

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— junio de 2007
Volumen LXIV, N° 143

**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:
International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra
Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México

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.

Autor de obras en separatas:

Sergio Bedoya y Jonathan Carvajal. Estudiantes de pregrado de Licenciatura en Educación y Artes Plásticas de la Universidad de Antioquia. Han realizado exposiciones colectivas en el Taller Arte y Propaganda, dirigido por Helena Producciones en el encuentro MDEO7, Casa Tres Patios, Medellín, 2006. Y en Control y Seguridad, Centro Cultural Cre-Acción Espacios, Bogotá.

Dichas exposiciones han sido con un colectivo artístico al que pertenecen los artistas.

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 111

Teléfono: (574) 210 58 55. Fax: 210 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 <i>Marta Nubia VELÁSQUEZ RICO</i> _____	11-15
Ilícitud del narcotráfico en Colombia ¿iniciativa local o imposición extranjera? <i>Edison DURANGO ZULETA</i> <i>Luis Ernesto LONDOÑO ROLDÁN</i> _____	17-43
Argumentos dogmáticos y aplicación del derecho <i>Vicente Jaime RAMÍREZ GIRALDO</i> _____	45-66
Habermas, los estados y la sociedad mundial <i>Juan Antonio GARCÍA AMADO</i> _____	67-91
Derivas penales y noción de responsabilidad en la sociedad de seguridad <i>Fernando CARVAJAL SÁNCHEZ</i> _____	93-107
Disposiciones frente a la filosofía del derecho apuntes sobre fenomenología: el profesor y el estudiante <i>Leonardo GARCÍA JARAMILLO</i> _____	109-140
Estructura y función: la filosofía del derecho como teoría social <i>Roger CAMPIONE</i> _____	141-179
El derecho a la prueba como un derecho fundamental <i>Luis Bernardo RUIZ JARAMILLO</i> _____	181-206
Análisis de la legislación colombiana sobre las sociedades comerciales extranjeras frente al Derecho Internacional Privado <i>José Luis MARÍN FUENTES</i> _____	207-237
Los condicionantes de la acción de cumplimiento <i>Hernán Darío VERGARA MESA</i> _____	239-255

Las músicas de fusión y el anarco punk en Bogotá y Medellín.

Algunas percepciones de lo legal

Carolina BOTERO CABRERA

257-274

EDITORIAL

A PROPÓSITO DE LOS 180 AÑOS DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia ha estado presente en los procesos históricos y sociales que han determinado la conformación del País. Ésta ha participado en los debates ideológicos y políticos que marcaron la historia de la República, desde la fundación misma de la Universidad, que surgió en medio del contrapunto que suscitaron la confrontación y las divergencias entre Bolívar y Santander, entre muchos otros personajes de la patria.

A la par del debate ideológico, tuvo injerencia en las guerras civiles y en otros movimientos armados, que se utilizaron como medios para la tramitación de conflictos determinantes en la conformación de la Nación, lo que incluso llegó a las aulas. Ejemplo de ello es precisamente el primer abogado titulado por la Facultad, el doctor Marceliano Vélez, quien con el paso del tiempo llegaría a ser un famoso general que desempeñó un papel protagónico en las contiendas del siglo XIX.

Si bien la Universidad surgió en medio del proyecto general de dotar a la Nación entera de centros de educación superior, para las décadas de 1860 y 1870, bajo el liderazgo de prohombres como Pedro Justo Berrío, buscó expresar con determinación el cometido de la élite regional antioqueña, de instaurar una concepción del mundo y un proyecto de sociedad, que permitiera contrapesar las iniciativas que en ese sentido las élites bogotanas habían pretendido realizar, con la creación de la Universidad Nacional.

Por ello, la Universidad -y por ende la Facultad- se convirtieron en proyectos regionales concebidos para formar hombres que respondieran a las expectativas de esta élite, que miró en el conocimiento técnico la llave que pudiera abrir las puertas al desarrollo de los sectores agrario, minero, e industrial. En el aspecto cultural, esta idea de lo regional se realizó con la presencia de estudiantes como Antonio José Restrepo, Francisco de Paula Rendón y Tomás Carrasquilla, quienes luego figurarían como referentes de la noción de la antioqueñidad.

Bajo ese contexto, el derecho sirvió para contener los peligrosos avatares que las contradicciones del desarrollo económico y el progreso social implicaban, y se requería, simultáneamente, la regulación de un orden que pudiera propiciar el mantenimiento de una moralidad ligada a la tradición católica.

Con el cambio de siglo y dejando un poco atrás los reveses de las guerras civiles, el peso específico de Antioquia en el plano nacional varió significativamente. Muestra de ello, es el ascenso a la presidencia de la República, en 1910, del antiguo profesor de Derecho Romano y Ciencia Constitucional de la Escuela de Jurisprudencia, hoy Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carlos E. Restrepo.

Consecuente, tanto con el ideario de la Facultad como con el expresado en el pensamiento civilista y republicano de Restrepo, Antioquia propuso entonces al país un proyecto de Nación que trascendiera las guerras civiles del siglo XIX y que le permitiera adquirir una estabilidad de la que había carecido, como consecuencia de aquéllas, especialmente de la Guerra de los Mil Días.

La Facultad marchó a la par con las transformaciones del país. En los años 20, como producto del proceso de modernización, se realizó un cambio en la estructura de los estudios de Derecho, buscando aportar a la construcción de una Colombia moderna. Esta variación consistió en otorgar preferencia a los estudios de economía, comercio, hacienda pública y estadística. La iniciativa culminaría décadas después con la formación de la Facultad de Ciencias Económicas del Alma Máter.

El proceso de modernización, como era de esperarse, produjo sus efectos ideológicos, que se vieron reflejados en algunos movimientos estudiantiles que reclamaban la liberalización de las costumbres y que en gran parte eran un eco, en nuestro país, del movimiento universitario de Córdoba, Argentina.

Esa presencia permanente del acontecer político del país, se vio nuevamente reflejada en el contexto del debate ideológico de los años 30. La manifestación patente de lo anterior ocurrió, cuando un grupo de estudiantes y profesores decidieron marginarse para conformar la Universidad Católica Bolivariana, (hoy Universidad Pontificia Bolivariana). Posteriormente, en las décadas de 1950 y 1960, otras facetas de estos conflictos y obviamente, otros actores, darían lugar al nacimiento de las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana.

Esa sensibilidad de la Facultad ante los acontecimientos sociales, pero esta vez de una naturaleza muy diferente, fue la que permitió, en la década de los cuarenta, el ingreso de las primeras mujeres como alumnas del claustro.

Una rápida mirada a la historia de la Facultad, deja en claro, entonces, que ésta no ha sido ajena a los eventos políticos y sociales, lo que ha supuesto un proceso de continuo ajuste que la ha llevado a adaptarse a las exigencias de los nuevos tiempos.

La aplicación de proyectos educativos en el país y los consiguientes cambios en los perfiles pedagógicos y curriculares en la Facultad, confirman los vínculos que se han establecido en los intentos de modernización educativa. De ello pueden dar cuenta, por ejemplo, las diferentes misiones asesoras extranjeras que estuvieron en contacto con la Universidad promediando el siglo XX.

Los inocultables procesos de cambio social aceleraron el desarrollo urbano de los años 60 y 70, entre otras razones, por un veloz proceso de desplazamientos del campo a la ciudad. La Facultad tuvo otra vez la oportunidad de mostrar su gran capacidad de adaptación a la realidad social. Con el traslado de la Facultad al campus universitario, se reorganizó el Consultorio Jurídico, el cual pasó de ser el servicio de “abogado de los pobres”, bajo la égida de la caridad, a un servicio social basado en el concepto de solidaridad y compromiso con los más necesitados.

El entorno confuso de la violencia de los años 80, trajo entre otras consecuencias, que la misma Universidad pareciera un campo de batalla. Parafraseando a la profesora María Teresa Uribe de Hincapié, esta década discurre “de manera bastante oscura; con una Universidad aislada y vuelta sobre sí misma, en un entorno urbano agobiado por la turbulencia social y por la eclosión de múltiples formas y actores de violencia, de cuyas alianzas y confrontaciones está hecha la historia reciente de la ciudad”. La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas no fue ajena a este proceso, y puso su cuota en momento tan crítico con la muerte del profesor Luis Fernando Vélez Vélez.

A partir de entonces, se develó la necesidad de pensar la realidad de los diversos fenómenos de violencia de la ciudad y el país, así como de asumir desde la academia la responsabilidad social que le compete a la Universidad: hallar las posibles alternativas a la encrucijada planteada por un estado permanente de conflicto. En este sentido, la Facultad ha orientado

sus esfuerzos a la generación de espacios que permitan reflexionar sobre el conflicto, la promoción de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, la Conciliación y la Mediación.

En los años noventa, la nueva Constitución Política de Colombia marcó pautas para el desarrollo de las entidades públicas y de la educación superior, entre ellas el desarrollo de una nueva cultura administrativa que le permitiera a las instituciones adaptarse a los retos que el futuro le exigía. La Universidad y por ende la Facultad iniciaron procesos de planeación con miras a consolidar sus procesos de docencia, investigación, extensión e internacionalización. Como resultado de ello, en la década de los noventa la Facultad inició sus programas de posgrado, la conformación de grupos de investigación y el proceso de autoevaluación con miras a la reacreditación.

Con la entrada del nuevo milenio, la Facultad ha buscado continuar con el desarrollo de estos procesos y tener una mayor proyección. Es así como en la actualidad ofrece el programa de Derecho en las sedes de Medellín (el cual cuenta con acreditación de alta calidad), Oriente, Bajo Cauca, Magdalena Medio, Suroeste y Urabá; el pregrado de Ciencia Política, en asocio con el Instituto de Estudios Políticos; la Maestría en Derecho y las Especializaciones en Derecho de la Seguridad Social, Derecho Administrativo, Derecho Privado, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho de Familia, Teoría del Derecho y argumentación jurídica, Derecho Económico Público y Derecho Procesal.

En el área investigativa la Facultad posee un Centro de Investigaciones al que se encuentra adscrito el Grupo “Derecho y Sociedad”, escalafonado por Colciencias en la Categoría A –de excelencia- y la Revista Estudios de Derecho, que con 94 años es la decana de las Revistas jurídicas del País.

En lo que se refiere a la extensión, la Facultad cuenta con el Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate”, el más importante en el ámbito nacional, el cual ejerce una importante función social, brindando educación y asistencia jurídica gratuita a personas de escasos recursos económicos a través del Consultorio Jurídico Urbano, el Consultorio Jurídico Rural, el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”, la Práctica alternativa, el Programa de atención integral a las familias usuarias del Consultorio Jurídico (PAIFUC), el Programa de atención jurídica integral a la población víctima de desplazamiento forzado y el Radio Consultorio Jurídico.

Además de la asistencia jurídica, la Facultad desarrolla programas de capacitación a partir de cursos, seminarios y diplomas en temas políticos, jurídicos, sociales, etc., y brinda actividades de consultoría.

A manera de conclusión, quizás resulte pertinente anotar que la historia de la Facultad se corresponde con la historia del país y de sus instituciones, siendo un lugar en donde se ha construido academia en medio del debate suscitado entre las más diversas tendencias ideológicas y políticas, siempre de cara al pluralismo y la tolerancia, punto en el cual reside su esencia.

De su seno han egresado personajes que han cubierto gran parte del escenario político del país, desde la extrema derecha a la extrema izquierda, pasando inclusive, por la militancia armada. Sus egresados han ocupado los más altos cargos que una república destina a sus ciudadanos, como Presidentes, Congresistas y Magistrados.

Es destacable el que esa heterogeneidad no haya sido nunca un obstáculo para que sus egresados, cualquiera sea su orientación política, se sientan miembros de una misma comunidad que les despertó un sentido de pertenencia, que ni el correr de los años, ni las posiciones que la vida permite u obliga a tomar, hagan desaparecer.

Eso permite que las aulas, las oficinas y los foros se compartan por antagonistas que saben expresar sus ideas en medio del respeto y la tolerancia. Se trata de una Facultad que ha tenido un peso político importante en el concierto nacional y ha abrigado en su seno a distinguidos personajes de la vida pública y privada del país, sin perder su rumbo y su independencia académica en medio de los más grandes avatares.



Esquizo-experimental
Acrilico sobre papel
Sergio Bedoya, Jonathan Carvajal
2007

ILICITUD DEL NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA ¿INICIATIVA LOCAL O IMPOSICIÓN EXTRANJERA?*

* Este artículo hace parte de la investigación “El Código Penal de 1980: sus antecedentes y contextos mirados desde la Política Criminal colombiana”, inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. La investigadora principal es la profesora Lina Adarve Calle y el co-investigador es el profesor Julio González Zapata, ambos adscritos a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: Marzo 20 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 27 de 2007

ILICITUD DEL NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA ¿INICIATIVA LOCAL O IMPOSICIÓN EXTRANJERA?

*Edison Durango Zuleta**

*Luis Ernesto Londoño Roldán***

RESUMEN

Si bien desde la década de 1920 se han dado en nuestro país normas que prohíben las drogas estupefacientes, la guerra contra ellas empieza a principios de la década del setenta, por presiones de Estados Unidos en reunión sostenida con los estados latinoamericanos, para ejecutar su programa de expansión del control social más allá de sus fronteras, lo cual se evidenció en Colombia con la expedición del Estatuto Nacional de Estupefacientes en 1974. Los estadounidenses argumentaron que el problema de las drogas se consideraba como un enemigo interno que amenazaba la seguridad nacional del Estado. Con esa motivación política se implementa la Doctrina de la Seguridad Nacional en Colombia, impulsada por Estados Unidos, con la finalidad de legitimar la guerra contra las drogas, para lo cual se utilizan las Fuerzas Militares como medio de defensa y contención de este “enemigo interno”.

Palabras clave: cocaína, coca, narcotráfico, lucha mundial antidrogas, Doctrina de la Seguridad Nacional, Fuerzas Militares, enemigo interno, legitimación, control social.

THE DRUG TRAFFICKING AS ILLEGAL MEANS IN COLOMBIA ¿LOCAL INICIATIVE OR FOREIGN IMPOSITION?

ABSTRACT

Although since the decade of 1920 there have been some laws in our country forbidding narcotic drugs, the war against them begins at the beginning of the seventy's decade, after United States meetings with the Latin-American states, in which pressured into in order to execute its program of expansion of social control beyond its borders. That was demonstrated in Colombia with the enactment of the National Narcotic Statute in 1974. The Americans argued that the narcotic drugs problem was considered as an internal enemy who threatened the national security of the State. Encouraged by such as political motivation, it took place the National Security Doctrine, impelled over by the United States, with the purpose of legitimizing the war against drugs, for which the Armed Forces as means of defense and containment of this “internal enemy” are used.

Key words: cocaine, coca, drug trafficking, worldwide fight Anti-drug, National Security Doctrine, Armed Forces, internal enemy, legitimating, social control.

* Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar en el proyecto de investigación referido.

** Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar en el proyecto de investigación referido.

ILICITUD DEL NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA ¿INICIATIVA LOCAL O IMPOSICIÓN EXTRANJERA?¹

De la prohibición a la penalización de la cocaína

La penalización de las drogas estupefacientes² en cuanto a su elaboración, tráfico y consumo estuvo precedida por medidas de carácter preventivo. De acuerdo con Sarmiento y Krauthausen,

[...] El proceso se inició en EEUU. En 1906 el “Food and Drug Act” prohibía la inclusión de cocaína en bebidas y medicinas. En 1909 quedó prohibido fumar –aunque no ingerirlo en otra forma– el opio. Ese mismo año se reunieron en Shanghai trece países, convocados por los EEUU, para discutir sobre el tráfico internacional de opio. De esta manera se inició el proceso de control de sustancias psicotrópicas, que se mueve, generalmente, del Congreso de los EEUU a las instancias internacionales, las cuales luego influyen sobre la legislación interna de los países³.

A partir de esta primera reunión en Shanghai, Estados Unidos incrementó su agenda diplomática para enfrentar lo que ellos consideraban como un problema de orden internacional, expidiendo normas jurídicas, ya no de carácter preventivo como las de 1906 y 1909 contra la cocaína y el opio, respectivamente, sino con un enfoque punitivo. En 1914 “el Congreso Norteamericano aprobó la primera ley contra las drogas, la llamada Ley Harrison”⁴, la cual clasificó la cocaína como una droga “es-

¹ Es importante hacer la siguiente aclaración: la Comisión Redactora del Código Penal de 1980, creada mediante el Decreto 416 de 1972, en el Acta No. 83 del 31 de octubre de 1973 se abstuvo de estudiar lo concerniente a las drogas consideradas ilícitas, ya que el gobierno estaba elaborando “un estatuto completo” sobre el tema. Se trataba del Estatuto Nacional de Estupefacientes del Decreto 1188, expedido por el gobierno colombiano el 25 de junio de 1974. El mismo lineamiento mantuvo la Comisión Redactora, creada por la Ley 5ª de 1979. Por lo anterior, el Código Penal de 1980 no reguló las drogas consideradas ilícitas, pues ya lo había hecho el gobierno con el Decreto 1188 de 1974, el cual sería derogado posteriormente con la expedición de la Ley 30 de 1986.

² La Convención Única de 1961 Sobre Estupefacientes, en su artículo 1, literal j, dice que por “estupefaciente se entiende cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas” que se anexan al texto de dicha Convención. Dentro de esas listas se encuentran las drogas consideradas ilícitas, como por ejemplo la cocaína, la heroína, etc.

³ SARMIENTO, Luis Fernando, KRAUTHAUSEN, Ciro. “Los Orígenes de la Ilegalidad de la Cocaína”. En: *Revista Colombiana de Sociología*. Colombia, N° 2, Vol. I, Jul/Dic, 1990, p. 30.

⁴ ARANGO JARAMILLO, Mario y CHILD, Jorge. *Coca-Coca: Historia, manejo político y mafia de la cocaína*. Bogotá, Editorial Dos Mundos, 1986, p. 54.

pecialmente peligrosa”⁵. Mediante esta ley se penalizó la elaboración, el tráfico y el consumo de las drogas, de tal suerte que “todo adicto sería entonces definido como delincuente en los Estados Unidos y tendría que convertirse en delincuente para poder mantener su adicción”⁶. Siguiendo esa misma línea, el gobierno norteamericano impulsó la celebración de la primera conferencia “sobre *drogas peligrosas*”, llevada a cabo en Ginebra en el año 1925, donde se incluyó la mencionada ley y, como conclusión de esa reunión, los Estados participantes firmaron una Convención, la cual fue ratificada por Colombia mediante la ley 68 de 1930.

Precisamente seis años después de que Estados Unidos expidiera la Ley Harrison, se expide en Colombia la Ley 11 de 1920⁷, la cual en su artículo 1° restringió la venta de cocaína y otras drogas estupefacientes, de la siguiente manera:

Artículo 1°. No podrán venderse las siguientes sustancias por mayor ni al detal, ni en recetas o prescripciones, sino por orden o receta escrita de un médico o licenciado en medicina, dentista o veterinario graduados en Facultades aceptadas por el Gobierno: cocaína o sus sales, eucaina, alfa o beta, sean solas o combinadas con otras sustancias, y sea cual fuere el nombre con que se las distinga; opio o preparaciones oficinales de éste, como láudano, opio concentrado, bálsamo anodino, etc., codeína y morfina o las sales de éstas o sus derivados; heroína, belladona, atropina o sus sales; cánnabis indica y las demás sustancias de esta misma clase.

La orden o prescripción que se exige para la venta de estas sustancias no podrá despacharse sino una vez, no valdrá después de tres días de expedida, y quedará original en la botica o farmacia donde se despache.

Después de la mencionada ley, la venta de cocaína y las demás drogas era permitida, pero con ciertas restricciones, pues como se denota en la norma transcrita, se requería prescripción médica que justificara su consumo. Sobre la producción, ésta no contaba con mayores trabas, pues como se desprende del artículo 4° de esta normatividad, apenas se hablaba de la posibilidad de limitar la importación de las drogas. Además, no se estableció pena privativa de la libertad por la violación de sus disposiciones, manteniendo dicha norma un carácter preventivo.

⁵ HENMAN, Anthony. *Mama Coca*. Bogotá, Editorial El Ancora Editores, Editorial La Oveja Negra, 1981, p. 23.

⁶ EL OLMO, Rosa. *La socio-política de las drogas*. Caracas, Editorial Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Económicas y Sociales División de Publicaciones, 1985, p. 51.

⁷ Norma consultada en la página Web de la Dirección Nacional de Estupefacientes, <http://www.dnecolombia.gov.co>, 14 de febrero de 2006.

Esta situación se mantuvo hasta la expedición de la Ley 118 de 1928⁸, la cual estableció una sanción penal para la conducta de traficar la cocaína sin el cumplimiento de las normas legales. Contrario a la Ley 11 de 1920, la Ley 118 de 1928 penalizó las conductas de fabricar y traficar la cocaína y demás drogas prohibidas, con penas privativas de la libertad, según su artículo 5°:

Artículo 5°. La persona a quien se compruebe el ejercicio del comercio ilegal de los artículos de que tratan la Ley 11 de 1920 y la presente, será penada con una multa de cincuenta pesos (\$ 50) a doscientos pesos (\$ 200) y prisión por uno a seis meses.

En casos de reincidencia se aplicará el doble de estas penas. Los artículos objeto de este comercio ilícito serán decomisados. (Negrillas nuestras).

Además, consideró la situación del consumidor en su artículo 6°, para el cual no estableció pena de prisión, pero sí la reclusión en un establecimiento especial, con el fin de imponerle un tratamiento médico. No obstante, pese a que la materia prima de la cocaína es la hoja de coca, por esa época se permitía el cultivo de la planta de coca y la comercialización de sus hojas.

En 1936 las conductas de producir y traficar drogas fueron consignadas en el Código Penal, como delitos contra la salubridad pública. El artículo 270 penalizó la elaboración y el tráfico de estupefacientes, con un notable aumento de las penas, pues mientras en la ley 118 de 1928 la pena privativa de la libertad para los infractores era de uno a seis meses, en el Código Penal de 1936 fue de seis meses a cinco años. Sin embargo, dicha codificación no contempló el cultivo de las plantas de las que pueden extraerse esas sustancias, ni tampoco se pronunció sobre el consumo de las mismas.

Prohibición y penalización del cultivo y venta de coca

La primera norma jurídica expedida por el gobierno colombiano que pretendió regular con carácter prohibitivo el cultivo y la venta de coca fue la Resolución N° 25 de febrero 11 de 1938⁹, que adicionaba la Resolución N° 313 de 1937 sobre comercio de estupefacientes⁷. Esas normas aludían a la venta de la hoja de coca, impidiendo su comercialización abierta y prescribiendo que solamente se debía vender mediando fórmula médica y por intermedio de las droguerías y farmacias autorizadas por el gobierno.

⁸ Ibid.

⁹ DE LA PEÑA BEGUÉ, Remedios. “El uso de la coca en América, según la legislación colonial y republicana”. En: *Revista Española de Antropología Americana*, Madrid, Vol. 6. 1971, p. 195.

Posteriormente en 1941, el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social emitió la Resolución N° 578, la cual dispuso censar todos los cultivos de coca existentes en el país, prohibir la siembra de nuevos cultivos y exigir la autorización de las autoridades administrativas respectivas para las ventas al por mayor de la hoja de coca y estableció una multa pecuniaria para quienes desconocieran la norma.

En 1946 se expide la Ley 45, la cual adicionó el artículo 270 del Código Penal de 1936. Inicialmente este Código había establecido como delito penal la elaboración, distribución y tráfico de estupefacientes, sin contemplar en sus disposiciones las plantas de que pueden derivarse esas sustancias. Con la Ley 45 sí se penalizó el cultivo de las plantas de las que puedan extraerse las sustancias estupefacientes. Además, se expidió el Decreto 896 de 1947, que desarrolló la prohibición de cultivar la planta de coca y prohibió el pago de salarios con sus hojas. También estableció que toda persona “a quien se le encuentre morfina, heroína o cualquier otra droga estupefaciente sin permiso legal para conservarlas, se le presumirá como traficante ilícito”, e incurrirá en las sanciones del artículo 270 del Código Penal.

Para los autores ARANGO JARAMILLO, CHILD y PÉREZ GÓMEZ, el Decreto 896 de 1947 fue el “primer estatuto antinarcóticos de la república”¹⁰. Sin embargo, esta afirmación es cuestionable, porque dicha norma solamente hizo alusión al cultivo de la coca, de la marihuana y a la venta y distribución de las mismas, sin referirse a las sustancias estupefacientes que se derivan de las mismas, por ejemplo la cocaína, y sin contemplar todas las conductas que rodean la actividad de producir, traficar y consumir los estupefacientes. Creemos que en la medida que el Decreto 896 de 1947 solamente prescribió disposiciones normativas para unos pocos aspectos de las drogas ilícitas, no puede considerarse como un estatuto de estupefacientes y que sí pueden considerarse así el Decreto 1188 de 1974, derogado luego por el Estatuto de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), disposiciones a las que nos referiremos posteriormente, las cuales regulan de manera integral todo lo atinente a las drogas ilícitas.

Las medidas normativas contra el cultivo y la venta de coca generaron gran controversia entre el gobierno y empresarios con intereses en el cultivo de la planta de coca, así como en la comercialización de sus hojas, originando numerosos reclamos y protestas¹¹. Precisamente esas manifestaciones de inconformidad alimentaron una huelga que “afectaba por esos mismos días la zona y explotación petrolera más

¹⁰ ARANGO JARAMILLO, Mario y CHILD, Jorge. *Narcotráfico: Imperio de la cocaína*. Medellín, Editorial Percepción, 1984. p. 123. PÉREZ GÓMEZ, Augusto. *Historia de la drogadicción en Colombia*. Bogotá, Editorial Tercer Mundo Editores, Universidad de los Andes. 1988, p. 39.

¹¹ DE LA PEÑA BEGUÉ, *Op. Cit.*, p. 198.

importante del país”¹², lo que hizo “que el gobierno se viese obligado a dictar el Decreto 1472, de abril de 1947, por el cual se aplazaba por un año la orden contenida en el Decreto 896 de proceder a destruir los cultivos de coca...”¹³. De esta manera, con la expedición del Decreto 1472 de 1947, los ánimos de los opositores a la prohibición de cultivar la hoja de coca quedaron calmados y las normas que prohibían y penalizaban las plantaciones cocaleras quedaron en el olvido, por lo menos hasta la década del setenta.

En suma, puede afirmarse que, de acuerdo con las normas jurídicas expedidas por el gobierno colombiano en las décadas de 1930 y 1940 con miras a prohibir el cultivo y comercialización de la hoja de coca, esa situación era considerada por las autoridades como un problema de salud pública, tratándolo inicialmente con normas de carácter administrativo que serían aplicadas por autoridades administrativas, aunque conservando la tendencia de pretender solucionar los problemas con la expedición de normas jurídicas. Luego se le dio un tratamiento punitivo, situación que duraría poco, ya que las normas que penalizaban las plantaciones de coca fueron suspendidas. Por otra parte, se consideraba que la dificultad en cuanto a salud pública se encontraba principalmente en zonas rurales, ya que la masticación de la coca no era propia de los centros urbanos¹⁴. De todos modos es cuestionable en qué medida la masticación de la hoja de coca constituía un problema de salud pública en aquel momento, cuando inclusive en la actualidad “falta consenso en torno a los efectos del uso y abuso de las drogas y a lo que se ha llamado ‘el problema de las drogas’”¹⁵.

Otro aspecto sobresaliente en la normatividad legal expedida por el gobierno para prohibir y penalizar la elaboración, el tráfico y el consumo de la coca y la cocaína, es la falta de coherencia frente a la regulación del cultivo de la planta y la producción del alcaloide, ya que esas dos actividades se trataron separadamente. Los siguientes argumentos explican esta afirmación:

Primero: Si se reparan bien dichas disposiciones legales, primero se prohíbe la elaboración y comercialización de la cocaína con la expedición de la Ley 11 de 1920, sancionándose con multa la transgresión de esta ley. Luego, se establece pena

¹² BEJARANO, Jorge. “Nuevos capítulos sobre el cocaísmo en Colombia”. En: *América Indígena*. México D.F. Vol. XIII No. 1. Enero de 1953, p. 39.

¹³ *Ibíd.*, p. 39.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 41.

¹⁵ THOUMI, Francisco. *El imperio de la droga: Narcotráfico, economía y sociedad en Los Andes*. Bogotá, Editorial Planeta Colombiana S. A. 2002, p. 33.

de prisión por el desconocimiento de dicha prohibición, con la expedición de la Ley 118 de 1928 y, mientras tanto, se guarda silencio acerca de la planta de coca, que de una u otra forma era cultivada en el campo como cualquier otro producto agrícola y, de la misma manera, era negociada en el comercio.

Segundo: Posteriormente, cuando ya se prohíben los cultivos de la hoja de coca, invocando los compromisos adquiridos por Colombia en virtud de la ratificación de la Convención firmada en Ginebra en 1925 (Ley 68 de 1930), las razones que se aducen no tienen nada que ver con la fabricación y venta de la cocaína en nuestro país. Los motivos que impulsaron esta prohibición se fundamentaban en la salud de las personas que masticaban la hoja de coca.

Tercero: La controversia generada en el país a finales de la década del 30 y los años subsiguientes, en cuanto a la prohibición de los cultivos coqueros¹⁶ no vinculó la cocaína. La situación a tener en cuenta en esa coyuntura era la masticación de la hoja de coca por los habitantes del campo y zonas rurales, tales como campesinos e indígenas. Prueba de ello es que las autoridades, en las normas expedidas para prohibir esos cultivos, únicamente manejaban los conceptos de “coca” y “cocaísmo” para hacer alusión a la práctica reiterada de los campesinos e indígenas de masticar la hoja de coca cotidianamente¹⁷.

Hacia la guerra contra las drogas

Luego de ocurrida la polémica nacional por los cultivos de hoja de coca y antes de iniciarse la guerra declarada contra las drogas por parte del gobierno colombiano a comienzos de la década del setenta, ocurrieron algunos hechos importantes que de una u otra forma sirvieron como pretexto para ir allanando el camino a la política antidrogas en la década del setenta y años posteriores.

Después de la década del cincuenta y hasta comienzos de 1970 el Estado colombiano no volvió a expedir normas que regularan el tema del cultivo de coca y la elaboración y comercialización de la cocaína. Probablemente el problema de la

¹⁶ Acerca de las discusiones ocurridas en el país, a finales de la década del treinta y hasta finales de la década del cuarenta, por la prohibición de los cultivos de coca y la comercialización de sus hojas puede verse: ARANGO JARAMILLO y CHILD, *Narcotráfico: Imperio de la cocaína*, Op. Cit., p. 123.

¹⁷ Es lo que puede deducirse del discurso de algunos funcionarios del gobierno de la época, como el entonces Ministro de Salud Jorge Bejarano, cuyo escrito hemos citado; así como Gerardo Bonilla Iragorri, quien para 1953 era Director de Higiene del Departamento del Cauca, en su obra *El problema del cultivo y masticación de hojas de coca en Colombia*, citado por ARANGO JARAMILLO y CHILD. Bejarano y Bonilla no traen a colación el tema de la cocaína cuando hablan del cultivo de la hoja de coca y la masticación de la misma.

violencia haya opacado la problemática de las drogas, especialmente el de la coca y la cocaína. Se dice que en ese período no hubo represión a las drogas¹⁸.

