor Capela (sic), se dirá que, para el caso, el ejemplo es el siguiente: “...se enseña a un ciudadano un acto corrupto y una norma anticorrupción y se le dice: esto es un acto y una medida para combatirlo, a su vez se le dice: esto otro también es un acto de corrupción y una medida para combatirlo, de tal forma que, cosas como esas serán corrupción y medidas como esas serán alternativas para combatirla”.

De esta forma, una definición de la LCC como resultado de una postura ostensiva, correrá el riesgo de ser vaga, gaseosa, imprecisa y ocasionalmente emotiva, esto

CASTRILLÓN, Juan Carlos. “El estatuto anticorrupción: antecedente de otra frustración” En: Estudios de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Vol. 57 N° 59, mayo de 1998. p.96

⁸ Por cruzados entendemos el conjunto de académicos, instituciones y políticos nacionales e internacionales, que lideran los procesos de LCC, entre ellos destacamos a Robert Klittgaard (Decano y profesor de desarrollo internacional y seguridad, de la Escuela de Postgrados Pardee RAND de California, EEUU), Donatella della Porta (Profesora del Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia), y ONGs como Transparency International (coalición mundial contra la corrupción que posee su capítulo en Colombia cual es la Corporación Transparencia por Colombia), y la Fundación Buen Gobierno (Que busca la convergencia entre el sector privado y el estatal, con el objetivo de mejorar la gobernabilidad del país a nivel regional y municipal).

⁹ Artículo desarrollado dentro de la investigación “La lucha contra la corrupción en Colombia: Construcción de un marco teórico para la comprensión de su genealogía”, escrito para optar al título de abogada por la co-investigadora ELSA DEYANIRA ENRÍQUEZ ROSERO (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2004.

porque definir a partir de ejemplos parece una aprehensión normativa más apta para niños que para ciudadanos, sin embargo el norte que debe reflejar la discusión es que estamos ante la construcción de un enemigo, por lo que la LCC, como construcción inacabada implica que se imponga la lógica de la enemistad, razón que obliga a pensar en términos de niño, pues “*en este esquema el ciudadano es concebido más como un menor de edad, él mismo no puede diferenciar lo que es bueno o malo para él o para otros; de esa diferenciación lo desea preservar el Estado mediante la amenaza de castigo frente a otros -los enemigos-*”¹⁰, y los niños aprenden generalmente su lenguaje de manera ostensiva, por lo que el lenguaje de lucha frontal contra la corrupción, lo hemos aprendido ostensivamente.

Por otra parte, al tomar posición sobre una definición de lo que es la LCC, se ha optado por el enfoque normativo donde consideramos a ésta como una práctica¹¹, lo que en términos simples equivale a una manera de hacer las cosas o de llevar a cabo un trabajo, teniendo entonces la concepción de que la LCC, es un proceso, es decir, existen un conjunto de acciones intencionales, encaminadas a obtener un resultado coherente con la acción planeada y el producto esperado, encontramos que estas se dividen en prácticas de direccionamiento, que equivalen a estrategias, y prácticas contentivas de criterios para la operacionalización, que equivalen a tácticas; por tanto se encuentran expresiones normativas tanto en rango de norma constitucional¹², de códigos¹³, de otras leyes¹⁴ y de normas internas para las entidades públicas que buscan ocuparse, eliminar o contener la corrupción a través de disposiciones tendentes a proteger un bien jurídico que es la moralidad administrativa.

¹⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, “Das Stranfrecht auf dem Weng von liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat”, en *KritV*, cuaderno 3, 1998, pp.182-209. Citado por APONTE, Alejandro. *Derecho penal de enemigo o derecho penal de ciudadano*. Ed Temis, Bogotá, 2000. p. 13.

¹¹ Para definir práctica se toma como punto de partida la investigación “Referenciamiento de mejores prácticas en gestión social, ambiental y de riesgos sociopolíticos” elaborada entre julio del año 2006 y enero del año 2007 para Interconexión Eléctrica S.A., a partir del análisis de las prácticas ejecutadas en materia ambiental, social y de riesgos sociopolíticos por dieciocho empresas entre privadas, mixtas y públicas del área andina que reunían tres características, a saber, con infraestructura estratégica para el país, empresas con alto nivel de recordación y reconocimiento en el país y empresas con presencia nacional o regional. AGUIRRE GIRALDO, Mauricio Hernando. *Referenciamiento de mejores prácticas en gestión social, ambiental y de riesgos sociopolíticos*. Informe de análisis sobre mejores prácticas. Gerencia Transporte de Energía, Interconexión Eléctrica ISA S.A. Medellín, 2007. p. 8.

¹² Artículo 122 de la Constitución Política de Colombia.

¹³ Ley 734. Código disciplinario único. También el Código Penal, Ley 599 al hablar de delitos contra la administración pública.

¹⁴ Ley 850 de 2003, por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas y ley 87 de 2003 que establece el MECI, Modelo Estándar de Control Interno.

Ahora bien, definir ¿Qué es la moralidad administrativa? implica una carga tanto para el legislador como para el intérprete de la norma, y lo es para este último pues no existen palabras sopesadas, medidas y contadas por el legislador que hagan previsible y calculada la conducta de los agentes tanto públicos en su función como privados en su interacción, entonces aumentan los riesgos cuando se encuentran afirmaciones como: “*En la actualidad la moderna dogmática penal considera los delitos de funcionarios como delitos de infracción de deber; el funcionario tiene un deber positivo de cuidado y fomento respecto de los bienes jurídicos que son de su competencia, un deber especial que nace de su cargo como servidor del Estado*”¹⁵.

Por ello, ¿Dónde reside la infracción de deber que implica que el dispositivo punitivo del Estado ingrese a la esfera de quien presta una función pública? Al parecer los delitos contra la administración pública se han edificado, idealmente sobre la ineficacia de las normas que son incumplidas o inobservadas; por tanto, se ha faltado al cumplimiento de mandatos de derecho administrativo y de derecho constitucional, pues se parte de uno de esos lugares comunes como lo es la idea según la cual, la visibilidad del poder político, representado en este caso por el servidor o quien presta la función pública, logra reducir e incluso impedir que las prácticas corruptas lleguen a darse.

Se da esto, porque se edifica un arquetipo de la función pública, donde el sector público y por ende quienes prestan o desempeñan estas labores encaminadas al cumplimiento de los fines estatales¹⁶ (así sean particulares) desarrollan su rol “...*con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...*”¹⁷, principios constitucionales estos que en un modelo ideal representarían un alto nivel de expectativas dentro del Estado sobre la labor desempeñada por personas naturales, ciudadanos de los que se espera

¹⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLERS, Javier. Delitos contra la administración pública en el Código Penal colombiano. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje a Günter Jakobs. Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 470.

¹⁶ Artículo 20 de la Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano: Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

¹⁷ Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

mayor fidelidad al sistema pues su condición de servidores públicos los convierte en modelos de conducta, en referentes éticos; por ello al hablar de delitos contra la administración pública se sostiene “...el bien jurídico dañado con tales comportamientos residiría en la confianza de todos los ciudadanos en el ejercicio de la función administrativa o judicial, según los principios constitucionales”¹⁸.

Al respecto, las normas penales entran a cumplir un carácter restablecedor frente a otras normas jurídicas no sancionatorias que no han logrado contener las expectativas; por eso para esta posición idealista, el hablar de delitos contra la administración pública equivale a una relación entre la política y el derecho, donde la efectividad se predica del poder y la eficacia se predica del sistema normativo, por tanto “*poder efectivo es el poder que consigue obtener el resultado propuesto; norma eficaz es la norma observada o cumplida. La eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces*”¹⁹.

Por ello, como se ha dicho, lo que se busca en la democracia es visibilizar el poder, lo que implica que una estrategia clave para vencer las prácticas corruptas es lograr una vigilancia democrática y participativa de las acciones gubernamentales, que al fin de cuentas las desempeñan los servidores. Se pretendería entonces limitar a una relación binaria (de lo corrupto y lo no corrupto), la dinámica de la lucha contra la corrupción, que valga decir no se limita a esto, por lo que el discurso de participación ciudadana como presupuesto para combatir el “flagelo” parece quedarse corto.

Por otro lado, es necesario recordar que en el presente artículo hemos optado por considerar que la LCC implica una exacerbación del control conllevando a que ésta se instrumentalice políticamente a favor de mayor control en la sociedad, para lo que se debe aclarar que aunque se podría asociar el control social como un concepto profundamente ligado al Estado y al derecho penal²⁰, éste (el control social) no puede entenderse como un resultado derivado de la norma penal o del Estado, sino que es preexistente, ya que en palabras de Muñoz Conde: “*La función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando al sistema juridicopenal en*

¹⁸ Ibid. SÁNCHEZ VERA p. 471.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. “Sobre el principio de legitimidad” pp.304, citado por MONTROYA BRAND, Mario. Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación. En: Estudios Políticos N. 26 Medellín, enero junio 2005. p. 92.

²⁰ Para ello ver las reflexiones del profesor JULIO GONZÁLEZ ZAPATA en su artículo “Los retos del control social”, tomado de Letras Jurídicas Vol. 5 N. 2, septiembre 2000. p 148.

*un contexto mucho más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad”*²¹.

Por ello, si se entiende que “*el control social es una condición básica de la vida social...un límite a la libertad humana en sociedad...un instrumento de socialización de sus miembros*”²², se condicionaría su valoración conceptual a la noción de relación social, por tanto, a la noción de poder y no a la existencia de un Estado, ni mucho menos de un sistema normativo penal, donde el sistema penal termina siendo una consecuencia de la existencia del control social. La sociedad entonces sí se podría imaginar sin Estado, sin normas penales pero no se podría concebir sin control social. Es por ello, que este control social se define para el presente escrito como un conjunto normativo²³ no necesariamente jurídico que busca garantizar la convivencia, de ahí que se reconozcan las expectativas surgidas de la interacción entre los individuos. Lo que en palabras de Muñoz Conde se representa así:

“La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás”²⁴.

El derecho penal, responde entonces a este sistema de expectativas, pues el orden social no está en capacidad de regular la convivencia, por tanto las normas jurídicas surgen para cumplir un carácter de reordenamiento y satisfacción del modelo social que reconoce el conflictualismo, como componente diario de la convivencia entre los modelos de expectativas individuales, sin embargo, no podemos olvidar que el derecho penal es la *última ratio*, es decir, idealmente se apela al derecho penal como el último escenario de aplicación normativa para satisfacer el sistema de expectativas, reconociendo que pertenece como norma jurídica al titular del orden jurídico que es el Estado, sin desligarse del titular del orden social que es la sociedad, por lo que entonces no se puede aspirar a que sólo a partir del derecho

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y control social, editorial Temis, reimpresión de la segunda edición, Bogotá, p. 25.

²² *Ibíd.* MUÑOZ CONDE, p. 25.

²³ Siguiendo a MUÑOZ CONDE, norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. *Ibíd.* p.10

²⁴ *Ibíd.* MUÑOZ CONDE. p. 11

penal el Estado busque reestablecer expectativas, para eso las normas jurídicas pueden regular otras esferas de la conducta humana.