No obstante, en el mes de mayo de 1959 aparece en la prensa escrita una noticia, donde se decía que Medellín era un centro internacional del narcotráfico. Se hablaba de la llegada al país de agentes del FBI para colaborar en investigaciones relacionadas con el hallazgo de un laboratorio para fabricar cocaína y heroína¹⁹. De acuerdo con esa información, la droga producida en Medellín era enviada hacia Cuba y de allí se distribuía a Estados Unidos y México. La publicación de ese artículo de prensa es relevante porque consideramos que con su aparición se fue creando un ambiente favorable para legitimar la guerra contra las drogas.

En el mismo sentido de la afirmación anterior, otro hecho importante fue la entrada a Colombia de los denominados “Cuerpos de Paz”. Estos grupos de jóvenes norteamericanos llegaron gracias a la Alianza para el Progreso, política internacional que implementó el gobierno Kennedy en 1961 en América Latina, para promover el desarrollo de los países latinoamericanos y frenar el avance del comunismo²⁰. Estos grupos fueron enviados a distintas zonas del país, entre ellas, el sur de Colombia, donde trabajaron con indígenas y les enseñaron el proceso químico para extraer la cocaína de la hoja de coca. Esa circunstancia hizo que proliferaran los cultivos de coca, contribuyendo a la fabricación y el tráfico de la cocaína.

Víctor Mosquera Chaux, congresista de la República en la década del 40, defensor de la posición de los cocaleros cuando por aquella época se ordenó la destrucción de los cultivos, además, persona de gran prestigio en el ámbito político del país, especialmente en el Departamento del Cauca, afirma:

Se dice que los llamados Cuerpos de Paz que vinieron aquí como una colaboración norteamericana para trabajos sociales en los barrios pobres de las ciudades y en las zonas rurales, fueron los que enseñaron los procedimientos químicos para extraer productivamente la cocaína de las hojas de coca. Y como consecuencia de ellos, se formó la cadena, de muchos eslabones del tráfico de ese alcaloide. Naturalmente, se establecieron nuevos cultivos y se agravó el problema. Al mismo tiempo, en otras comarcas se generalizó el cultivo de la marihuana, intensificado por la gigantesca demanda internacional, especialmente de los Estados Unidos de Norteamérica, que es el principal mercado del consumo²¹.

¹⁸ ARANGO JARAMILLO y CHILD, *Coca-Coca: Historia, manejo político y mafia de la cocaína*, Op. Cit., p. 198.

¹⁹ El Espectador (22 de mayo de 1959), p. 3.

²⁰ ARANGO JARAMILLO y CHILD, *Narcotráfico: Imperio de la cocaína*, Op. Cit., p. 178.

²¹ Periódico El Espectador, Bogotá (23 de julio de 1984), p. 7-A. En ese mismo sentido puede verse: SOCARRÁS, José Francisco. “A propósito de la drogadicción”. En: El Tiempo, Bogotá (18 de mayo de 1973), p.

De la penalización a la guerra contra las drogas

Con los antecedentes anteriores, que a la vez podrían calificarse como pretextos, y la celebración de la Convención Única de Estupefacentes de la Organización de Naciones Unidas en 1961, la década de los setenta trae consigo una más de las guerras del Estado colombiano: nos referimos a la guerra declarada contra las drogas, específicamente contra la cocaína.

En virtud de dicha declaración las autoridades del Estado, como por ejemplo el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y la Policía, empiezan a destruir cultivos ilícitos y a controlar el tráfico ilegal de la cocaína. La gran prensa se compromete con la causa por medio de campañas preventivas y el 17 de agosto de 1970 el periódico *El Tiempo*, en asocio con el medio televisivo, así como con la cadena radial *Caracol*, lanzó una campaña en contra del consumo de drogas estupefacentes²².

El 4 de septiembre de 1970 se expidió el decreto 1345, que corresponde al Código de Procedimiento Penal, el cual reguló “el juicio por contravenciones” en los artículos 657 y subsiguientes. En virtud de ese denominado juicio por contravenciones y pese al desarrollo normativo de los años treinta y cuarenta referente a la prohibición de la fabricación y tráfico de drogas estupefacentes, la ley aplicable a los traficantes a comienzos de 1970 era benigna, según un artículo de prensa de septiembre de 1970. El periódico *El Tiempo*, con el título de “Libre uso de drogas heroicas”, publica un artículo donde hace comentarios a un concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación, a través de uno de sus funcionarios, en el sentido de que el tráfico de drogas heroicas se “rebajó” a simple contravención penal. Además, que pese a tener pena privativa de la libertad, es excarcelable, de manera que los detenidos por tales conductas deben ser liberados mientras el juez dicta el fallo²³. Y en consecuencia, el ciudadano podría consumir esas drogas, pero no transportarlas, ya que la ley penal trata de evitar que lleguen hasta sus manos, castigando a los traficantes, aunque la ley es benigna con los mismos. Se concluye en el artículo de prensa citado que “Colombia acaba de ingresar a la esfera de los países que disfrutan de la mayor tolerancia para el uso de los estupefacentes”.

4-A. Dice el columnista en su artículo: “¿Quiénes enseñaron a nuestros primitivos analfabetas a manipular la cocaína? ¿Quiénes les suministraron los rudimentarios implementos para la manipulación? ¿Quiénes los motivaron, merced a incentivos económicos, para que echaran por el atajo del delito? Existen informes fidedignos de que fueron ciudadanos norteamericanos los responsables del desafío”.

²² *El Tiempo*, (17 de agosto de 1970), p. 6.

²³ *El Tiempo*, (23 de septiembre de 1970), Bogotá, p. 1 y 12.

Es del caso advertir como la prensa colombiana, al paso que comentaba la legislación vigente, destacaba también hechos de corrupción en las entidades oficiales encargadas de la destrucción de los cultivos y control de las sustancias ilícitas. El 22 de julio de 1974 la revista *Alternativa* hace un recuento de hechos de corrupción en las fuerzas del Estado, publicados en los periódicos *El Espectador* y *El Tiempo* desde 1972, donde aparecen funcionarios de policía y del DAS de distinto rango involucrados en diferentes actuaciones de tráfico de cocaína y comercialización de la misma²⁴. Además, nos llama la atención la tolerancia de las autoridades con ciertas plantaciones de coca y marihuana, que no eran destruidas pese a tener certeza sobre su existencia²⁵.

Por otra parte, desde comienzos de la década de los setenta, se consideraba a Colombia como un centro de elaboración de cocaína, por donde se traficaba con el producto y que la materia prima, es decir la hoja de coca, era importada desde Perú y Bolivia. Así se afirma en un artículo de prensa en 1975:

²⁴ *Alternativa*, Bogotá, No. 12 (22 de julio de 1974), p. 3. Estos son algunos apartes del recuento que hizo la revista:

“-1970-”

“Vice-cónsul de Colombia en Nueva York, José Álvaro Córdoba Bojassen, cae preso en esta ciudad con 25 kilogramos de cocaína, (octubre). Puesto en libertad bajo una multimillonaria fianza, el diplomático se quedó y hoy vive cómodamente en Cali.”

“-1972-”

“Teniente de la ‘fuerza disponible’ de Barranquilla (Diego A. Sanmartín) y varios agentes de Policía comprometidos en tráfico de cocaína, (Junio).”

“Las autoridades colombianas encargadas de luchar contra el tráfico de drogas confiesan ‘no saber’ donde se hallan más de 600 millones de pesos en drogas decomisadas por ellas mismas durante 1971, (mayo). Posteriormente aparecen 13 de los 600 millones sin que se sepa, hasta la fecha, qué se hizo el resto de la ‘mercancía’.”

“-1973-”

“Sorprendido con 19 kilos de cocaína el jefe del DAS de Leticia, Pablo Gómez García. La Procuraduría denuncia que la investigación es obstruida por el director general del DAS, general Ordóñez Valderrama, (mayo).”

“Desaparece cocaína por valor de 193 millones de pesos decomisada en los últimos meses por el DAS, F-2, y aduanas, (junio). ‘Severa investigación’ ordenada por el Ministerio de Justicia no arroja resultados, (julio).”

“F-2 y DAS se cruzan cargos mutuos sobre encubrimiento en diversos casos de tráfico de drogas, (noviembre).”

“-1974-”

“Jefe del DAS en Antioquia comprometido en millonario contrabando procedente de Urabá. (mayo). Cuarenta y ocho agentes secretos de esta dependencia habían sido destituidos semanas antes por tráfico de estupefacientes.”

²⁵ HENMAN, *Op. Cit.*, p. 91.

El tráfico de marihuana y cocaína, sobre todo de esta última, representa un sector especialmente dinámico en la progresiva expresión del millonario negocio clandestino. Por diversos factores de índole geográfico como legal, Colombia se ha convertido en el último año y medio en un centro estratégico de comercio mundial de drogas. [...] El consumo creciente de cocaína en Estados Unidos, junto con el surgimiento de Suramérica como nueva ruta internacional para introducir drogas heroicas de diversa índole a ese país, son elementos que han contribuido a que Colombia sea hoy un punto importante de refinamiento y redistribución de cocaína hacia el mercado norteamericano [...] Gran parte de la coca viene del sur de Perú y Bolivia y aquí es refinada en laboratorios secretos, antes de ser despachada al exterior por las más diversas rutas²⁶.

Por esta época, la mayor parte de cocaína refinada en Colombia provenía de la pasta cruda importada de Bolivia y Perú, ya que las cosechas del Cauca eran insignificantes frente a los cultivos existentes en los departamentos del Cuzco y Huanuco en el Perú y los valles de las Yungas en Bolivia, razón por la cual, la importancia de nuestro país en el comercio de la cocaína era reciente, ya que antes de finales de la década del sesenta “parece que prácticamente no había un mercado negro de cocaína”²⁷. Era muy poco el consumo ilegal de la cocaína, el cual se concentraba principalmente en la élite económica y política del momento²⁸.

Sumada a este hecho, se destaca también la participación de extranjeros, especialmente norteamericanos, en el negocio de las drogas estupefacientes. De acuerdo con declaraciones del Director del DAS de aquella época, en las cárceles colombianas, había gran número de extranjeros detenidos por el tráfico de drogas²⁹. Precisamente, se acababa de dismantelar una “peligrosa banda” dedicada al tráfico de drogas que era dirigida desde Estados Unidos³⁰.

Por todo lo anterior, para el año de 1972 la agenda internacional de los Estados Unidos empieza a hacerse más visible sobre América Latina, especialmente en Colombia, para lograr la prohibición y penalización de las drogas. En reunión sostenida entre los gobiernos latinoamericanos y el estadounidense, en la ciudad de Washington, “América Latina y Estados Unidos estrecharon su cooperación para llevar adelante en escala mundial la lucha contra el tráfico ilícito de estupe-

²⁶ Alternativa, Bogotá No. 27 (24 de febrero-09 de marzo de 1975), p. 2-3. También puede verse un artículo de prensa de Germán Castro C., titulado “Colombia es fácil para el tráfico de heroína”, publicado en el periódico El Tiempo, Bogotá (4 de febrero de 1972), p. 6-A.

²⁷ HENMAN, *Op. Cit.*, p. 82.

²⁸ *Ibid.*, p. 82.

²⁹ El Tiempo, Bogotá (6 de diciembre de 1974), p. 1.

³⁰ *Ibid.*, p. 1.

facientes”³¹. Se comentaba en este artículo de prensa que el apremio de los norteamericanos por frenar el tráfico de drogas en América Latina era “ominoso”, ya que las estadísticas manejadas por su gobierno indicaban “un notable aumento” del ingreso a ese país de estupefacientes entre 1970 y 1971. De la misma manera, el 29 de junio de 1972 se llevó a cabo en Caracas una Conferencia sobre las drogas organizada por la Interpol, con representación de los países latinoamericanos³². Allí se discutía acerca de “¿Cuál es la solución para la temible plaga de las drogas?”. Dice el artículo de prensa que:

Representantes de Interpol de todos nuestros países estuvieron presentes en estas deliberaciones. Llamó la atención la tesis desplegada por la delegación colombiana que defiende como aspecto esencial para combatir el consumo de drogas, la enseñanza, la difusión de los peligros que encarna la droga, y la atención de los mayores hacia la actitud de las jóvenes generaciones. Otros son partidarios de la acción violenta.³³ Esta no ha conducido hasta ahora sino a peores problemas sociales.

En estas circunstancias se puede evidenciar el afán de los Estados Unidos por controlar el tráfico ilícito de estupefacientes, para lo cual se propuso atacar el problema en los países productores y que servían de puente para llevar las drogas hasta su territorio. En esa tarea Colombia, al igual que ahora, se presentaba ante la mirada gringa como un lugar clave y un blanco perfecto para sus intereses. De acuerdo con los artículos de prensa de la primera mitad de la década de los setenta, que hemos citado, nuestro país era un sitio estratégico para traficar las drogas ilícitas con destino a Norteamérica. En cuanto a esas drogas, a comienzos de los setentas, la marihuana era producida en Colombia, mientras que la heroína venía procedente de Europa y la cocaína, en mayor medida, era traída de Bolivia y Perú, para luego ser enviada a Estados Unidos³⁴.

Una muestra manifiesta de la presión del gobierno norteamericano sobre el colombiano, para que intensificara el control sobre la producción y el tráfico de estupefacientes, fueron las palabras de dos congresistas norteamericanos de visita en nuestro país. En el mes de abril del año 1973, los senadores Steele y Murphy manifestaron que “las familias norteamericanas estarían inmensamente agradecidas con Colombia si el Presidente Misael Pastrana emprendiera una vigorosa y efec-

³¹ El Tiempo, Bogotá (4 de febrero de 1972), p. 6-A.

³² El Tiempo, Bogotá (29 de junio de 1972), p. 5-A.

³³ *Ibid.*, p. 5-A.

³⁴ El Tiempo, Bogotá (4 de febrero de 1972), p. 6-A.

tiva campaña contra el tráfico ilícito de drogas hacia Estados Unidos”³⁵. Ante esta aparente exhortación de los norteamericanos el Presidente Pastrana respondió que “el gobierno de Colombia se comprometerá en el futuro en tal empeño, con todos los recursos que sean necesarios para combatir este peligro creciente que puede destruir la sociedad”³⁶. Sin embargo, para dos altos funcionarios del gobierno de aquel momento la situación planteada por los congresistas extranjeros y respaldada por el Presidente no era la más necesaria, ya que para uno de ellos el tráfico ilícito de drogas “no es preocupación del gobierno” y para el otro “este problema no está dentro de las prioridades políticas de este gobierno”³⁷.

Pareciera que el Presidente Misael Pastrana Borrero se hubiese comportado como un buen hijo de familia, obedeciendo las aparentes exhortaciones de los norteamericanos, ya que el 25 de junio de 1974 el ejecutivo expidió el Decreto 1188 que corresponde al Estatuto Nacional de Estupefacientes. Esta norma reguló de una manera integral la producción, el tráfico y el consumo de los estupefacientes, y no solamente las propias sustancias, sino también las plantas de las cuales se extraen las mismas.

El afán por cambiar la regulación penal de la elaboración, tráfico y consumo de las drogas estupefacientes fue tan notorio, que el propio gobierno se encargó de efectuar las respectivas reformas a través del Decreto 1188 de 1974, razón por la cual, las comisiones redactoras del Código Penal de 1980 se abstuvieron de discutir lo relacionado con drogas consideradas ilícitas. El Presidente de la Comisión Redactora creada en 1972 con el Decreto 416, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, sostuvo que:

El título correspondiente a los delitos contra la *Salud Pública*, debería estar integrado por dos capítulos: el que se analizará a continuación y el que se refiere al denominado tráfico de estupefacientes o drogas que causan dependencia. Como el gobierno está elaborando un estatuto completo sobre este último fenómeno, nos dedicaremos al estudio de las disposiciones de que tratan los artículos 264 a 269...³⁸

Con la expedición del Estatuto Nacional de Estupefacientes de 1974, quedaron atrás las ambigüedades en el manejo de la coca-cocaína y demás drogas estupefacientes, propias de las primeras medidas prohibitivas, que además estuvieron vigentes

³⁵ El Tiempo, Bogotá (12 de abril de 1973), p. 4-A.

³⁶ *Ibíd.*, p. 4-A.

³⁷ *Ibíd.*, p. 4-A. En el artículo no citan el nombre de los altos funcionarios del Estado colombiano que emitieron esas opiniones.

³⁸ Acta No. 83 de la Comisión Redactora del Código Penal de 1980, octubre 31 de 1973.

hasta la expedición de este Estatuto, pues todo lo concerniente a las drogas ilícitas fue regulado íntegramente por el mismo. También debió quedar atrás cualquier consideración del carácter de benigna de la ley penal respecto de los traficantes de drogas ilícitas, ya que este decreto expresamente calificó las conductas de fabricar y traficar estupefacientes como delitos penales, despejando así toda duda sobre si esas conductas eran contravenciones, y les estableció una pena privativa de la libertad más gravosa que la preexistente.

La Doctrina de la Seguridad Nacional como legitimación de la Guerra Antidrogas

Un acercamiento a los móviles que desencadenaron la guerra contra las drogas estupefacientes (consecuente persecución por parte de las autoridades del Estado), se puede dar a partir del entendimiento de la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN), cuya base ideológica fue sustentada por las políticas internacionales adelantadas por Estados Unidos, en ejecución de su programa de expansión del control social más allá de sus fronteras. Dando mayor claridad al asunto expuesto, Cavagnari Filho se refiere a él de la siguiente manera:

Durante el período de la guerra fría, la mayoría de los países latinoamericanos tuvo su propia doctrina de seguridad nacional, aunque todas las doctrinas se apoyaban en el mismo sistema conceptual, cuya matriz era norteamericana. Fue una iniciativa exitosa de los Estados Unidos en la medida en que estableció un lenguaje común en el ámbito de la política y de la estrategia, facilitando así la formación de un consenso ideológico y operacional para la seguridad hemisférica. Sin embargo, el empleo de tales doctrinas debe ser evaluado por la lógica de la política que hizo uso de ellas, que era la de la potencia hegemónica, los Estados Unidos. El punto de referencia considerado durante la guerra fría fue el conflicto Este-Oeste y los objetivos definidos atendían las necesidades de seguridad de esa superpotencia. Entonces, si el pensamiento estratégico latinoamericano se fundamentó en parte sobre la perspectiva del alineamiento estratégico, la planeación estratégico-militar subordinó los intereses nacionales a la obtención de tales objetivos, de acuerdo con un consenso ideológico y estratégico sutilmente impuesto por los Estados Unidos³⁹.

³⁹ CAVAGNARI FILHO, Geraldo Lesbat. América del Sur: Algunos Elementos para la Definición de la Seguridad Nacional. En: LEAL BUITRAGO, Francisco. TOKATLIAN, Juan Gabriel (Compiladores). ORDEN MUNDIAL Y SEGURIDAD. Nuevos Desafíos para Colombia y América Latina. Colombia, Tercer Mundo Editores. 1994. pp. 52-53.

En realidad la Doctrina de la Seguridad Nacional fue el ataque emprendido por Estados Unidos para desestimular el avance del comunismo en Latinoamérica. Debido a esta estrategia anticomunista, la superpotencia extendía sus lazos de control político y militar sobre este continente, declarando una guerra ideológica a cualquier resquejamiento de inconformidad contra las políticas de dicha superpotencia.

La DSN se puede definir como “una macro teoría militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la “ocupación” de las instituciones estatales por parte de los militares”⁴⁰. Dicha ocupación se dio por el cambio radical que implicaba su nueva ideología, en la cual los militares ocupaban un lugar fundamental en la conformación y dirección del Estado, atribuyéndoseles mayores competencias, como el mantenimiento del orden público, todo esto en aras del confuso concepto de la “seguridad nacional”. Según Leal Buitrago, “al no haber ninguna estrategia política de Estado para el control del orden público, la precaria línea castrense que llenó este vacío estuvo determinada por la concepción político-militar proveniente del Estado de seguridad estadounidense y la DSN suramericana”⁴¹. Esto sin lugar a dudas modificó la concepción tradicional de las Fuerzas Militares en Colombia, estatuidas tradicionalmente para la guarda de las fronteras y la defensa de la soberanía nacional.

Esta ideología anglosajona, fue habilidosamente legitimada a través de su política internacional, la cual buscaba eficacia jurídica al interior de los estados mediante su puesta en práctica por parte de las Fuerzas Militares internas, así:

En el terreno de la seguridad, dos instrumentos fueron importantes para el ejercicio de la hegemonía norteamericana y para el alineamiento estratégico de los países latinoamericanos con los Estados Unidos: el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, TIAR, y los acuerdos bilaterales de asistencia militar. El TIAR, suscrito en Río de Janeiro en 1947, estableció una amplia alianza militar que vendría a perfeccionarse mediante esos acuerdos bilaterales, firmados entre 1952 y 1958, y creó una doctrina de defensa común, que consideraba cualquier agresión a un país signatario como agresión a todos. A partir de esa época, las perspectivas militares latinoamericanas se desarrollaron en el ámbito del sistema interamericano de defensa, parte integrante del dispositivo de seguridad de los Estados Unidos. Los militares latinoamericanos veían en esa alianza la oportunidad de modernizar sus Fuerzas Militares⁴².

⁴⁰ LEAL BUITRAGO, Francisco. LA SEGURIDAD NACIONAL A LA DERIVA, Del Frente Nacional a la Posguerra Fría. FLACSO-Sede Ecuador. Ed. Alfaomega, Ceso-Uniandes. 2002. p. 1.

⁴¹ Ibid. p. 32

⁴² CAVAGNARI FILHO. *Op. Cit.*, pp. 53-54.

Fue a través de este marco común de alianzas estratégicas de defensa continental, que las Fuerzas Militares colombianas adquirieron competencia para desarrollar esta lucha interna, cambiando su tradicional papel de protectores de la soberanía nacional, para adoptar el sistema americano de defensa, y sus bases ideológicas al interior de los estados. Frente a este asunto Tokatlian sostiene:

A medida que avanzó el proceso de despolitización bipartidista y se generalizó la ideología del anticomunismo en los militares, fué calando el concepto de seguridad nacional, como sustituto del de defensa nacional. Este último pasó a ser subsidiario del primero desde mediados de los años sesenta. La seguridad nacional suponía una permanente amenaza de fuerzas nacionales e internacionales vinculadas al comunismo, a diferencia de la defensa nacional cuyo interés era la *tradicional* salvaguardia de la soberanía, principalmente frente a los países vecinos⁴³.

Las principales finalidades que Estados Unidos pretendió con la implementación de la DSN fueron las de equiparar la seguridad del Estado con la de la sociedad, “su objetivo es identificar las posibles amenazas al Estado provenientes del exterior, mediante hipótesis de guerra, es decir, se ubican los potenciales enemigos externos y se les anticipa un trato militar”⁴⁴. Pero en Latinoamérica se dio un giro con respecto a esta concepción de la Doctrina, puesto que, a pesar de que permaneció dicha equiparación, “su principal innovación fue considerar que para lograr este objetivo era menester el control militar del Estado. El otro cambio importante fue la sustitución del enemigo externo por el interno”⁴⁵.

La característica principal que posee este enemigo interno, es su dinamismo, ya que es intercambiable, de acuerdo a los intereses coyunturales, lo que permite la preservación intacta de los postulados de la Doctrina, a pesar de que su objeto sea distinto. Al respecto, la siguiente afirmación:

A partir de los postulados de la Doctrina de Seguridad Nacional, la nación se convierte en la razón ilimitada del ejercicio del poder coactivo del Estado y en esta medida la “Seguridad Nacional” lo justifica todo frente a cualquier eventual enemigo así utilice los canales democráticos, pero ante todo, permite identificar al enemigo y clasificarlo para determinar la táctica a aplicar, en los términos que venimos hablando, permite construir “otro”⁴⁶.

⁴³ LEAL BUITRAGO, Francisco. TOKATLIAN, Juan Gabriel (Compiladores). *Op. Cit.*, p. 137. (Cursiva fuera de texto).

⁴⁴ LEAL BUITRAGO. *Op. Cit.*, p. 194.

⁴⁵ *Ibid.* p. 195.

⁴⁶ *USOS DEL DERECHO PENAL. Doctrina de la Seguridad Nacional.* La anterior idea surgió de las discusiones planteadas al interior del Grupo de Investigación, en las cuales se llegó a dicha conclusión, la cual es compartida por los autores de este artículo.

Dadas estas condiciones ideológicas, políticas y militares, proveídas por la introspección por parte de las autoridades estatales de los objetivos de la DSN, entre ellos la identificación de un enemigo interno, amenazante de la seguridad del Estado, no se dificulta la orientación del ataque estadounidense, hacia la lucha contra la producción y tráfico de las drogas estupefacientes, definiéndolas como un asunto de seguridad nacional, ya que en principio, la idea de la nocividad de las mismas fue estadounidense. Según esto, la DSN se revitaliza para atacar otras formas de amenazas a la superpotencia extranjera, utilizando la institución castrense como medio de defensa. Frente a esto Leal Buitrago explica:

En los sectores castrenses se niega que la DSN haya existido y menos que haya afectado al país. Esta actitud se debe a la declinación de la Doctrina en la región latinoamericana y a sus efectos ambivalentes sobre militares colombianos por motivo de los procesos de paz. Por eso, la remoción de los rezagos doctrinarios será más un producto de la evolución que experimente la violencia política en el país y la consecuente *reconceptualización militar del enemigo interno*, que del surgimiento de una alternativa al paradigma de la Doctrina⁴⁷.

Lo que no se logra exteriorizar adecuadamente es la seguridad de a quién realmente se está protegiendo, mediante la identificación como “enemigo”, del fenómeno del narcotráfico, según explica Tokatlian de la siguiente manera:

En un momento histórico dado, la élite civil de un Estado débil, define que la amenaza del narcotráfico organizado colombiano se constituye en un problema de seguridad nacional. Dicha determinación se realiza en un contexto geopolítico donde el hegemon continental incuestionable es Estados Unidos, referente principal de Colombia en todos los terrenos (diplomático, militar, comercial, tecnológico, etc.) y país donde se produce el mayor consumo del conjunto de drogas psicoactivas.

[...] Independiente de la definición estatal de narcotráfico organizado como cuestión de seguridad nacional, y de la operatividad/viabilidad de esa definición, el hecho de que en Estados Unidos el Estado (*sic*) haya determinado que la entrada de drogas ilegales a su territorio constituye un problema de su seguridad nacional coloca una serie de presiones, condicionamientos y restricciones al Estado colombiano, el cual no puede evitar “securitizar” el tratamiento del fenómeno a riesgo de que el país mismo, más que el negocio ilícito en sí, se convierta en una amenaza a la seguridad estadounidense y en una excusa para acciones de fuerza⁴⁸.

⁴⁷ LEAL BUITRAGO. *SEGURIDAD NACIONAL A LA DERIVA*. p. 29. (Subrayas fuera de texto original).

⁴⁸ TOKATLIAN, Juan Gabriel. *DROGAS, DILEMAS Y DOGMAS*. Estados Unidos y la narcocriminalidad organizada en Colombia. Bogotá, Tercer Mundo Editores. 1990. pp. 17-18.

Como consecuencia de esta nueva visión norteamericana del narcotráfico, Colombia utiliza sus Fuerzas Militares para hacer frente al mismo y adelantar la lucha antidrogas impuesta por Norteamérica, sirviéndole de base ideológica los mismos supuestos de la DSN aplicados anteriormente al anticomunismo, según lo afirma CALDERÓN: “Prueba del papel instrumental de las Fuerzas Armadas sería el despliegue de la DSN, al concebir como enemigo interno a las fuerzas alternativas y de oposición a los gobernantes”⁴⁹, entre ellas la actividad narcotraficante.

Es de esta manera como se replantean las políticas internacionales de control social estadounidenses, dirigidas a prevalecer sus intereses frente a cualquier tipo de fenómeno que consideren amenazante de sus objetivos, lo cual explica CALDERÓN de la siguiente manera:

[...] al terminar la guerra fría la DSN da lugar al resurgimiento de la política de contención, entendida como los objetivos, instrumentos y medios dirigidos a detener el avance de enemigos o amenazas a la seguridad de EE.UU. amenazas no sólo militares sino de una amplia gama que van desde los peligros ideológicos hasta riesgos económicos. Es con este argumento que hoy se sustenta el problema de *la guerra contra las drogas como un asunto de seguridad interna* norteamericana⁵⁰.

Compartimos plenamente el anterior argumento, ya que consideramos que la construcción de enemigos, la cual es facilitada por los principios de la DSN, es una práctica reiterada por los Estados Unidos, con el objetivo de aumentar su influencia sobre la escena política internacional, lo que ha llevado a que Colombia, a través de sus Fuerzas Militares, emprenda esta infructuosa lucha antidrogas, que le ha ocasionado más perjuicios que beneficios, tanto para la estabilidad de los gobiernos, como para la integridad de la institución castrense.

Pero este ataque norteamericano, no solo se presenta en el frente de la política militar, una clara influencia de la política antidrogas estadounidense en la legislación penal colombiana fue lo ocurrido durante el gobierno del presidente Barco, en el cual se “asumió, el diagnóstico criminalizante y punitivo de la política estadounidense en torno a la cuestión de la droga, así que su legislación antidrogas, en cuanto legislación de excepción, no fue sino la expresión normativa de la tendencia heredada, a transformar al narcotráfico en un enemigo absoluto del Estado y la Sociedad”⁵¹.

⁴⁹ CALDERÓN, Omer. “La seguridad Estatal en Colombia”. En: América Latina Hoy. Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal. Universidad de Salamanca. Salamanca, No.23 Dic. de 1999. p. 92.

⁵⁰ *Ibid.* p. 100. (Subrayas fuera de texto original).

⁵¹ OROZCO ABAD, Iván. *COMBATIENTES, REBELDES Y TERRORISTAS Guerra y derecho en Colombia*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional. Bogotá, Edit. Temis, 1992, p. 268.

Es este discurso de la DSN, el que luego modifica la estrategia de defensa estadounidense hacia la identificación de los narcotraficantes como terroristas o subversivos, lo que legitima la intensificación de la “guerra a las drogas” y aumenta las presiones de este país para enfrentar la narcocriminalidad en Colombia. En este mismo sentido, OROZCO ABAD explica:

La imposición, por parte de los Estados Unidos, de la subordinación –más que de la sustitución–, a escala mundial de un discurso de salud pública, propio de una concepción del narcotraficante como un delincuente común y del consumidor como un enfermo dependiente, a un discurso de seguridad nacional, adecuado más bien para la percepción del narcotraficante como un enemigo político, es, en buena medida, responsable de la transformación de los narcotraficantes en terroristas [...]⁵².

[...] El año de 1984 comenzó con una dura ofensiva de los Estados Unidos para combatir, a través de su embajada en Colombia y en nombre de la seguridad nacional, al narcotráfico y las guerrillas. La figura dominante en el discurso criminalizante fue la de la “narcosubversión”⁵³. [...] La muerte de Lara Bonilla significa, en tal sentido, el momento de la internalización definitiva del modelo norteamericano de seguridad nacional en la política criminal antidrogas⁵⁴.

Frente a esta imposición, Colombia afronta una delicada crisis de institucionalidad pues, por un lado, debe asumir una actitud de intolerancia frente a las conductas calificadas como no deseables socialmente por los Estados Unidos y, por el otro, debe asumir una lucha, a todas luces inútil, dada la inserción funcional del narcotráfico en el desarrollo de la actividad estatal. Al respecto Tokatlian expone:

[...] el dilema estratégico colombiano conduce al país a una encrucijada trágica dada la racionalidad vigente; racionalidad que refuerza el prohibicionismo y, con ello, la espiral de violencia delictiva, corrupción rampante y rentabilidad espectacular. Eludir la confrontación total de la narcocriminalidad organizada debilita internacionalmente a Colombia. Asumir el enfrentamiento absoluto del narcotráfico organizado debilita nacionalmente al gobierno de turno. La pasividad frente al fenómeno de las drogas psicoactivas debilita externa e internamente al país⁵⁵.

Por esto consideramos paradójico que en principio se haya mirado la lucha antidrogas como una forma de legitimación estatal, puesto que se buscaba la protección

⁵² Ibid. p. 248.

⁵³ Ibid. p. 255.

⁵⁴ Ibid. p. 257.

⁵⁵ TOKATLIAN. DROGAS, DILEMAS Y DOGMAS. p. 18-19.

efectiva de los intereses colectivos o humanitarios, ya que, por el contrario, ha resultado que dicha confrontación ha perturbado la tranquilidad de los gobiernos, al evidenciarse la influencia de la actividad de los narcotraficantes en los mismos. Un claro ejemplo de esto es lo sucedido durante el gobierno del ex-presidente Ernesto Samper, pues la infiltración de dineros del narcotráfico en su campaña presidencial deslegitimó su gobierno, debilitándolo a tal punto que casi no logra terminar su mandato.

CONCLUSIONES

Las motivaciones que llevaron al gobierno colombiano a emprender una guerra contra las drogas e implementar las políticas antidrogas con un enfoque eminentemente represivo, consistente en la destrucción de cultivos y el control del tráfico. De acuerdo con las normas jurídicas creadas en el momento, en la primera mitad del siglo XX se esgrimía la preservación del derecho a la salubridad pública como fundamento aparente para la penalización de la producción y tráfico de la coca y la cocaína. Ese mismo argumento se tuvo en cuenta para legitimar la expedición del Estatuto Nacional de Estupefacientes de 1974, en el Decreto 1188.

Sin embargo, es dudosa la amenaza a la salubridad pública por el consumo de cocaína y demás drogas estupefacientes, teniendo en cuenta que hasta mediados de la década del setenta no se tenían estadísticas que demostraran el uso de esas sustancias⁵⁶. Además, cuando se discute acerca del término salubridad pública nos encontramos con que dicho término, en nuestro sistema penal, aún hoy carece de un contenido concreto, siendo más general el entendimiento de ésta como la actividad de “protección y mejora de la salud de los ciudadanos a través de acciones colectivas, sobre todo por parte de los organismos gubernamentales”⁵⁷, lo que no obsta para que haya otras interpretaciones.

Y es que cuando se indaga por el fundamento para penalizar las drogas cualquier justificación resulta discutible. Así, el tema del bien jurídico que la norma penal pretende proteger, al tipificar las conductas relacionadas con las drogas ilícitas, resiste varias críticas ya que no es claro cómo se afecta éste con la actividad de producir y traficar estupefacientes, dando lugar a muchas discusiones acerca del bien jurídico realmente protegido. Entre las múltiples críticas vale la pena citar a Bustos Ramírez:

⁵⁶ PÉREZ GÓMEZ, *Op. Cit.*, p. 49.

⁵⁷ Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

El acto de producción de droga, aunque sea ilícito, no implica de por sí afectar el bien jurídico protegido, la salud pública, ni siquiera como peligro concreto. Se trata también de un acto preparatorio configurado como un delito de peligro abstracto y, por tanto, transgresor de los principios garantistas del derecho penal moderno. Por lo menos, para darle el carácter de un delito de peligro concreto se tendría que exigir la existencia de un elemento subjetivo, esto es, que sea para favorecer ilegalmente el consumo de droga⁵⁸.

En cuanto a la discusión, acerca del bien jurídico que realmente busca proteger la norma penal, se puede citar a Nanclares Arango, quien separándose de las tesis que afirman que el bien jurídico que se protege es la salud pública y de otras que aducen que lo que realmente busca proteger la consagración del comercio de drogas como delito es el monopolio estatal sobre la industria del narcotráfico, menciona: “Evidentemente este no es un bien jurídico que permitiera la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos; un puro interés inmediato y económico del Estado no puede constituirse en bien jurídico”⁵⁹.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que las dificultades para que la producción y tráfico de drogas estupefacientes sean conductas punibles, son consecuencia de los intereses ocultos que promueven un tratamiento punitivo de la “problemática del narcotráfico”. Estas dificultades pueden originarse en gran parte, en las múltiples presiones que ejerce Estados Unidos en la materia, imponiendo sus intereses en contra de las necesidades y especificidades locales del fenómeno, conduciendo a situaciones comprometedoras para las instituciones del Estado colombiano desde el punto de vista social, jurídico y político. Al respecto, Bustos Ramírez sostiene:

En definitiva, tal como aparece configurada la legislación actual sobre la droga y en especial la coca-cocaína en los países andinos, no hay un bien jurídico protegido y por tanto no hay legitimidad para la intervención punitiva. Los objetivos declarados no son tales y surgen otros no declarados: en primer lugar la función moralizadora que a su vez esconde una multiplicidad de otras funciones no declaradas, entre las cuales evidentemente están las de carácter económico y en especial ajenas a los intereses de esos países⁶⁰.

Según esto, la política colombiana antidrogas obedecía a otros factores diferentes de la preocupación por el grado de afectación que generaba la actividad del narcotráfico internamente, por lo que las autoridades se disponían a aceptar los lineamientos de Estados Unidos de Norteamérica sobre el tema. En parte, la tradicional y férrea

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *COCA-COCAÍNA: Entre el Derecho y la Guerra*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis. 1996. p. 75.

⁵⁹ NANCLARES ARANGO, citado en: BUSTOS RAMÍREZ. *Op. Cit.*, p. 90-91.

⁶⁰ *Ibíd.* pp. 98-99.

orientación anticomunista de las fuerzas armadas y de sectores dominantes claves y la persistencia de una política antinarcoóticos fuertemente punitiva por parte del gobierno coadyuvaron a que Estados Unidos identificara siempre un aliado importante en Colombia.

Bogotá debía comenzar a ajustar más sus políticas antidrogas a los reclamos de Washington a favor de más severidad punitiva, no sólo contra el narcoterrorismo, sino también contra el narcotráfico. Ello se haría evidente en cuanto a las distintas tácticas impulsadas y utilizadas –como la fumigación y la militarización– en la lucha antinarcoóticos⁶¹.

Frente a esta situación Bustos explica:

La evolución de la legislación penal colombiana nos señala que ella sigue completamente el desarrollo de la legislación internacional sobre la materia y, en especial, en los últimos tiempos los dictados y necesidades de Estados Unidos en la materia, sobre todo en lo relativo a la cuestión coca-cocaína. Esta legislación en modo alguno se acomoda a la problemática cultural, social y económica del país. Esta dependencia legislativa lleva a un recrudecimiento de una línea global represiva, que demuestra gran ineficacia y requiere siempre de mayores penas, de ampliación del ámbito de lo punible y de medidas extraordinarias contra el narcotráfico, que a menudo ponen en cuestionamiento el Estado de derecho y son claramente inconstitucionales⁶².

Por eso, precisamente cuando Colombia se muestra como un sitio estratégico para la fabricación y tráfico de cocaína, en la medida que servía de puente entre los principales productores de la materia prima (Perú y Bolivia) y los consumidores finales (Norteamérica), como se resaltó anteriormente, la posición de nuestro país frente a las drogas estupefacientes se torna más represiva. De ahí que la aseveración en el sentido de que para Colombia la droga constituye un problema de Estado por presiones norteamericanas⁶³ no sea gratuita.

En ese sentido, cuando se discute sobre la naturaleza del problema para Colombia en lo tocante al tráfico de las drogas estupefacientes, se afirma que “si la oferta y el consumo de los narcóticos se presentara dentro de las fronteras nacionales, el

⁶¹ TOKATLIAN, Juan Gabriel. *Política Pública Internacional Contra las Drogas*. En: THOUMI, Francisco. URIBE, Sergio. ROCHA, Ricardo. REYES, Alejandro. GARZÓN, Edgar. LÓPEZ, Andrés. TOKATLIAN, Juan. HERNÁNDEZ, Manuel. *DROGAS ILÍCITAS EN COLOMBIA. Su impacto económico, político y social*. Colombia, Editorial Ariel, 1997, p. 483.

⁶² BUSTOS RAMÍREZ. *Op. Cit.*, p. 60.

⁶³ ARANGO JARAMILLO y CHILD, *Coca-Coca: Historia, manejo político y mafia de la cocaína, Op. Cit.*, p. 162.

fenómeno probablemente tendría los vicios de un serio problema de salud pública y carecería de las dramáticas dimensiones que le imprime su naturaleza internacional⁶⁴. Y sobre el papel de los Estados Unidos se sostiene que:

La presencia de los Estados Unidos como coprotagonista del problema, con su interés por desestimular el consumo de droga en su territorio, ha intensificado el apoyo a los mecanismos de disuasión que inciden en mantener los altísimos precios de la cocaína y demás narcóticos. Este enfoque, orientado a debilitar la demanda por narcóticos en Estados Unidos, ha focalizado la acción represiva en el extremo de la oferta y ha colocado el mayor peso de la lucha contra los narcóticos en Colombia. De esta manera, se ha impuesto la conveniencia del gobierno de los Estados Unidos y su definición de prioridades⁶⁵.

Es evidente, entonces, que la postura oficial de Colombia frente a la problemática de las drogas adopta unas prácticas gestadas por Estados Unidos, que para Arrieta, consisten en la política criminal del derecho penal máximo, con tácticas preventivas, policivas y militares, fortaleciendo un Estado policía⁶⁶, en una guerra abierta contra las drogas.

Finalmente, debemos entender que el tratamiento que Colombia le ha venido dando a la producción y tráfico de drogas estupefacientes, es decir el narcotráfico, ha sido punitivo no por consideraciones de orden social, sino más bien de tipo político, ya que se consideran importantes para la perspectiva interna del “problema”, los lineamientos que frente al mismo plantean los Estados Unidos. Y es mediante el uso estratégico de la política internacional de control estadounidense, que se ha provocado, con mayor eficacia, la intensificación de la denominada “guerra contra las drogas”, logrando que los intereses norteamericanos se conviertan en los principales objetivos de las autoridades locales colombianas. En este sentido precisamente fue útil a los propósitos de la potencia extranjera, la implementación en Colombia de la Doctrina de la Seguridad Nacional, dirigida en este caso, a orientar la política militar interna hacia el enfrentamiento directo contra la actividad narcotraficante. Fue esta DSN una manera efectiva de influenciar, desde el plano de la intervención política anglosajona, la confrontación directa por parte de las autoridades colombianas a través de sus Fuerzas Militares, de la denominada problemática de las drogas.

⁶⁴ ARRIETA, Carlos Gustavo. *Narcotráfico en Colombia*. Bogotá, Editorial Ediciones Uniandes, Tercer Mudo Editores, 1991, p. 19.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 104.

Es evidente que la concepción idealizada y arraigada actualmente en Colombia de que el narcotráfico es una actividad perjudicial para la sociedad, tuvo un origen eminentemente externo a la realidad política y social que vive el país. Según esto, frente al problema del tráfico de drogas, nos encontramos enfrascados en una lucha que no se compadece con los intereses reales de nuestro país, más bien obedece a asuntos de incumbencia exclusiva de Estados Unidos. Consideramos que por ese motivo la lucha antinarcóticos ha sido tan infructuosa en nuestro país y a pesar de los esfuerzos militares y económicos, el narcotráfico continúa desarrollándose e incluso expandiéndose, por lo que debemos replantear el beneficio que reporta para Colombia sostener esta lucha.

De otra parte, consideramos que la otra alternativa de lucha antidrogas que ha sostenido nuestro país tampoco ha solucionado el problema, a saber el enfrentar a esta actividad por medio del aparato punitivo del Estado, estableciendo el tipo penal de narcotráfico, e incluso aumentando las penas para este delito. Esta concepción errónea de que la creación de la norma solucionará el problema, solo nos llevará a restringir cada vez más el ámbito de acción de los individuos en sociedad, pero no reportará eficacia frente a las conductas que se pretenden regular, ya que es evidente que la industria del narcotráfico ha sabido sortear la ilegalidad por mucho tiempo, e incluso ella la ha favorecido, específicamente al promover el incremento de los precios de las drogas y los productos químicos asociados a ellas, siendo que éstos se producen especialmente en Estados Unidos y otros países “centrales”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO JARAMILLO, Mario y CHILD, Jorge. *COCA-COCA: Historia, manejo político y mafia de la cocaína*. Bogotá, Editorial Dos Mundos, 1986, 290 p.
- _____. *NARCOTRÁFICO: Imperio de la cocaína*. Medellín, Editorial Percepción, 1984, 317 p.
- ARRIETA, Carlos Gustavo. *Narcotráfico en Colombia*. Bogotá, Editorial Ediciones Unian-des, Tercer Mudo Editores, 1991, 374 p.
- BEJARANO, Jorge. “Nuevos capítulos sobre el cocaísmo en Colombia”. En: América Indígena. México D.F. Vol. XIII, No. 1, Enero de 1953.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *COCA-COCAÍNA: entre el derecho y la guerra*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1996, 136 p.
- CALDERÓN, Omer: “LA SEGURIDAD ESTATAL EN COLOMBIA”. En: América Latina Hoy. Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal. Universidad de Salamanca. Salamanca, No.23, Diciembre de 1999.

- DE LA PEÑA BEGUÉ, Remedios. "El uso de la coca en América, según la legislación colonial y republicana". En: Revista Española de Antropología Americana, Madrid, 1971, Vol. 6.
- DEL OLMO, Rosa. *La socio-política de las drogas*. Caracas, Editorial Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Económicas y Sociales División de Publicaciones, 1985, 126 p.
- HENMAN, Anthony. *MAMA COCA*. Bogotá, Editorial El Ancora Editores, Editorial La Oveja Negra, 1981, 326 p.
- LEAL BUITRAGO, Francisco. TOKATLIAN, Juan Gabriel (Compiladores). *ORDEN MUNDIAL Y SEGURIDAD. Nuevos Desafíos para Colombia y América Latina*. Colombia, Editorial Tercer Mundo Editores, 1994, 208 p.
- LEAL BUITRAGO, Francisco. *LA SEGURIDAD NACIONAL A LA DERIVA, Del Frente Nacional a la Posguerra Fría*. FLACSO – Sede Ecuador. Editorial Alfaomega. Cesó – Uniandes, 2002, 247 p.
- OROZCO ABAD, Iván. *COMBATIENTES, REBELDES Y TERRORISTAS Guerra y derecho en Colombia*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional. Bogotá, Editorial Temis, 1992, 327 p.
- PÉREZ GÓMEZ, Augusto. *Historia de la drogadicción en Colombia*. Bogotá, Editorial Tercer Mundo Editores, Universidad de los Andes, 1988, 190 p.
- RUEDA SANTOS, Rigoberto; "Roberto Roa Sánchez" (Seudónimo). *DE LA GUARDIA DE FRONTERAS A LA CONTRAINSURGENCIA. Elementos de la evolución política e institucional del ejército colombiano 1958-1965*. Colombia, Instituto colombiano para el fomento de la educación superior ICFES, 2000, 360 p.
- SARMIENTO, Luis Fernando. KRAUTHAUSEN, Ciro. "Los Orígenes de la Ilegalidad de la Cocaína". En: *Revista Colombiana de Sociología*. Colombia, Vol. I, N° 2, Jul/Dic 1990.
- SAULOY, Mylène. LE BONNIEC, Yves. *¿A QUIÉN BENEFICIA LA COCAÍNA?* Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1994.
- THOUMI, Francisco. *El imperio de la droga: Narcotráfico, economía y sociedad en Los Andes*. Bogotá, Editorial Planeta Colombiana S.A., 2002, 470 p.
- THOUMI, Francisco. URIBE, Sergio. ROCHA, Ricardo. REYES, Alejandro. GARZÓN, Edgar. LÓPEZ, Andrés. TOKATLIAN, Juan. HERNÁNDEZ, Manuel. *DROGAS ILÍCITAS EN COLOMBIA. Su impacto económico, político y social*. Colombia, Editorial Ariel, 1997, 700 p.
- TOKATLIAN, Juan Gabriel. *DROGAS, DILEMAS Y DOGMAS. Estados Unidos y la narcocriminalidad organizada en Colombia*. Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1990, 192 p.
- TOVAR PINZÓN, Hermes. *COLOMBIA: Droga, Economía, Guerra y Paz*. Santa Fe de Bogotá, Planeta Colombiana Editorial, 1999, 217 p.

VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. *Las Fuerzas Militares en el conflicto colombiano. Antecedentes y perspectivas*. Colombia, Intermedio Editores, 2002, 443 p.

PRENSA CONSULTADA

Periódico El Tiempo

Periódico El Espectador

Revista Alternativa

PÁGINA WEB

<http://www.dnecolombia.gov.co>



Jamás he llamado a mi contestador automático
Acrílico sobre papel
Sergio Bedoya, Jonathan Carvajal

ARGUMENTOS DOGMÁTICOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO*

* Artículo producto de la investigación terminada “El derecho como argumentación”, inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. Agradezco al profesor Esteban Hoyos Ceballos los oportunos comentarios al manuscrito de este artículo.

Fecha de recepción: Marzo 30 de 2007

Fecha de aprobación: Mayo 2 de 2007

ARGUMENTOS DOGMÁTICOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO

*Vicente Jaime Ramírez Giraldo**

RESUMEN

En este artículo el autor se propone la identificación de los denominados “argumentos dogmáticos” como aquel tipo de argumentos que están caracterizados por su pertenencia a un discurso de elaboración científica del derecho o dogmática jurídica. Analiza dos formas de entender la dogmática, descriptiva y normativa, para mostrar las consecuencias que se siguen para la identificación de los argumentos dogmáticos. Posteriormente estudia la forma en que dicha categoría de argumentos puede ser articulada en una teoría de la argumentación jurídica, para evaluar críticamente las pretensiones universalizadoras de las reglas acerca del uso de dichos argumentos los cuales son productos nacionales contingentes. Finaliza con una reflexión acerca de algunos rasgos específicos de las dogmáticas colombianas como punto de partida para el análisis de los argumentos dogmáticos dentro de una teoría de la argumentación jurídica debidamente contextualizada.

Palabras clave: teoría de la argumentación jurídica, argumentos dogmáticos, argumentos jurídicos, dogmática jurídica normativa, dogmática jurídica descriptiva, modelo kelseniano de ciencia jurídica, teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

DOGMATIC ARGUMENTS AND LAW APPLICATION

ABSTRACT

In the following paper the author proposes the identification of the so-called “dogmatic arguments” as such kind of arguments characterized by its pertinence to certain speech, workable as a science of law legal language. The author analyzes two ways to understand the descriptive and normative legal dogmatic, and to show the consequences of the previous identification. Furthermore, the author studies the fashion in such argument classification can be implemented in a theory of legal language and legal argumentation, in order to make a critical evaluation of the comprehensive aspiration to understand such kind of rules as a universal ones, while they are specific and contingent national products. The author concludes with a reflection about some specific features of the Colombian legal theories as a starting point for the analysis of dogmatic arguments within a specific argumentation theory that answers to a certain national environment.

Key words: law theory of the argumentation, dogmatic arguments, law arguments, law normative dogmatic, law descriptive dogmatic, Kelsen’s model of law science, Robert Alexy’s theory of the law argumentation.

* Filósofo, abogado y Doctor en filosofía. Profesor de la Universidad de Antioquia y de la Universidad EAFIT.

ARGUMENTOS DOGMÁTICOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN

Como ciudadanos esperamos de los jueces decisiones que sean razonablemente predecibles y que, dentro del ámbito de lo posible, logren consensos que sean coherentes con convicciones compartidas de justicia. Pero esta expectativa puede verse frustrada cuando con sorpresa conocemos decisiones de las cuales no teníamos ninguna previsión. Este aspecto inesperado de algunas decisiones jurídicas no es un argumento serio contra su carácter fundado y su validez, salvo para aquellos que suscriben la concepción según la cual el conocimiento jurídico consiste en el conjunto de profecías acerca de lo que dirán los jueces. Más allá de esta excepción, existe un margen tolerable de incertidumbre sobre lo que decidirán los jueces, que estaría delimitado por la exigencia genérica de “proferir fallos en derecho”.

Esto puede explicar la reacción primaria ante una decisión jurídica que no parecía predecible, y que consiste en la aseveración de que no se trata de ‘fallos en derecho’, o que se diga que ‘no se utilizaron argumentos jurídicos’ y otras similares. Este tipo de afirmaciones, que si bien pueden sólo encubrir descalificaciones políticas más genéricas sobre la función jurisdiccional o la inconformidad por los intereses personales que se han visto afectados, pueden contener un problema bastante serio para la reflexión teórica del derecho y que por tanto merece mucho más que esporádicos comentarios de ciudadanos perplejos ante las decisiones jurisdiccionales. La pregunta que subyace a la eventual objeción es *¿Qué es un argumento jurídico?, ¿Qué lo hace tal?*; pregunta que debe ser examinada con el ánimo de contribuir a una razonable delimitación de las exigencias que podemos hacer a las justificaciones jurídicas. En otras palabras: delimitar el carácter de un argumento como jurídico es un presupuesto necesario para lograr un discurso coherente acerca de las exigencias que puedan ser requeridas por una “teoría de la argumentación jurídica”, ya que ésta se debe referir al uso de los argumentos jurídicos en sentido estricto.

Algunas distinciones preliminares serán útiles. Podemos diferenciar entre los ‘argumentos jurídicos’, los ‘argumentos legales’ y los ‘argumentos dogmáticos’. Los primeros son aquellos que en un sentido amplio son admitidos en los contextos de debate jurídico, es así que un argumento científico puede eventualmente ser considerado un ‘argumento jurídico’; los segundos, los ‘legales’, son aquellos que

se apoyan o consisten en la referencia a un dato del ‘derecho positivo vigente’ (en adelante: DPV), específicamente a una ‘disposición jurídica’, cuando sea el caso de que se verifique la necesidad de afirmar su ‘existencia’ en el conjunto del derecho positivo vigente. Los terceros, ‘dogmáticos’, son también equivalentes a los ‘argumentos jurídicos en sentido estricto’ y se caracterizan, como trataremos de defenderlo y establecerlo en este escrito, por su pertenencia al discurso jurídico técnico o dogmática jurídica. En adelante, salvo que precisemos lo contrario, cuando nos refiramos a ‘argumentos jurídicos’ lo haremos en este tercer sentido.

Después de haber afirmado la necesidad de dar algún criterio para identificar los argumentos dogmáticos, sostendré las siguientes tesis: tal criterio sólo puede encontrarse en la pertenencia del argumento al ‘conocimiento jurídico en sentido técnico’ o ‘dogmática jurídica’; lo que exige responder la pregunta básica sobre el carácter de ésta (2), tanto si se considera que debe limitarse a un nivel descriptivo (2.1), como si se incluye una dimensión prescriptiva (2.2), ya que de la opción que se elija se siguen diferentes respuestas a nuestro problema. Después de inclinarnos por la segunda posibilidad, la teoría prescriptiva, presentamos las posibilidades y dificultades de articulación de la categoría de los ‘argumentos dogmáticos’ en una teoría de la argumentación jurídica como la de R. Alexy, mostrando, de manera especial, las limitaciones contextuales de la misma¹ (3), lo que nos lleva a formular un esbozo de las características de los discursos dogmáticos en nuestro contexto cultural, es decir, la forma real en que la ‘ciencia jurídica’ se configura en nuestra realidad nacional (4). Al proponer dicha alternativa de indagación contextual, que será la premisa que nos permitirá afirmar si un argumento puede ser reconocido como dogmático en cuanto perteneciente a la ‘ciencia jurídica’ o dogmática, considero que podremos obtener resultados teóricos que nos permitirán intervenir de manera fecunda las prácticas epistemológicas de los estudios jurídicos. Al terminar el presente escrito con una caracterización de nuestras dogmáticas locales espero contribuir, si bien de manera muy preliminar, en la realización de una reflexión

¹ Alexy, R. *TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. [1978], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, (en adelante ‘Alexy, R., TAJ’). Elijo esta teoría normativa de la argumentación jurídica no sólo porque trata de manera explícita y sistemática este tipo de argumentos, sino porque su importancia e influencia le han merecido el calificativo, junto a la de N. MacCormick, de ser una ‘teoría estándar de la argumentación jurídica’. Cfr. Atienza, M. *Las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Criterio también utilizado por Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. *La argumentación en el derecho*, 2da. Ed. Corregida, Lima: Palestra, 2005, p. 74.

iusteórica que dé cuenta de la problemática real en la cual se inscribe nuestra práctica profesional de argumentar jurídicamente².

Dos precisiones son convenientes. Nuestra preocupación en delimitar los argumentos jurídicos en sentido estricto ('dogmáticos'), podría entenderse como un interés en excluir de los debates jurídicos aquellos argumentos 'no dogmáticos'. Pero ésta no es nuestra intención. Sostenemos que se deben identificar las 'razones jurídicas', como un requerimiento de claridad discursiva, incluso con independencia de la posición normativa que se asuma acerca de la utilización en los debates jurídicos de este tipo de argumentos. Es un hecho que en las decisiones jurídicas se utilizan algo más que argumentos dogmáticos, lo que no significa que no deban diferenciarse de las razones 'políticas', 'científicas' o 'filosóficas'.

En segundo lugar, debemos tener presente que este problema concreto de identificación de los argumentos jurídicos, nos lleva a enfrentar un problema básico de la teoría y la filosofía del derecho, como es la fundamentabilidad o no de los enunciados valorativos, lo que se presenta concretamente cuando se pregunta por la racionalidad de las diferentes tomas de posición sobre el *carácter* de la dogmática jurídica. No parece posible enfrentar nuestro problema sin asumir este último, lo que podría ser un desestímulo para nuestro empeño de lograr criterios de identificación, ya que la discusión se trasladaría al amplio campo de la epistemología jurídica. Para evitar esta situación, o para neutralizar preliminarmente las objeciones, debemos anotar que *de hecho no es viable pragmáticamente una dogmática que no asuma una dimensión normativa*. No obstante asumimos el debate teórico, porque consideramos que mostrar las posibles incongruencias discursivas en nuestro contexto jurídico cultural, es una labor necesaria para llevar a cabo unos mejores trabajos de elaboración dogmática o, como mínimo, unas prácticas epistemológicas con un mejor nivel de reflexividad y autocomprensión. Es conveniente evitar, por ejemplo, el sincretismo teórico entre posiciones discrecionales o escépticas en teoría general del derecho y enfoques implícitamente cognitivistas o universalistas en las prácticas de decisión judicial. Esta función de 'advertencia' es una tarea concreta que puede subrayar la pertinencia del trabajo iusfilosófico.

Los resultados de este trabajo acerca del problema central, determinar el criterio que permita identificar los argumentos jurídicos en sentido estricto, parecerán excesiva-

² El problema puntual de los criterios de identificación de los argumentos dogmáticos se convierte en una ilustración del asunto más general acerca de la manera efectiva en la cual se consolidan los productos del conocimiento jurídico en un contexto cultural determinado. Los debates teóricos acerca de la epistemología jurídica, así como en general los de la argumentación jurídica, deben nutrirse de procesos de observación de las prácticas efectivas de los diferentes sujetos jurídicos.

mente precarios ya que me inclino por la respuesta que niega la posibilidad de dar criterios conceptuales que a su vez sean satisfactoriamente operativos para asuntos prácticos, en nuestro contexto cultural. No obstante, considero que el empeño vale la pena y que los pasos que se avanzan pueden ofrecer alternativas promisorias de reflexión sobre el problema. Adelanto dos razones. Cuando analizamos en la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy las reglas que propone para la utilización en un debate racional de los ‘argumentos dogmáticos’ podemos inferir consecuencias relevantes acerca de la utilización de dicha teoría en contextos diferentes a aquellos en los cuales fue formulada: las reglas que han de determinar la ‘racionalidad’ de las controversias jurídicas tienen componentes contingentes y contextuales que deben ser seriamente considerados³. Una segunda razón, es que a partir de las dificultades para reconocer los argumentos dogmáticos, se puede acentuar la necesidad de generar criterios para lograrlo, para lo cual se requiere reforzar el esfuerzo consciente de elaborar discursos jurídicos sólidos y pertinentes para afrontar las controversias jurídicas en cuanto trasuntos de delicados conflictos sociales.

2. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICA JURÍDICA

Si un argumento jurídico en sentido estricto es aquel que pertenece a la dogmática jurídica, debe definirse el alcance de ésta, pues según la respuesta serán diferentes los resultados. Tradicionalmente los debates de teoría y filosofía del derecho identifican aquellos que sostienen que la ‘ciencia del derecho’ tiene un carácter exclusivamente descriptivo, los cuales se ubican en una posición genéricamente positivista y aquellos que afirman la posibilidad de incluir en la ciencia del derecho o dogmática jurídica una dimensión normativa, posición que podemos denominar genéricamente como no-positivista.

En la concepción descriptiva o positivista del discurso jurídico hay una concepción restringida de argumentos dogmáticos, ya que sólo se admiten los que afirman la existencia de determinadas normas jurídicas (‘argumentos legales’); mientras que en la concepción prescriptiva (normativa) de la dogmática se posibilita una concepción amplia, ya que se incluyen *también* otros tipos de argumentos, y a la vez más estricta, porque establece un *criterio* de pertenencia, para identificar los argumentos jurídicos en sentido estricto. Según la primera concepción, los argumentos son jurídicos

³ Las objeciones a este argumento pueden ser análogamente formuladas a otros argumentos que, en la teoría de Alexy, se utilizan en la ‘justificación externa’, es decir, en el proceso de fijación de las premisas normativas y fácticas, tales como los ‘jurisprudenciales’ y los ‘interpretativos’. *Op. Cit.* Pp. 225-240, para los argumentos interpretativos y 261-266 para los argumentos jurisprudenciales. Alexy, R., TAJ.

porque están determinados por los enunciados del DPV (los argumentos jurídicos se reducirían a los ‘argumentos legales’); según la segunda concepción, son jurídicos todos aquellos argumentos que se puedan generar estructuralmente a partir del discurso dogmático. Como la segunda posición teórica incluye los primeros tipos de argumentos – la dimensión normativa se agrega a la descriptiva – podemos decir que en ella hay más argumentos jurídicos potenciales que en la primera.

2.1 Concepción descriptiva de la dogmática jurídica

Uno de los autores más importantes en la historia del pensamiento jurídico ha sido H. Kelsen, quien ha sostenido que el saber jurídico es exclusivamente descriptivo y que gracias a esta característica es que puede lograrse la fundamentación de su científicidad. Gracias a la distinción entre las normas jurídicas (*Rechtsnorm*), como enunciados pertenecientes al DPV, y los enunciados normativos (*Rechtssatz*), como los juicios constataivos pertenecientes al saber científico de los juristas, puede afirmarse que el discurso jurídico, a pesar de tener un objeto normativo, puede verificar sus enunciados particulares por la existencia o no de los enunciados de derecho positivo (normas) que se contienen en los enunciados normativos.