Por ello, el control social es inmanente a toda relación social, lo que no implica que el derecho penal pertenezca a toda sociedad o relación social, entonces la pregunta es: ¿Por qué hemos sostenido que existe una exacerbación del control social? A esta tesis hemos apostado pues el control se incrementa a niveles que parecieran preocupantes cuando el sistema de expectativas incluso antes de resquebrajarse, de verse amenazado o incluso sin expectativa misma ya se está regulando, con normas tendentes a limitar al servidor público, a indicarle bajo el amparo del principio de legalidad que su modelo de actuación debe estar cercano al cálculo, la eficacia, la previsibilidad²⁵ y el control propios de un modelo racional que en términos de Ritzer implica la macdonalización de la sociedad²⁶.

Por ello, este modelo se toma como parámetro eficientista, escenario que deja de lado el modelo racional burocrático weberiano, no porque se enfrente como antítesis a éste sino porque lo supera, pues se concibe a éste último bajo una visión binaria, donde se le relaciona con ineficiencia y todo aquello que es ineficiente es corrupto, por lo que aquello que es eficiente como el modelo que posee cálculo, eficacia, previsibilidad y control, se asocia a un modelo donde se superan los niveles de corrupción.

Ahora bien, si hacemos énfasis en el componente de control que tiene su máxima expresión en términos de Ritzer a partir de la siguiente cita:

“Históricamente, la idea básica ha consistido en controlar más a las personas, de una manera gradual y progresiva, mediante el desarrollo y el despliegue de una amplia variedad de tecnologías cada vez más eficaces. Una vez con-

²⁵ Para Ritzer el cálculo conlleva asumir la cantidad como medida de la calidad, esto implica tiempo ágil en la solución de la necesidad, es decir, celeridad (pp. 85, 88). Asimismo, al referirse a la eficacia sostiene que esta implica el esfuerzo realizado para encontrar y aplicar los mejores medios posibles, medios que a la vez, pueden formar parte de una tecnología determinada, haber sido recogidos en normas y regulaciones de una empresa o enseñados a los empleados en un proceso de socialización ocupacional (p. 53). Mientras que al referirse a la previsibilidad sostiene que para alcanzar la sociedad racionalizada enfatiza en la disciplina, el orden, la sistematización, la formalización, la rutina, la coherencia y los actos metódicos. La previsibilidad importa desde el mundo exterior pues se espera que el servidor actúe de manera previsible, sin que importe quien sea el individuo y desde adentro pues cada servidor debe saber de quién debe recibir órdenes y a quién debe impartirlas (p.123). RITZER, George. *La Macdonalización de la sociedad*, Ed. Ariel, Barcelona. 1996.

²⁶ Por macdonalización se entiende el proceso mediante el cual los principios que rigen el funcionamiento de los restaurantes de comida rápida han ido dominando un número cada vez más amplio de aspectos de la sociedad norteamericana, así como del resto del mundo. *Ibíd.* RITZER, p. 15.

troladas las personas, es posible comenzar a reducir sus acciones a una serie de movimientos parecidos a los de una máquina. Y cuando las personas se comportan como máquinas, a continuación es dable sustituirlas por máquinas; el ejemplo más reciente y conocido son los robots. Con la sustitución de los humanos por máquinas hemos alcanzado el último estadio en el control sobre las personas, las cuales ya no pueden causar más incertidumbre o imprevistos puesto que ya no participan, al menos de manera directa, del proceso”²⁷.

Encontramos entonces que, en la administración pública, si lo que se busca es salvaguardar la moralidad administrativa, se aplican leyes, estructuras sociales y regulaciones, como medios óptimos para lograr el fin, donde el sistema burocrático es el máximo exponente de la racionalización formal, lo que equiparando a Weber, representa en su forma exacerbada la *jaula de hierro*, de aquí que llegamos a correr incluso el riesgo de la irracionalidad de la racionalización, donde “*las personas quedan a merced del sistema...un sistema que nos controle a todos*”²⁸. En este sentido una lectura crítica sobre la LCC implicaría que si la *jaula de hierro* imposibilita el escape al sistema, pues lo coopta todo, la LCC se extiende a todo el sistema, supera el ámbito de lo público y lo estatal, logrando vincular a la sociedad como un sujeto pasivo del control y activo de este mismo, pues es en su difusa cabeza que se radica.

Por ello, las regulaciones que buscan previsibilidad encuentran en el sistema normativo su máxima expresión, ya que si lo que se busca es responsabilidad para el servidor público se normativiza tal responsabilidad; así, en el nivel penal se da la proliferación de normas encaminadas a proteger no el bien jurídico moralidad administrativa (que ya lo hemos valorado como un concepto inexacto) sino a sancionar la infracción al deber objetivo de cuidado de un sujeto activo que se ubica en esa obligación formal de cuidado, por el mero hecho de ser un servidor público a la luz del artículo 20 de la ley 599 (Código Penal).

A eso, se le suma el control fiscal que parte de la responsabilidad del servidor por los dineros públicos que se deben salvaguardar y administrar bajo perspectivas de productividad y eficiencia como cualquier estructura organizacional en una economía de mercado; en esta línea la ley 610 de 2000 define este proceso de responsabilidad fiscal como el “*...conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal*

²⁷ Ibid. RITZER, p. 129.

²⁸ Ibid. RITZER, p. 181.

*o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”*²⁹.

Mención aparte merece la responsabilidad disciplinaria, esta es toda una construcción normativa con contenidos sustantivos y procesales que implica la inversión del eje político de la individualización, ya que el poder es más anónimo y más funcional³⁰, es así que, el legislador colombiano mediante la ley 734 de 2002 estableció el Código Disciplinario Único, radicando en cabeza del Estado la titularidad de la potestad disciplinaria, frente a servidores públicos o particulares que cumplen función pública regulando las faltas disciplinarias que se consideran como aquellas que “*conlleve(n) incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses*”³¹ esto a través de la estipulación de faltas gravísimas, graves y leves.

Al respecto, podremos sostener que las normas disciplinarias cumplen un rol cercano a la disciplina mecanismo, definido por Foucault al abordar el panóptico, como un “*dispositivo funcional que debe mejorar el ejercicio del poder volviéndolo más rápido, más ligero, más eficaz, un diseño de coerciones sutiles para una sociedad futura*”³². Prueba de ello, es el idealismo descrito por el artículo 22 del mencionado Código:

“El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”.

Ahora bien, el legislador no se limita a establecer estas tres formas de control (penal, disciplinario y fiscal) pues si lo que se busca es participación ciudadana

²⁹ Artículo 1º de la Ley 610, sobre el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

³⁰ Esta inversión del eje político es sostenida por Foucault al hablar de las sociedades de disciplina, pues aunque Foucault reconoce que la sociedad actual es una sociedad de control, el modelo de responsabilidad disciplinaria por obedecer a medios de buen encauzamiento de la conducta del servidor es valorado en este trabajo como propio de un modelo de sociedad disciplinaria. FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar, Siglo XXI editores, decimasexta edición en español, 1989. p. 197.

³¹ Artículo 23 de la ley 734 (Código Disciplinario Único).

³² Ibid. FOUCAULT, p. 212.

en el control de lo público, se regula un mecanismo que se encuentra al parecer como idóneo, las veedurías ciudadanas, que se definen como un *“mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público”*³³. Es decir, se faculta a un grupo de ciudadanos para que se constituyan en organizaciones alternativas para vigilar el ejercicio del poder buscando lograr participación en la dinámica de gobierno.

A esta aproximación de participación ciudadana, donde el Estado somos todos, donde se reconcilie el ciudadano con sus instituciones, se le sumarán los medios masivos de comunicación como un elemento detonante y altamente influyente, no porque en esencia lo sean sino porque siempre lo buscan ser, ya ahí en la dinámica del escándalo asociado a corrupción no se constituye en un medio para comunicar, en un medio objetivo para generar opinión sino que son reproductores de opinión, creadores de pánico, que reflejan algunos casos como la generalidad e inmediatamente exigen una respuesta institucional, de preferencia normativa, dando la sensación de vivir en una sociedad en riesgo la cual tiene que ser vigilante y por tanto aumentar sus niveles de control.

Por ello, en este paradigma de reacción normativa o de prevención fiscal, penal, disciplinaria, mediática y social, no se puede perder de vista que se confluye a lograr un alto panoptismo social, allí en ese paradigma de la prevención *“el nuevo lenguaje del panóptico es el del enemigo”*³⁴ un enemigo que se construye *“la corrupción”* y un medio para combatirlo *“la lucha”*. De ahí que, en esta dinámica del enemigo la sociedad y por ende sus miembros nos ubicamos *“ni sobre las gradas ni sobre la escena, sino en la máquina panóptica, dominados por sus efectos de poder que prolongamos nosotros mismos, ya que somos uno de sus engranajes”*³⁵.

De esta forma, el control y la disciplina social se extienden como hilos de poder por lo que, sirve recordar a Foucault:

“Las disciplinas son el conjunto de las minúsculas invenciones técnicas que han permitido hacer que crezca la magnitud útil de las multiplicidades ha-

³³ Artículo 1º de la ley 850.

³⁴ *Ibíd.* APONTE, p.13.

³⁵ Parafraseando a Julius, Foucault observa como éste al referirse al panóptico describe un proceso histórico consumado en lo que Bentham había descrito como un programa técnico. FOUCAULT, *Ibíd.* P. 220.

ciendo decrecer los inconvenientes del poder, que para hacerlos justamente útiles, debe regirlas”.

Ahora bien, hay entonces acciones encaminadas a prever un resultado específico, que es tener un servidor responsable o potencialmente responsable penal, fiscal, patrimonial e incluso social y mediáticamente, pero esto que denominamos LCC encuentra serias limitantes conceptuales, pues si lo que se busca con el poder es delimitarlo, con la LCC en un Estado democrático de derecho, al indeterminar el objeto de lucha no se encuentran límites, su razón es que surgen variables como eficacia, eficiencia y efectividad no ya desde la perspectiva política y jurídica que veíamos al hablar del poder y de las normas sino bajo una perspectiva administrativa, asimilando la función pública a la privada, donde se asocia eficacia al logro de resultados organizacionales esperados y presupuestados, la eficiencia como el desempeño de una función donde el beneficio sea mayor a su costo y de la efectividad que se reputa como la contribución a un propósito para el que fue definida el proceso administrativo³⁶.

Por ello, la perspectiva de control se amplía, va incluso a los niveles administrativos, es decir, se empieza a asimilar eficiencia a falta de corrupción lo que implica que el norte de la lucha deja de convertirse en punto cardinal para pasar a ser amorfo, a ser una masa que todo lo puede abarcar, ya que si se administra lo público, y el *control somos todos*³⁷ el cómo se administra es tan importante como a dónde se destina. De ahí, que se pierde tanto, que en una dinámica de mercado, la función más importante del ciudadano no es participar en la definición e implementación de políticas que le atañen, sino estar expectante ante lo desconocido, lo inexplicable, procurando que la racionalidad del sistema no se vea afectada, es decir, controlar su propia automatización.

De esta forma, el rol de la sociedad se da en términos de ciudadanía policiva, expectante del control, normatizada y disponible para actuar, pues “*habiendo perdido la autoridad que les confería su papel de depositarios de un interés público, desbordados por la globalización de los circuitos del dinero, en competencia con la riqueza de actores nuevos, manipulados por intereses con frecuencia más poderosos que ellos, se sospechará cada vez más que los Estados naciones, mezquinos y endeblés, sólo condenan la corrupción para proteger el poco poder que les queda*”³⁸.

³⁶ Ibíd. AGUIRRE GIRALDO. p. 8

³⁷ En Colombia, ésta es la frase de batalla de la Contraloría General de la República.

³⁸ GUÉHENNO, Jean Marie. El fin de la democracia. Paidós, 1995. p. 120

Y esto, repercute también en el sistema penal que se consolidará como escenario de control, porque el reconocer la naturaleza dispersa y polifuncional del control social, implica una mayor instrumentalización política de éste. Se reconoce, como una más útil y sencilla herramienta, el control difuso, de ahí que la tarea del Estado no es consolidar su función institucionalista de actuación a través de sus funciones clásicas, sino utilizar sus medios institucionales para estimular mayores niveles de control diseminados en la sociedad a la cual se busca hacer responsable, lo que en términos de Garland equivale a reconocer que *“la nueva estrategia del Estado no consiste en ordenar y controlar sino, más bien, en persuadir y alinear, organizar y asegurar que otros actores cumplan su función. La lista es infinita: propietarios, residentes, comerciantes, productores, planificadores urbanos... todos tienen que reconocer que tienen una responsabilidad al respecto. Deben ser persuadidos de ejercer sus poderes informales de control social...”*³⁹. Mucho más en la dinámica de la LCC donde, lo *“público es de todos”*.

CONCLUSIONES

Al hablar de LCC hablamos de un proceso de construcción de enemigo, el cual como no puede ser identificado y delimitado, pues está en constante construcción, debe ser definido bajo la técnica de la persuasión, demostrando qué se valora como corrupto y por tanto qué acción anticorrupción se despliega para mitigar sus impactos, de ahí que toda acción que se asemeje se podrá considerar como corrupción, lo que implicará definir acciones institucionales, en cabeza del Estado, pero con la participación de la sociedad para formular consecuentes acciones anticorrupción.

Sin embargo, no es suficiente la norma, pues si la dinámica de la lucha implica una participación de la sociedad, su acción y su vigilancia sobre la función pública, va más allá de las expresiones descritas por el legislador, ahí no existen funciones regladas sino mecanismos para ejercer el control. Por ello, este escenario que se pudiese creer como de participación ciudadana, se torna en un mecanismo policivo respaldado institucionalmente, superando el ámbito de lo público, vinculando a la sociedad en los procesos de lucha donde al no saber contra qué se está luchando podrán intervenir en otros de los ámbitos de la administración pública, con gran énfasis en el enfoque eficientista, exacerbando los niveles de control, lo que en sí no garantizará que al ser más visible el poder sea más controlable, sino que lo que garantiza es que haya más control.

De esta forma, el Estado define al construir un enemigo, un escenario de lucha, como se hace para la consolidación de los Derechos Humanos, la protección del

³⁹

GARLAND, David. La cultura del control. Editorial Gedisa, 2005. p. 214.

medio ambiente, la erradicación del crimen organizado, la erradicación (léase control) del terrorismo o la aniquilación (léase niveles tolerables) del narcotráfico; por ello, se parte de orientar al ciudadano, sin el reconocimiento del otro, y sobre la peligrosidad, que en el escenario de la LCC, recae tanto en el servidor público o sobre el particular que presta la función pública como sobre el particular que puede interactuar en la prestación del servicio. De esta forma, la figura de la prevención general se convierte en la regla social, influyendo en el comportamiento social que parte de la sospecha, la desconfianza y el disvalor de lo público como corrupto.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GIRALDO, Mauricio Hernando. Referenciamiento de mejores prácticas en gestión social, ambiental y de riesgos sociopolíticos. Informe de análisis sobre mejores prácticas. Gerencia Transporte de Energía, Interconexión Eléctrica ISA S.A. Medellín, 2007. Sin publicar, de acceso restringido.
- AMAYA CASTRILLÓN, Juan Carlos. “El estatuto anticorrupción: antecedente de otra frustración” En: *Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Vol. 57 N° 59, mayo de 1998. pp. 83-131.
- APONTE, Alejandro. *Derecho penal de enemigo o derecho penal de ciudadano*. Ed Temis, Bogotá, 2005.
- COHEN, Stanley. *Visiones de control social*. Trad. Elena Larrauri, PPU, Barcelona, 1988.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 87. Diario Oficial N° 41.120 de noviembre 29 de 1993.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 412, aprobatoria de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Diario Oficial N° 43.168 de noviembre 7 de 1997.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 599, Código Penal colombiano. Diario Oficial N° 44.097 de julio 24 de 2000.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 610. Diario Oficial N° 44.133 de agosto 8 de 2000.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 734, Código Disciplinario Único. Diario Oficial N° 44.708 de febrero 13 de 2002.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 850. Diario Oficial N° 45.376 de noviembre 19 de 2003.
- ENRÍQUEZ ROSERO, Elsa Deyanira. “Importancia de la definición conceptual de la lucha contra la corrupción en Colombia para la construcción de un marco teórico”, artículo de revista para optar al título de abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, 2004. Sin publicar.

- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI editores, decimasexta edición, México, 1989.
- GARLAND, David. *La cultura del control*. Trad. Máximo Sozzo, Editorial Gedisa, primera edición, Barcelona, 2005.
- GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. “Los retos del control social”. En: *Letras Jurídicas*, Vol. 5, Nº 2 septiembre 2000. pp. 143 a 152.
- GUÉHENNO, Jean Marie. *El fin de la democracia*. Paidós, 1995.
- MISAS ARANGO, Gabriel y otros. *La lucha anticorrupción en Colombia*. Contraloría General de la República, primera edición, Bogotá D.C., 2005.
- MONTOYA BRAND, Mario. “La instrumentalización política de la corrupción”. En: *Estudios Políticos*, número 16. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín. Enero-junio de 2000. pp.103 a 117.
- MONTOYA BRAND, Mario. “Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación”. En: *Estudios Políticos*, número 26. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín. Enero-junio de 2005. pp.89 a 115.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Ed. Temis, reimpresión de la segunda edición, Bogotá D.C., 2004.
- PÉREZ PERDOMO, Olga Lucía y otros. “Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa”. Estudios ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., 2001.
- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. 2001. Tomado de www.rae.es, consultada en julio de 2007.
- RESTREPO RIAZA, William y otros. Entorno sociopolíticos de ISA, informe número cuatro tercera parte. El dispositivo corruptor; el contexto internacional. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín, 1998. Sin publicar, de acceso restringido.
- RITZER, George *La Macdonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*. Ed. Ariel, Barcelona. 1996.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLERS, Javier. “Delitos contra la administración pública en el Código Penal colombiano”. En: *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje a Günter Jakobs*. Universidad Externado de Colombia, 2003.
- WOLFENSOHN, James. Estrategia de Principios Básicos contra la Corrupción. Perspectivas Económicas (Publicación Electrónica de USIS), Vol. 3, No. 5, noviembre de 1998. Tomado de la página del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción www.anticorrupcion.gov.co, consultada en junio de 2005.



Región: Urabá
Autor: Mauricio Escobar Martínez
Título: El mundo del banano
Técnica: Óleo espátula sobre lienzo
Dimensiones: 110 x 80 cm

PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES EN PACIENTES MENORES DE EDAD EN COLOMBIA*

* Artículo de investigación producto del Proyecto de investigación “Abordaje Jurídico de los Estados Intersexuales en Colombia: el caso del hermafroditismo”, inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: Agosto 29 de 2007

Fecha de aprobación: Octubre 17 de 2007

**PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL
ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES
EN PACIENTES MENORES DE EDAD EN COLOMBIA
–EL CASO DEL HERMAFRODITISMO–**

*Catalina Velásquez Acevedo***

*Patricia González Sánchez****

*Isabel Cristina Sarmiento Echeverri*****

RESUMEN

Casos como el de los estados intersexuales, concretamente el hermafroditismo, cuestionan los esquemas y presupuestos sobre los que se ha construido el ordenamiento jurídico, que intenta generalizar situaciones que de suyo, se originan en contextos netamente privados y con características propias, que no logran incluirse dentro de un marco normativo y legal que exprese el reconocimiento de los derechos a los individuos que se encuentran en un estado intersexual. Por tanto, en el análisis jurídico de los casos de pacientes menores de edad con un estado intersexual como el hermafroditismo, se encuentran tensiones entre principios y derechos referidas a la forma en que debe prestarse el consentimiento para la realización de intervenciones hormonales o quirúrgicas en dichos pacientes, teniendo en cuenta aspectos como las libertades individuales de la persona hermafrodita, la necesidad de determinar de forma inmediata al nacimiento la identidad, el sexo y nombre del menor por medio de la formalización del registro civil de nacimiento; y el interés jurídico superior del menor que exige un deber de protección especial por parte de la Familia, la Sociedad y el Estado.

Palabras clave: estado intersexual, hermafroditismo, menores, consentimiento informado, instrumentos jurídicos, principio de autonomía, principio de beneficencia.

**PRINCIPLES AND RIGHTS INVOLVED IN THE LEGAL ANALYSIS OF THE
INTERSEX CONDITIONS IN PATIENTS UNDER AGE IN COLOMBIA
–THE CASE OF THE HERMAPHRODITISM–**

ABSTRACT

Cases as the intersex conditions, specifically the hermaphroditism, brings a great debate about the structures on which the legal has been built. They, apparently, try to generalize situations that are originated in clearly private contexts and with own characteristics, which fail to include inside a legal and normative framework that express the recognition of the rights to the individuals that are found in a intersex condition. Therefore, in the legal analysis of the cases of patients under age with a intersex condition as the hermaphroditism, tensions between principles and rights are found, and they are referred to how should be the consent for hormonal or surgical intervention in the said patients, keeping in mind aspects like the individual liberties of the hermaphrodite person, the need to determine since the birth aspects such as: Identity, the sex and name of the under age ones through the birth certificate; and the superior legal interest of the under age one that requires a duty of special protection on the part of the Family, the Society and the State.

Key words: Intersex condition, hermaphroditism, under age, consent, legal instruments, principle of autonomy, principle of welfare.

** Estudiante en Formación Investigativa, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

*** Profesora investigadora del Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

**** Investigadora asociada a la línea de investigación Vida, Derecho y Ética, del Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES EN PACIENTES MENORES DE EDAD EN COLOMBIA –EL CASO DEL HERMAFRODITISMO–

INTRODUCCIÓN

En el marco del trabajo de investigación denominado “*Abordaje Jurídico de los Estados Intersexuales en Colombia: El caso del hermafroditismo*”, cuyo objetivo principal consistió en ubicar y analizar jurídicamente la problemática sobre los estados intersexuales, concretamente el caso del hermafroditismo en Colombia, surge este artículo de revista que pretende describir los diferentes instrumentos que existen en el campo del derecho, tratados por la Corte Constitucional, sala de revisión de tutelas, que deben ser tenidos en cuenta para el estudio y manejo de los casos de hermafroditismo en menores de edad.