Una pregunta clave se nos presenta cuando revisamos la posición teórica de la dogmática como saber eminentemente descriptivo: ¿En qué consiste, entonces, para que tenga algún mérito, el saber jurídico dogmático? Porque, si bien la distinción propuesta cumple con el propósito de estructurar el discurso jurídico con proposiciones que serían susceptibles de verdad o falsedad, queda la pregunta del contenido de este saber que podría considerarse una mera réplica o reiteración del derecho positivo vigente. Ante la cuestión vale la pena mirar con cierto detenimiento la respuesta que ofrece Kelsen ante la eventual objeción:

“Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*), como conocimiento del derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, ‘produce’ su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituyen el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica”⁴.

⁴ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 12ª edición, México: Porrúa, 2002. Versión española de Roberto Vernengo, de la segunda edición alemana de 1960, p. 85

La problemática densidad de este pasaje no puede ser fácilmente exagerada. Kelsen trata de afirmar una construcción estrictamente epistemológica, en el sentido kantiano, de la ciencia jurídica la cual ‘produciría’, al ordenarlo a partir de su caos originario, su objeto, el ‘derecho’. Pero este punto, la forma real en que se realiza este proceso de producción científica, no es desarrollado. No obstante, al sentar esta tesis puede dirigir una crítica demoledora contra los que la nieguen, ya que si no se limitan a la función descriptiva y cognoscitiva de la ciencia jurídica, estarían confundiendo el conocimiento del derecho con su producción⁵. Pero a pesar de que sea mérito de la ciencia jurídica aportar el orden epistemológico al ‘caos’ del derecho positivo, lo que sería una contribución estructural formal, el contenido de ese discurso científico tendría un carácter superfluo con relación al derecho positivo, ya que se limita a reelaborar lo ya dado: reformular como enunciados jurídicos las normas jurídicas establecidas por la autoridad.

Consciente de este problema, Kelsen nos ofrece este pasaje clave cuya trascripción *in extenso* me permito:

“Los enunciados jurídicos [*Rechtssätze*] formulados por la ciencia del derecho no son, por lo tanto, simples repeticiones de las normas jurídicas producidas por la autoridad jurídica. La objeción [*Einwand*] de que, entonces, serían superfluas, no carece, con todo, tan evidentemente de fundamento como la tesis de que, dado el hecho de la naturaleza, la ciencia natural sería superflua. Puesto que la naturaleza no se manifiesta, como el derecho, en palabras habladas y escritas. La objeción de que el enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica fuera superfluo, junto a la norma jurídica, por él descrita, producida por la autoridad jurídica, *sólo puede ser objetada señalando simplemente que esa tesis lleva a sostener que, frente a una ley penal, sería superflua su exposición jurídico científica y, frente al derecho la ciencia jurídica*”⁶. (Cursivas fuera del texto)

5 Así, critica por ejemplo a K. Engisch, por confundir ‘La ciencia jurídica con la política jurídica’. Kelsen, *Op. Cit.*, p. 86. Por tanto: aunque el científico produce su objeto, sólo se permanece totalmente ‘científico’ en la medida en que su labor es meramente descriptiva, el carácter eventualmente paradójico de las tesis es claro.

6 Aquí debemos separarnos de la traducción de Vernengo el cual cambia totalmente el sentido de la última frase. Dice en su versión: ‘El reproche de que el enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica fuera superfluo, junto a la norma jurídica, por él descrita, producida por la autoridad jurídica, *sólo puede ser objetada señalando que esa tesis lleva a sostener que una ley penal sería superflua frente a su exposición jurídico-científica; que el derecho sería superfluo frente a una ciencia del derecho*’, (Cursivas fuera de texto) *Op. Cit.*, p. 87. En esta traducción parecería que Kelsen dijera que si no se acepta su tesis, según la cual no puede entenderse la ciencia del derecho como una repetición superflua del derecho positivo, se llegaría a la conclusión, clara *reductio ad absurdum*, de que sería el derecho positivo el que sería superfluo ante la ciencia jurídica. Pero lo que sostiene Kelsen es radicalmente diferente, si bien igualmente insatisfactorio: Cfr. *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich 2000, p. 76. En el sentido de mi versión se puede confrontar la italiana de Mario Losano: Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1990, p. 91

Sobre este punto no son más los desarrollos de Kelsen, lo que no deja de causar perplejidad, ya que el argumento de que la ciencia del derecho no es superflua con relación al derecho, porque entonces ‘ante el derecho sería superflua la ciencia del derecho’, es una clara *petitio principii*. Precisamente: que es algo distinto la ciencia del derecho al derecho mismo es lo que debe ser demostrado y el hecho de que no parezca descartable el conocimiento dogmático jurídico frente al derecho positivo, es una objeción inicial para la tesis que pretende justificarse no un apoyo para la misma.

La posición de Kelsen sólo puede ser comprendida desde el supuesto de que lo que realmente le interesa es llevar a cabo un proyecto de fundamentación epistemológica, bastante abstracto, que no considera las complejidades de los ‘modelos de científicidad efectivos’, ya que éstos son, precisamente, los modelos que han de ser superados. La relación análoga con los procesos de fundamentación epistemológica de las ciencias naturales es bastante clara. Adicionalmente, debemos entender que Kelsen pretendía, de acuerdo a los postulados del Círculo de Viena y de las epistemologías positivistas radicales, una refundación de la disciplina jurídica que pudiese cumplir los patrones verificacionistas y desde una posición escéptica en torno al ámbito de la razón práctica. Valga anotar que Kelsen construye con algunos elementos, como vimos, del pensamiento de Kant, pero se aleja en los puntos referentes a la razón práctica.

Me he visto en la necesidad de detenerme en este punto de Kelsen, no sólo para rescatar la centralidad de la pregunta por la manera de ‘producción’ del discurso jurídico técnico, sino por ser él un teórico excesivamente influyente en nuestra cultura jurídica, como ha sido puesto muchas veces de presente⁷. El punto que quiero rescatar y que es central para mi argumentación, es que pese a las inmensas dificultades de llevar a la práctica este proyecto epistemológico, él es implícitamente asumido en muchos discursos jurídicos habituales, porque, de una parte permite evadir los problemas de justificación racional de las tesis normativas (que estarían involucradas en una concepción no-descriptiva de la ‘ciencia jurídica’) y, de otra, se apoya en el aun presente, aunque vago, prestigio de una supuesta ‘científicidad’ del discurso jurídico en términos de una epistemología empirista o positivista⁸.

⁷ Ver, por ejemplo, la persuasiva presentación que de este fenómeno realiza Diego López Medina en su *Teoría impura del derecho*, (Bogotá: Legis, 2004), especialmente su capítulo 5: ‘Kelsen en Bogotá: Lecturas y usos locales de la Teoría Pura del Derecho’.

⁸ Para comprender las implicaciones de la manera de entender la ciencia para Kelsen, es muy importante profundizar los discursos epistemológicos contextuales en los cuales se ubica. Cfr., por ejemplo, Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México: UNAM, 1980, especialmente, en el capítulo VII, las explicaciones sobre la noción de experiencia como opuesta a ‘metafísica’ y el carácter empírico y no fáctico de la ciencia propuesta por Kelsen.

La vigencia de las posiciones de Kelsen puede mostrarse, para sólo citar un ejemplo, en el fino análisis que realiza el profesor Paolo Comanducci, cuando en su crítica al llamado ‘neoconstitucionalismo’, le reprocha a autores como Ferrajoli o Zagrebelsky su supuesta adhesión a la tesis ‘que asigna un rol normativo a la ciencia jurídica’ y que los lleva a posiciones que sólo serían defendibles desde el punto de vista de la ‘política del derecho’⁹. Por tanto, es claro desde un punto de vista conceptualmente ilustrado y no solamente intuitivo, la pervivencia de la tensión entre las diferentes tesis sobre el carácter de la dogmática jurídica, y que, detrás de las posiciones específicas de identificación de argumentos como ‘estrictamente jurídicos,’ existen hondas discrepancias desde el punto de vista teórico y epistemológico.

Debemos considerar, de manera preliminar, equivocada la tesis que sostiene el carácter exclusivamente descriptivo de la ‘dogmática jurídica’. Esto es así porque (i) una tesis radicalmente descriptivista no logra justificar la relevancia, el carácter no superfluo del ‘saber jurídico’: o consiste en algo más que describir el derecho o agrega descripciones que irían más allá del derecho; (ii) tal posición, reduce los ‘argumentos jurídicos’ a los ‘argumentos legales’ lo que lleva a consecuencias inaceptables como sería el no admitir el carácter estrictamente jurídico de los debates hermenéuticos del derecho¹⁰, y por tanto no dar cuenta del hecho de que temas son objeto central del conocimiento jurídico en cuanto necesarios para la comprensión del DPV y su aplicación; finalmente (iii) la inadecuación de esta posición se evidencia en el carácter ‘contraintuitivo’ de la misma con relación los modelos de construcción de ‘ciencia jurídica’¹¹ y a las prácticas reales de aplicación del derecho. En este último sentido, una ‘ciencia’ que estaría en franca separación de las prácticas y realidades que pretendería ayudar a conocer, a pesar de su ‘pureza’ no podría tener alguna justificación funcional.

⁹ Comaducci, P., *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. En: Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 88-89.

¹⁰ La coherencia de Kelsen también puede ser confirmada en este punto ya que en su escrito ‘Derogation’ de 1962 afirma que la utilización de un principio como *Lex posterior derogat priori*, criterio hermenéutico tradicional para resolver conflictos de normas, sólo podría fundamentarse si ha sido estatuido en el ordenamiento positivo. Kelsen, H., *Derogatio*, citado por: Losano, M., *Introduzione a la Dottrina pura del Diritto*, *Op. Cit.*, p. LXII

¹¹ Así lo ha puesto de presente el profesor López Medina cuando, refiriéndose a nuestro contexto cultural, muestra la inviabilidad de la aceptación rigurosamente académica de la propuesta de Kelsen. Cfr., el mencionado Capítulo Quinto en su *Op. Cit.* El caso es que el nivel de reelaboración científica de los textos dogmáticos puede ser constatada, si bien en diferentes niveles, tanto en las obras nacionales como extranjeras, logrando mayores intensidades en los países ‘centrales’ de producción jurídica.

2.2 El enfoque prescriptivo de la dogmática jurídica

Si se sostiene la tesis según la cual el saber dogmático es un discurso con pretensión de ‘cientificidad’ o al menos de coherencia y controlabilidad racional, el cual se ocuparía no sólo de la parte descriptiva de las normas vigentes, sino que en el proceso de reconstrucción conceptual del derecho admitiría una instancia *normativa*, se estaría afirmando que aquellos argumentos que le pertenecen de una manera estructural son argumentos jurídicos en sentido estricto. Precisar los alcances del carácter ‘normativo’, de su relevancia para la solución de casos especialmente problemáticos, su utilización como pauta de transformación y modificación del derecho vigente, así como la pregunta por su eventual carácter de ciencia, etc., son problemas que pueden ahora dejarse de lado. Resulta por el momento central que a diferencia del enfoque *descriptivo*, según el cual los argumentos estrictamente jurídicos sólo serían descriptivos, el enfoque *prescriptivo* admitirá, adicionalmente, argumentos normativos.

Dos consecuencias importantes se siguen de aceptar la tesis del carácter prescriptivo de la dogmática. La primera, es que el universo de potenciales argumentos jurídicos en sentido estricto será más amplio que el conformado por aquellos que pueden derivarse de la dogmática descriptiva, ya que los incluye; la segunda, consiste en que los argumentos normativos, a diferencia de los legales (descriptivos), los cuales se verificaban de manera empírica, sólo pueden realizar su comprobación en términos de fundamentación o justificación normativa y, por tanto, implica mayores cargas de sustentación y de consistencia teórica. Este segundo aspecto, muestra la conexión conceptual que existe entre una concepción normativa de la jurisprudencia y los desarrollos de una teoría de la argumentación jurídica racional.

Entonces debemos formular y responder la pregunta: ‘*Cómo pueden ser identificados ciertos argumentos normativos como dogmáticos?*’. Ante la cual sostenemos: *mediante la afirmación de la admisión de tales argumentos o razones como pertenecientes a una dogmática jurídica*. Pero, entonces, ¿cómo puede controlarse la comprobación de dicha admisibilidad? Más aún: ¿Cómo identificar el discurso que lo incluye como dogmático? La respuesta habrá de remitirnos a criterios pragmáticos-institucionales, entendiendo por ellos las condiciones de aceptabilidad y reconocimiento social de un saber dentro de cierto contexto cultural e institucional¹². Antes de profundizar este punto debemos hacer alguna presentación general sobre el debate.

¹² La reflexión epistemológica sobre el derecho debe darle una gran importancia a las dimensiones sociológicas del conocimiento jurídico. El debate tradicional en los textos de teoría del derecho se ha limitado a un diálogo con la teoría de la ciencia en aspectos metodológicos, marginando el aspecto de las implicaciones del reconocimiento social de ese saber y de las condiciones que lo hacen posible. Considero muy útiles, en esta perspectiva, las reflexiones de Berman sobre el origen de la ‘ciencia jurídica occidental’, En: Berman, H. *La formación de la tradición jurídica de occidente*[1983], México: FCE, 1996, pp. 170-176

En la literatura de teoría y filosofía del derecho, cuando se discute el tema de los diferentes saberes jurídicos y se trata el tema de la ‘dogmática jurídica’, se hace referencia a una serie de autores los cuales defienden una concepción normativa de la Jurisprudencia (‘ciencia del derecho’). Además de los ya mencionados como objeto de crítica por parte de los autores de la tesis descriptivista, Ferrajoli o Zagrebelsky¹³, es conveniente traer a colación autores importantes de diferente nivel de influencia, como K. Engisch¹⁴, K. Larenz¹⁵, C. S. Nino¹⁶, R. Alexy¹⁷, entre muchos otros. Alexy, por ejemplo, desarrolla de manera explícita una teoría sobre las tres dimensiones de la dogmática: la *analítica*, la *empírica* y la *normativa*¹⁸.

Estos autores tienen no sólo motivaciones muy diferentes para sostener una tesis normativa (desde una posición ‘conservadora’ que pretenda sostener una jurisprudencia eminentemente valorativa, hasta enfoques ‘críticos y progresistas’ que ven en ella la posibilidad de sostener una dimensión racional y política del conocimiento jurídico), sino que los enfoques filosóficos en que se apoyan y los niveles de desarrollo teórico alcanzado, son muy disímiles entre ellos.

Una posición normativa debe profundizar en dos aspectos: después de (i) estudiar los criterios de pertenencia de un argumento a la dogmática, (ii) debe justificar racionalmente el porqué deben ser utilizados en un debate jurídico y según cuáles reglas. Con relación al primer punto, ya adelantamos que es el contexto específico, si se quiere ‘la comunidad científica’, la que permitirá establecer criterios efectivos. En nuestro caso procederemos a una revisión crítica sobre las variaciones contextuales que necesariamente se ven involucradas en nuestras ‘dogmáticas nacionales’ como un paso necesario pero no suficiente para poder identificar reglas operativas de discusión¹⁹. Ahora, procederemos a analizar el segundo punto, es decir, cuáles

¹³ Con diferencias importantes entre sí, a pesar de ser enemigos teóricos del ‘descriptivismo’: Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, Barcelona: Trotta, y Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, Barcelona: Trotta, 1995.

¹⁴ Engisch, K., *Introducción al pensamiento Jurídico* [1956], Madrid: Guadarrama, 1967.

¹⁵ Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* [1960], Barcelona: Ariel, 1994.

¹⁶ Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho* [1980], Barcelona: Ariel, 1991.

¹⁷ Además de la ya citada *Teoría de la Argumentación Jurídica*, este autor desarrolla la tesis en una obra que tiene específicas aspiraciones dogmáticas como lo es: *Teoría de los Derechos Fundamentales* [1986], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002 (En adelante: TDF).

¹⁸ “En la tercera dimensión, en la *normativa*, se va más allá de la simple comunicación de aquello que en la dimensión empírica es constatable como derecho positivo válido; se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia judicial (...) En gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado”. Alexy, TDF, p. 32.

¹⁹ Este es el objetivo, reiteramos, del aspecto tratado en el apartado 4.

son las razones normativas por las cuales sería racionalmente fundado exigir el uso de argumentos dogmáticos en los debates jurídicos y en qué términos. Para esto nos ocuparemos de la tesis de R. Alexy, quien articula dentro de su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, unas reglas para la utilización de los argumentos dogmáticos y la justificación de las mismas.

3. EL USO DE ARGUMENTOS DOGMÁTICOS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En su *Teoría de la Argumentación Jurídica* Alexy ubica los argumentos dogmáticos, al lado de otros cinco (5) grupos de reglas y formas de argumentos que pueden ser utilizados en la ‘justificación externa’, es decir en la fijación de las premisas normativas o fácticas²⁰. Con relación a lo que este autor entiende por dogmática, leemos: “Si se sigue el uso de las palabras dominante entre los juristas, por ‘dogmática jurídica’ o ‘dogmática del derecho’ hay que entender la ciencia del derecho en su sentido más estricto y propio, *tal como es elaborada realmente* por ellos. Esta ciencia del Derecho en su sentido más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. De ello resulta claramente que la dogmática jurídica es una ‘disciplina pluridimensional’ (Subrayas fuera de texto)²¹. Menciona cinco (5) condiciones para considerar dogmático un saber: Es un conjunto de enunciados, no de actividades; enunciados que están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia, que forman un todo coherente, de tal manera que los enunciados se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una ciencia del derecho que funciona institucionalmente, y que tienen un contenido normativo²². El elemento de la ‘institucionalidad’ de este saber consiste en una considerable “ampliación de la discusión, en cuanto al tiempo y al objeto”²³, ya que se pueden verificar las soluciones pasadas y poner en relación con casos diferentes a los tratados. Debe quedar claro, en todo caso, que el aspecto institucional de cualquier dogmática más allá de hacer referencia al nivel pragmático, es eminentemente contextual y cultural y por lo tanto debe ser objeto de una indagación particular, sin llegar a descartar puntos de confluencia entre los aspectos epistemológicos y sociológicos.

²⁰ Al lado de los argumentos dogmáticos están los interpretativos, jurisprudenciales, empíricos, prácticos generales y jurídicos especiales. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (En adelante TAJ), p. 223.

²¹ Alexy, TAJ, pp. 240-241.

²² Alexy, TAJ, pp.244-246.

²³ Alexy, TAJ, p. 245.

A partir de la identificación de los ‘enunciados dogmáticos’, establece una clasificación de éstos, dentro de los cuales menciona las definiciones, las ‘teorías’, ‘aquellos enunciados que expresan normas no extraídas de la ley’, ‘descripciones y caracterizaciones de estados de cosas especialmente relevantes para el derecho’ y las formulaciones de principios en cuanto proposiciones de un alto nivel de generalidad. En los casos en los cuales es discutible la corrección o no de uno de estos enunciados, basta con que, a partir del criterio pragmático, se acepte que estos son dogmáticos a partir “de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del derecho”²⁴. Dice Dreier que “los límites de legitimidad de la argumentación dogmática se definen menos mediante una metodología consistente que (en mayor medida) mediante el substrato social que sustenta la dogmática, es decir, a través del horizonte de lo que espera y tolera un estamento de juristas profesionales que ha recibido una determinada formación”²⁵.

El punto central de una teoría normativa como la de Alexy, está en la *reglas* acerca del uso de estos argumentos en el contexto de los debates jurídicos. Estas reglas, que se refirieren al reconocimiento y uso de estos argumentos, requieren el paso intermedio de una justificación de las mismas a partir de las *funciones positivas* de la dogmática. Alexy sintetiza seis (6) funciones: la de estabilización, de progreso, descarga, técnica, de control y heurística o de descubrimiento²⁶. Por esto, a partir de la identificación de estas características de la dogmática, se puede dar el paso de formular las tres (3) reglas específicas de su uso al lado de otros tipos de argumentos.

(J10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico general.

(J11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en un sentido amplio.

(J12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

Estas tres reglas hacen referencia a la posibilidad de fundamentar, en última instancia, los argumentos dogmáticos en un debate racional (J10) y que se den evaluaciones amplias dentro del saber jurídico institucionalizado (J11), lo que permite plantear el ‘deber’ de usar tales argumentos cuando ello sea posible (J12). Queda abierta, en todo caso, la cuestión de cómo ha de ser satisfecha la regla sobre

²⁴ Alexy, TAJ, p. 249.

²⁵ Citado por Alexy, TAJ, p. 249, n.124.

²⁶ Alexy, TAJ, pp. 255-260.

la exigencia de uso de estos argumentos. Para nuestro problema, queda claro que el *criterio de identificación* del argumento será reenviado a la ‘dogmática’ y, por tanto, al eventual ‘consenso’ de los sujetos que la producen y/o utilizan; lo que a su vez depende de la existencia y posibilidad de las dogmáticas²⁷.

Antes de dar el último paso de esta indagación, es conveniente hacer tres afirmaciones sobre los alcances que se dan en el tipo de respuesta a la pregunta por los argumentos dogmáticos desde la perspectiva de la tesis prescriptiva de la dogmática. La primera, se refiere a la situación generada por las dificultades de la respuesta que nos presenta Alexy. Ésta no implica que la situación con relación a la tesis descriptiva sea la misma. Ya hemos afirmado que la tesis descriptiva lleva a resultados insostenibles; a esto debemos agregar que el esfuerzo genérico de establecer tipologías argumentativas y reglas de uso de los mismos implica una reducción de la *discrecionalidad* en la argumentación jurídica. La reducción de los argumentos jurídicos a los legales (si fuese realmente posible) significa que existen menos argumentos jurídicos y menos criterios para controlar los argumentos que efectivamente se usen en los debates judiciales. La tesis descriptiva tiene menos razones para excluir razones no jurídicas que la tesis prescriptiva, así ésta tenga dificultades para concretar criterios específicos de identificación de argumentos (o deba contar con el hecho de aceptar las *variaciones* contextuales de estos criterios, según el lugar en el que se desarrolla la dogmática).

La segunda aseveración hace referencia al importante avance que se logra en la tesis prescriptiva cuando se mira en conjunto la clasificación de argumentos. Las dificultades de adaptar o reconstruir las reglas de la argumentación jurídica a contextos particulares, no implica que al lograr identificar diferentes tipos de argumentos que tienen lugar en los debates jurídicos, no se logre un aumento del control racional de los debates jurídicos. En efecto, el hecho de que los argumentos dogmáticos se puedan utilizar al lado de otros tipos de argumentos que pueden ser identificados (piénsese en los hermenéuticos, los probatorios y los jurisprudenciales) permite un manejo integral y unitario de los procesos de justificación jurídica, lo que influye en sus posibilidades de clarificación y control racional.

En tercer lugar debemos reiterar que los problemas a que responden las teorías son aquellos existentes en los lugares que las han generado contextualmente.

²⁷ Es diferente el criterio de satisfacción de la regla que exige el uso de argumentos dogmáticos, cuando son posibles, del criterio de identificación de un argumento de la dogmática. Mi razonamiento apunta a algo que aunque obvio, parecería legítimo marginar: las dogmáticas pueden tener diferentes niveles de existencia o incluso no existir. La afirmación concreta y particular de cuál sea la situación de las dogmáticas será un *rasgo* de un contexto jurídico-cultural específico.

Nuestro diálogo con elaboraciones teóricas ‘transnacionales’, en el sentido del profesor López Medina²⁸, no puede basarse en exigirles potenciales clarificatorios con relación a problemas para los cuales no fueron estructuradas: el asunto no es sólo adaptar o no una teoría, sino generar discursos cognoscitivos que nos ayuden a *identificar* y a resolver nuestros problemas. El estatuto, reconocimiento, funcionalidad y ‘reglas’ de uso de argumentos jurídicos, están en íntima conexión con las condiciones del saber jurídico en nuestro contexto. Evaluar críticamente una teoría normativa de la argumentación, teniendo en cuenta su contexto de producción, nos puede ayudar a percatarnos de condiciones contextuales que deben ser seriamente consideradas si queremos sostener de manera coherente una tesis normativa en nuestro contexto²⁹.

A continuación, haremos una presentación preliminar de algunos rasgos de la situación de nuestras dogmáticas, a partir de los cuales se puedan enfatizar los criterios que serían deseables para evaluar su desarrollo y su mejor influencia en el sistema social y jurídico.

4. HACIA UNA CARACTERIZACIÓN CONTEXTUAL DE LA PRODUCCIÓN DOGMÁTICA

Cada contexto nacional debe revisar las funciones de sus elaboraciones dogmáticas y las condiciones de su operatividad institucional. Son presupuestos de la elaboración ‘científica’ (según las concepciones epistemológicas que se suscriban) del derecho, la descripción exhaustiva y completa del DPV, la ‘no negabilidad de sus premisas’³⁰ positivas, unas condiciones mínimas de desarrollo teórico y cognoscitivo que permitan una adecuada reestructuración de los materiales del DPV, tanto para su exposición y transmisión académica como para la aplicación judicial, así como un apoyo fructífero para mejorar el trabajo de producción legislativa. Un

²⁸ López Medina, *Op. Cit.*

²⁹ En este sentido es muy iluminadora la posición de Twining, el cual sostiene: “Una pregunta en gran parte inexplorada es precisamente hasta dónde pueden ser generalizadas a través de culturas y tradiciones jurídicas teorías del razonamiento jurídico como las de Aarnio, Alexy, MacCormick o Dworkin. La mayoría de tales teorías afirman o asumen principios universales de lógica y/o principios generales del razonamiento práctico, pero se las desarrolla de manera típica en contextos institucionales más o menos locales, tales como el tribunal superior de un país, el proceso de adjudicación del derecho norteamericano o del Derecho Común”, Twining, W., *El renacimiento de la teoría jurídica general*. En: *Derecho y Globalización*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2003, p. 148. Según mi posición las variaciones en el desarrollo de las dogmáticas son una variable contextual relevante.

³⁰ Luhmann, N. *Sistema Jurídico y dogmática Jurídica*, [1974], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 27-30

buen trabajo dogmático debe caracterizarse por una capacidad para el aprendizaje histórico y para ilustrarse a partir de los desarrollos e investigaciones del derecho comparado, así como una adecuada ilustración empírica, ofrecida por la sociología jurídica, de tal manera que pueda ofrecer una mejor comprensión de las realidades jurídicas y pueda esperar el reconocimiento de su legitimidad en los contextos académico, social y jurídico.

En la situación actual de nuestra tradición legal, lo que podríamos denominar como ‘el paradigma dominante de nuestra cultura jurídica local’, las dogmáticas tienen unas características que limitan y condicionan sus posibilidades de uso. La investigación de cuáles son esos rasgos y de sus implicaciones para el conocimiento y aplicación del derecho y de qué manera puede ser aconsejable su transformación, tiene una gran importancia y afectaría de manera positiva nuestra comprensión y relación con el derecho y llevaría a revisar muchos de los elementos habituales sobre la argumentación jurídica. Presento seis (6) particularidades de nuestras dogmáticas que deben ser tenidas en cuenta al momento de presuponerlas como elementos involucrados en los procesos de discusión jurídica. Podemos constatar en nuestras dogmáticas: (i) insuficiencias en las descripciones del DPV, (ii) negaciones selectivas de premisas del DPV, (iii) heterogeneidad en sus niveles de desarrollo conceptual, (iv) incorporación acrítica de dogmáticas extranjeras, (v) diacronías en sus contenidos descriptivos y (vi) falta de preponderancia y de legitimidad con relación a las fuentes del derecho.

i) ***Insuficiencias en las descripciones del DPV.*** En nuestras dogmáticas existen sectores (‘objetos’) tradicionalmente relegados o marginados de los discursos académicos. Una premisa teórica y metodológica se podría establecer: existe una misma ‘dignidad epistemológica’ de los diferentes sectores que componen la totalidad del DPV. Todo el derecho, y no sólo algunas de sus partes, ha de ser objeto de descripción y reelaboración, no sólo para propósitos de enseñanza, sino para la controlabilidad de la aplicación del derecho en esos sectores. Con esta característica no se quieren negar las diferencias razonables en torno a la pertinencia e importancia diferencial de unos temas con relación a otros, sino la exigencia de justificar abiertamente esas preferencias de desarrollo. En principio debe aceptarse la posibilidad académica y epistemológica de la descripción de la totalidad del DPV, de su potencial descripción enciclopédica, exhaustiva, a partir de la suma de los saberes sectoriales. Sólo la evaluación crítica y argumentada, y empíricamente ilustrada, debería llevar al estudio preferencial de ciertas áreas del derecho positivo y de *la realidad de la conflictividad social*. Este caso, en el cual se niegan sectores del derecho, es extremo, pero puede evidenciarse en los programas habituales y tradicionales de enseñanza del derecho o en las mismas ofertas de especializaciones o en la producción bibliográfica.