En el desarrollo de la investigación de la cual se origina este artículo, se trabajaron conceptos teóricos propios de la medicina, la bioética y el derecho, con la finalidad de utilizar herramientas distintas que facilitaran el estudio de los estados intersexua-

1 Si se parte de un estudio conceptual riguroso y estricto sobre el manejo y tratamiento médico que se da a los estados intersexuales, se pueden diferenciar y encontrar particularidades que definen los conceptos de Estado Intersexual, Hermafroditismo y Ambigüedad Genital. En este sentido, se entiende que el primero constituye un género, el segundo es una de las distintas manifestaciones que puede tener un estado intersexual, es decir que constituye una especie dentro de dicho género, y el tercero, obedece a las expresiones de malformación visibles en el aspecto externo del individuo y que pueden dar lugar confusiones en el momento de la designación del sexo a la persona recién nacida. De conformidad con el estudio que la Corte Constitucional colombiana realizó en la sentencia SU 337 de 1999, resulta importante aclarar que si bien dicha corporación jurisprudencial, comprendió las diferencias conceptuales enunciadas, decidió manejarlas indiscriminadamente para efectos de la exposición de sus consideraciones y atendiendo el hecho de que cada una de ellas plantea interrogantes similares respecto a los derechos, principios y deberes involucrados en los casos de menores de edad. Expresó la Corte; “(...) *en estricto sentido, conviene a veces distinguir entre estados intersexuales, formas de hermafroditismo, ambigüedad genital y ambigüedad sexual; sin embargo, en la medida en que, a pesar de esas diferencias científicas, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, por economía de lenguaje y para no hacer excesivamente pesada la exposición, la Corte no distinguirá entre estas distintas condiciones, salvo cuando sea estrictamente necesario.*” M. P. Alejandro Martínez Caballero.

les, su definición, alcance y la diferenciación con conceptos como la ambigüedad genital y el hermafroditismo, así como el consentimiento informado, su historia y la construcción que del mismo se hace de acuerdo a los planteamientos de los discursos de cada una de las disciplinas mencionadas. En este mismo sentido, se revisaron los fallos proferidos por la Corte Constitucional colombiana sobre el tema, estableciéndose la posición que dicho ente colegiado asume respecto a las cuestiones planteadas y el papel que entran a desarrollar los principios y derechos en la problemática trazada. Finalmente, se elaboró un capítulo en el que se da cuenta de un trabajo analítico, mediante el que se realizan aportes al conocimiento jurídico y se exponen distintas propuestas de interés para solucionar los problemas ilustrados en el transcurso de la investigación.

Los estados intersexuales son casos difíciles de abordar para el derecho, toda vez que involucran aspectos que trascienden la esfera de lo jurídico e implican el estudio de otras materias, áreas y discursos, como las relativas a la medicina y a la bioética; además involucran la confrontación de valores, principios, derechos y deberes contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, pero que no se integran de forma armónica para efectos de los casos del hermafroditismo en menores. A continuación se describen los cuestionamientos y las principales controversias que plantean los estados intersexuales y el consentimiento informado para la práctica de la readecuación sexual cuando se trata de pacientes menores de edad.

El consentimiento informado en pacientes menores de edad

La problemática jurídica que plantean los estados intersexuales en casos de menores de edad, centra su discusión en la teoría del consentimiento informado; punto nodal en el que convergen, por un lado, la existencia de un sujeto titular de derechos, y por el otro, el modo en el que debe prestarse la autorización para ciertas intervenciones quirúrgicas, terapéuticas y preventivas, y de otras áreas que se encuentren involucradas en estos estados.

La teoría del consentimiento informado surge durante la segunda mitad del siglo XX, e impulsa el desarrollo de la bioética² y promueve los derechos de los pacientes,

2 Según el oncólogo y bioquímico Van Rensselaer Potter, la bioética es "(...) una nueva disciplina que combinará el conocimiento biológico con el conocimiento de los sistemas de valores humanos (...) Elegí bio para representar al conocimiento biológico, la ciencia de los sistemas vivientes, y elegí ética para representar el conocimiento de los sistemas de valores humanos" GRACIA, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. Bogotá: El Búho, 1998, p. 30.

así como el cambio en la forma de concebir la relación médico-paciente, lo que implica el asentimiento y la expresión de voluntad de una persona para someterse a intervenciones o tratamientos de carácter médico, científico o investigativo, ya sea para obligarse o adquirir beneficios, previo el conocimiento de los efectos y las consecuencias colaterales que dichas intervenciones o tratamientos pueden tener.

En la aplicación del consentimiento informado por parte del personal de salud, se garantizan los derechos a la autonomía y a la libre determinación del paciente, toda vez que se permite que sea éste quien decida sobre la práctica o no de una intervención médica en su cuerpo, previo el conocimiento que se le brinda de los procedimientos a realizar en su beneficio y de las consecuencias que se pueden generar con los mismos y que lo pueden afectar de manera subsidiaria.

Para el tratamiento jurídico de los casos de estados intersexuales en Colombia, la Corte Constitucional colombiana ha elaborado jurisprudencia para establecer categorías y parámetros de importancia en torno al concepto de consentimiento informado, que junto con la construcción teórica de la bioética, permite entender cómo debe ser aplicado el concepto, precisar sus modalidades y cualificarlo, de conformidad con las situaciones jurídicas problemáticas de los casos que han llegado a su conocimiento, y han sido tratados por medio de las siguientes sentencias: T 477 de 1995, SU 337 de 1999, T 551 de 1999, T 692 de 1999, T 1390 de 2000 y T 1025 de 2002.

Resulta de importancia analizar el fundamento del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico colombiano, y la conexión directa que éste tiene con los principios constitucionales y los derechos fundamentales que a su vez son los que lo vierten de contenido jurídico, y que se encuentran plasmados en las sentencias de la Corte.

Protección jurídica a los menores de edad en Colombia

A raíz de las dificultades presentadas en los casos de readecuación de sexo en el caso de menores³, la Corte Constitucional colombiana construyó el *bloque de constitucionalidad*³ para los casos concretos de hermafroditismo y proyectó las sentencias referidas con base en los derechos fundamentales, en los principios constitucionales, y en la remisión a otras normatividades, como es el caso de la

3 Figura importada del derecho italiano y español, referida a normas que no obstante no hacen parte del texto constitucional expresamente, lo integran por la directa remisión que éste hace de ellos.

Convención Universal de los Derechos del Niño y los distintos tratados y pactos internacionales⁴.

Por esta razón, es importante anotar que el análisis de los instrumentos que vierten de contenido el consentimiento informado y que a su vez son la base para abordar jurídicamente los estados intersexuales, parten de la idea de que los derechos de los niños, tal y como lo consagran la Constitución y los tratados internacionales, son prevalentes sobre los derechos de los demás y en este sentido, están incluidos dentro de lo que se denomina el “*interés jurídico superior del menor*” lo que implica que sus derechos merecen una atención prioritaria por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 44 reconoce que, “*la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico y el ejercicio pleno de sus derechos*”; en el mismo texto es posible encontrar la protección constitucional al derecho y principio de la autonomía a través de la consagración de otros derechos fundamentales como la libertad (art. 28), el libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y la libertad de expresión (art. 20). En este mismo sentido, la Convención Universal de los Derechos del Niño aprobada en Colombia por medio de la Ley 12 de 1991, promulga en el caso del menor que: “*su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”⁵, adicionalmente, en su artículo 12 esta Convención afirma que los Estados deben garantizar que el menor “*(...) esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez*”.

4 Pactos dentro de los que se puede mencionar: El Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), en la Convención de Viena y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, y que han consagrado la protección especial a la niñez. De esta manera lo expresa la Corte Constitucional en diversas intervenciones al aludir directamente al desarrollo de los derechos fundamentales de la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

5 Citado por la Corte Constitucional, Sentencia T-477/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

No obstante, dentro del texto de cada una de estas dos prescripciones normativas, la de la Constitución Política de Colombia y la de la Convención Universal de los Derechos del Niño, se presenta una tensión: entre el interés de preservar la salud y la vida de los menores que no pueden ejercer plenamente su autonomía vs. el respeto por esa autonomía. A pesar de que ambas normatividades reconocen el carácter vulnerable de los niños y por ende, la obligación para las instituciones de proveer cuidado y atención especiales a los mismos, las dos, adicionalmente ordenan a las instituciones el garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños teniendo en cuenta la autonomía, la identidad y el libre desarrollo de la personalidad de los menores. Esta situación problemática obliga a replantear la actividad protectora del Estado y de la sociedad, si lo que se busca es el desarrollo pleno de la autonomía de los individuos:

El límite a la actividad protectora implica, por un lado, que el estado no puede adoptar las decisiones de salud por las personas, en la medida en que sus resoluciones específicas puedan ser tomadas autónomamente, aunque las mismas no hayan desarrollado plenamente su autonomía en todos los aspectos de su vida. Tal límite impone además el deber del estado de proteger a las personas en relación con aquellas decisiones para las cuales no han desarrollado la autonomía necesaria. La protección de estas personas resulta aceptable entonces, en la medida en que ellas mismas, o terceros, no pongan en peligro el ejercicio futuro de su autonomía, con las decisiones respecto de su salud.⁶

Principios e instrumentos jurídicos utilizados en el análisis de los estados intersexuales en menores de edad

Entre los principios que sustentan el abordaje jurídico de los estados intersexuales, se pueden presentar algunas tensiones:

- **Autonomía vs. Beneficencia:** la prevalencia de las decisiones estrictamente personales de los pacientes inciden en el deber que ha tenido el personal de salud para optar por una decisión que ellos hayan evaluado como benéfica para el paciente, sin embargo, la limitación que se les impone desde el ejercicio de la autonomía del sujeto, implica que la decisión que tome el personal de salud, esté determinada por la decisión del paciente.
- **Beneficencia vs. Beneficencia:** Se presenta la tensión porque no existe una sola mirada que pueda sustentar la mejor opción para el paciente, ya que ésta podrá

6 Corte Constitucional, Sentencia T-850 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, Fundamento Jurídico 2.2.2.

variar según las condiciones de éste y del personal de la salud encargado. En otras palabras, la elección que el grupo de especialistas considere más benéfica en un momento determinado, puede no serlo para otro grupo de especialistas.

Estas dos tensiones se toman en cuenta para el argumento de la tercera tensión.

- **Autonomía vs. Expresión Paternalista de la Beneficencia:** La Corte Constitucional colombiana en sus sentencias de revisión T 477 de 1995, SU 337 de 1999, T 551 de 1999, T 692 de 1999, T 1390 de 2000 y T 1025 de 2002, considerando los derechos y principios constitucionales, ha aludido principalmente a la **tensión** *entre el Principio de autonomía que da prevalencia a la decisión adecuada del paciente menor de edad, para que sea él mismo quien decida sobre la intervención vs la expresión paternalista del principio de beneficencia del personal médico que recomienda como la mejor decisión la de efectuar la intervención.*

En el primer supuesto que se tensiona se refutan las intervenciones quirúrgicas en la medida en que vulneran la autonomía e identidad del menor y, adicionalmente considera que éstas no representan una solución satisfactoria que responda a las necesidades tanto físicas como en el desarrollo personal de los pacientes; lo que refuerza el hecho de que en vez de constituir una opción válida para el menor, puede ser una opción contraria a sus intereses, lo que imposibilitaría que sea él mismo quien defina y construya su sexualidad. En el segundo supuesto tensionado, se encuentra la posición que sustenta la intervención quirúrgica como una solución inmediata y necesaria en casos de estados intersexuales, pues facilita el proceso para que el menor defina su personalidad y desarrolle lo que se considera una vida “normal”, la inclusión, se argumenta como la preestablecida por el orden social.

Ambos supuestos, el que sustenta la defensa de la autonomía y el que sustenta la beneficencia, deben buscar en todo momento el principio que obliga al personal de salud a no causar daño y a proveer la solución más benéfica posible para el paciente. Si se opta, en virtud de la expresión paternalista, a favor de la intervención, el Estado, la familia, la sociedad y el cuerpo médico, deben viabilizar las operaciones de readecuación sexual que se estimen convenientes independientemente del consentimiento del menor; para esto se apoyan en un sector de la doctrina internacional que defiende la definición del género a la mayor brevedad posible, incluso, inmediatamente después del nacimiento, para permitir la adecuación del menor en su entorno social y para evitar que éste encuentre algún impedimento en los estándares generales que defienden la existencia de sólo dos géneros: el masculino y el femenino.

En caso contrario, si se opta por la no intervención temprana, se considera que se asegura la defensa de la libertad reconociendo al individuo el dominio absoluto de su cuerpo, en tal sentido, se le da mayor importancia a que manifieste su voluntad y sea él quien defina el desarrollo de su sexualidad atendiendo al *principio de autonomía*.

Sin embargo, parece que la dicotomía entre la readecuación o no de un menor en estado intersexual, como lo es un hermafrodita, se ve resuelta con el argumento de la importancia de incluir al individuo en la sociedad, por medio de la inserción del menor en uno de los dos géneros de manera inmediata al nacimiento, dejando de lado, principios fundamentales e insoslayables de la persona, como lo es la autonomía.

La inclusión social del menor hermafrodita por medio de la readecuación temprana, depende de diferentes posiciones; entre ellas las percepciones personales y culturales que tengan los individuos que conviven en una determinada sociedad, así como el análisis hermenéutico que realiza el operador jurídico como intérprete y aplicador de la norma.

La diferenciación entre culturas y formas de interpretación de las categorías jurídicas, se ha ido resolviendo a partir de la aplicación directa de los derechos y los principios constitucionales, como son: la dignidad de la persona humana en relación con los derechos de identidad, la igualdad, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad y de la sexualidad, el derecho de autonomía, el pluralismo y la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás.

La autonomía como principio y como derecho no implica solamente la protección y el respeto del individuo con relación a sus decisiones para que éstas sean libres, sino que la directriz impuesta va mucho más allá; implica que el Estado deba proveer los medios necesarios para promover que las personas adquieran las capacidades básicas para desarrollar sus intereses y potencialidades. La maximización de la autonomía de las personas hace indispensable, entre otras cosas, que el Estado, la sociedad, la familia y el cuerpo médico participen y aporten desde puntos de vista diferentes sobre el conocimiento que es necesario para que las decisiones sobre estados intersexuales, se adopten de la forma más adecuada para el paciente hermafrodita.

Por esto, la autonomía en relación con las intervenciones quirúrgicas, en el tema exclusivo de readecuación sexual en menores, no se puede entender como un concepto eminentemente contractual, sino que debe tener en cuenta, los principios y derechos

constitucionales y otros factores como son el tipo de intervención y la necesidad de preservar la integridad del individuo para que pueda dar su consentimiento.

En este sentido, la posición paternalista: *“ha sido puesta en tela de juicio en la última mitad del presente siglo, como consecuencia de la trascendencia adquirida por los valores de la autonomía personal, la autodeterminación y la dignidad”*⁷, abriéndose paso un replanteamiento de *“los términos tradicionales de la relación clínica, de tal manera que el médico condicione su asistencia al consentimiento del paciente”*⁸ quien incluso puede escoger opciones *“que no conduzcan a su bienestar físico”*⁹. Le corresponde al Juez Constitucional en los casos de menores con estado intersexual, ponderar la protección tanto de los intereses particulares como de los generales, de tal manera, que ninguno de los dos, sea subsumido o minimizado por el otro.

La dignidad se refleja en el caso de los estados intersexuales, en la medida en que se considera la sexualidad como una parte de la esencia del sujeto, por tanto su lectura y la idea de optar por una de las dos vertientes propuestas, una en beneficio de la intervención quirúrgica para la readecuación de acuerdo a una posición paternalista, y otra, en pro de la prevalencia del principio de autonomía con la postergación de dicha intervención hasta la decisión del paciente, debe ser acorde a lo establecido con este principio, y debe priorizar o indagar por una solución que le de aplicación directa al respeto de la sexualidad de la persona y su libre desarrollo.

En este sentido y respecto a su aplicación como parámetro de interpretación, la dignidad debe ser la directriz que haga que las decisiones con respecto a la intervención quirúrgica en casos de estados intersexuales, sean armónicas con los parámetros constitucionales, por tanto, ningún paciente puede servir como instrumento de manipulación para el cuerpo médico, ni éste último, puede dejar de cumplir sus funciones y obligaciones curativas y de preservación de la vida por la sola voluntad del paciente. Esta voluntad en el caso de los menores en estado intersexual, deberá ser asumida previa información completa, clara y suficiente sobre el tratamiento de parte del cuerpo médico, pero la dificultad se presenta en la capacidad volitiva o no que pueda tener el menor para prestar su consentimiento.

7 Corte Constitucional, sentencia T-401 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

Así mismo, al considerarse que los casos de estados intersexuales que se diagnostican a menores de edad no constituyen una “urgencia médica”¹⁰, se concibe que debe prevalecer la autonomía del menor dando lugar a la espera de la decisión informada y consentida por parte del mismo. Sin embargo, este caso sí genera para el equipo interdisciplinario una situación difícil, pues se argumenta que cuando se programa realizar un tipo de intervención quirúrgica para readecuar el sexo en un niño mayor de cinco años, se torna difícil el proceso de adaptación del menor a la sociedad, en tanto éste, cuenta con capacidades de entendimiento suficientes y con inclinaciones de género definidas básicamente por el “rol” social que hasta ese momento está desempeñando, situación que puede ser de urgencia, no por motivos de vida, sino de adaptación a la sociedad y a sí mismo.

Teniendo presentes la autonomía y la dignidad, la Corte Constitucional indicó la forma en que debe ser prestado el consentimiento informado en menores hermafroditas, por tanto, asume una posición intermedia en la que se establece una edad como límite para la intervención quirúrgica y hormonal, definiendo cómo debe ser dado el consentimiento. Se entenderá que se da el *consentimiento sustituto* en el caso de que el sujeto sea menor de cinco (5) años, o se da el *consentimiento asistido*, cuando el sujeto haya superado el umbral de los cinco (5) años. Adicional a este criterio relativo a la edad, la Corte tiene en cuenta otras consideraciones como son “(i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor y (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño”¹¹.

En síntesis, la decisión asumida por la Corte Constitucional colombiana en esta materia, propone una doble vía, en el sentido de priorizar el principio de autonomía o el principio de beneficencia en su expresión paternalista, según el criterio objetivo de la edad del paciente, o sea, si es menor o mayor a cinco años:

1. Cuando el menor se encuentra con un estado intersexual y es menor de cinco años, la Corte supone que éste no tiene capacidad de prestar su consentimiento informado para la intervención, por tanto, la decisión será

10 “La Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana precisa que si por urgencia se entiende una intervención médica inmediata tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte, entonces debe entenderse que los tratamientos a las personas con ambigüedad sexual no tienen tal carácter. La necesidad de esas intervenciones “depende básicamente de razones de tipo familiar (padres), personales y por último médicas.” Corte Constitucional, Sentencia SU 337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico 15.3.

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico 24.

tomada de forma exclusiva por los padres, previo acompañamiento de un grupo interdisciplinario.

2. Cuando el menor se encuentra con un estado intersexual y es mayor de cinco años, la Corte supone que posee la capacidad de prestar su consentimiento de forma asistida y la decisión será tomada de forma exclusiva por el menor con la colaboración de los padres, y el grupo interdisciplinario.

En la jurisprudencia constitucional consultada sobre los casos de estados intersexuales en menores de edad, la interpretación sobre el principio de dignidad prevalece para la toma de decisiones, y se propone analizarlo desde la posición del menor en el contexto cultural colombiano, debido a que las condiciones sociales no son propicias para reconocer que pueden existir diferentes opciones para el menor intersexual; por tanto, la tendencia es tratar de identificar al menor en uno de los dos sexos, masculino o femenino, los cuales son excluyentes entre sí. En otras palabras, la Corte considera que la cultura no reconoce los individuos que no cumplen con los estándares creados para la diferenciación y rol sexual en caso de indefinición. En esta medida, la decisión adoptada por la Corte favorece una dignidad que se expresa en la posibilidad de que dicho individuo se ubique en uno de los dos géneros.

Desconoce la Corte que la Carta Política de 1991, reconoce como fundamento y principio de la sociedad colombiana la categoría jurídica de pluralismo en conexión directa con el principio y derecho de igualdad, postulado en el artículo 13 de esta norma fundamental. En este artículo referido a la igualdad, se prescribe que los colombianos nacen libres e iguales ante la ley, y que por tanto la protección de sus derechos, libertades y oportunidades debe darse sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Además, le exige al Estado su participación en la promoción de la igualdad real y efectiva a favor de grupos discriminados o marginados.

Lo anterior implica la aceptación de diferentes tipos de población sin discriminación alguna, por tanto, es función del Estado reconocer que existen diferencias sexuales en los casos en los que se presenta un estado intersexual, como es el caso del menor hermafrodita. Esta situación obliga al Estado a crear herramientas y posibilidades jurídicas para la protección de los derechos que se ven amenazados o violentados por la necesidad jurídica de concretar al menor en uno de los dos sexos. De esta forma, se piensa que se reducen los problemas jurídicos, médicos y psicológicos para ese menor, desconociendo finalmente, los derechos a la pluralidad y a la igualdad.

Si el Estado colombiano se define como pluralista, y se defiende el argumento anterior de que no todos los individuos deben ser iguales en términos de sexo masculino o femenino con base en la dignidad humana, entonces se debería llegar a admitir la posibilidad de que el sujeto no se incluya en uno de esos dos sexos, lo que implica que previamente se disponga de los medios sociales y jurídicos adecuados a ese tipo de problemáticas, que permita que sea el paciente quien tome las decisiones respectivas a su estado intersexual.

El realizar cirugías que busquen readecuar el sexo del individuo de acuerdo al patrón sexual predominante, masculino o femenino para alcanzar características estéticas y de funcionamiento dentro de los cánones de lo considerado como “normal”, implica que las fases del derecho a la sexualidad, como son: la sensibilidad, la funcionalidad y el placer sexual; se vean afectadas, incluso, de manera irreversible.¹²

Aunque lo anterior representa dificultades en cuanto al aspecto cultural, como se ha venido señalando, debido a la negación de algunos sectores para aceptar un tercer sexo o un sexo indefinido, para el individuo hermafrodita, sería la posibilidad de mantenerse en condiciones de dignidad, pluralidad, igualdad e identidad.