Baste solo con enunciar esta situación, sobre la cual pueden y deben realizarse profundizaciones. Existen sectores dogmáticos inercialmente prestigiosos, como por ejemplo áreas del derecho civil, de las obligaciones, o de las sociedades, en comparación con, por ejemplo el derecho de menores o el derecho tributario, etc. Incluso partes que no tienen una clara articulación dogmática en los estudios jurídicos aunque realmente tengan una gran extensión legislativa y gran repercusión social, como la seguridad social.

ii) **Las negaciones selectivas de premisas del DPV.** Este rasgo consiste en la posibilidad de negar, en la mayoría de los casos por la confluencia de motivos ideológicos e inadecuación de las categorías conceptuales, premisas o partes del derecho positivo. A diferencia del aspecto señalado en el numeral anterior, aquí no se trata de la indiferencia científica hacia esa parte del objeto, sino en la *cancelación* de esa parte del objeto. Un caso muy importante se puede detectar en aquellas elaboraciones dogmáticas que se empeñan en no admitir un carácter definitivamente jurídico o definitivamente superior de la Constitución, o los debates en los cuales se niega la legislación internacional o su admisibilidad como derecho positivo (válido como derecho interno de los estados). Podemos incluso hablar, en el caso colombiano, de dogmáticas que tienen *configuraciones preconstitucionales*, ya que la mayor parte de ellas ha tenido un proceso de consolidación ‘institucional’ muy anterior al establecimiento de un Estado Constitucional Social y de Derecho, en 1991. La modificación de la normativa constitucional ha desencadenado una intensa conflictividad entre las ‘concepciones del derecho’, lo que se ha traducido en algunos casos en formas de no actualizar, y por tanto negar, descripciones completas del DPV. Al conllevar el ‘estado constitucional’ modificaciones importantes en la metodología jurídica, que puede chocar con formaciones específicas de algunos juristas, sigue siendo exigible el dar cuenta de ese derecho como un presupuesto no sujeto a la discrecionalidad del sujeto dogmático, sino, más bien, como condición de su integridad científica. No se trata de negar la existencia de genuinas controversias teóricas que son inherentes al debate académico, sino de admitir una regla del debate jurídico que lo diferencia de otros saberes: su adhesión a las premisas de la legislación democrática. El derecho positivo supone victorias políticas, lo que no impide reclamos fundados de los vencidos. Lo que excluye el respeto por el Estado de Derecho es la rememoración nostálgica y militante de jerarquías pasadas o de normatividades ideales bajo el ropaje de la discrepancia académica.

iii) **Heterogeneidad en los niveles de desarrollo conceptual.** Se pueden constatar variaciones de intensidad considerables en las diferentes producciones dogmáticas. Podemos hablar de diversos niveles de ‘intensidad’ en sus aspectos teóricos y conceptuales. A partir del DPV, admitido como premisa, se encuentran desde grados

de desarrollos mínimos hasta algunos máximos de elaboración de contenidos y de conciencia de las metodologías empleadas. En *tres* niveles se pueden detectar claramente las diferencias. Un primer grado, lo denominamos *grado cero* de la dogmática o de *información protodogmática*, en el cual la participación del sujeto científico o académico no cumple ninguna labor relevante de *mediación conceptual* sino de transmisión o incluso de variaciones en la verbalización de los textos positivos. Esto explica la existencia de ‘textos’ o discursos en los cuales se habla de ‘legislación agraria’ o ‘legislación del menor’, cuando se quisiera hacer referencia al ‘derecho agrario’ o al ‘derecho del menor’. En la tradición universitaria local, la práctica de la transmisión del saber (un saber que ya estaría ‘producido’ por el legislador, o por ‘otros’ científicos) fácilmente no supera el sentido etimológicamente riguroso de la *lectio*, de la lectura de los materiales legislados. Sin ironizar, podríamos decir que la función atribuida por Montesquieu al Juez puede ser imputada al profesor de derecho técnico, como *aquel que pronuncia las palabras de la ley y que no puede moderar ni su fuerza ni su rigor*³¹. Esta manera de entender las prácticas académicas, puede asociarse de una manera relevante, con un inmediatez comunicativo, cercano a la ‘oralidad’ que no trasciende desde el escenario del aula de clase a la comunidad del saber sino que allí se realiza y termina. De esta manera se favorece el ‘dictado’, el ejercicio memorístico como fidelidad a la transmisión profesoral o hasta el caso extremo de la prohibición a los estudiantes de consultar códigos, textos de derecho positivo, en exámenes académicos ya que se tornaría superfluo el esfuerzo de retener el ‘saber’ transmitido por el profesor. Un segundo grado, tímido, lo podemos denominar *perifrástico*, ya que sólo establece una reelaboración lingüística de los contenidos de los textos legales y tal vez alguna variación en el orden expositivo. En este nivel se despliega una función eminentemente traslativa del sentido del lenguaje del derecho positivo a otras formas estilísticas, sin descartar que puedan resultar, en algunos casos, elucidatorias de los contenidos normativos. Normalmente las diferencias con la estructura de los textos legales son mínimas desviaciones: el orden de exposición positiva sigue siendo, fundamentalmente, el de la exposición académica. Un tercer nivel, que llamamos *reconstructivo*, se caracteriza por reelaboraciones importantes en materia conceptual (definiciones, clasificaciones, sistematización de teorías sobre puntos polémicos, casuísticas, etc). En este nivel se proponen estructuras expositivas emancipadas de los textos legislados, que contrastan e incluso desafían el orden del legislador. Un punto importante que debemos retener, es que estas dogmáticas no necesariamente representan una exitosa configuración del saber o una alternativa positiva, porque muchas de ellas dependen de la importación acrítica de dogmáticas extranjeras,

³¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, [1735], Madrid: Tecnos, 1985, p. 112

como lo expondremos enseguida. El punto, en todo caso relevante, es que los altibajos, los desniveles del desarrollo conceptual de los discursos jurídicos técnicos es excesivo y por tal motivo debe tenerse en cuenta al momento de considerar las razones o argumentos que de ellos se extraen.

iv) **La incorporación acrítica de dogmáticas extranjeras.** En la dogmática más desarrollada puede detectarse un predominio muy fuerte de las elaboraciones dogmáticas extranjeras, las cuales han sido integradas a nuestro contexto académico sin las debidas precauciones. El problema de este modo de recepción consiste en la marginación de la propia realidad y los problemas efectivos que reclaman solución, por la importancia que se le da a la comprensión y correcta interpretación de los textos ‘científicos’. No se hacen esfuerzos por reconstruir la realidad ‘nacional’ de los textos extranjeros, tanto en sus co-textos³² (las disimetrías en el DPV: material legislado y fuentes del derecho) como en el contexto (la realidad social en la cual se produce). No planteamos un juicio negativo acerca de la importancia y necesidad de procesos sistemáticos e incluso institucionales, a partir de las funciones propias de los centros académicos, de asimilación crítica de los productos de las diferentes disciplinas en el nivel internacional. De hecho, la historia de nuestras ideas jurídicas ha sido la historia de esas influencias o de esas adaptaciones. La construcción de una dogmática, presupone el diálogo serio con las experiencias históricas y del derecho comparado. El trabajo académico serio con la dogmática extranjera es una experiencia de derecho comparado. Esto puede explicar en parte que ‘nuestras’ dogmáticas, sobre aspectos importantes para los países productores, son bastante desarrolladas, mientras que las ‘dogmáticas’, sobre problemas jurídicos que nos son exclusivos, son prácticamente inexistentes.

v) **Diacronías entre los contenidos descriptivos de las dogmáticas y el DPV.** Dos realidades confluyen: la aceleración de la producción legislativa y las dificultades propias de la producción dogmática. Existen dos tiempos, dos velocidades: a) el de los ámbitos de producción normativa y b) el de las instituciones académicas o de aquellos que aspiran a un conocimiento jurídico. La manera veloz en que el sistema normativo produce, y la inestabilidad de sus productos, conllevan un incesante proceso de rebasamiento del estudio por parte de su objeto. Ésta es tal vez la situación extradogmática más importante que podemos aducir. Es también una de las más difíciles de resolver. El productor de dogmática debe desarrollar mecanismos, prever estratégicamente la manera en que puede cumplir sus objetivos políticos e institucionales en una situación que es anómala. En un contexto en el cual toda vigencia es efímera, la idea de un *saber jurídico fluidificado* puede

³² López Medina, Diego, *Op. Cit.*

parecer una perplejidad. Pero más allá de la búsqueda de una solución definitiva, que no se presenta como viable, se pueden dar procesos de adaptación, mediante la implementación de dinámicas institucionales más conscientes, como los ‘observatorios’ de legislación, el fomento de destrezas argumentativas, nuevos métodos de acceso a la información, etc. En todo caso, la dinámica del poder político sólo puede ser equilibrada por la crítica académica de la comunidad del saber, si se adapta de manera estratégica a las formas de producción normativa de aquél.

vi) **Falta de preponderancia y de legitimidad de la dogmática con relación a las fuentes del derecho.** En los discursos formales sobre las ‘fuentes del derecho’, no se reconoce el papel efectivamente relevante de las ‘dogmáticas reales’, su función como fuente de provisión de estructuras argumentativas. Aunque la dogmática se puede considerar una ‘fuente real y oculta’ (en el sentido de que permanece marginada por el discurso teórico) de derecho, en ocasiones no tiene el reconocimiento funcional de apoyo a las demás tareas de los sujetos jurídicos, como los profesionales del derecho o los sujetos jurisdiccionales. En el campo específico del Derecho Constitucional en Colombia (posterior a la Constitución de 1991), se puede observar una *situación de subordinación o preponderancia parcial de la jurisprudencia sobre la dogmática*. Porque cuando no existe un saber jurídico configurado y consolidado previamente, no se puede hablar de una relación simétrica entre el ‘pronunciamiento del derecho’ y el ‘conocimiento del mismo’. El conocimiento del derecho se reducirá a la información del derecho legislado y a la aplicación del mismo; pero esta aplicación no podrá apoyarse en la ‘ciencia jurídica’, como fuera deseable para consolidar una de sus funciones sociales. La sustitución en muchos casos, y la subordinación en otros, del saber dogmático por los órganos judiciales, se ha visto en el caso de la Corte Constitucional y de su producción jurisdiccional. Esta institución ha asumido una ‘función pedagógica’ invasiva, de tutoría teórica que, precisamente por no haber sido elaborada por otros sujetos del sistema social del conocimiento (como el universitario), parece desembocar en una preponderancia sustitutiva del conocimiento jurídico en sentido estricto. Esto lleva, adicionalmente, a confundir un objeto de estudio –los pronunciamientos jurisprudenciales– con el conocimiento de ese objeto –el ‘derecho jurisprudencial’ como parte de una dogmática constitucional-. En este ejemplo se ve la preponderancia de la jurisprudencia como en otros la de la legislación, pero ambos casos muestran la ausencia de una adecuada configuración de discursos dogmáticos.

Estas seis características, enunciadas de manera preliminar, tienen como finalidad aportar elementos de reflexión sobre nuestra situación. No son las únicas, o ellas mismas pueden ser discutibles, pero nos muestran la importancia de reflexionar al respecto. Son también una invitación para que en nuestros cursos de teoría del

derecho o de filosofía jurídica, se discuta con detalle sobre la epistemología jurídica, pero a partir de caracterizaciones reales de los discursos existentes en la formación universitaria y en su eventual proyección en el ejercicio profesional.

5. CONCLUSIONES PRELIMINARES

La clarificación de las ‘razones jurídicas’ es un problema importante para una sociedad que tiene como aspiración fundamental tramitar y resolver sus conflictos de acuerdo con el derecho. Pero la preocupación de identificar las razones nos debe llevar, dentro de otros problemas, a enfrentar las condiciones epistemológicas del conocimiento jurídico, para ubicar teóricamente nuestro saber y para tener una mejor comprensión de lo que realmente hacemos. La revisión que hemos realizado del tema de los argumentos dogmáticos, nos ha mostrado –después del planteamiento del problema epistemológico sobre el carácter del conocimiento normativo- dos aspectos que deben ser objeto de reflexión crítica. De una parte, ver la manera en que el tema es tratado dentro de una teoría de la argumentación jurídica, de otra, la necesidad consecuente de examinar las especificidades contextuales de nuestros discursos institucionales sobre el derecho. El ejercicio de descripción preliminar de algunos rasgos contextuales nos permite evaluar críticamente teorías o posiciones normativas de la argumentación jurídica que no tienen una adecuada información empírica, no al menos de los contextos en los cuales serán utilizadas. La exigencia genérica de “argumentar jurídicamente”, a lo cual no es conveniente renunciar, supone el compromiso serio de producción y utilización crítica de los discursos jurídicos acerca de la pertinencia de las intervenciones, a través del derecho, en la realidad de la vida social.



Love
Acrilico sobre papel
Sergio Bedoya y Jonathan Carvajal

HABERMAS, LOS ESTADOS Y LA SOCIEDAD MUNDIAL*

* Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Protección penal de minorías, particularmente extranjeros y mujeres, con especial referencia a Castilla y León”. Referencia LE009C05 (grupos de excelencia), financiado por la Junta de Castilla y León (España) y del que es investigador principal el Profesor Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

Fecha de recepción: Marzo 5 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2007

HABERMAS, LOS ESTADOS Y LA SOCIEDAD MUNDIAL

*Juan Antonio García Amado**

RESUMEN

Habermas mantiene tesis de una ética universalista, pero en su obra hay fuertes tensiones entre lo local y lo universal. Es partidario de sociedades multiculturales, pero donde primen claramente los derechos del individuo, y de una sociedad internacional con normas capaces de imponer la paz y el respeto universal de los derechos humanos, pero sin que se forme un Estado mundial ni desaparezcan los Estados nacionales. La Unión Europea representaba para este autor un modelo del desarrollo político que propone, pero el estancamiento de la Constitución Europea, sumado a la crisis de las Naciones Unidas por causa de la invasión de Irak, han hecho disminuir el optimismo habermasiano.

Palabras clave: universalismo, cosmopolitismo, sociedad internacional, gobierno mundial, multiculturalismo, Unión Europea, derechos humanos, paz, globalización.

HABERMAS, THE STATES AND THE WORLDWIDE SOCIETY

ABSTRACT

Although Habermas advocates universalistic ethics, his work oscillates between the defence of universalism and particularism. Thus, Habermas is a committed partisan of multicultural societies, but provided that individual subjective rights are paramount values; similarly, he supports the constitution of an international polity with means at its disposal to ensure peace and police the respect of human rights; still, the German philosopher is against the creation of a world state and the consequent withering away of nation-states. The European Union used to be regarded by Habermas as a forerunner of the world order he supports, but the rejection of the Constitutional Treaty in 2005, and the crisis of the United Nations with the unilateral invasion of Iraq and the ensuing occupation, have tempered his optimism.

Key words: Universalism, cosmopolitanism, international society, global governance, multiculturalism, European Union, human rights, peace, globalization.

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

HABERMAS, LOS ESTADOS Y LA SOCIEDAD MUNDIAL

1. LOS PRESUPUESTOS Y LOS COMPROMISOS

La teoría social habermasiana posee una impronta cognitivista y universalista que apunta a su preferencia por el cosmopolitismo y por una prioridad de la sociedad internacional sobre los Estados nacionales soberanos. Ahora bien, esa prioridad de la humanidad sobre los particularismos nacionales queda fuertemente matizada por varias razones. Unas razones apuntan a las propias dificultades de su articulación y a los riesgos de nuevo cuño que encierra. Otras provienen de los propios matices que Habermas ha ido poniendo a su universalismo. Queda, pues, esta doctrina habermasiana cargada de ambigüedades, ambigüedades que derivan de una serie de tensiones que Habermas sólo resuelve mediante ideales o esperanzas de fuerte carga voluntarista. En última instancia, no puede entenderse esta parte de la construcción habermasiana sin tomar en cuenta el marcado carácter “historicista” de su visión del progreso de las sociedades en el camino de una creciente realización de los presupuestos racionales de la acción comunicativa.

Cognitivismo y universalismo se dan la mano y en lo político propenden coherentemente al cosmopolitismo. En efecto, si las pautas del bien son objetivas y cognoscibles por el ser humano y lo son con carácter general en virtud de algún instrumento epistémico que a todos los seres humanos nos sea común, lo que sea lo bueno y lo justo no será relativo a los parámetros culturales en que cada persona se halle inserta, sino que lo será con carácter objetivo y supracultural, esto es, universal. Del mismo modo que desde el relativismo cultural queda puesta en cuestión la validez de toda pretensión universal de verdad moral o política, desde el universalismo las diferentes concepciones del bien y la justicia culturalmente arraigadas se relativizan, en cuanto expresión de una deficiente o sesgada percepción de la verdad común objetivamente posible. Cuando, como en el caso de Habermas, el fundamento de las tesis cognitivistas se halla en un elemento común a la práctica de todas las culturas y que a todas las hace posibles sin quedar marcado por las propiedades de ninguna, como es la práctica comunicativa, es decir, el uso de la comunicación lingüística, las distintas culturas, los diversos mundos de la vida son el sustrato necesario de toda praxis de comunicación, pero no obstan para la verdad de los contenidos morales que, por basarse en las condiciones cuasitrascendentales de posibilidad de aquel instrumento común, la comunicación, trascienden a todas

las culturas. Puestas así las cosas y dado que lo común a los humanos, la comunicación lingüística y los presupuestos que al practicarla tácitamente asumimos, nos iguala y nos hace del mismo modo merecedores de los derechos y expectativas que de esa base se derivan, la pregunta crucial será la de por qué no nos regimos y gobernamos en común y en igualdad y cuáles son las razones que, en su caso, justifican la diversidad de derechos y posibilidades vinculadas a las diferencias nacionales y culturales. La salida coherente de un universalismo así es, en lo político, el cosmopolitismo y lo que se torna necesitado de fundamento o explicación es el papel del Estado-nación como forma política dominante y condicionamiento de los derechos de las personas.

Dicho de otra manera, si la comunicación nos equipara, las diferencias “nacionales” se relativizan y se erigen en obstáculo para la construcción universal de consensos, dado que la búsqueda del consenso es presupuesto que asumimos cuando elegimos el lenguaje como alternativa a la violencia¹. Llegamos así a la dificultad de las teorías de la razón práctica de base comunicativa y consensualista para mantener la legitimidad del Estado-nación como forma política, y a sus dudas y matices a la hora de propugnar una república mundial. En el caso de Habermas, como veremos, la legitimidad y la justificación del Estado-nación moderno se tornan ambiguas y contradictorias. Por un lado, es presentado como una etapa de la realización práctica de esa moral universalista fundada en los presupuestos de la acción comunicativa y que abre ámbitos para el autogobierno individual y colectivo de los ciudadanos, pues, con su conversión en Estado constitucional y democrático, supone la liberación de espacios para el intercambio discursivo y la formación de consensos, espacios que en las formas políticas anteriores estaban ocluidos por esquemas de imposición autoritaria de “consensos adscritos”². Ese Estado moderno, que supone

¹ “En la medida en que las interacciones no quedan coordinadas a través del entendimiento, la única alternativa es la violencia que los unos ejercen contra los otros (de forma más o menos sublimada, de forma más o menos latente. No es otra cosa lo que quiere decir la distinción tipológica entre acción comunicativa y acción estratégica” (1989, 459).

² En palabras de Habermas, “un mundo de la vida puede considerarse racionalizado en la medida en que permite interacciones que no vienen regidas por un consenso normativamente *adscrito*, sino –directa o indirectamente– por un consenso comunicativamente *alcanzado*” (1987, vol.I, 434).

Dice que “entre las condiciones de partida del proceso de modernización figura una profunda racionalización del mundo de la vida” (1987, vol. II, 543). Y justamente en el último párrafo de su obra capital incluye Habermas las siguientes afirmaciones acerca de cómo en la sociedad moderna se hace posible el despliegue del potencial de racionalidad de la comunicación: “En las sociedades modernas los espacios de contingencia para las interacciones desligadas de contextos normativos se amplían hasta tal punto, que tanto en las formas desinstitucionalizadas de trato en la esfera de la vida privada-familiar como en la esfera de la opinión pública acuñada por los medios de comunicación de masas «se torna verdadera en la práctica» la lógica propia de la acción comunicativa” (1987vol. II, 572). Con ello no está afirmando el carácter incuestionablemente racional de cuanto acontece en nuestras sociedades, pues veremos que desde el punto de vista de la acción

indudable progreso en la plasmación de los requerimientos tácitos de la acción comunicativa, deberá también ser rebasado por formas nuevas y de alcance más universal, que marquen un progreso necesario en la realización de tales patrones de racionalidad comunicativa. Pero, por otro lado, tampoco quiere Habermas abandonarse a la promoción de un Estado mundial que supere el Estado-nación a costa de uniformar a los ciudadanos del mundo por la vía de eliminar las diferencias culturales y la diversidad de mundos de la vida, pues llegaríamos de ese modo a una merma grave de las posibilidades de elección vital de esos individuos que serían al tiempo ciudadanos del mundo y seres sin más arraigo que el apego, en su caso, a normas abstractas y anuladoras de las diferencias, al tiempo que víctimas fáciles de los designios sistémicos de un mercado global que reemplaza la lógica comunicativa de una sociedad discursivamente integrada en torno a un entramado de derechos iguales, por un mundo de individuos aislados y en lucha sólo por su particular interés.

Cómo alcanzar una ciudadanía universal para ciudadanos que no se conviertan en perfectamente fungibles, cómo hacer a los individuos detentadores del gobierno del mundo sin desubicarlos y sin anularles sus referencias próximas, ese es el reto que Habermas se plantea y que explica sus muy matizadas consideraciones, incluso sus contradicciones, resolubles o no. De ahí que no se proclame partidario de una república mundial propiamente, como Kant³, pero tampoco de la federación mundial de Estados que éste propugnaba, sino que opte por la pervivencia de los Estados y las ciudadanía nacionales, pero Estados regidos por sociedades civiles conscientes de la artificialidad última de las fronteras y por una opinión pública que fuerce a sus gobernantes a acuerdos con todos los demás Estados para lograr un entendimiento universal en el respeto a las reglas básicas de la moral universalista de base comunicativa: interdicción de las guerras y protección de los derechos humanos.

comunicativa y la coordinación social encierran riesgos y paradojas, sino aludiendo a las potencialidades de racionalidad que encierran, antes nunca permitidas debido a las rígidas estructuras normativas y sociales que en los mundos de la vida anteriores condicionaban cualquier consenso.

Con la crisis de fundamentos que antecede a la época moderna dejan las pretensiones de validez de toda índole de tener idéntico referente religioso o tradicional como criterio último y alimento común de cualquier consenso (véase 1981, 19-20). No se veía a los sujetos hablantes como constructores de las verdades últimas a que remitirse. No cabía más acuerdo que el apoyado en elementos que no se consideraban fruto de acuerdo ni de elaboración humana, sino de designios trascendentes. Y esto lo mismo si se hablaba de verdades o de la justicia de normas u ordenamientos. Pero la crisis va a plantearse con la pluralidad religiosa, el auge de la ciencia experimental, los intentos de fijar la legitimidad del poder sobre bases contractuales, la desmembración de los órdenes y jerarquías sociales en favor de la visión individualizada de los sujetos, etc., pasándose así a lo que denomina Habermas “una comprensión descentrada del mundo” (1988, 328).

³

Para la concepción de Kant y las diferencias con Habermas, vid. 1999: 148ss; 2004: 117ss.

Las condiciones para ese tránsito se estarían dando en el presente por efecto de la globalización, de los intercambios de todo tipo entre los habitantes del planeta, por un lado, y de la existencia de riesgos de nuevo cuño que no pueden ser vencidos desde políticas meramente nacionales y con los instrumentos tradicionales del Estado-nación soberano, por otro.

2. LO LOCAL Y LO UNIVERSAL. UN CAMPO DE TENSIONES

En los Estados constitucionales democráticos está presente la lógica universalista (1998: 128), si bien la práctica política de autogobierno de las sociedades queda restringida a las fronteras nacionales. Las sociedades políticas son hoy sociedades nacionales en las que los ciudadanos se obedecen a sí mismos al obedecer las leyes (1998: 152) que crean mediante un proceso discursivo colectivo. Esa tensión entre, por un lado, los presupuestos universalistas de la acción social de autogobierno, de carácter inclusivo (1998, 112) y basada en la igual consideración de todos los ciudadanos (los “derechos de los súbditos” se convierten en “derechos del hombre y del ciudadano” –1998, 100), al margen de sus diferencias raciales, religiosas, culturales, idiomáticas, etc., y, por otro, el carácter territorial y poblacionalmente acotado de la práctica política concreta en el seno del Estado nacional desemboca en la conciencia de que se necesita una práctica política de ese tipo a escala planetaria, con lo que se consumaría la lógica universalista de esa política discursiva, hasta ahora restringida al interior de los particulares Estados. Esa toma de conciencia resulta propiciada por dos factores, provenientes ambos de la actual globalización: el aumento de las comunicaciones transnacionales (circulación de la información, aumento de los intercambios de todo tipo, turismo...) y la toma en consideración de los nuevos riesgos transnacionales (riesgos ecológicos, delincuencia internacional, terrorismo “global”...) (vid. 1998: 162ss).

El problema es que una “nación de ciudadanos” sólo puede funcionar sobre la base de algún sentimiento de pertenencia común, de alguna idea de comunidad. Es necesario que los individuos se contemplen como iguales en lo que importa para que asuman la recíproca lealtad que supone vivir bajo reglas comunes y acatarlas con una disposición que rebase el puro autointerés estrictamente egoísta y egocéntrico. Sólo sobre ese presupuesto de pertenencia común a una colectividad puede, en un segundo momento, erigirse la idea de “nación de ciudadanos” que regulan colectivamente sus asuntos y establecen las reglas que gobiernan el interés común. No hay interés común sin previa delimitación de la comunidad de referencia. La comunidad política tiene que ser antes comunidad prepolítica. Decidimos juntos porque somos iguales sobre la base de idéntica pertenencia comunitaria, no al revés.

En la época premoderna la adscripción común era autoritativamente impuesta y se legitimaba bajo esquemas religiosos. Rota la homogeneidad religiosa, se hizo necesario dotar a las comunidades políticas de nueva base legitimadora y ese papel lo jugó la idea de nación, con lo que el Estado, como unidad política, quedó unido a la nación, como comunidad prepolítica⁴.

Lo que Habermas plantea es que el paso actual a la “constelación posnacional”, paso determinado por la globalización, abre el camino para un modelo distinto de comunidad política, con una nueva fuente de legitimación. En esa nueva comunidad política los términos anteriores se invierten: somos iguales porque decidimos juntos, sobre la base de nuestra común adscripción a la humanidad, a la sociedad humana global. De este modo puede consumarse lo que ya estaba implícito en la idea de “nación de ciudadanos”. En efecto, la sociedad “nacional” respondía a una doble tendencia, abrigaba una contradicción interna. Por un lado, las señas de identidad compartidas (lengua, religión, costumbres...) fundaban la igualdad en tanto que “nacionales”, ciudadanos de un Estado que es la forma política de la nación. Por otro, la igual condición de ciudadanos sólo era posible al hacer abstracción de las diferencias entre los individuos y los grupos que formaban parte de la nación y tenían en común los caracteres “nacionales”, pero que eran diferentes en otros aspectos (sexo, riqueza, vocación, gustos, preferencias...). Ese hacer abstracción de las diferencias entre los “nacionales” del Estado permitía la consideración igual de ciudadanos diferentes y su participación conjunta en la deliberación política y la toma de decisiones⁵.

Más aún, cuando el Estado-nación envuelve una “nación de ciudadanos”, éstos no ven su Estado como un instrumento de separación esencial frente a los otros, frente a los nacionales de otros Estados, con los que se compete, sino que la nación que en el Estado cristaliza “se concibe como una magnitud construida en términos jurídicos, justamente como una nación de ciudadanos. No obstante, conciben la libertad de la nación de manera cosmopolita, completamente en el sentido dado por Kant, a saber: como una facultad y una obligación para el entendimiento cooperativo o para el arreglo de intereses con otras naciones en el marco de una federación de

⁴ La idea de nación “les hizo tomar conciencia a los habitantes de un determinado territorio estatal de una nueva forma de pertenencia compartida, una forma jurídica y políticamente mediada. Sólo la conciencia nacional que cristaliza en la percepción de una procedencia, una lengua y una historia común, sólo la conciencia de pertenencia al <<mismo>> pueblo, convierte a los súbditos en ciudadanos de una comunidad política: en miembros que pueden sentirse responsables *unos de otros*. La nación o el espíritu del pueblo (*Volksgeist*), esto es, la primera forma moderna de identidad colectiva en general, suministra un substrato cultural a la forma estatal jurídicamente constitucionalizada” (1999: 89).

⁵ “En la generalidad de la ley se expresa la igualdad de todos los ciudadanos (...) El individualismo ético es, así, el verdadero sentido del universalismo igualitario que el Derecho toma de la moral” (2005: 279).

pueblos que aseguren la paz⁶” (1999, 90). Así pues, la forma política del Estado nación puede contener tanto un modelo de ciudadano cerrado frente a los requerimientos universalistas de la acción comunicativa, como uno cuya moral es capaz de trascender las contingencias de las divisiones políticas y de razonar en clave supranacional y cosmopolita. En el Estado donde rija este modelo de ciudadanía, en la nación de ciudadanos, no hay obstáculo ni incompatibilidad para el logro de un republicanismo mundial que supere las limitaciones del Estado-nación sin prescindir de él⁷. Se trataría meramente de que prevaleciera la dimensión universalista de la ciudadanía estatal⁸ frente a su vertiente adscriptiva y separadora⁹. Cuando predomine una integración ciudadana en el Estado-nación basada en la valoración de las libertades constitucionales que ponen las reglas del juego común de la política (patriotismo constitucional), en lugar de en características diferenciadoras frente los nacionales de otros Estados (étnicas, culturales, lingüísticas, religiosas, históricas, etc.), no habrá dificultad para que la ciudadanía y la opinión pública exijan de ese Estado políticas coordinadas con otros Estados en defensa de idénticos derechos básicos y de reglas de juego democráticas para el conjunto¹⁰.

En el momento actual, en que la organización social ya no puede depender solamente de las decisiones que en el interior de los Estados se tomen, se abren nuevos espacios a “la inclusión del otro” y se vuelven accesorias tanto las diferen-

⁶ Frente a ese modelo de la nación de ciudadanos, “La versión naturalista de nación como una magnitud prepolítica sugiere, por el contrario, una interpretación distinta. Según ésta, la libertad de la nación consiste esencialmente en la capacidad de afirmar su independencia en caso de necesidad mediante el poder militar” (1999, 91).

⁷ “(E)l Estado nacional sería <<superado>> más que suprimido” (1999: 105). “El derecho cosmopolita es una consecuencia de la idea de Estado de derecho. Con él se produce una simetría entre la juridificación de las relaciones sociales y políticas aquende y allende las fronteras estatales” (1999: 186).

⁸ “Los derechos fundamentales liberales y sociales tienen la forma de normas generales que se dirigen a los ciudadanos en su calidad de <<seres humanos>> (y no sólo como miembros de un Estado). Incluso aunque los derechos humanos se hacen efectivos en el marco de un ordenamiento jurídico nacional, fundamentan en ese marco de validez derechos para todas las personas, no sólo para los ciudadanos (...). Estos derechos fundamentales comparten con las normas morales esa validez universal referida a los seres humanos en cuanto tales (...). Los derechos humanos están provistos de aquella validez universal porque pueden ser fundamentados *exclusivamente* desde el punto de vista moral” (1999: 175-176).

⁹ “La nación tiene dos caras (...) En las categorías conceptuales del Estado nacional se encuentra incrustada la tensión entre el universalismo de una comunidad jurídica igualitaria y el particularismo de una comunidad con un destino histórico” (1999: 91).

¹⁰ “Esta ambivalencia resulta inofensiva en tanto que una comprensión cosmopolita de la nación de ciudadanos mantenga la prioridad frente a la versión etnocentrista de una nación que se encuentra a la larga en un latente estado de guerra. Sólo un concepto no naturalista de nación se ensambla de manera inconsútil con la autocomprensión universalista del Estado democrático de derecho: la idea republicana puede tomar el timón y, por su parte, llegar a abrirse paso en las formas de vida socialmente integradoras, estructurándolas según un modelo de carácter universalista” (1999: 91-92).

cias entre nacionales y no nacionales, como las similitudes entre nacionales. La comunicación social rebasa los límites de las lenguas, las instituciones estatales, los mercados locales, las creencias religiosas, etc. Los efectos (económicos, ecológicos, culturales...) de las decisiones que en cada Estado se adopten repercuten en la vida de los ciudadanos de otros Estados. Si la sociedad quiere autogobernarse sobre la base del diálogo entre todos los interesados y todos los afectados por las decisiones, los arreglos entre individuos ya no pueden limitarse a acuerdos entre nacionales de cada Estado, sino que deben plantearse como deliberación y consenso entre miembros de comunidades más amplias (grupos de Estados, continentes, comunidades de intereses supraestatales...) y, en última instancia, entre “ciudadanos del mundo”.

De esta manera alcanzan mayor realización los presupuestos universalistas de la acción comunicativa y todo “otro” pasa a ser un “yo” igual a mí en lo esencial, tornándose contingentes las diferencias hasta ahora esenciales, las diferencias “nacionales”, de la misma forma que antes, en el seno de los Estados, se habían hecho accesorias otras diferencias, antes constitutivas y delimitadoras de la condición de ciudadano en plenitud de iguales derechos: estamentales, raciales, religiosas, sexuales, etc. Queda, pues, abierto el camino para la constitución de una comunidad política mundial, global, y el problema pasa a ser práctico: cómo articular procedimientos globales de legitimación comunicativa, deliberativa, de las decisiones que han de regir esa comunidad mundial. No se trata meramente de establecer un poder mundial, un “Estado mundial” que cumpla el requisito funcional de ser un gobierno centralizado del planeta, sino de articular un poder global que suponga un avance, y no un retroceso, en la realización de los derechos humanos –de libertad, de participación política y derechos sociales que son condición fáctica de posibilidad del ejercicio real de los anteriores- y de la soberanía popular, dos caras de la misma moneda, pues sólo juntos permiten que cada individuo gobierne su vida privada y que, al tiempo, sean las reglas de la vida pública el reflejo de la voluntad de los gobernados.

En este punto se hacen presentes las dudas y los matices de Habermas. Al igual que Kant, teme al Estado mundial por el riesgo de tiranía que implica, a lo que se suma en los tiempos actuales el empobrecimiento de la individualidad y la autonomía que se deriva de los procesos de homogeneización vital y cultural que la globalización produce y que un Estado mundial podría incentivar y acrecentar. De ahí que el mismo Habermas, que dictamina la superación presente del Estado nación, tema los efectos de su desaparición, si no es sustituido por equivalentes funcionales que aseguren a los nuevos “ciudadanos del mundo” la inserción en un mundo de la vida diverso y no uniformador. La diversidad cultural, que pierde su

sentido como justificación del Estado-nación plenamente soberano hacia el interior y hacia el exterior, debe protegerse como fuente de elecciones autónomas de los individuos, como abanico de posibilidades vitales¹¹, y para ello a Habermas el Estado le sigue pareciendo necesario. De ahí que en la “*global governance*” que propugna, los Estados sigan poseyendo la condición de interlocutores imprescindibles, acompañados, eso sí, de otros grupos que sean portavoces de la sociedad civil mundial (organizaciones no gubernamentales, básicamente). De esa aparente contradicción quiere Habermas salir a base de situar el impulso decisivo no en la propia acción de los Estados, sino en la sociedad civil y en una opinión pública que se constituye por encima de fronteras políticas. Esa opinión pública es la que, desde su valoración prioritaria de la paz y los derechos humanos, se ha de encargar de deslegitimar toda política estatal insolidaria con los ciudadanos del mundo y celosa sólo de los intereses de sus nacionales. Hablamos, pues, de sociedades civiles y opiniones públicas que, merced a las crecientes comunicaciones y a los intercambios en aumento, desarrollan sentimientos de solidaridad con todos los humanos a costa de sacrificar sus más egoístas intereses grupales y de renunciar a un tipo de Estado y un modelo de política que pretendan meramente salvaguardar privilegios o asegurar ventajas de sus “nacionales”. Sociedades civiles que, sin embargo, no hacen con ello un puro ejercicio de filantropía, pues parten igualmente de la valoración de riesgos globales (desastres ecológicos, crisis económicas...) de los que ningún Estado nacional puede librar por sí a sus ciudadanos y que sólo pueden ser atenuados por una acción supraestatal coordinada.

Los Estados actuales más desarrollados se encuentran sometidos a dos tipos de presiones que fuerzan, por una parte, a una profundización en sus fundamentos y, por otra, a su superación en tanto que Estados nacionales soberanos. La primera de esas presiones es interna y obedece a los fenómenos de multiculturalidad dentro de sus fronteras. La segunda, a los efectos de la globalización de la economía,

¹¹ “Sólo como miembros sociales de comunidades culturales pueden las personas desarrollarse como tales. Sólo por la vía de la socialización, de la inserción en un universo de significados y prácticas intersubjetivamente compartidas pueden las personas formarse al mismo tiempo como individuos diferenciados. Esta constitución cultural del espíritu humano fundamenta la continua orientación del individuo a relaciones interpersonales y comunicaciones, a redes de recíproco conocimiento y tradiciones” (2005: 306). Por eso debe quedar garantizado el reconocimiento de derechos culturales (ibid).

Los derechos colectivos no son sospechosos en sí, sino sólo inconvenientes cuando se usan dentro del grupo para oprimir los derechos individuales (caso Amish, etc) (2005: 308ss). Los derechos colectivos han de valer, pero como derechos derivados de los individuales (ibid. 310). Cuando los derechos colectivos no se usan al servicio de los derechos culturales de los miembros de un grupo, sino con el sólo objetivo del mantenimiento de la colectividad como tal, encierran un “potencial de opresión dentro del grupo” (2005: 312). Por eso la supervivencia de un grupo identitario y la continuidad de su trasfondo cultural no puede ser garantizado mediante derechos colectivos (2005: 313). Vid. ibid. 314.

las comunicaciones y los riesgos. Con todo ello no hacen más que agudizarse las limitaciones del propio modelo de una práctica política de base comunicativa restringida a las respectivas fronteras nacionales.

Comencemos por el repaso de esto último. Insiste Habermas en que “las artificiales condiciones del surgimiento de la conciencia nacional” hablan contra la idea de que la solidaridad ciudadana con los extraños sólo puede producirse mediatizada por las fronteras nacionales. Si el paso de las formas locales y dinásticas a la forma nacional de identidad colectiva supuso un peldaño de mayor abstracción, la pregunta es “por qué no puede proseguir dicho proceso de aprendizaje más allá de las fronteras nacionales” (2001: 102), de modo que la sensación de pertenencia y la base de la identidad se vinculen a entidades ahora supranacionales. En este punto se inserta la simpatía de Habermas hacia una Unión Europea de corte federal, en la que la solidaridad entre los ciudadanos de los distintos Estados y la común sensación de pertenencia rebase los límites de los Estados, de modo que, por ejemplo, portugueses y suecos se sientan partícipes en una labor común (2001: 101), superando anteriores particularismos y realizando el universalismo igualitario hasta ahora meramente implícito en la modernidad europea (1998: 156). Esa “democracia posnacional” no significaría ruptura con el previo Estado nacional soberano, sino realización de sus presupuestos inmanentes en una más alta escala.

Mas la lógica universalista del constitucionalismo moderno está siendo puesta a prueba también por dos fenómenos interrelacionados: la difícil articulación de la multiculturalidad en el seno de los Estados y el rebrote de los nacionalismos.

El Estado nacional ha tenido que montarse construyendo artificiosamente los mecanismos de solidaridad entre sus ciudadanos, para que, sobre esa base de identidad compartida, se compartieran también las lealtades a un orden jurídico y la solidaridad entre los copartícipes en los procedimientos de decisión política colectiva. Esto vale también para los Estados que hoy se rigen por constituciones democráticas y de derechos y “por eso, todo ordenamiento jurídico es *también* la expresión de una forma de vida particular y no sólo el reflejo especular del contenido universal de los derechos fundamentales” (1999: 205). De ahí que tal dualidad se reabra como tensión con la presencia en suelo estatal de comunidades de vida diversas de las que se entienden constitutivas de la identidad material, no puramente jurídica, del Estado-nación. Esto puede dar lugar a luchas culturales, de las que “el detonante no es la neutralidad ética de un ordenamiento jurídico estatal, sino la inevitable impregnación ética de toda comunidad jurídica y de todo proceso democrático de realización de los derechos fundamentales” (1999: 206). Dicha tensión sólo puede romperse por alguno de sus dos polos: o por la acentuación de los elementos identitarios de la comunidad nacional o por el predominio de los elementos universalistas subyacentes a los esquemas

constitucionales de participación y derechos. Lo primero dará lugar a la exclusión o discriminación de los elementos culturales extraños a la comunidad originaria; lo segundo, a la ampliación, en términos formales e igualadores, de la idea de ciudadanía, a la construcción de una comunidad de ciudadanos de carácter fuertemente inclusivo y no sometida a más límite que el del predominio de los derechos individuales sobre cualquier concepción de los derechos culturales colectivos supresora u opresora de aquellos. Cuando esta solución inclusiva se impone y dentro del Estado los ciudadanos culturalmente diversos son contemplados y tratados como iguales, se ha dado un paso decisivo hacia la perspectiva cosmopolita, pues si lo que nos une como humanos está por encima de lo que nos separa como miembros de comunidades culturales y vitales diferentes, el elemento “nacional” del Estado dejará de ser justificación de su soberanía y razón para que los ciudadanos no sientan idéntica solidaridad con los ciudadanos de otros Estados, para que no se sientan ciudadanos del mundo antes o por encima que ciudadanos nacionales de su Estado. Ahí radicará la función benéfica de la multiculturalidad estatal, en su aptitud para incentivar los procesos sociales de aprendizaje que conducen a una más profunda toma de conciencia de los fundamentos universalistas de las propias constituciones estatales democráticas¹².

El universalismo habermasiano no aboga por la unificación de las culturas y los mundos de la vida, pues éstos, en su diversidad, tienen un papel esencial en la formación de la identidad de los individuos¹³. El individualismo habermasiano no es abstracto o referido a un ser humano genérico, a un hombre sin atributos culturales específicos, sino un individualismo culturalmente implantado, y por esa razón en el Estado democrático y de derechos debe evitarse la imposición de una forma de vida determinada y la discriminación de las otras¹⁴. Lo que justifica los derechos culturales es hacer posible la inclusión igual de todos los ciudadanos en el ejercicio de la ciudadanía¹⁵ (2005a: 305)

¹² “El sentido universalista de los principios constitucionales del Estado nacional apunta más allá de las fronteras de las costumbres nacionales que, sin duda, también hallan expresión en las instituciones constitucionales” (2005: 326).

¹³ “Pues, considerado normativamente, la integridad de la persona jurídica individual no puede ser garantizada sin la protección de aquellos ámbitos compartidos de experiencia y vida en los que ha sido socializada y se ha formado su identidad. La identidad del individuo está entrelazada con las identidades colectivas y sólo puede estabilizarse en un entramado cultural, que, tal como sucede con el lenguaje materno, uno lo hace suyo como si se tratase de una propiedad privada” (1999: 209; en el mismo sentido, 2005: 307).

¹⁴ “(L)a teoría de los derechos de ninguna manera les prohíbe a los ciudadanos del Estado democrático de derecho que hagan valer en su ordenamiento estatal general una concepción del bien que comparten desde el inicio o que acuerdan mediante los discursos políticos. Dicha teoría prohíbe, por supuesto, otorgar *en el interior* del Estado privilegio alguno a una forma de vida en detrimento de otra” (1999: 208).

¹⁵ “Discriminación o desprecio, falta de presencia en la arena pública de la sociedad o falta de autoestima colectiva son indicadores de una incompleta y desigual inclusión de ciudadanos a los que, de tal modo, se les priva del estatuto pleno de miembros de la comunidad política” (2005: 304).

Ahora bien, la prioridad del individuo y sus derechos sobre la colectividad y los derechos colectivos queda también claramente sentada. “Los derechos colectivos no son *per se* sospechosos” (2005a: 308) ni tienen por definición que chocar con los derechos individuales (2005a: 310), sino que sólo se tornan inconvenientes por su mal uso al servicio de la opresión de los individuos. Esto ocurre cuando las libertades individuales de los miembros del grupo se sacrifican en aras de la perpetuación del grupo como tal, de su identidad inmutable (2005a: 312). “La supervivencia de los grupos identitarios y la continuidad de su trasfondo cultural no *puede* en modo alguno ser garantizada mediante derechos colectivos” (2005a: 313). La conformación colectiva, cultural, de la identidad individual no puede entenderse como destino ineluctable, como atadura que suprima la libertad de decir sí o no, que proscriba la heterodoxia o la elección de una forma de vida que rompa con esas raíces comunitarias. Es una cuestión de prioridades y los derechos colectivos deben ser protegidos por lo que sirven a las posibilidades de elección del individuo, sin que puedan éstas sacrificarse en el altar de aquellos. En suma, no valen las culturas en sí mismas¹⁶ ni se las debe proteger más allá del deseo de cada uno de sus miembros de perpetuarlas libremente. En palabras de Habermas, “una garantía de supervivencia habría de robarle a los miembros precisamente la libertad de decidir sí o no, que hoy en día constituye una condición necesaria para la apropiación y preservación de una herencia cultural. Bajo las condiciones de una cultura que se ha hecho reflexiva sólo pueden mantenerse aquellas tradiciones y formas de vida que *vinculan* a sus miembros con tal que se sometan a un examen crítico y dejen a las generaciones futuras la *opción* de aprender de otras tradiciones o de convertirse a otra cultura y de zarpar hacia otras costas¹⁷” (1999: 210).

El problema que plantea a los Estados la convivencia de culturas heterogéneas en su territorio es doble, pues, por un lado, se trata de que los miembros de la cultura que es o ha sido mayoritaria o dominante acepten a los otros en igualdad de derechos y con idéntico status de interlocutores y, por otro lado, se trata también de que los miembros de estos otros grupos quieran aceptar esta integración. ¿Cómo se logra esa síntesis de ciudadanos culturalmente, grupalmente diversos, en un modelo de ciudadanía común? Mediante algo que tiene mucho que ver con la noción habermasiana de “patriotismo constitucional”. Esta idea tiene aquí una doble dimensión, valorativa y jurídica. Se ha de alcanzar, por una parte, un apego a los procedimientos

¹⁶ “La protección de las tradiciones y de las formas de vida que configuran las identidades debe servir, en último término, al reconocimiento de sus miembros; no tiene de ningún modo el sentido de una protección administrativa de las especies. El punto de vista ecológico de la conservación de las especies no puede trasladarse a las culturas” (1999: 210).

¹⁷ Similarmente, 2005: 313.

participativos de la democracia y una valoración de los derechos, no anclados el uno y la otra en “un consenso sustantivo”, sino valiosos precisamente por servir a la convivencia entre diversos modos de vida y concepciones del bien, al servicio de la libertad de todos y no de éste o aquel grupo¹⁸.

Si la anterior es la dimensión de la integración multicultural que hemos llamado valorativa, debe ser completada con la dimensión práctica del disfrute pleno de los derechos. En este punto insiste Habermas en que esa plena integración no exige sólo plena igualdad en el disfrute de los derechos constitucionales de libertad y políticos, sino también la garantía igual de los derechos sociales, evitando que la equiparación formal de los miembros de esos grupos vaya de la mano de su discriminación social y económica¹⁹. Sólo desde esta igualdad también material podrá esperarse que prenda en tales ciudadanos la sensación de pertenencia y el apego a aquel consenso procedimental en torno a las reglas del sistema democrático. En este sentido, el actual desmontaje del Estado social, consecuencia de la creciente incapacidad recaudatoria de un Estado nacional desbordado por la globalización económica²⁰, es una fuerza que actúa en contra de la integración de los más desfavorecidos y provoca una crisis de la solidaridad que a la larga destruye la cultura política liberal (1998: 81). De ahí, precisamente, la insistencia en que la justicia social y los derechos sociales ya sólo van siendo viables en el marco de una política mundial coordinada y regida por los valores universalistas hasta ahora propios sólo del Estado social de Derecho.

La tendencia opuesta a ese patriotismo constitucional integrador de las diferencias culturales también está presente en la política de nuestro tiempo y tiene que ver con el resurgimiento de los nacionalismos, de los patriotismos sustantivos. Habermas

¹⁸ “(E)n las sociedades complejas la ciudadanía no puede ser mantenida unida mediante un consenso sustantivo sobre valores, sino a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder. Los ciudadanos integrados políticamente participan de la convicción motivada racionalmente de que, con el desencadenamiento de las libertades comunicativas en la esfera pública política, el procedimiento democrático de resolución de conflictos y la canalización del poder con medios propios del Estado de derecho fundamentan una visión sobre la domesticación del poder ilegítimo y sobre el empleo del poder administrativo en igual interés de todos. El universalismo de los principios jurídicos se refleja en un *consenso procedimental* que, por cierto, debe *insertarse* en el contexto de una cultura política, determinada siempre históricamente, a la que podría denominarse *patriotismo constitucional*” (1999: 214-215).

¹⁹ “Sospecho que las sociedades multiculturales sólo pueden seguir cohesionadas por medio de una cultura política así acrisolada si la democracia no se presenta sólo como la forma liberal de los derechos de libertad y de participación política, sino también por medio del disfrute profano de los derechos sociales y culturales” (1999: 95).

²⁰ “(C)on el más reciente impulso de desnacionalización de la economía, la política nacional pierde progresivamente el dominio sobre aquellas condiciones de producción de las que procedían ganancias *por vía tributaria*, así como por otros ingresos” (1999: 100).

explica la necesidad histórica de construir la lealtad a los Estados-nación emergentes en la modernidad mediante la producción de solidaridades basadas en comunidades imaginarias. La soberanía de los Estados, hacia el exterior, exigía crecientemente la disposición de los ciudadanos a dar la vida por la patria mediante el servicio de armas, y, hacia el interior, su avenencia a sacrificios económicos en pro del engrandecimiento nacional y del bien común de los nacionales. Se levantaron así comunidades nacionales como “unidades imaginarias” (1998: 99), como “comunidades imaginadas”, en el sentido de Benedict Anderson, “reelaboradas reflexivamente mediante historias nacionales” (1999: 87). Hoy, ante la doble presión que para esa legitimación sustantiva del poder del Estado representan la globalización y los fenómenos inmigratorios que dan pie a la multiculturalidad, proliferan reacciones tendentes a la reafirmación de la base “nacional” del poder político y opuestas, por ello, tanto a la constitución de poderes mundiales de base participativa como al otorgamiento de iguales derechos a los foráneos.

La forma democrática de los Estados y el sometimiento de su poder a las reglas constitucionales presentan la comunidad política como una agrupación de ciudadanos que se autogobiernan conjuntamente, pero queda sin resolver la cuestión de quiénes son esos que pueden autogobernarse juntos y no se justifican²¹, sino al contrario, los límites territoriales y personales de dicha práctica política²¹. Ese hueco lo cubrió la ideología creadora de la visión sustancialista del pueblo, la idea de nación como sustrato de la política estatal, vinculada a la noción de autodeterminación nacional²². En la democracia un pueblo se autogobierna, al tiempo que en el correspondiente Estado una nación se afirma y se mantiene. Pero esa función legitimadora de la nación sustantiva sufre hoy el mencionado acoso de la globalización y de la multiculturalidad, por lo que o bien se asume la pérdida progresiva de soberanía del Estado, de la mano de la superación de la base “nacional” de la política, o bien el Estado se repliega sobre sí mismo, fomentando la reviviscencia del sentimiento nacional por procedimientos cada vez más artificiosos e insolidarios²³.

²¹ “En la construcción jurídica del Estado constitucional existe una laguna que invita a ser rellenada con un concepto naturalista de pueblo. Sólo mediante conceptos normativos no se puede aclarar cómo debe componerse el conjunto básico de aquellas personas que se reúnen para regular legítimamente su vida en común con los medios propios del derecho positivo. Considerados normativamente, los límites sociales de una agrupación de socios jurídicos libres e iguales son contingentes” (1999: 92).

²² “El nacionalismo llena el vacío normativo con la apelación a un llamado <<derecho>> a la autodeterminación nacional” (1999: 120).

²³ “La historia del imperialismo europeo entre 1871 y 1914, lo mismo que el nacionalismo integral del siglo XX (sin decir ya nada del racismo de los nazis), ilustra el triste hecho de que la idea de la nación ha servido menos para fortalecer a las poblaciones en su lealtad al Estado constitucional y mucho más para movilizar a las masas para fines que apenas son compatibles con los principios republicanos” (1999: 93).

La supremacía del derecho de autodeterminación nacional pone trabas a la universalización de los derechos fundamentales, tanto hacia fuera como hacia dentro. Hacia fuera, porque “nadie puede realizar su derecho fundamental a iguales derechos civiles fuera del contexto de una nación que goce de independencia estatal”. Hacia dentro, porque la conservación de la nación como base de la política democrática exige homogeneidad de sus ciudadanos, “pues un pueblo se califica para ejercer el derecho a la autodeterminación nacional precisamente porque se define a sí mismo como pueblo homogéneo” (1999: 120). La consecuencia queda clara para Habermas y se refuerza con el repaso de la historia política de los siglos XIX y XX: “La suposición de una identidad colectiva indisponible fuerza a políticas represivas, sea la asimilación forzosa de elementos extraños o sea el mantenimiento de la pureza del pueblo mediante el apartheid y la limpieza étnica” (1999: 121). No en vano el objeto de la crítica teórica habermasiana es aquí Carl Schmitt²⁴, cuya poderosa obra renace detrás de cada nuevo resurgir de los nacionalismos. En la pugna entre derechos individuales y colectivos, nunca está justificada la imposición forzosa de éstos contra aquellos y por eso el derecho de secesión y de autodeterminación de los pueblos sólo puede justificarse como lucha contra el Estado que no reconoce iguales derechos a todos, nunca frente al Estado en que tal discriminación no existe: “en la medida que todos los ciudadanos disfrutan de iguales derechos y nadie es discriminado no existe ninguna razón convincente para la separación de la identidad común existente” (1999: 122).

3. LA GLOBALIZACIÓN Y LOS ESTADOS

Una vez examinadas las tensiones internas a que están sometidos hoy los Estados occidentales, tanto por la dualidad de sus propias constituciones, de inspiración universalista pero que otorgan derechos sólo dentro de sus fronteras y, en principio, para sus nacionales, como por la presión conjunta y contrapuesta de la multiculturalidad y los rebrotes de nacionalismo, toca ahora ocuparse de los efectos de la globalización sobre los poderes y sobre los márgenes de maniobra de tales Estados.

La más importante dimensión de la globalización es la que afecta a la economía, con cuatro datos fundamentales: la intensidad del comercio supraestatal, el número y la influencia de las empresas transnacionales, el aumento de los movimientos de capitales y la agudización de la competencia internacional (1998: 103). Con todo ello al Estado nacional se le escapa de las manos el control de la economía y de los mercados y decaen sus vías de intervención para el aseguramiento de los estándares

²⁴ Vid. también 2004: 187ss.

económicos de sus ciudadanos, incluidas sus posibilidades para el mantenimiento de políticas sociales y de promoción de los derechos sociales²⁵. También se van evaporando los controles del Estado sobre su propia opinión pública, abierta ahora a tomas de conciencia de los problemas planetarios por obra del aumento de los movimientos de población, el turismo, los nuevos medios de comunicación, etc. Todo ello lleva a Habermas a preguntarse si esta “constelación posnacional” no exige nuevos actores con renovada capacidad de acción (2001: 15).

En esta situación nueva la salida que Habermas propone es la articulación de un orden mundial controlado por una opinión pública global y edificado sobre nuevos procedimientos discursivos que permitan la formulación de nuevos acuerdos entre los Estados para el aseguramiento de la paz y la protección universal de los derechos humanos, pero que no den voz solamente a los agentes estatales, sino también a organizaciones de la sociedad civil internacional. Pero surgen dos tendencias incompatibles con tales propósitos. Una, la ya señalada reaparición de los nacionalismos autoritarios y excluyentes. Otra, la ideología neoliberal, que quiere un mercado mundial no sometido a más controles que los resultantes de la acción del mercado, entendido como campo en el que entran en competencia actores que no buscan más objetivo que la maximización de sus particulares intereses (1998: 134, 142; 2004: 184ss). “Si no sólo el Estado nacional ha llegado a su fin, sino que con él toda forma de socialización *política*, los ciudadanos serán arrojados a un mundo de redes anónimas en el que tendrán que decidir según sus propias preferencias entre opciones creadas en términos sistémicos. En este mundo *postpolítico*, las empresas transnacionales se convierten en el modelo de conducta” (1999: 102).

¿En qué se basa la esperanza de Habermas en una sociedad global capaz de superar y realizar en un nivel superior las funciones de salvaguarda de la paz y los derechos humanos que hasta ahora quedaban acotadas por la soberanía de los Estados? Para comprender la salida que propone no se puede perder de vista el matizado componente de historicismo de su teoría de la racionalidad comunicativa, con su consiguiente idea de progreso como creciente plasmación a lo largo de los sucesivos modelos históricos de convivencia de los requerimientos inmanentes a la comunicación lingüística²⁶. Una sociedad es tanto más racional cuanto mayor

²⁵ “Bajo las condiciones de una economía global ya no funciona el <<keynesianismo en un país>> (...) La globalización de la economía destruye una constelación histórica que hizo posible los compromisos del Estado social” (1988: 83). De ahí que dichas funciones sociales de lo público sólo puedan salvarse ya “si se traspasan a unidades políticas capaces de imponerse a una economía transnacional” (1988: 84).

²⁶ Las sociedades evolucionan y aprenden sobre la base del aprendizaje individual, pero son las sociedades las que determinan en cada momento las condiciones sobre las que ese aprendizaje individual tiene lugar. Así, “como quiera que los mecanismos de aprendizaje pertenecen a la constitución del organismo humano (capacidad lingüística), la evolución social podrá basarse en las capacidades de aprendizaje individuales, siempre

sea la medida en que en sus normas e instituciones se cristalicen los mecanismos procedimentales que permitan su autogobierno bajo la forma de consensos no impuestos ni tergiversados por desfiguraciones ideológicas, cuanto más las estructuras sociales sean el reflejo de una moral universalista y menos la plasmación de éticas grupales particulares y de los consiguientes intereses parciales. De ahí que, al igual que el Estado constitucional y democrático moderno implicó la transición a una etapa superior en la que sus ciudadanos podían interactuar y fijar en común sus normas a partir de la posibilidad y la capacidad para adoptar una perspectiva ya no meramente egocéntrica, sino inclusiva de la perspectiva del otro como la de un igual, de la posibilidad y capacidad para adoptar en su actuación dentro de la esfera pública la “perspectiva del otro generalizado” (si bien esa generalización quedaba circunscrita a los connacionales), nos encontramos en el momento propicio para la ampliación de tal perspectiva hacia un otro universal, por obra de ciudadanos que se ven simultáneamente a sí mismos y a todos los demás como ciudadanos del mundo. Una comunicación y unos intercambios capaces de rebasar fronteras y la toma de conciencia de unos riesgos que lo son a escala continental o planetaria constituyen el caldo de cultivo que puede hacer posible un gobierno del mundo como autogobierno de una ciudadanía global, en lugar de ceder a la “impotencia de la globalización” (1998: 122) o de permitir la expulsión de la política por el mercado (1998: 120). Cuando la práctica de la política como autogobierno de la sociedad se hace ineficaz dentro de los márgenes estatales, puesto que el poder sobre nuestras vidas proviene de fenómenos y poderes supranacionales, es el momento adecuado para una recuperación de esa política a otra escala y para la superación definitiva de aquella contradicción entre universalismo de los principios y nacionalidad de las instituciones y los derechos que estaba presente en los Estados de Derecho.

¿Cómo puede realizarse esa transición? Aquí comparece una idea crucial en toda esta construcción de Habermas, la idea de procesos sociales de aprendizaje (*Lernprozesse*). Las sociedades aprenden de las insuficiencias, los errores y las catástrofes sociales y ese aprendizaje es, en positivo, toma de conciencia más profunda de los requerimientos que la racionalidad comunicativa plantea a la acción política como práctica de autogobierno ciudadano que, al tiempo, se basa en y hace posible la efectividad de los derechos humanos, incluidos los derechos sociales.

que se den las condiciones marginales que, parcialmente, son específicas de cada fase”. Las innovaciones que producen esos sujetos individuales con ese excedente cognitivo son rápidamente socializadas y elevadas a mecanismos de organización social: “las facultades de aprendizaje, obtenidas en primer lugar por miembros aislados de la sociedad o por grupos marginales, acaban integrándose en el sistema de interpretación de la sociedad por medio de procesos modelo de aprendizaje” (Habermas 1981, 162). Cada sociedad genera la posibilidad de su propia superación en la medida en que en ella es en donde germinan los conocimientos que van a permitir el tránsito a un principio de organización siguiente y evitar la descomposición social.

En este punto se ubica el debate de Habermas con aquellos autores que hacen una lectura negativa y escéptica de la historia del siglo XX y que conciben la era moderna como el sueño vano de una razón que, a fuer de idealista, acaba siendo cínica. Mientras que para Habermas la filosofía y los ideales de la modernidad ni se han agotado ni se han invertido, pese a que no se haya realizado gran parte de su potencial reformador y pese a ocasionales recaídas en el fanatismo y la irracionalidad, y mientras que, para él, la superación de la modernidad en esta etapa posmoderna y posnacional que vivimos supone la posibilidad de realizar aquellos principios en un grado más alto, para las filosofías posmodernas y relativistas no asistimos más que al final de un sueño y a la crisis definitiva de una utopía que no albergaba más que engañosa ideología y ocultamiento de los fríos manejos de un poder siempre incontrolable, antidemocrático por definición.

Se enfrentan, pues, dos lecturas contrapuestas de fenómenos como las dos guerras mundiales, el holocausto, el armamentismo, la explotación del tercer mundo, etc. Frente al pesimismo de autores como Adorno y Horckheimer, Baudrillard, Heidegger, Foucault o Derrida, frente a la belicosa lectura que de la esencia de lo político hiciera Carl Schmitt, frente al llamado “realismo” de cierta doctrina internacionalista, Habermas insiste en que las sociedades han aprendido de los desastres del siglo XX (1998: 74). Mientras otros alimentan el pesimismo de la razón con cada crisis habida, Habermas resalta la salida de cada una de ellas por la vía de nuevas tomas de conciencia y de la articulación de nuevas instituciones, garantías y prácticas políticas: la fundación de la Sociedad de Naciones, los inicios de una justicia penal internacional para genocidios y crímenes contra la humanidad, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los pactos internacionales subsiguientes de nuevos derechos, incluidos los económicos, sociales y culturales, la creación de organizaciones internacionales para la cultura, para la lucha contra el hambre, para la protección de la salud, para la protección de los trabajadores, etc., la proliferación de conferencias internacionales en pro del medio ambiente, de los derechos de la mujer, de la protección de la infancia, etc., hasta llegar a los actuales intentos de reforma del Consejo de Seguridad de la ONU, que contempla con simpatía y grandes esperanzas.

De la misma manera que hace años Habermas, al hablar de la mecánica de legitimación del poder estatal democrático y de la creciente realización de los principios constitucionales anclados en la racionalidad discursiva, señalaba el importante papel que como activador de las conciencias e incentivador de una opinión pública consciente y coherente correspondía a los nuevos movimientos sociales (ecologismo, feminismo, pacifismo, etc.) y a los actos de genuina desobediencia civil, en los últimos tiempos insiste en cómo las nuevas circunstancias, los nuevos fenómenos

y los nuevos riesgos del mundo globalizado, así como la acción de numerosos movimientos sociales transnacionales y de las organizaciones no gubernamentales del tipo de Amnistía Internacional, Greenpeace o Human Rights Watch, permiten hoy la creciente formación de una opinión pública mundial capaz de presionar a los Estados y de forzarlos a la formación de nuevos consensos internacionales para la imposición universal de la paz y la realización de los derechos humanos (1998: 90).