Atendiendo a la idea anterior, la operación de readecuación sexual puede ocasionar diferentes efectos en el paciente que no participó en la decisión última que se adoptó bajo los criterios y la posición de “(...) los padres y su angustia, el médico y su recomendación, las normas culturales que no tienen por qué ser absolutas (...)”¹³. El anterior planteamiento de la Corte, constituye un aspecto esencial en la toma de la decisión, en tanto refleja la importancia de aplicar el consentimiento informado y libre del paciente para definir su situación sexual en este tipo de procedimientos

12 “(...) ISNA (Intersex Society of North America) es una asociación en Norteamérica que agrupa a decenas de intersexuales o personas con ambigüedad sexual, que fueron objeto de los procedimientos hormonales y quirúrgicos recomendados por la comunidad médica. Esas personas son muy críticas de esas intervenciones médicas, pues consideran que, sin su consentimiento, les fue realizada una cirugía que tenía un simple carácter “cosmético”, pues se trataba de adaptar la apariencia de sus genitales a los patrones sociales dominantes. Además, como tales tratamientos afectaron las posibilidades mismas de obtener satisfacción sexual, estas personas consideran que fueron sexualmente mutiladas. Por ello concluyen que, salvo que existan necesidades fisiológicas que las justifiquen, esas intervenciones quirúrgicas y hormonales debían ser postergadas hasta que el afectado pueda comprender sus riesgos y beneficios, esto es, al menos hasta el inicio de la pubertad, a fin de que en tal momento la persona pueda decidir si acepta o no los tratamientos médicos” Bajo estas consideraciones, habrá de ponderarse las condiciones en torno a la salud y no maleficencia con las condiciones que resulten de la práctica de la cirugía. Corte Constitucional, Sentencia SU 337 de 1990. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

13 Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico 17.3

médicos, lo cual permite la materialización efectiva del principio de Autonomía en el que nuevamente se entiende que el cuerpo humano como propiedad del individuo no puede ser intervenido sin su consentimiento.

Por otro lado, la interpretación de la igualdad como principio fundante y derecho fundamental de aplicación inmediata, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 85 de la Constitución Política de Colombia; “(...) *se funda en la identidad esencial de los mismos, a pesar de su diversidad existencial*”¹⁴, lo que permite la relación de este derecho con otros derechos fundantes, anteriormente tratados y que en concordancia con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, configuran argumentos que determinan lo positivo o lo negativo de la intervención médica.

A propósito se han identificado dos argumentos que ubican la igualdad en los casos de hermafroditismo:

1. El derecho de igualdad que anula la diferencia: se presenta cuando el menor es sometido a tratamientos e intervenciones en su cuerpo por parte del personal médico para lograr lo que éste considera la normalización del paciente, teniendo en cuenta estándares de género y buscando asegurar el alcance del derecho a la igualdad. Se considera que el no intervenir puede causar que en el escenario contextual del menor, y sus formas de vida, éste se vea sometido a condiciones inapropiadas para su desarrollo personal y desempeño social.
2. El derecho de igualdad basado en la no anulación de la diferencia: tiene en cuenta la pluralidad, que indica que no se debe intervenir para homogeneizar un estado intersexual, pues independientemente de las condiciones de diferencia, los pacientes menores, son sujetos de derechos políticos y civiles como cualquier ciudadano y el trato “desigual” que se les da, va en la búsqueda de equiparar las condiciones materiales de diferencia. Este argumento, debe justificarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Con base en estos dos argumentos y para que se materialice la igualdad, es necesario tener en cuenta las diferencias en que se encuentra el menor intersexual al momento de tomar una decisión sobre la readecuación, pues hay un deber de trato especial que consiste en que ante situaciones necesarias para hacer efectivos sus derechos, estas personas tendrían que ser tratadas en condiciones diferentes para alcanzar la

14 Corte Constitucional, Sentencia T-539 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.2.

igualdad real y por tanto, hacer caso omiso a los postulados enunciados implicaría la violación de los derechos fundamentales involucrados en el caso.

En síntesis, se considera que la posición asumida por la Corte Constitucional en el caso de los estados intersexuales, como el hermafroditismo, fundamenta el derecho a la igualdad con el argumento de la identidad de género como condición que permite la inclusión social del individuo y que determina el desarrollo de su personalidad. Por tanto, conservar las condiciones del individuo hermafrodita hasta que pueda tomar una decisión autónoma, conllevaría a que éste enfrente situaciones de discriminación, ya que la Corte considera que *“percibirse diferente puede disparar la depresión, sentimientos de anomalía, inadecuación, tendencia al aislamiento y la introversión; así como introyección del rechazo social”*¹⁵.

El anterior argumento de la Corte indica la necesidad de que los sujetos detectados con estados intersexuales, como el hermafroditismo, **sean intervenidos**, de forma inmediata en el caso de los menores de cinco (5) años, o de forma posterior para pacientes mayores de cinco (5) años. La cirugía de readecuación con la interpretación de las sentencias de la Corte, se debe realizar con el fin de que los sujetos que en ese momento se consideran en estado de anormalidad, entren a formar parte de lo que se considera como normal y por tanto, las consideraciones médicas y judiciales de esta práctica, deben ajustarse en todo momento y en toda circunstancia a la efectiva readecuación.

CONCLUSIONES

Debe plantearse, en relación al estudio de los estados intersexuales en menores de edad, que este implica una serie de análisis y relaciones transdiscursivas, sin las cuales las problemáticas reveladas en este artículo, perderían profundidad e importancia, toda vez que no podría darse cuenta de los derechos y principios involucrados, que para el tema de los estados intersexuales, no atienden únicamente a un contenido de carácter jurídico; sino que tienen en cuenta planteamientos que provienen de áreas de conocimiento como la bioética.

Durante este artículo se puede apreciar que la interpretación de los principios y derechos expuestos a lo largo del mismo, dependen de la mirada del intérprete que está inmiscuido en un marco de relaciones sociales, políticas y económicas; por

15 Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico 17.3

lo cual el mismo habrá de hacer una lectura que reúna sus conocimientos teóricos sobre el caso, y sus percepciones de la realidad que lo envuelve, teniendo bajo sus consideraciones el principio de *imparcialidad* del Juez.

De conformidad con el estudio de las sentencias resueltas por la Corte Constitucional colombiana, se expresa que la postura asumida por esta Corporación, si bien da cuenta de un estudio juicioso y amplio de los diversos temas que tocan la problemática, presenta una solución sobre los estados intersexuales que no se corresponde con la profundidad del problema que le fue planteado. Esto, en tanto la Corte Constitucional, decide establecer un parámetro formal que establezca un límite para la determinación del sujeto del cual debe provenir el **consentimiento informado**, y decida sobre una eventual readecuación sexual; de manera tal que entran a hacer parte del análisis en este punto, *el consentimiento informado sustituto*, como aquel conferido por los padres en lugar del menor, que aún no llega a cumplir los cinco (5) años de edad. Y el *consentimiento informado asistido*, que otorga el menor que excede los cinco (5) años de edad, previo proceso de acompañamiento por los padres y el cuerpo médico para efectos de tomar una decisión. En la aplicación de uno u otro consentimiento, se dará prevalencia al *principio de beneficencia en su expresión paternalista*, o al *principio de autonomía*.

Se considera que no se permitió dentro de la interpretación realizada por la Corte, renovar los esquemas jurídicos para plantear nuevas formas y alternativas que incluyan a las personas con un estado intersexual como el hermafroditismo, de manera que puedan acceder a determinados derechos sin que sea obligada la definición sexual, mediante las cirugías y tratamientos de readecuación, o mediante la inscripción en el registro civil de nacimiento.

Bajo la solución dada por la Corte Constitucional y expuesta con anterioridad, la interpretación de los instrumentos jurídicos queda saldada desde su punto de vista, con el límite formal que para ello crea, toda vez que la edad va a determinar los niveles de formación y desarrollo en los aspectos psíquico, psicológico, personales, y de la identidad del menor de edad, para saber si es pertinente intervenir con una operación quirúrgica y hormonal altamente invasivas, pero, en la actualidad se problematiza sobre la pertinencia de estas cirugías, en tanto no representan procedimientos de carácter médico urgente de cuya realización dependa la vida del menor.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS ESPECÍFICAS

Libros

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998.

BEAUCHAMP, Tom y James F. *Principios de Ética Biomédica*. Childress. Barcelona: Masson, 1999.

DEWHURST, Christopher J. y GORDON, Ronald. *Estados Intersexuales*. Barcelona: Editorial Pediátrica, 1970.

GALLEGO, S. *Los derechos de los pacientes: problemática práctica*. Medicina clínica, 1993.

KAUFMANN, Arthur. “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?”. En: *Avances de la medicina y el Derecho penal*. Santiago Mir. Puig, 1988.

SIMÓN, P. *El consentimiento informado: Teoría y práctica I*. Medicina Clínica, 1993.

VIDELA, Mirta. *Los Derechos humanos en la bioética: Nacer, enfermar y morir*. Buenos Aires: De. Ad-Hoc, 1999.

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

- Sentencia T 477 de 1995, M. P. Alejandro Martínez caballero
- Sentencia SU 337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez caballero.
- Sentencia T 551 de 1999, M. P. Alejandro Martínez caballero
- Sentencia T 692 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia T 1390 de 2000, M. P. Alejandro Martínez caballero
- Sentencia T 1025 de 2002, M. P. Rodrigo escobar Gil

REFERENCIAS GENERALES

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

- Sentencia T 474 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz
- Sentencia C 481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T 539 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia T 850 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia T 401 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz



Región: Yarumal
Autor: Diana María Zapata Lopera
Título: Lo que el olvido se come (serie 2 piezas)
Técnica: Mixta
Dimensiones: cada pieza 100 x 70 cm

***CIENTO OCHENTA AÑOS
DE HISTORIAS.
Discurso de la Decana en el marco
de la celebración de los 180 años
de la Facultad de Derecho***

* Discurso pronunciado por la Decana Marta Nubia Velásquez Rico, en el acto central de la conmemoración de los 180 años de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, celebrado el día 12 de diciembre de 2007, en Plaza Mayor.

CIENTO OCHENTA AÑOS DE HISTORIAS

Cuando una institución celebra CIENTO OCHENTA AÑOS de existencia, es imposible, en un acto como el que nos convoca, hacer su historia. El tiempo y la ocasión apenas permiten hacer unas breves referencias sobre sus orígenes, su transcurrir, su presente y de pronto, avizorar algo de lo que puede ser su futuro, como una permanente construcción y reconstrucción histórica.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad, nació, igual que otras instituciones educativas públicas, en la aurora de la vida republicana, en la tercera década del siglo XIX. Fueron determinantes el tesón y visión de hombres como el General Francisco de Paula Santander y José Félix de Restrepo, quienes se empeñaron en dotar a la naciente república de instituciones de educación superior que le permitieran formar hombres ilustrados para forjar la nación colombiana. Eran momentos en los cuales nuestros gobernantes adoptaban algunas ideas de la ilustración, convencidos de que con las leyes y las ciencias se podría conformar una nación fuerte.

En ese empeño nacieron en el año de 1827, las Facultades de Derecho de la Universidad de Antioquia; de la Universidad del Magdalena y del Istmo, hoy Universidad de Cartagena y de la Universidad del Cauca. Sea ésta la ocasión para con-celebrar estas efemérides con las dos Facultades de Derecho públicas y regionales más antiguas de nuestro país, renovar unos lazos históricos que deben servir para impulsar un futuro que esté lleno de proyectos comunes sobre la base de unas características que las hacen hermanas: públicas, regionales, plurales y tolerantes.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas es la primera que tuvo nuestra Universidad de Antioquia y de ella se han desprendido otras unidades académicas, como la Facultad de Ciencias Económicas; además, fue en ella donde se dictaron los primeros cursos de historia, sociología y ciencia política, que darían origen, posteriormente, a los estudios profesionales en esas importantes áreas del conocimiento en nuestra Alma Máter.