Con esto arribamos a otro par de nociones cruciales en los esquemas habermasianos desde sus inicios, como son las de esfera pública y opinión pública, unidas a la idea de sociedad civil. “No cabe pensar un orden mundial y económico más pacífico y justo –nos dice Habermas- sin instituciones internacionales con capacidad de acción, sobre todo sin procesos de sintonización entre los diversos regímenes de carácter continental que están surgiendo actualmente y sin políticas que no podrían ser llevadas a cabo sin la presión de una sociedad civil movilizadada a escala mundial” (1999: 105). Esa toma universal de conciencia, esa formación de una opinión pública mundial, que ya no tolera que la lógica egocéntrica de los Estados nacionales o los agentes económicos supraestatales imponga su imperio por encima de la mínima igualdad en derechos básicos a que son acreedores todos los seres humanos en tanto que capaces de comunicación²⁷, no será mera expresión de las potencialidades filantrópicas de las democracias ni de la reflexión sobre los desastres recientes de guerra, explotación y exterminio, sino que tendrá también un elemento de conciencia de los nuevos riesgos globales y de autointeresada búsqueda de acuerdos que los prevengan: “quien *a fortiori* desespera de la capacidad de aprendizaje del sistema internacional debe poner su esperanza en el hecho de que la globalización de estos peligros ha reunido al mundo en su conjunto a largo plazo y de ese modo objetivo en una comunidad involuntaria de riesgos” (1999: 170). No se moverán los Estados por su propio impulso, no saldrán de la lógica de su soberanía *motu proprio*, sino forzados por las exigencias de esa opinión pública sensibilizada y globalmente solidaria, a cuyas demandas tendrán que acabar siendo receptivos los partidos políticos para mantener su electorado (1998: 167-168).

¿Qué vías propone para la plasmación de esa “solidaridad ciudadana mundial” (1998: 89) como poder mundial efectivo? No será la supresión de los Estados, sino la atenuación de su soberanía y su superación mediante acuerdos vinculantes sobre las materias referidas a la paz y los derechos humanos, lo cual tendrá que venir de la mano de nuevos “procedimientos” que canalizan la racionalidad discursiva

²⁷ “Los ciudadanos de una comunidad liberal acaban siendo sensibles, a la corta o a la larga, a las disonancias cognitivas cuando las pretensiones universalistas no se corresponden con la naturaleza particularista de los intereses determinantes” (2004: 184).

a escala mundial, base para la construcción de un concepto de interés general que rebase los límites estatales, en cuanto interés de la humanidad en sí (1998: 87). El sostén de esos entendimientos ha de ser “una común orientación valorativa”, a partir de la cual los distintos sistemas de negociación puedan ser entendidos como práctica de una política discursiva y deliberativa a escala global (1998: 164-165). Por eso, nuevamente, la importancia de que participen también organizaciones no gubernamentales que expresen los planteamientos de la sociedad civil (1998: 167). De tal modo, en tales tratos y acuerdos se rebasa la perspectiva de los intereses nacionales y se adopta la de una “*global governance*” (1998: 167). ¿De dónde saldrá esa común orientación valorativa? No de los mecanismos de identidad colectiva que han hecho posibles las comunidades políticas nacionales, sino únicamente del universalismo que está en la base de la idea de derechos humanos (1998: 162-163). De todos modos, Habermas siempre reserva su sitio al Estado: “sólo los Estados disponen del Derecho y el poder legítimo como medios de conducción” (2004: 175).

La necesidad que Habermas afirma de un poder ejecutivo mundial, capaz de imponer el cumplimiento de las normas nacidas del acuerdo entre esos Estados sensibles a la sociedad civil global, y de una jurisdicción internacional que acabe con la impunidad de las más flagrantes violaciones de la paz y los derechos humanos, no es óbice para que rechace tanto la idea de un Estado mundial unitario (1998: 163-164) como la de una mera federación de Estados soberanos del modo propuesto por Kant en *La paz perpetua*²⁸. “(N)o resulta consistente el concepto kantiano de una asociación de naciones a largo plazo y, sin embargo, respetuosa con la soberanía de los Estados. El derecho cosmopolita debe estar institucionalizado de tal manera que vincule a los diferentes gobiernos. La comunidad internacional tiene que poder obligar a sus miembros, bajo amenaza de sanciones, al menos a un comportamiento acorde con el Derecho. Sólo satisfaciendo esta condición, el sistema inestable –basado en la amenaza recíproca– de Estados soberanos que se afirman a sí mismos se transformará en una federación con instituciones comunes que asuma las funciones estatales, esto es, que regule jurídicamente el intercambio de sus miembros entre sí y que controle el cumplimiento de estas reglas. La relación externa de los intercambios

²⁸

Las diferencias quedan marcadas así: “Dado que Kant consideraba infranqueables los límites de la soberanía estatal, concibió la asociación cosmopolita como una federación de Estados y no de ciudadanos del mundo” (1999: 163-164). Puesto que la opción de Habermas va en este último sentido, puede afirmar que “El punto fundamental del derecho cosmopolita radica, más bien, en que al pasar por encima de las cabezas de los sujetos colectivos del derecho internacional alcanza la posición de los sujetos jurídicos individuales y fundamenta para éstos la pertenencia no mediatizada a la asociación de ciudadanos del mundo libres e iguales” (1999: 164). Se trata, por tanto, de que los ciudadanos del mundo lo sean sin dejar de ser, al tiempo, ciudadanos de su respectivo Estado.

internacionales regulados contractualmente entre Estados que forman el entorno para los otros se transforma, pues, en una relación interna basada en un estatuto o constitución entre miembros de la organización” (1999: 162). La vía que Habermas propone es la de “una política interior del mundo sin gobierno mundial, en el marco de una organización mundial capaz de imponer la paz y el cumplimiento de los derechos humanos” (2004: 135). No hace falta un Estado mundial porque “el Estado no es una condición necesaria para la existencia de órdenes constitucionales²⁹”, como demuestra el caso de la Unión Europea, en la que la superioridad del derecho europeo se afirma sin dificultad pese a que los medios coactivos están en poder de cada Estado miembro y no hay una fuerza coactiva supraestatal (2004: 136). Ciertamente nuestro autor considera que el camino ya está trazado desde la Carta de las Naciones Unidas y que la política de esta suprema institución mundial avanza en ese sentido (2004: 157).

¿Cómo puede constituirse esa opinión pública mundial si no existen mecanismos participativos a esa escala global y las vías institucionales de participación se reducen a las constitucionalmente establecidas en cada Estado para su vida política interior? Habermas contesta que puesto que los cometidos que la comunidad de Estados ha de cumplir se reducen al aseguramiento de la paz y la imposición universal de los derechos humanos, no es necesaria una tupida red de convicciones en común ni la comunión en un denso mundo de la vida, bastando la conciencia compartida para el rechazo de la guerra de agresión y de la vulneración masiva de tales derechos (2004: 142).

Significación paradigmática en la ruta hacia esa superación de las trabas nacionales de la política y hacia la efectividad de una ciudadanía global tiene para Habermas la Unión Europea (2004: 177). Su reto está en ser más que un mercado común y en desarrollar las energías necesarias para lograr una integración positiva con capacidad para tomar decisiones que corrijan la pura acción del mercado y que sienten mecanismos de justicia distributiva (1998: 147). Para ello, de nuevo, resultará determinante que los ciudadanos europeos “aprendan a reconocerse recíprocamente más

²⁹ Preguntado Habermas en marzo de 2007 si el Estado-nación es ya un puro vestigio del pasado, responde: “No, los Estados nacionales siguen siendo los principales actores en la escena internacional. Son el componente insustituible con el que se forman las organizaciones internacionales. La comunidad internacional se organiza bajo la forma de <<Naciones Unidas>>. ¿Quién alimenta las Naciones Unidas y dispone tropas para las intervenciones humanitarias, sino los Estados nacionales? ¿Quién, sino los Estados nacionales, garantiza derechos iguales para todos los ciudadanos? Lo que tiene que cambiar –y en Europa ya ha cambiado mucho– es la autocomprensión de los Estados nacionales. Deben aprender a verse menos como actores independientes que como miembros que se sienten obligados al respeto de normas comunes. Deben aprender a perseguir sus intereses en el marco de redes internacionales y mediante una inteligente diplomacia, en lugar de hacerlo de modo individual mediante la amenaza militar” (2007).

allá de las fronteras nacionales, como miembros de la misma comunidad política” (1998: 149). Pero otra vez, surge el matiz y no se trata de cambiar una identidad nacional por otra, sino de que ambas, la respectiva identidad nacional de cada ciudadano y su sentimiento de pertenencia a la ciudadanía europea se superpongan sin conflicto³⁰. “No es ni posible ni deseable allanar las identidades nacionales de los Estados miembros y entremezclarlas en una “nación europea” y los gobiernos deben conservar un papel más relevante que el de los parlamentarios europeos directamente elegidos³¹, pero las políticas comunes deben estar impulsadas por una voluntad democrática que abarque a todo el conjunto de la Unión y la misma, a su vez, sólo será posible a partir de una común solidaridad. De esa forma, la extensión de la capacidad política va ligada a la ampliación de los fundamentos democráticos de la legitimidad institucional de la Unión (1998: 150). Y otra vez la esperanza en la capacidad de aprendizaje de las sociedades: “el proceso de aprendizaje que ha de conducir a una solidaridad ciudadana extendida a Europa se apoya justamente en las experiencias específicamente europeas” (1998: 155). Europa ha sido el campo de mil luchas entre poder religioso y secular, entre el campo y la ciudad, entre la fe y la ciencia, entre naciones, y ese pasado ayuda a la “descentración de la perspectiva”, al distanciamiento de las ideas preconcebidas, a la superación de los particularismos y a la institucionalización de los modos de resolver las diferencias, abriendo camino hacia una modernidad teñida de universalismo igualitario. Sobre ese cimiento cabe edificar la transición hacia formas de reconocimiento propias de una democracia posnacional (1998: 155-156).

Nuestro autor se muestra, en consecuencia, partidario de una Constitución europea. Ése es el camino para superar la contradicción entre “el vaciamiento de las competencias nacionales por medio del derecho europeo” (1999: 138-139) y el déficit de legitimación democrática de ese derecho. Sin cauces democráticos, la opinión pública europea no se identificará con ese proyecto de ciudadanía común. No hay que esperar a que exista “un pueblo europeo” para otorgarle participación democrática común, sino a la inversa, deben ser los canales participativos los que coadyuven a la consolidación de la sensación de pertenencia a una ciudadanía común, pues “lo

³⁰ “La identidad europea puede en todo caso no significar nada más que unidad en la diversidad nacional. Y, dicho sea de paso, quizás el federalismo alemán, después de la desarticulación de Prusia y del compromiso entre las distintas confesiones, no represente para ello el peor modelo” (1999: 143).

³¹ No obstante, afirma que “mientras el Parlamento Europeo disponga sólo de débiles competencias, a estas resoluciones (se refiere a las resoluciones del ejecutivo europeo) les faltará una legitimación democrática directa. Los órganos ejecutivos de la Comunidad derivan su legitimación de la de los gobiernos de los Estados miembros. No son órganos de un Estado que haya sido constituido mediante un acto de voluntad de todos los ciudadanos europeos unidos. Con el pasaporte europeo no se asocian hasta el momento derechos algunos que fundamenten una ciudadanía democrática” (1999: 137).

que une a una nación de ciudadanos –en contraposición a una nación étnica (*Volksnation*) no es un *sustrato* previo, sino un contexto compartido intersubjetivamente de entendimiento posible” (1999: 141). A la Constitución europea le correspondería ejercer “un efecto *inductor*” (1999: 143) de esa comunicación que en democracia hace posible la ciudadanía entre individuos culturalmente diversos.

Las esperanzas de nuestro autor en una Constitución europea chocaron con el rechazo en los referendos de Francia y Holanda. Lo explica Habermas como resultado de la desconexión entre el proceso constitucional y el debate político en la sociedad europea, consecuencia de factores tales como la ilegibilidad del texto constitucional mismo, de su elaboración de espaldas al debate público y de su uso partidista con vistas a procesos electorales en el seno de los Estados, explotando también los temores y los mitos vinculados a las identidades nacionales (2005b). Se alegraron erróneamente los nacionalistas, que aún confían en las capacidades de unos Estados nacionales, capacidades devenidas inviables en el contexto de la globalización, y se alegraron con fundamento los neoliberales, que temían una Unión Europea con capacidad para, desde su dimensión, intervenir con éxito en los mercados (ibid.). Y se equivocó esa parte de la izquierda que propugnó el no a la Constitución, desconociendo que de ese modo hacía el mejor favor al neoliberalismo y a la dominación norteamericana (2005c). No es de extrañar, pues, que recientemente declarara Habermas que “Europa se encuentra hoy en un estado miserable”, pues no ha podido superarse la perspectiva engañosa de las experiencias y los traumas nacionales y falta aquella confianza básica que es propia de los miembros de una misma comunidad³².

Tampoco en el plano supraeuropeo han confirmado los hechos las expectativas de Habermas. Las esperanzas puestas en un creciente papel de las Naciones Unidas han tenido su contrapunto en la guerra de Irak, que supuso el intento norteamericano de remplazar la juridificación de las relaciones internacionales por una etización unilateral de la política mundial (2004: 115, 178ss). No obstante, el modo en que EEUU ha malgastado “su autoridad moral” supone, en opinión de nuestro autor, una razón más para que la Unión Europea persevere en el propósito de darse una Constitución propia, base para que pueda desarrollar con eficacia una política exterior común en pro del cosmopolitismo y de una política de protección internacional de los derechos humanos que tal vez ahora ella representa mejor que nadie (vid. 2006).

32 Así lo declaraba Habermas en una entrevista publicada por el diario alemán *Die Welt* y concedida en 2005 con ocasión de una visita a Polonia:

http://www.welt.de/print-welt/article668866/Europa_ist_heute_in_einem_miserablen_Zustand.html.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DE JÜRGEN HABERMAS CITADAS:

- 1981. *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid: Taurus (trad. de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo del original alemán de 1976).
- 1987. *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Madrid: Taurus (trad. de M. Jiménez Redondo del original alemán de 1982).
- 1988. “Cuestiones y contracuestiones”. En: *Habermas y la modernidad*, Madrid: Cátedra (trad. de F. Rodríguez Martín).
- 1989. *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Madrid: Cátedra (trad. de M. Jiménez Redondo del original alemán de 1984).
- 1998. *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt M., Suhrkamp.
- 1999. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999 (Trad. de Juan Carlos Velasco y Gerard Vila. Original alemán, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt M., Suhrkamp).
- 2001. *Zeit der übergänge. Kleine Politische Schriften IX*, Frankfurt M., Suhrkamp.
- 2004. *Die gespaltene Westen. Kleine politische Schriften X*, Frankfurt M., Suhrkamp.
- 2005a. *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt M., Suhrkamp.
- 2005b. “Europa ist uns über die Köpfe hinweggerollt”, en *Süddeutsche Zeitung*, 06.06.2005
- 2005c. “Das illusionäre <<Nein der Linken>> zur EU-Verfassung.
<http://www.perlentaucher.de/artikel/2355.html> (publicado originalmente el *Nouvel Observateur*)
- 2006. “Die Erweiterung des Horizonts”, *Kölner Stadt-Anzeiger*, 8 de noviembre de 2006 (<http://www.ksta.de/html/artikel/1162473009834.shtml>)
- 2007. “Wacht auf, schlafende Mehrheiten für eine Vertiefung der Europäischen Union”. Entrevista concedida a dpa y publicada el día 23 de marzo de 2007: <http://www.perlentaucher.de/artikel/3795.html>.



Maquina de guerra I
Acrílico sobre papel
Sergio Bedoya y Jonathan Carvajal
2007

DERIVAS PENALES Y NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD DE SEGURIDAD*

* Este artículo es el resultado de la investigación sobre la manera como la prensa da cuenta de algunas involuciones en el tratamiento de la desviación juvenil. Hace parte del trabajo del autor como doctorante en la Facultad de Psicología y Ciencias de la Educación de la Universidad de Ginebra.

Fecha de recepción: Enero 29 de 2007

Fecha de aprobación: Marzo 5 de 2007

DERIVAS PENALES Y NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD DE SEGURIDAD

*Fernando Carvajal Sánchez**

RESUMEN

Develando las dinámicas ocultas tras algunas noticias aparentemente aisladas, este artículo cuestiona las tendencias regresivas en política penal de países que se dicen democráticos. Los análisis se apoyan en nociones originadas en diferentes disciplinas sociales como la educación, la sociología y el derecho. Se explora igualmente la noción de democracia.

Palabras clave: “Inflación normativa”, “sociedad de seguridad”, responsabilidad, moral, derecho, justicia de menores, democracia.

PENAL “DRIFTS” AND NOTION OF RESPONSIBILITY IN THE SOCIETY OF SECURITY

ABSTRACT

Unveiling obscure dynamics after apparently some isolated news, the article questions the regressive tendencies in penal policies of some self called democratic countries. These analyses are supported by notions originated in social disciplines like education, sociology and law. It explores also the notion of democracy.

Key words: “Normative Inflation”, “Society of Security”, responsibility, moral, law, justice of minors, democracy.

* Abogado y magister en Ciencias de la Educación de la Universidad de Ginebra. Cursa un doctorado sobre Justicia Restauradora y Mediación Penal en la misma universidad. Auxiliar docente en la Facultad de Psicología y Ciencias de la Educación de la Universidad de Ginebra. Interviene en los cursos de Delincuencia Juvenil, Sistemas de Asistencia Social y en el Seminario de Investigación Interactivo: Crisis del Vínculo Social. Formador en metodología de la investigación para mediadores en el programa del “Groupement Pro Mediation” en Suiza Francófona.

DERIVAS PENALES Y NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD DE SEGURIDAD

INTRODUCCIÓN

Este texto examinará cierta tendencia a tratar las *desviaciones* aumentando las respuestas represivas. Servirán como ilustración cinco ejemplos extremos reportados en su mayoría por la prensa virtual. Casi todos se refieren a países europeos, empero, darles una mirada crítica puede ser pertinente y útil aun desde otros contextos geográficos. En efecto, utilizando sucesos como los del “11 de septiembre” a manera de coartada, muchos países del mundo han venido implementando tratamientos cada vez más represivos frente a la delincuencia y la desviación.

Ninguna generalización puede establecerse a partir del análisis que aquí se presenta y la investigación que lo sustenta debe considerarse como meramente exploratoria. Sin embargo, los ejemplos utilizados servirán para mostrar la involución que significaría desde el punto de vista de la civilidad, el alejarse más todavía de los valores del Siglo de la luz y de las ideas de Cesare Beccaria que humanizaron la justicia y las penas. Develando las dinámicas ocultas tras algunas noticias aparentemente aisladas, este artículo cuestiona las tendencias regresivas en política penal de países que se dicen democráticos. Para los partidarios de la mano dura frente al delito, ya no hay lugar para la estimación de las circunstancias endógenas como la locura o exógenas como la miseria. Para ellos la consigna es “tolerancia cero”. Como en el baseball “Three strikes and you are out”.¹

Los cinco casos serán analizados utilizando nociones originadas en diferentes disciplinas sociales como la educación, la sociología y el derecho. Los conceptos de “inflación normativa” (Ewald, 1986), “sociedad de seguridad” (Salas, 2005) y una interrogación de la manera (neo)liberal de entender la responsabilidad, servirán para apoyar y extender el análisis hasta el terreno de la noción de democracia.

Este breve ensayo no pretende agotar sino impulsar el debate sobre las cuestiones evocadas.

¹ La llamada ley “The three-strikes law” establece que una persona condenada en tres ocasiones, sin importar la gravedad de los delitos que se le imputan, debe ser condenada a una pena que puede ser como mínimo de 25 años de prisión y como máximo de cadena perpetua. (Sidanius & Pratto, 1999, p. 332).

Moral y derecho

Todas las técnicas normativas de control (la moral y el derecho pero también la religión) utilizan el mecanismo de la sanción para hacerse obedecer. Sin embargo, en la actualidad, en Occidente², donde se supone reina el estado de derecho, el orden jurídico monopoliza la coerción exterior ejercida por el Estado, único autorizado a recurrir a la fuerza para obtener la eficacia de las normas. La moral es incoercible pues no posee un aparato institucional que imponga sus normas físicamente, por la fuerza. El único garante de la moral sería “la voz interior de la conciencia individual” (Piaget, 1967) a la cual se podría agregar la presión de la opinión de los otros, considerados individualmente o en comunidad. Los dos órdenes normativos son históricos, sus límites cambian dependiendo del lugar y de la época. Así, por ejemplo, conductas como el aborto o el consumo de algunos psicotrópicos han sido primero permitidas, luego prohibidas y de nuevo autorizadas en ciertos países. La legalidad o ilegalidad de estas conductas no está aún “estabilizada” pues existen grupos de presión trabajando en un sentido y en el otro. Es el caso de feministas luchando por la despenalización del aborto o de integristas religiosos que reivindican su penalización allí donde su práctica ha sido descriminalizada.

La involución de la justicia penal de los menores: cinco casos inquietantes

Los casos presentados a continuación ilustran cómo la frontera entre la moral y el derecho puede cambiar en función de la perspectiva que se adopte.

1. El primer ejemplo sucedió el 18 de marzo del 2004 en Argentina: ¡un niño de 5 años fue acusado de haber robado un juguete de un valor de 24 USD a otro niño de 6 años! Una comisaría de Buenos Aires aceptó la denuncia y asignó el caso al juez de menores Enrique Velásquez. El ministerio público pidió que el acusado fuera citado y el 30 de marzo de 2004, el escribano del tribunal dio curso al procedimiento y ordenó a la escuela suministrar la dirección del menor imputado³.

² El término “Occidente” será utilizado en su connotación geopolítica y no meramente geográfica, englobando entonces la mayoría de los países europeos, Estados Unidos, Canadá y Japón. (Eso que Samir Amin llama “la triada” y que podría extenderse para incluir a Australia y Nueva Zelanda y eventualmente a Israel y Corea del sur).

³ Polémica en Argentina por apertura de causa penal contra un niño de 5 años que robó un juguete. (2004, 17 de mayo). El Tiempo, diario colombiano editado en Bogotá. (Página Web). Acceso: <http://eltiempo.terra.com.co/>. Consultado el 17 de mayo del 2004.

2. El segundo caso fue reportado el 3 de mayo de 2005 por un diario numérico español⁴. Resumía varios boletines de agencias de prensa que señalaban un suceso inquietante ignorado por los medios masivos tradicionales. El 14 de marzo de 2005, una niña de cinco años fue esposada por tres policías y conducida a una comisaría por haber incurrido en un acceso de ira incontrolada. El escándalo se conoció algunas semanas después de que los hechos se hubieran producido en el jardín infantil Fairmount Park, en el municipio de St Petersburg, Estado de Florida, porque la madre informó a su abogado que a su vez entregó a los medios de comunicación el vídeo grabado por la policía. El portavoz de la policía, Bill Proffitt, declaró que una investigación iba a realizarse.
3. Otro caso absurdo, cuya fuente no es la prensa sino un ensayo de Bruckner, surge de la inflación normativa evidente en la contractualización de las relaciones afectivas. En este orden, el colegio Antioch en el Estado de Ohio (USA) promulgó una circular que regula el acto sexual que en adelante deberá ser objeto de un acuerdo tan preciso como sea posible y del cual debería quedar constancia escrita. Así por ejemplo “Si quiere tocarle los senos, debe pedirselo explícitamente” (Bruckner, 1995, pp. 185-186). Para facilitar esta clase de gestiones la sexóloga estadounidense Ava Cadell pone a disposición en su sitio Internet un formulario de consentimiento sexual. “Antes de firmar, los futuros amantes deben llenar las casillas que corresponden a los distintos tipos de fantasías sexuales que se conceden.”⁵
4. Un artículo de prensa evoca esta vez el voto del 3 de noviembre de 2003 en La Cámara de los Comunes de su Majestad Británica, de una ley que prohíbe a los menores de 16 años besarse apasionadamente en público. “Los autores de esta ofensa pueden ser sancionados hasta con 5 años de prisión”. El mismo reporte señala: “La edad del consentimiento sexual es de 16 años, toda actividad sexual con un menor de esa edad es entonces ilegal”⁶.
5. Ginebra, como Suiza en general, no ofrece con frecuencia situaciones extremas como las presentadas antes. Empero, un caso reportado por la prensa escrita local interesa a los propósitos de este ensayo. El título de la noticia es de por sí

⁴ Un país que da lecciones de derechos humanos (2005, 3 de mayo). *Rebelión*, diario español editado en Madrid. (Página Web). Acceso: <http://www.rebelion.org/>. Consultado el 3 de mayo de 2005.

⁵ Nunès, E. (2004, 13 de febrero) Le petit «code rouge» sexuel. *Le Monde*, diario francés editado en Paris. (Página Web). Acceso: <http://www.lemonde.fr/>. Consultado el 13 de febrero del 2004.

⁶ Merlin, B. (2003, 7 de noviembre). Baiser tabou au Royaume-Uni. *Le Monde*. (Página Web). Acceso: <http://www.lemonde.fr/>. Consultado el 7 de noviembre del 2003.

bastante sugestivo: “Un amor prohibido lo conduce a la prisión”⁷. Un joven de 19 años enamorado de una chica de 16 y amado por ella, esperaba en prisión el juicio por haber mantenido relaciones sexuales con la menor. Durante la instrucción del proceso, la joven, cuyos padres conocían y autorizaban la relación, el jefe, todos los colegas del muchacho y su madrina, testificaron a su favor. El acusado fue finalmente condenado a algunos meses de prisión pero la condena quedó suspendida provisionalmente esperando para evaluar el comportamiento del chico.

Análisis de los casos

Los ejemplos presentados provienen de contextos muy diferentes pero permiten mostrar hasta qué punto en Occidente existe una confusión entre los roles atribuidos al derecho y a la moral, al tiempo que ilustran cómo se ha venido montando lo que autores como Salas llaman “la sociedad de la seguridad”. La idea de utilizar esos casos obedece, entonces, a la lectura alegórica que de ellos puede hacerse y a la intención de situar la discusión en una perspectiva de diferenciación ontológica entre los universos normativos jurídicos y morales. En ese sentido, aquí se postula que se debe reservar la utilización del derecho penal como última defensa para proteger a la sociedad contra algunos depredadores irreductibles y peligrosos.

Para las relaciones “normales” entre colegas y vecinos, y más aún entre dos niños en la escuela o entre los adultos responsables de una institución paraescolar y una niña como en dos de los casos evocados, la moral sola debería ser el único referente para regular las relaciones interpersonales. Pero para que las relaciones ínter subjetivas sean “normales” o mejor “normalizadas,” se requiere precisamente la acción socializadora de las normas, primero morales y después jurídicas, así como de los mecanismos de socialización primaria, vivida en el seno de la familia, y de socialización secundaria, dispensada a partir de la relación del individuo con instituciones como la escuela.

La educación ocupa un lugar importante en la edificación de la personalidad social del individuo. A medida que el niño crece, una parte cada vez más considerable de su socialización dejará de estar a cargo de la familia y pasará a manos de la institución escolar que le propone una representación reducida de la sociedad adulta. Aprender a dominar las pulsiones, es para los humanos una cuestión de educación, se empieza en la familia y se refuerza en la escuela. Es, a primera vista, la impo-

⁷ Focas C. (2003, 21 de noviembre), *Un amour interdit le conduit en prison*. La Tribune de Genève, p. 25. (Versión papel de este diario suizo editado en Ginebra).

sibilidad de dominar sus pulsiones, cosa normal o en todo caso venial cuando se tiene cinco años, lo que ocasionó que la niña del segundo ejemplo fuera esposada por la policía.

El mismo artículo que reportaba el voto en Gran Bretaña de la ley que criminaliza los adolescentes que se besen apasionadamente en un lugar público, revela que la media de edad para la primera relación sexual en ese país es de 14 años para las chicas y de 13 años para los varones. Contractualizar las relaciones afectivas como lo muestra el ejemplo del colegio estadounidense o criminalizar ciertas formas de iniciación sexual como lo hace el legislador británico, es contrario al desarrollo sexual normal que supone una conducta exploratoria espontánea de los adolescentes.

Paralelamente, algunas nuevas incriminaciones contrarias a los procesos de socialización necesarios para crear relaciones sanas entre los pares, han sido decretadas en Europa continental. Es así como Francia ha creado el delito de “ocupación ilegal del espacio público” que se aplica sobre todo a los jóvenes que “deambulen” en las entradas de los edificios de las zonas periféricas. Es de notar que muchos jóvenes no tienen a dónde ir para reunirse por la carencia de espacios públicos adecuados en esos barrios marginales.

Teniendo en cuenta las conductas reprochadas a los niños y jóvenes de los casos analizados, se puede afirmar que en otro contexto jurídico y social, sus comportamientos habrían podido ser regulados por la moral sola. Hacer intervenir el pesado aparato penal en esos casos va contra el principio de responsabilidad atenuada de los menores de edad. En el ejemplo del robo de un juguete entre niños de tan corta edad, puede preguntarse por qué los padres de uno recurrieron a la denuncia penal y por qué los funcionarios de la policía la aceptaron. Por qué el ministerio público pidió que el acusado fuera convocado y por qué el escribano del tribunal dio curso al procedimiento. ¿Perdieron todos los actores involucrados la sensatez? O muestra ese caso extremo hasta qué punto algunos protagonistas de la justicia han acogido favorablemente una suerte de regresión intelectual y judicial que legitima la extensión indiscriminada de la punitividad.

Cuando la educación y la política no cumplen sus funciones y la relación entre dos personas se deteriora por haber una de las dos, o las dos, pasado al acto, algunos mecanismos culturales de origen moral, como la mediación, pueden ser utilizados para reestablecer la comunicación entre las partes y para tratar de subsanar los conflictos entre ellas. El derecho penal es el mecanismo más severo del Estado y por esta razón debería también ser el último en ser utilizado y eso sólo en los casos en que fuere absolutamente necesario. En el ámbito jurídico, como en otros, la inflación, es decir el abuso en la utilización de un instrumento, lo banaliza y debilita.

El caso del hurto de un juguete entre dos niños hubiera podido ser solucionado en una mediación escolar. El acceso de ira incontrolada de la pequeña es un síntoma revelador de un problema que reclamaría sin duda una asistencia social y tal vez psicológica para la niña y su familia, pero que en una sociedad *sana* no requeriría la intervención del músculo policial.

En el mismo sentido, es legítimo preguntarse cómo el caso del joven ginebrino, cantón-ciudad reputado por su tolerancia, llegó hasta el juicio. Esta interrogación vale incluso a sabiendas de que el muchacho tenía dos condenas anteriores suspendidas por infracciones a la ley federal de estupefacientes, por robo y receptación de objetos robados y por conducir un automóvil sin la licencia adecuada. Todos los delitos que le imputaban hubieran podido “negociarse” a través de mediaciones penales. Para ello, habrían de imaginarse algunos mecanismos autorizando que un representante de la sociedad ocupe el lugar de la víctima cuando esta no es claramente identificada como en el caso de la infracción a las reglas de la circulación cuando no hay víctima o en el caso de la distribución de estupefacientes, permitiendo así ampliar el campo de aplicación de la mediación penal.

Correlación entre la inflación normativa del derecho y el desplazamiento del rol de la moral

Según Ewald (1986), la inflación de la norma jurídica es una consecuencia de la confusión reinante sobre el rol del derecho en las sociedades occidentales. En esta perspectiva, la inflación tiene como efecto “la idea política que si una conducta aparece como socialmente deseable, es necesario sancionarla con una ley”. (Ewald, 1986, p. 435). De esta manera el derecho penal “no cesa de crecer”. (Garapon y Salas, 1996, p.5). Wacquant denuncia esta situación en los siguientes términos:

El “nuevo sentido común penal” apunta a criminalizar la miseria, y por esta vía, a normalizar el salario precario. Incubadas en Estados Unidos, las nuevas tendencias de la política penal se internacionalizan bajo formas modificadas e irreconocibles, incluso a veces para quienes las propagan, como sucede también con la ideología económica y social fundada en el individualismo y la comercialización de la cual ese “nuevo sentido común penal” es la traducción y el complemento en materia de justicia (2001, p. 38).