Hoy la historia no suele hacerse, como antes, a partir de las grandes dinastías, de las grandes epopeyas, sino a través de registros más pequeños, de cotidianidades quizás menos lustrosas, de gestos en apariencia minúsculos; CIENTO OCHENTA

AÑOS, podría ser el pretexto perfecto para leer no sólo la historia de la Universidad sino la misma historia de Colombia, a partir de esta institución, cuantitativamente pequeña, pero cualitativamente llena de significados. En sus aulas y alrededor de ellas, se han ido tejiendo, en pequeño, esas historias que finalmente han diseñado el rastro de Colombia.

La Facultad, desde sus orígenes, estuvo atravesada por los grandes debates nacionales, intelectuales, políticos, religiosos y por supuesto, jurídicos. Aquí se sintieron las controversias de Simón Bolívar y Francisco de Paula Santander; se enfrentaron los partidarios de una educación laica de la mano de Jeremy Bentham y de quienes creían que debería darse una orientación confesional.

No fue ajena a las disputas entre centralistas y federalistas. O aquella acerca de si debe hacerse más énfasis en las humanidades o en las técnicas. Naturalmente, no podía ser inmune a los enfrentamientos entre liberales y conservadores; entre los partidarios del Frente Nacional y quienes pretendieron buscar alternativas, inclusive por fuera de los canales legales.

Esta Facultad ha crecido en medio de las polémicas, de las de ayer y de las de hoy, las cuales han traído consecuencias en el devenir de nuestro claustro: cierres, escisiones, renunciaciones, expulsiones, reintegraciones, y otras, que están muy lejos de poder considerarse como muestras de una patología o como momentos para olvidar. La Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad de Medellín y la Universidad Autónoma Latinoamericana, han nacido de esos episodios, que con el paso de los años, nos permiten verlas y reconocerlas como pares, que también han contribuido a la ciencia, al arte y a la cultura en nuestro país.

Las polémicas sobre el Derecho, nunca han cesado ni podrán hacerlo. Probablemente hoy la discusión entre los partidarios del derecho natural y el derecho legislado tenga una divisa muy distinta a la de aquellas épocas, en las cuales eran el pretexto para disputar sobre el origen del poder: o provenía de Dios, la naturaleza, la razón o un pacto o un contrato social.

Hoy la discusión enfrenta a quienes creen que el derecho nace de las constituciones o los instrumentos internacionales, o de valores universales como la humanidad o la dignidad o unos derechos que a los hombres les pertenecen inherentemente. La polémica está ahí, pero hoy como ayer, no hay que temerle ni rehuirle pues ella permitirá no sólo que avance el Derecho como saber, sino también que se reconfigure como práctica social para que eventualmente, se produzcan acuerdos que nos acerquen un poco más a la civilidad y a la confraternidad de todos los hombres.

Y obviamente, frente al quehacer de la Facultad, hoy no se pretende formar abogados que sean al mismo tiempo economistas, sociólogos, sicólogos o politólogos, toda vez que estas disciplinas alcanzaron ya su madurez intelectual, su autonomía institucional y la independencia de sus discursos. Hoy el reto para el derecho no consiste en presentarlo como un objeto autárquico teóricamente, ni tampoco como un imperialismo discursivo sobre otras disciplinas. Se trata de una disciplina que convoca al diálogo con otros saberes, lo cual permite reconocer con mayor lucidez los límites de sus posibilidades. Hoy es la única manera de construir saber y pertenecer a una comunidad académica.

Estas ideas han acompañado también los programas de Derecho de las sedes regionales: Carmen de Viboral, Cauca, Andes, Puerto Berrío y Turbo, con los cuales la Facultad busca, como es la pretensión de la Institución, construir Universidad en las regiones y para las regiones, y ampliar el espectro de reflexión académica. Se ha establecido una dinámica que va mucho más allá de la presencia de los profesores en las sedes respectivas, las cuales se han constituido en espacios de discusión sobre las problemáticas regionales y en mecanismos para lograr, a través de la academia, poner a conversar visiones e intereses muy diversos.

La búsqueda de la interdisciplinariedad también ha alimentado y ha orientado el horizonte de los programas de posgrado y debe ser la brújula del cambio curricular que está en marcha; una Maestría como la que tenemos, es impensable sin ese ingrediente interdisciplinario y debe ser el ejercicio cotidiano del Doctorado en Derecho, en cuyo proyecto trabajamos actualmente.

Un ejercicio que resalta la importancia y el valor de la interdisciplinariedad se ha concretado en la creación del pregrado en Ciencia Política, con la valiosa colaboración del Instituto de Estudios Políticos. No sólo es la manera de materializar el nombre de nuestra Facultad, sino de resaltar, que el derecho y la política, a pesar de su independencia práctica y científica, están obligados a caminar de la mano, y así lo han hecho en la historia y en la Facultad. Desde su creación, ésta ha vivido en medio de la política y ha convivido con ella, sin sucumbir ante sus vicios.

En esta Facultad la política ha sido y es un factor vivo, pero no el determinante; y porque existe conciencia sobre la importancia y la incidencia de la política, se ha definido como una entidad académica y ese ha sido el eje de su historia y sin lugar a dudas, será el faro de su futuro.

Acá se piensa en claves de derecho y de política y se hace fundamentalmente en clave de pregunta respecto de la sociedad. Por ello, ese preguntarse permanente,

que es la investigación, ocupa un sitio especial en este quehacer académico. Esas reflexiones y esas preguntas no se quedan en nuestros claustros, tampoco se limitan al campo científico o teórico; se nutren con los diálogos que se establecen con todos aquellos con quienes nos relacionamos: universitarios, usuarios del Consultorio Jurídico, del Centro de Conciliación, de nuestros programas de extensión, entidades públicas y privadas, que hacen de ésta una Facultad viva, dinámica y vibrante.

Por estas aulas han transitado personas que representan el mosaico de nuestra nacionalidad, desde todos los puntos de vista. La Facultad no ha cerrado sus puertas a ninguno, por su raza, su condición económica, su origen social, su orientación sexual, sus opiniones políticas o sus creencias religiosas. Muchos de quienes han pasado por nuestras aulas ni siquiera obtuvieron su título allí, pero indudablemente se reconocen y los reconocemos como nuestros; en su espíritu y en sus obras se refleja ese hervidero de ideas, pasiones y confrontaciones, que ha sido una de sus constantes históricas.

Conforman una larga lista de expulsados y desertores, de los que el bálsamo del tiempo hoy nos hace sentir orgullosos. Otros, terminaron sus estudios y algunos permanecieron en su claustro por varios años. Sus alumnos, egresados y profesores, han profesado distintos credos y han ocupado disímiles posiciones. Hemos contado con presidentes de la República, senadores, representantes, ministros, magistrados, gobernadores, alcaldes, jueces, abogados litigantes, empresarios, escritores, poetas y artistas, entre muchos, que no sólo le han dado lustre a la Facultad, sino que han ayudado al proyecto colectivo de construir una Nación.

Es destacable que esa heterogeneidad no ha sido un obstáculo para que sus más de cuatro mil egresados, cualquiera sea su orientación política, se sientan miembros de una misma comunidad que les despierta sentido de pertenencia, que ni el correr de los años, ni las posiciones que la vida les permite tomar, hacen desaparecer.

Sería interminable hacer la lista de todos aquellos que han pasado por nuestras aulas y han brillado en el firmamento del país y sería injusto con quienes de una manera más anónima han dedicado su vida, sus esfuerzos y sus inteligencias a labrarse un espacio en nuestra sociedad y a construirla también desde espacios menos vistosos pero determinantes en muchas vidas. Pero con los riesgos de omisiones y de posibles injusticias, la Facultad hace público reconocimiento a tres de sus egresados y profesores, que hoy no nos acompañan físicamente pero que nos han legado su ejemplo y nos impulsan día a día en nuestras tareas.

Al doctor HORACIO MONTOYA GIL, alumno, profesor, vicedecano, juez y magistrado, tanto del Tribunal como de la Corte Suprema de Justicia, quien terminó su vida, en el fuego cruzado de aquella exhibición irracional de violencia e intransigencia, que fue el Holocausto del Palacio de Justicia, que cegó tantas vidas inocentes y que llenó al país de un dolor que hoy, después de veintidós años, aún no logra superar. Su sentido de la ponderación, de la justicia, del servicio a los demás, es ejemplo que la Facultad quiere proponer a las nuevas generaciones. Desde su origen humilde y a partir de la dedicación casi religiosa al trabajo y al estudio, logró ocupar el más alto cargo al que abogado alguno pueda aspirar en una República.

A LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ, ese universitario íntegro, que entregó su vida a la Universidad y encontró la muerte defendiendo a los más desvalidos. Su inclaudicable lucha contra las diferencias creadas y mantenidas artificialmente, nos explican la trayectoria de su vida como intelectual, como profesor, como ciudadano, y en esa lucha estuvo siempre al lado de los más necesitados: los indígenas, los condenados, los marginados, los acallados, los estigmatizados, los subyugados y los humillados. Como entendió perfectamente que las diferencias artificiales, son paradójicamente tan fuertes y tan frágiles, pudo ser visionario; por eso su legado dibuja un sendero insustituible en el futuro de esta Facultad.

A JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO, quien como líder estudiantil, profesor, abogado y sobre todo, como defensor de los derechos humanos, dejó un ejemplo de vida, de valor, de entrega, que le han merecido un sitio de honor en la memoria no sólo de la Facultad sino de la sociedad colombiana.

Ciento ochenta años, son un segundo en la historia de la Humanidad, pero para una institución que nació prácticamente con la República, en un país que busca todavía afanosamente su destino, son un caleidoscopio que nos permite, repasando el pasado, atisbar el futuro. ¡Cuántas ideas distintas acerca del derecho, la ley, la justicia, la política, la sociedad y los hombres, ha visto la Facultad desfilar en estos casi dos siglos de existencia! Muchas de las polémicas que suscitaron grandes enfrenamientos, que amenazaron inclusive su existencia, el tiempo se ha encargado de desvanecerlas hasta hacerlas aparecer como juegos de niños. Pero cada día trae su afán. Hoy la Facultad enfrenta nuevos retos, desconocidos para las generaciones anteriores y difícilmente asimilables, a veces, para las generaciones actuales.

Miles de hombres y mujeres, unos apenas saliendo de su adolescencia y otros llegando al límite de su senectud han forjado esta Facultad. Como estudiantes, profesores, administradores y empleados, cada uno de ellos ha colocado su pequeño ladrillo para esta construcción tan auténticamente colectiva. Sin ellos, esta historia

sería impensable. No los podemos mencionar a todos, por los límites inexorables del tiempo y del espacio, pero ellos, todos y todas, presiden y engalanan este acto, porque las instituciones no son más que las personas que las forjan, las mantienen y las empujan hacia el futuro.

Esta celebración, además de nuestra, es de todos ustedes, de esta región y de este país. Agradecemos profundamente su presencia esta noche, la cual leemos como un espaldarazo a este importante proyecto; en especial agradecemos su deferencia señor Presidente, que entendemos no como un acto oficial propio de su cargo, sino como un retorno a la que otrora, como estudiante, fuera su casa, y que hoy, como egresado, lo sigue siendo.

Agradecemos también a quienes durante este año se han vinculado a esta efeméride, así como a todos aquellos que han rendido homenaje a la Facultad con sentidos reconocimientos, con los cuales nos sentimos muy honrados.

Medellín, diciembre 12 de 2007



Región: Yarumal
Autor: Nohemmy Arango Cruz
Título: Duele aquí y allá
Técnica: Acrílico
Dimensiones: 79 x 72 cm

RESEÑA A LA JUSTICIA ENTENDIDA COMO EXPERIENCIA*

* Gustavo Zagrebelsky y Carlo Maria Martini. *La exigencia de justicia*. Madrid: Trotta, 2006. El presente texto es una versión modificada de la presentación que figura en el libro de Zagrebelsky y Martini.

RESEÑA A LA JUSTICIA ENTENDIDA COMO EXPERIENCIA*

Miguel Carbonell**

Desde hace siglos la reflexión sobre la justicia, sobre su significado e implicaciones, ha sido incesante. Desde el ámbito de la filosofía antigua y moderna, pasando por el derecho y llegando hasta la religión, la justicia ha sido objeto de todo tipo de discusiones académicas y políticas. La perspectiva que ofrecen en una reciente obra Gustavo Zagrebelsky y Carlo Maria Martini, sin embargo, creo que tiene un grado de originalidad bastante meritorio y que, en esa medida, debería ser atendida por quienes estudian temas de derecho, filosofía política y teoría social en general.

Lejos de las pretensiones sostenidas por los más conocidos teóricos de la justicia, Zagrebelsky nos propone reconocerla no como una construcción conceptual sino como una experiencia vital. Esta aproximación toma distancia explícitamente de la más conocida teoría de la justicia, la construida por John Rawls a partir de finales de los años 50 del siglo XX (primero en forma de artículos y luego con la aparición de *Teoría de la justicia* en 1971, hasta llegar a sus últimos libros en la década

** Abogado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Facultad de Derecho e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Autor o editor académico de varios libros, entre los que se destacan, Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina (México, IJ-UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, 2002), Transición a la democracia y medios de comunicación (Aguascalientes, Coordinación General de Asesores-Gobierno del Estado, 2002), Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México (5ª ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004), Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos (México, Porrúa, 2004), La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales (2ª edición, México, IJ-UNAM, 2004), Jueces y derecho. Problemas contemporáneos (México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004), La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales (3ª ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2005), La construcción de la democracia constitucional (México, Porrúa, 2005), Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli (Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2005), La enseñanza del derecho (2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2006).

de los 90¹). Rawls articulaba su discurso sobre la justicia en torno a dos grandes principios, que sufrieron algunas modificaciones conforme iba desarrollando y puliendo su pensamiento.

Para Rawls los dos principios a partir de los cuales habría que comenzar a edificar una sociedad justa (partiendo de lo que el propio Rawls llama “la posición originaria”) son los siguientes²:

Primer principio: 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.

Segundo principio: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos.

A partir de estos dos principios, Rawls construye un cuidado aparato conceptual y lo intenta aplicar a las instituciones políticas que tienen los Estados democráticos. Desde su publicación las ideas sobre la justicia comenzaron a ser debatidas, extendidas por sus defensores y refutadas por sus detractores. El propio autor se encargó de afinarlas en sus obras posteriores y lo mismo hicieron otros autores, ya sea para secundar sus puntos de vista o para negar su utilidad e interés³.

Siendo sin duda interesantes, las ideas de Rawls quizá no sean del todo atractivas para el ciudadano promedio de nuestras democracias occidentales, en virtud sobre todo de que vagamente le pueden dar claves aplicables a su propia existencia. En este sentido quizá se revela como más cercana y plausible la propuesta de Zagrebelsky, ya que por un lado permite prescindir del enorme aparato conceptual que acompaña al edificio teórico rawlsiano, y por otra parte le dice cosas concretas a cualquier lector, cosas que puede aplicar en su vida cotidiana.

¹ Aparte de su muy conocida obra *Teoría de la justicia*, conviene revisar *Liberalismo político*. México: FCE, 1996; *El derecho de gentes*. Barcelona: Paidós, 2001 y *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós, 2002.

² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González. México: FCE, 2002 (reimpresión), pp. 67-68.

³ Respecto del desarrollo de la visión sobre la justicia a partir de Rawls puede verse Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999, así como Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, traducción de Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002.

Y aún más: Zagrebelsky entra a debatir en un terreno que los teóricos de las ciencias sociales suelen evadir (quizá con buenas razones): el del modo de representación de la justicia según la visión de los creyentes. Puesto que la religión es un fenómeno todavía muy relevante para una parte importante de la población del mundo, es importante construir una plataforma común de entendimiento entre creyentes y laicos, que les permita dialogar de verdad, apartándose del diálogo de sordos que parece haberse construido en las últimas décadas (o quizá incluso antes).

Claro que en este punto Zagrebelsky cuenta con una ventaja no menor, pues tiene el privilegio de compartir sus reflexiones con Carlo Maria Martini, quien desde hace tiempo se ha mostrado como uno de los miembros más serenos, abiertos y “modernos” (si se me permite el término) de la Iglesia Católica. Por desgracia no se trata de una visión mayoritaria al interior de su religión. Más bien al contrario, pues tanto el papado de Karol Wojtyła como el de Joseph Ratzinger —en lo que ha demostrado hasta el momento—, parecen anclados al pasado, aferrados a interpretaciones arcaicas de las sagradas escrituras, como lo ha demostrado en muchos de sus trabajos Hans Küng.

La inteligencia del propio Martini y sus posiciones de avanzada le permiten dialogar con Zagrebelsky sin necesidad de acudir al dogma, sino reconociendo el terreno común de la experiencia vital. En concreto, Martini discute las enormes injusticias que se despliegan en la experiencia de la justicia social (distribución de recursos, desempleo), en el de la justicia penal (la inhumanidad de las cárceles, el desdén hacia los presos) y en el de la violencia ejercida en la esfera internacional (los conflictos internacionales, las invasiones, las violaciones del derecho internacional, los genocidios).

Por su parte, Zagrebelsky huye de la postura tradicional que exige a los creyentes que adopten la postura del “como si”, cuando se refieren a la justicia. “Como si Dios no existiera”, se les pide. Para Zagrebelsky esa es una exigencia imposible de atender ya que no existe para un creyente algo más poderoso que su fe y por tanto no puede renunciar a su visión de la misma ni siquiera como un ejercicio teórico. Si queremos diálogo tenemos que reconocer las condiciones no negociables de cada una de las partes.

Ahora bien, los creyentes pueden tener una comprensión de la justicia como experiencia sin necesidad de acudir al “como si” en sentido negativo, si se alejan de la lectura que les propone la jerarquía eclesiástica. Zagrebelsky acude a las ideas de Dietrich Bonhoeffer y les dice a los creyentes que atiendan al “doble susurro” de la voz de Dios y que lo hagan humildemente, reconociendo que pueden equivocarse

en su audición pero que eso será mejor que darle un crédito moral e intelectual incondicionado a los “intérpretes oficiales” del mensaje divino.

Esta noción de humildad y esta actitud de reconocimiento de la “imposible tarea” de aprehender la justicia la aplica también Zagrebelsky a los no creyentes, cuando advierte sobre el peligro de seguir a quienes creen estar en posesión de la justicia, de la única justicia. Este tipo de actitudes nos pueden llevar con gran velocidad hacia el enmascaramiento de luchas por el poder, de ambiciones personales. La historia reciente del siglo XX y de los primeros años del siglo XXI nos lo demuestra claramente. En palabras del propio Zagrebelsky, “toda la historia de la humanidad es la de la lucha por afirmar concepciones diferentes e, incluso, antitéticas de la justicia; ‘verdaderas’ sólo para aquellos que las profesan... Detrás de la apelación a los valores más elevados y universales es fácil que se oculte la más despiadada lucha política, el más material de los intereses... La historia enseña que, precisamente, los grandes proyectos de justicia son los que han dado lugar a las mayores discriminaciones, persecuciones, masacres y mistificaciones, haciendo aparecer a los oprimidos como opresores y viceversa”⁴. ¿Cómo no pensar, leyendo estas palabras, en el enorme engaño de algunas potencias militares para defender una guerra de invasión diciendo que es la forma de “liberar” a un pueblo oprimido y de velar por la seguridad del planeta frente a las amenazas terroristas? ¿Cómo interpretar, a la luz de lo anterior, términos tan distantes y cínicos como los de “intervención armada humanitaria” o “víctimas de daños colaterales”?⁵.

Todas estas reflexiones de Zagrebelsky y de Martini defienden una visión humilde, cercana, personal pero a la vez común de lo que es la justicia. La justicia entendida como experiencia, como vivencia de cada día y de cada persona. No nos proponen atajos ni nos permiten ser optimistas. Pero al menos nos dan la clave para que cada uno de nosotros saque sus propias conclusiones: la posibilidad de la justicia está en todos nosotros y se demuestra en nuestros actos. No hace falta para entender la justicia (este tipo de justicia al menos), construir grandes teorías, sino ser consecuentes con esta humilde pero muy profunda propuesta.

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, “La justicia como ‘sentimiento de injusticia’”, traducción de Roberto Pérez Gallego, *Jueces para la democracia*, número 53, Madrid, julio de 2005, p. 3.

⁵ Una buena refutación de este discurso hegemónico puede verse en Garzón Valdés, Ernesto, *Calamidades*. Barcelona: Gedisa, 2004.

INSTRUCCIONES PARA QUIENES DESEEN PUBLICAR ARTÍCULOS EN LA REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

CRITERIOS GENERALES

Pueden participar como autores de artículos de la revista profesores, estudiantes y profesionales del derecho y demás disciplinas o áreas afines, tanto del país como extranjeros.

Se aclara que la recepción de un artículo no implica su publicación, ni compromisos respecto de la fecha de aparición en la revista. El Comité Editorial de la revista se encarga de seleccionar los artículos que ameriten publicación de acuerdo con criterios de evaluación establecidos en su reglamento y al concepto emitido por los pares evaluadores.

DERECHOS DE REPRODUCCIÓN

La revista Estudios de Derecho se reserva todos los derechos legales de reproducción. Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente.

ENVÍO DE ARTÍCULOS

Los artículos deben ser remitidos a la oficina de la revista o a cualquiera de los miembros del Comité Editorial o Científico. Debe enviarse el texto completo del artículo y una copia disquete. El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a doble espacio y sin separar los párrafos.

INFORMACIÓN DEL AUTOR

El autor del artículo debe enviar los datos necesarios para reconocer los créditos como son: nombre completo, número de teléfono, fax o correo electrónico, nombre de la institución en la que labora y cargo que desempeña, información sobre el grado de escolaridad y referencias de otras publicaciones.

RESÚMENES Y PALABRAS CLAVE

El artículo debe contener un título, debe estar acompañado de un resumen en español, este resumen no debe exceder 200 palabras y debe contener las ideas centrales del artículo. Las palabras clave de acuerdo con el contenido del artículo, las cuales no deben ser más de 20.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

La bibliografía se citará al final del artículo en orden alfabético de acuerdo con los apellidos de los autores. Las referencias bibliográficas son las obras citadas en el texto, deben ir numeradas al pie de cada página en el orden en el que aparecen.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, debe especificarse seguidamente y entre paréntesis el término completo al cual hace referencia, también podrá hacerse con una nota al pie. En lo sucesivo se escribe sólo la sigla o abreviatura correspondiente.

Se terminó de imprimir en la editorial
L. VIECO E HIJAS LTDA.
en el mes de diciembre de 2007