En las sociedades occidentales (y en las occidentalizadas que van siendo casi todas) abocadas a la competición, el paradigma del lucro individual, que ciertamente no es exclusivo del capitalismo pero que se encuentra exacerbado y sin límites en el interés público en este modo de producción, se ha insertado en una suerte de *inconsciente colectivo neoliberal* instituido en modelo de racionalidad incuestionable

(Bourdieu, 1998). Este modelo ha conducido la sociedad estadounidense, ejemplo paradigmático del economisismo neoliberal, a privatizar incluso buena parte de sus prisiones para hacer trabajar en ellas, casi gratuitamente, a sus prisioneros. Según Christie (2003), entre 1983 y 1999 los Estados Unidos necesitaron 1242 nuevas prisiones. No es de extrañar que ese fenómeno sea el origen de una gran industria. Tampoco es un azar si la migración de la regulación de ciertos conflictos desde la moral hacia el derecho, sea más aguda y precoz en Estados Unidos, país faro y pilar de una globalización neoliberal orientada por la hegemonía de los valores mercantiles. Cuenta Salas que en Estados Unidos “algunas prisiones de alta seguridad dictan reglas arbitrarias y obligaciones de trabajo ininterrumpidas” (2005, pp. 125-126). Con su nuevo sistema carcelario, ese país inaugura una especie de neoesclavismo hacia sus *desviados*, quienes pertenecen en gran medida a las minorías étnicas y a las clases sociales desfavorecidas. “En Estados Unidos la ley penal es utilizada para hacer el *trabajo sucio* del liberalismo. En ese país la población carcelaria se ha casi triplicado en quince años” (Garapon & Salas, 1996, p. 131). Christie (2003) presenta una serie de *mapas del castigo* donde muestra, por ejemplo, que para el año 1999, antes del desarrollo de las políticas todavía más represivas del gobierno de Bush, los Estados Unidos contaban 956 prisioneros por cada 100.000 habitantes (p. 38). A título de comparación y siguiendo las mismas proporciones, para ese año, el estudio de Christie mostraba para Rusia una cifra de 685 y para Chile, país pionero en la introducción de políticas neoliberales y heredero de las políticas penales de la dictadura vigente todavía, la cifra alcanzaba los 375. En otro orden, Colombia en guerra civil tenía 115, Francia y Suiza 90 y Noruega 56.

Otra razón utilizada para explicar la migración de la regulación de algunas conductas desde la moral hacia el derecho es la idea de que este último ofrecería a la sociedad una mejor protección que la primera. Esta idea tiene igualmente su origen en lo que Salas llama “la sociedad de la seguridad” (2005, pp. 40-62) que será analizada ulteriormente.

Del Estado Providencia al Estado Penitencia

La inflación normativa supone la depreciación del valor intrínseco del aparato penal como mecanismo excepcional de protección y estaría conduciendo a la banalización de la respuesta punitiva. Algunos autores hablan de una transformación del tradicional Estado Providencia en un nuevo Estado Penitencia, fórmula creada por Wacquant. “Desde el final de los años 70 del pasado siglo, se observa en toda Europa, paralelamente al ocaso del impulso integrador y de las políticas sociales que lo sostenían, una voluntad política de frenar el desarrollo de la criminalidad.” (Salas, 2005, p. 40).

Las sociedades occidentales liberales empujan sus ciudadanos a una *esquizofrenia moral* en cuanto a las cuestiones de responsabilidad en general y de la responsabilidad jurídica en particular. Tradicionalmente en Occidente, el trabajo ha sido considerado como un polo esencial de integración y de responsabilización ciudadana. (Castel, 1995). No tener un empleo es con frecuencia la primera etapa en el camino de la exclusión. Como lo revelaba el documental “Quand je serai grand, je serai chômeur”⁸, en Suiza hay cada vez más jóvenes que no encuentran un lugar donde hacer “el aprendizaje”, que en ese país significa el final de ciertas formaciones y el inicio de la vida laboral practicando ya un oficio. De un lado, se exige cada vez más temprano a los jóvenes que sean jurídicamente responsables, del otro lado, se les priva de uno de los elementos necesarios para establecer la responsabilidad social, es decir el empleo. Los ideólogos neoliberales pretenden desideologizar el mundo, objetivando el mercado y sus valores. Para ellos lo suyo es ciencia y la crítica, ideología, y por tanto, carece de pertinencia en un mundo donde, siguen creyendo, la historia ya terminó, como lo había postulado Fukuyama en 1989.

Hablando del mundo del trabajo, esos ideólogos neoliberales describen como *estrategias de responsabilización* esas que para Bourdieu serían más bien *estrategias de individualización* implementadas por la maquinaria neoliberal para debilitar o suprimir *las solidaridades colectivas*. Según Bourdieu, el neoliberalismo ataca “las estructuras colectivas capaces de obstaculizar la lógica del mercado puro.” (1998).⁹

Genard (1999), habla de una presión social cada vez mayor que empuja a la realización del yo y al éxito personal: el precio pagado es la *sobre responsabilización* pero en un contexto marcado por las restricciones de lo que es posible alcanzar. El fracaso está entonces inscrito en el centro de esta aporía entre la sobre inversión del yo y un medio ambiente que limita las oportunidades.

Las sociedades occidentales favorecen la idea de la responsabilidad individual en lugar de la responsabilidad social. La ideología neoliberal privilegia la competición al extremo desde la más tierna infancia y se sitúa en oposición radical a los valores de solidaridad que también han acompañado la evolución de la especie humana desde los albores de la humanidad. Bourdieu (1998) habla de darwinismo moral que junto al culto del *winner* (ganador) instaure como normas de todas las prácticas la lucha de todos contra todos.

⁸ “Cuando seré grande, seré desempleado”. Documental de la Télévision Suisse Romande difundido el 29 de septiembre de 2005.

⁹ No se indica la página donde se encuentra esta cita pues la fuente ha sido consultada en Internet y la paginación depende de los parámetros de impresión que se escogen.

Al principio del siglo XX, Durkheim (citado por Presse, 2004, p. 250) definió la escuela como una instancia de socialización que transforma el ser individual, asocial y egoísta en ser social, gracias a la transmisión de valores colectivos y de normas compartidas. Los valores de cohesión social, que privilegiaban la sociedad sobre el individuo, tienden a desaparecer de la institución escolar y son remplazados por el individualismo competitivo de la sociedad neoliberal del siglo XXI. En ese sentido el estudio de Presse (2004) en Francia, demuestra cómo el incremento de la violencia escolar puede asociarse con el aumento del individualismo. Presse habla de un deslizamiento de la ética de la responsabilidad colectiva hacia una ética de la convicción individual. Para esta autora el modo de pensar dominante ha evolucionado de una sociedad holista, solidaria y articulada, hacia una sociedad compuesta de elementos sin ningún lazo en el seno de la cual la persona es la única responsable de la construcción de su identidad.

En ese orden de ideas, el fracaso en esta construcción significaría que la persona obtendría exactamente lo que merece. Si está desempleada, si es analfabeta o está poco formada es por no haber hecho lo necesario para superarse. Incluso si se está enfermo, es por habérselo buscado: problemas epidérmicos a causa de una excesiva exposición al sol, cáncer del fumador, hipertensión o problemas cardíacos a causa de una alimentación incorrecta, etc. Así, el criterio del mérito sirve para legitimar la exclusión social. Las contribuciones de Bourdieu y Passeron (1970) que revelaron las correlaciones estadísticas entre la posición social y el éxito escolar son ahora reinterpretadas o voluntariamente olvidadas.

Algunas leyes sobre la responsabilidad parental se inscriben igualmente dentro de la lógica basada en la idea de la responsabilidad individual exclusiva. Esas leyes significan una restauración del principio de responsabilidad objetiva abandonado por las legislaciones modernas hace bastante tiempo. En el contexto de esas leyes el delito imputado a los padres de un menor sería la negligencia en sus deberes de educación. Ese delito existe en la medida en que el menor haya cometido otro delito. Los padres son entonces condenables por un acto que ellos no han perpetrado ni querido. Atribuir los deberes de educación de los hijos exclusivamente a los padres, olvidando el rol de la sociedad, es, por decir lo menos, una curiosa manera de proceder. La *esquizofrenia moral* de la sociedad neoliberal queda en evidencia: de un lado, para las familias de estratos populares es una necesidad contar con dos salarios para poder subvenir a las necesidades básicas; del otro lado, la ausencia del padre y de la madre en el hogar, son vividas por los hijos como un abandono que favorece sin duda la violencia. Es oportuno recordar, además, que la infancia es un período de la vida donde la persona es muy maleable. En esta etapa se inscriben en su carácter las bases de su socialización futura. Igualmente, el niño es

extremadamente permeable a la influencia de su entorno que va más allá de sus padres. Es por eso que en cuanto a la infancia se refiere, una forma de responsabilidad conjunta, social y parental, parecería más adaptada. Eso implicaría, entre otras cosas, aumentar el gasto social dedicado a los jardines infantiles, a las escuelas y a la asistencia a las familias desfavorecidas en lugar de castigar la miseria. En efecto, la precariedad, amenazante o presente, es otro factor que contribuye a la *desviación* y eventualmente a la delincuencia juvenil.

La sociedad de la seguridad y la manipulación de la opinión pública

Para Salas (2005) la cuestión de la seguridad es central en las sociedades occidentales. Al decir de este autor, a partir de la segunda mitad de la década del 70, una inseguridad polimorfa se instaló durablemente al tiempo que el empleo asalariado y la asistencia social, dos de los grandes polos de integración social, han disminuido su alcance de manera dramática.

Paralelamente, esta “sociedad de la seguridad” mueve enormes intereses económicos. Los medios de comunicación difunden temores, priorizan la seguridad y la legitiman, beneficiándose así del incremento de sus ventas directas y promocionando eso que Garapon y Salas han llamado “desarrollo del mercado de la inseguridad” (1996, p. 11) que incluye: vendedores de armas y de alarmas, proveedores de sistemas de vigilancia y de identificación, agentes de seguridad públicos y privados, prisiones e incluso una proliferación de servicios sociales y psicológicos de asistencia a las víctimas.

Las restricciones del gasto social aplicadas a rajatabla por los partidarios de una globalización exclusivamente mercantil, han disminuido drásticamente el alcance del Estado Providencia y han obligado a quienes detentan el poder a buscarse otras fuentes de legitimidad y una nueva razón de ser: proteger la población de los peligros que la acechan y que, de paso, ellos han contribuido a crear. Garapon y Salas sugieren que ese fenómeno toca principalmente a las sociedades ultraliberales que se limitan a administrar la pobreza utilizando para ello prisiones sobrepobladas y otros instrumentos disciplinarios disponibles para colmar los vacíos dejados por la reducción del Estado Providencia (1996).

El trabajo de Verrel (2002) explica cómo la predisposición a fabricar el miedo artificialmente tiene una influencia nefasta sobre la política penal. Este autor demuestra que el sentimiento de inseguridad está más influenciado por los reportajes de los medios de comunicación sobre delitos violentos y espectaculares, que por un aumento de las experiencias personales relacionadas con la criminalidad. Verrel

concluye que de esta manera se introducen con dudosa legitimidad normas penales cada vez más severas.

Un clima de temor generalizado es creado artificialmente permitiendo así “vender” las políticas del “miedo al otro”, al designado “terrorista”, obviamente, pero también al toxicómano, al inmigrante *ilegal* que es etiquetado como delincuente y puesto en detención administrativa. Incluso el desempleado puede cumplir esta *función* de atemorizar, así lo recordaba casi ingenuamente, por no decir estúpidamente, un entrenamiento del ejército suizo que hizo escándalo en el año 1996. La hipótesis del ejercicio era que los valientes patriotas del ejército debían ser llamados para reprimir las masas de violentos e inadaptados desempleados que habrían desbordado a la policía.

Los menores también son víctimas del “miedo del otro”. Una investigación realizada por Amnistía Internacional y por Human Rights Watch en 2005¹⁰, reveló una tendencia a la severidad en el tratamiento penal de los menores por parte de los tribunales estadounidenses. Según las dos asociaciones humanitarias, el aumento de las condenas a cadena perpetua contra los menores, de un 9% entre 1990 y 2000, no se corresponde con un aumento de los procesos por homicidio cometidos por menores en el mismo período. De hecho, esos procesos por homicidio habrían disminuido de un 55%. En igual sentido, las estadísticas muestran que durante el período comprendido entre 1985 y 2001, los menores declarados culpables de asesinato tenían más probabilidades de ser condenados a cadena perpetua que los adultos.

A manera de conclusión

En Occidente el sentimiento de inseguridad que engendra un aumento de la reacción represiva contra la delincuencia es meramente subjetivo y no está correlacionado con un incremento real de la criminalidad. Ese sentimiento es debido en gran parte al aumento del fenómeno de las “incivilidades” que, siguiendo a Salas (2005, p. 45), degradan los vínculos sociales incluso más que la violencia. Las incivilidades y el sentimiento de inseguridad no son manifestaciones de la fatalidad, son el resultado de políticas de abandono de lo social promovidas por una sociedad de mercado que privilegia como valor absoluto la obtención de beneficios económicos en todas las esferas de la actividad humana, incluso en la justicia. Otro factor que podría explicar ese sentimiento de inseguridad es, pues, la precariedad, el temor al desempleo, a la soledad, a la miseria...

¹⁰ Petrich, B. (2005, 13 de octubre). Purgan cadena perpetua 2 mil 225 menores en EU. (Pagina Web). Acceso: <http://www.jornada.unam.mx/2005/10/13/046n1soc.php>. Consultado el 13 de octubre de 2005.

Bourdieu (1998) decía que “el programa neoliberal, que saca su fuerza social de la fuerza política y económica de aquellos cuyo interés él expresa, tiende a favorecer la ruptura entre la economía y las realidades sociales, y a construir así, en la realidad, un sistema económico conforme a la descripción teórica”. Los adalides del mercado imponen una libertad cuyo único actor es el dinero y restringen el juego democrático exclusivamente al ámbito de la lucha partidaria, cuando en realidad la democracia es un continuo devenir que debería envolver todos los terrenos donde se desenvuelve la actividad humana, incluyendo obviamente la economía.

Bajo la influencia del neoliberalismo, la mayoría de los Estados¹¹ adoptan las reglas de funcionamiento del mercado para la gestión de la sociedad entera y privatizan el agua, la energía, el transporte, los servicios públicos en general; la salud, el sistema penitenciario y, de continuar esa tendencia, muy pronto también la administración de justicia.

Tratar una crisis de furor de una chiquilla de 5 años o el hurto de un juguete cometido por un niño de la misma edad, con el aparato penal, no estimula, por decirlo eufemísticamente, la educación de los pequeños que concierne en primer lugar a la familia y después a la escuela. Ante la debilidad de la una o la otra, las sociedades inspiradas por valores como la libertad, la igualdad y la fraternidad, divisas de Francia, deberían instaurar políticas para favorecer el vínculo social y no la punición de los marginalizados.

Incluso si la situación global de la justicia no es la que se dibuja detrás de los casos *folclóricos* utilizados como ilustración para este ensayo, la denuncia y el análisis sistemático de toda deriva, son necesarios para evitar su generalización. De ese trabajo de *revelado* podrán emerger las bases que permitirán la elaboración teórica de un modelo alternativo de sociedad y de justicia que privilegien la solidaridad sobre la competencia y lo humano, entendido como el beneficio de la colectividad, sobre el lucro desmesurado de unos pocos.

¹¹ Con la notable excepción de Venezuela que tal vez en lugar de estar navegando a contracorriente, como sostienen los medios de comunicación, podría constituirse en pionero de un nuevo modelo.

BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU P., PASSERON J.-C. *La reproduction : éléments pour une théorie du système d'enseignement*. Paris, Les Éditions de Minuit, 1970.
- BOURDIEU P. (1998), *L'essence du néolibéralisme*. (Página Web). Accès: <http://www.mondediplomatique.fr/1998/03/BOURDIEU/10167>. Consultado el 13 de febrero de 2006.
- BRUCKNER P. *La tentation de l'innocence*. Paris, Bernard Grasset, 1995.
- CASTEL R. *Les métamorphoses de la question sociale*. Une chronique du salariat. Paris, Librairie Arthème Fayard, 1995.
- CHRISTIE N. *L'industrie de la punition*. Condé-sur-Noireau (Calvados), France, Éditions Autrement, 2003.
- EWALD F. *L'état providence*, Paris, Bernard Grasset, 1986.
- FAGET J. *La médiation. Essai de la politique pénale*. Ramonville Saint-Agne, Éditions Érès, 1997.
- GARAPON A., SALAS, D. *La république pénalisée*. Baume-les-Dames, Hachette, 1996.
- GENARD J.-L. *La grammaire de la responsabilité*. Paris, Les Éditions du Cerf, 1999.
- MONTESQUIEU C. *De l'esprit des lois*. Paris, Garnier – Flammarion, 1979.
- PIAGET J. *Études Sociologiques, Les relations entre la Morale et le Droit*. En: Travaux de Droit, d'Économie, de Sociologie et de Sciences Politiques. Genève, Librairie Droz, 32, 1967, p. 172-203.
- PRESSE M-C. *Montée de la violence scolaire ou montée de l'individualisme? Éducation et francophonie*, XXXII, 1, 2004, p. 245-261.
- SALAS D. *La volonté de punir*. Saint-Armand-Montrond (Cher), Hachette Littératures, 2005.
- SIDANIUS, J. & PRATTO, F. *Social Dominance*. Cambridge, University Press, 1999.
- VERREL T. *Subjektive Beunruhigung Und Objective Bedrohung*. En: V. DITTMANN V., KUHN A., MAAG R., WILPARÄCHTIGER H. Ed., *Entre médiation et perpétuité*, Zurich, Verlag Rüegger, 2002, p. 33-56.
- WACQUANT L. Comment la «tolérance zéro» vint à l'Europe. *Manière de voir. Sociétés sous contrôle*, 2001, p. 56, 38-44.



Maquina de guerra II
Acrilico sobre papel
Sergio Bedoya y Jonathan Carvajal
2007

***DISPOSICIONES FRENTE
A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
Apuntes sobre fenomenología:
el profesor y el estudiante****

* Estas líneas son deudoras del diálogo sostenido con los profesores Rodolfo Arango, Vicente J. Ramírez, Diego López Medina, Daniel Bonilla, Gonzalo Ramírez Cleves, María Luisa Rodríguez y Esteban Hoyos, a quienes no tengo cómo retribuir su generosidad (no sólo) intelectual, más que dejando constancia expresa de mi gratitud.

Fecha de recepción: Abril 5 de 2007

Fecha de aprobación: Mayo 9 de 2007

DISPOSICIONES FRENTE A LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Apuntes sobre fenomenología: el *profesor* y el *estudiante*

Leonardo García Jaramillo*

“Abandoné mis estudios de derecho porque tenía la sensación de estar bebiendo la savia de un árbol muerto”. Schiller

RESUMEN

En este ensayo describiré y criticaré el formalismo jurídico respecto a su concepción e influjo en la enseñanza del derecho en Colombia, para detenerme posteriormente en el análisis de la relación entre las diversas formas de experiencias que son vividas, tanto por *profesores* como por *estudiantes*, así como de las relaciones esenciales que se establecen entre ellas¹, a partir de los vicios formalistas que aquejan la enseñanza de la filosofía del derecho en particular. Posteriormente se aborda el deber ser de tal enseñanza a partir de la naturaleza esencialmente práctica de la filosofía del derecho y su renovada concepción en la jurisdicción ideológica y programática del “nuevo derecho”. Se sustentará, en consecuencia, que como fundamento que subyace al saber empírico del derecho, la filosofía jurídica debe enseñarse a partir de una concepción filosófica de la educación, esto es, como pensamiento autónomo y crítico, y no como conjunto de información.

Palabras clave: Filosofía del derecho, formalismo jurídico, pedagogía y didáctica jurídicas, nuevo derecho.

DISPOSITIONS WITH REFERENCE TO PHILOSOPHY OF LAW

Notes on phenomenology: the *professor* and the *student*

ABSTRACT

In this essay I will describe and criticize the juridical formalism in what concern with its conception and influence on the legal education in Colombia, to empathized in the analysis of relation between the diverse forms of experiences that are lived, both of *professors* as well *students*, thus as the essential relations which they settle down among them, from the formalists vices that afflict the teaching of the philosophy of law in particular. Later is analyzed how should be such education given the essentially practical nature of philosophy of law and its renewed conception in the ideological and programmatic jurisdiction of the “new law”. It will be argued, consequently, that as a background that take root in the empirical knowledge of the law, the legal philosophy must teach itself from a philosophical conception of education, that is, as independent and critic thought, and not as set of information.

Key words: Philosophy of law, juridical formalism, juridical pedagogy and didactics, new law.

* Vinculado al programa de Derecho –Centro de Investigaciones Sociojurídicas- de la Universidad de Caldas. Ha publicado artículos y traducciones sobre filosofía política, derecho constitucional y teoría jurídica. Editor y coautor de *John B. Rawls. El hombre y su legado intelectual* (2004).

DISPOSICIONES FRENTE A LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Apuntes sobre fenomenología: el *profesor* y el *estudiante*

1. UN PUNTO DE PARTIDA CONTEXTUAL

1.1 El formalismo y su influjo en la concepción y enseñanza del derecho en Colombia

Numerosos autores pueden clasificarse como epígonos y defensores del formalismo, pero a manera de ejemplo podríamos referirnos a Karl F. Savigny y la jurisprudencia conceptual o de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), a los miembros de la escuela francesa de la exégesis¹, y a los partidarios de la llamada ortodoxia clásica de Christopher C. Langdell, en Estados Unidos².

El formalismo jurídico, entendido como la interpretación y ajuste del positivismo jurídico europeo a nuestra forma particular de concebir y aplicar el derecho en el ámbito disciplinar y profesional, puede describirse dentro del cometido planteado en este ensayo como un tipo de sensibilidad teórica legocéntrica que se caracteriza por la defensa de que los problemas jurídicos se resuelven, predominante o exclusivamente, mediante el análisis más o menos detallado de las leyes en la materia. Una perspectiva matizada es el “normativismo”, tomado en un sentido amplio al abarcar las concepciones que consideran que el derecho se objetiva en normas, pero también que su fenomenología resulta extraordinariamente rica y variada al relacionar sujetos, acciones, hechos, relaciones, instituciones, actos de fuerza, prácticas sociales y autoridades. Más que presuponer que el derecho se reduce a normas, concibe que sus manifestaciones se entienden, explican y enseñan por referencia a normas. El discurso jurídico es, entonces, un discurso sobre la fenomenología del derecho objetivado a través de normas³.

¹ Sobre esta escuela véase el análisis de López (2004: 147-158), y para una articulación como método de exposición del Código Civil (López, 2004: 160-169).

² No pretendo ser exhaustivo en esta exposición de la teoría formalista y sólo la desarrollaré en cuanto a la comprensión formalista de la enseñanza del derecho. Sin embargo, puede serle útil al interesado el que, si bien la teoría formalista no es monolítica y existen marcadas diferencias entre las propuestas de sus representantes, estimo que la posición de Langdell contiene los elementos básicos comunes a las diferentes propuestas formalistas. Ver al respecto Grey (1983).

³ En algunos aspectos sigo aquí el análisis presentado por López (2004), Bonilla (2005) y Aguilo (2002). De los dos últimos me baso en las versiones manuscritas facilitadas amablemente por los autores.

Sería una reiteración inocua plantear una descripción detallada y rigurosa que sustente la hegemonía que en nuestro medio (académico, judicial y político) ha tenido el formalismo como método de concebir el derecho y, por tanto, de interpretarlo y aplicarlo. Tal hegemonía ha ejercido igualmente un determinante influjo sobre las metodologías tradicionales de enseñanza del derecho en Colombia y países de latitudes cercanas. En sentido general, y en aras a la exposición, podríamos decir que el formalismo ha concebido, que la ley es igual al derecho y que exclusivamente por ésta se entiende y aplica; que existen respuestas únicas para todos los problemas que se le presentan a los jueces para su composición y que debe hallarlas en la fuente del derecho codificado; que la jurisprudencia y la doctrina sólo tienen fuerza auxiliar y en no todos los casos (descartando así la tesis optimista frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia); y que el juez ideal es el que no valora ni pondera porque el único facultado para crear derecho es el legislador⁴. El formalismo también sustenta la completitud, coherencia y claridad del ordenamiento jurídico, y concibe que la validez del procedimiento de expedición de las leyes y de la actuación judicial implican justicia, quedando por fuera del escenario de discusión, y naturalmente de enseñanza, cuestiones como la legitimidad moral y política del derecho, y respecto a las normas, su fundamentación filosófica, finalidad y propósitos políticos, viabilidad económica y el contexto socio-cultural en el que rigen (eficacia)⁵. López Medina muestra (2004) que bajo el ropaje del positivismo jurídico, el formalismo aisló al sistema judicial colombiano de las discusiones políticas que se desarrollaban en la época.

De la interpretación, adopción y adecuación de tal formalismo positivista que se dio en Colombia resultó particularmente mal librada la enseñanza del derecho, pues bien se sabe y se ha padecido por décadas la regencia que ha tenido la perspectiva formalista en los diseños curriculares, tanto por el excesivo protagonismo a las materias de derecho positivo –mientras que a otras áreas se les adjudica una participación significativamente menor– y las jerarquías que se perpetúan en las aulas, como por la adquisición de material bibliográfico, los requisitos para nombrar *profesores* y, en general, en la concepción global de este enfoque en la formación

⁴ La discusión por la presunta falta de legitimidad democrática de los jueces, que son nombrados en lugar de elegidos, al tener el poder de invalidar una ley adoptada por el Congreso, se conoce como la “objección contramayoritaria”. Para un extraordinario estudio, ver Gargarella (1996), libro en el que se critica el control judicial de las leyes y se propone su enfoque en la tarea de asegurar las condiciones del debate democrático y una esfera de autonomía individual. Ver también al respecto la sugestiva propuesta del “minimalismo judicial” de Cass Sunstein (2001).

⁵ Sobre uno de los aspectos más relegados en nuestro medio, como es la influencia política en la composición de los planes de estudio jurídicos, ver (Kennedy, 1983) donde también analiza la relevancia del Derecho Privado como centro de la enseñanza del derecho en Occidente.

jurídica nacional, caracterizado, en últimas, por los anquilosados arcaísmos del legalismo y la codificación.

Esta concepción evidentemente ejerció una influencia determinante sobre los diseños de los planes de estudio. Respecto a la enseñanza bajo su regencia, el formalismo privilegió criterios pedagógicos como un tipo de aprendizaje enciclopédico, en la medida en que el *estudiante* debe conocer enciclopédicamente todo el derecho y estudiarlo, casi, como se estudiaban las Sagradas Escrituras en antaño. El programa curricular se estructura, conforme a esta concepción, según las clásicas divisiones del derecho: Penal, Laboral y Civil etc., y este último, a su vez, debe subdividirse según la estructura, o “libros”, del Código Civil: personas, bienes, sucesiones y obligaciones, y contratos, tal como efectivamente aún se enseña en muchas facultades.

El formalismo fragmenta el aprendizaje del derecho al sobre-valorar la autoridad de las fuentes legislativas, minimizando la importancia de las otras fuentes (el papel de la jurisprudencia en la creación y desarrollo del derecho, es despreciado por completo) y disciplinas (como la sociología, la filosofía o la economía). En este sentido, la principal tarea del *profesor* es precisar los conceptos de las instituciones jurídicas y determinar su interrelación “de manera que el orden jurídico aparezca como lo que se supone es, una red de conceptos jerarquizados y coherentes” (Bonilla, 2005), lo cual deriva en que su trabajo bibliográfico sea, por excelencia, el Tratado: su comentario poco original, principalmente, de los códigos y las leyes afines.

Tal esquema de enseñanza menosprecia la motivación en el aprendizaje y le confiere a la cátedra magistral una exclusividad como método de enseñanza, implicando que en la relación vertical *profesor-estudiante* que se crea, éste tiene poco o nada que aportar al proceso educativo, pues el *profesor* es el que conoce el temario y sabe los contenidos de la materia y los trasmite en sus clases. El *estudiante* se acostumbra así, desde las primeras clases, a ser un ente pasivo que se limita sólo a escuchar y tomar apuntes⁶, y ni le resulta necesario asistir regularmente a clases, pues lo que dice el *profesor* lo encontrará en los tratados o manuales, bastándole con memorizarlos antes del examen. Como advierte Juan Ramón Capella (2001: 26): “No se puede decir que una clase sirve para aprender si no proporciona algo que no se encuentra en los manuales”. Algún apunte interesante del *profesor* será copiosamente registrado por los *estudiantes* “hediondamente conformistas” –la

⁶ Respecto a la fenomenología habrá que afirmar al respecto, con López Sáenz (2006) que “La confianza de la fenomenología en la razón y la influencia fenomenológica en las teorías pedagógicas contemporáneas explica que la concepción de la educación como reproducción esté siendo matizada por otra que subraya el papel activo de alumnos y educadores, las resistencias educativas y las posibilidades de cambiar las tendencias dominantes en la escuela”.

expresión es de Capella (2001: 62)– que son fiel reflejo de la represión inquisidora que fundan los *profesores* en el pavor ansioso que, a esta clase de *estudiantes*, les engendra la nota y la imagen que por este medio sus *profesores-futuros-colegas* se forjarán de ellos.

La consecuencia paulatina pero directa de esta orientación pedagógica es que el sistema evaluativo determina, casi exclusivamente, la retención de información por parte del *estudiante* como su logro principal y cometido único, dificultándosele aplicar lo aprendido por la descontextualización entre lo que se aprende y la realidad en donde debe aplicarse. Erróneamente se presupone que con la memorización se pueden afrontar los diversos problemas sociales que el abogado contemporáneo está llamado a resolver, orientándose así su aprendizaje hacia la repetición laboriosa del conjunto de códigos y demás leyes consideradas de una aplicación mecánica y casi automática, generando así más obtención de información que de ejercicio de habilidades y desarrollo de destrezas.

Tan infortunado equívoco metodológico que aún pervive en muchas facultades⁷, instituyó la memoria como fundamento de la enseñanza, sustentando una visión ritualista-medievalista respecto a la enseñanza del derecho y conservando una visión sacramental que fomenta un sistema pedagógico anclado en una realidad sociojurídica caduca. El aprendizaje tradicional del derecho se presenta como la actividad inercial de ceñirse a una serie de leyes y procedimientos en donde lo único aparentemente relevante es conocer sus contenidos y la mecánica con la que se vuelven operativos, sin utilizar recursos teóricos y conceptuales que le exijan al *estudiante* que se cuestione sobre la realidad social implícita en ellos, limitando la enseñanza a la transmisión de información y al enfoque que afronta los problemas sólo desde el procedimiento lógico-deductivo. Capella (2001: 75) lo critica de la siguiente forma: “La mayoría de las veces el *profesorado*, a la hora de examinar, no atina a averiguar lo que el estudiante sabe y se limita a averiguar lo que *recuerda*”. Esto desemboca en que el *estudiante* se vaya condicionando a estudiar para aprobar, no para aprender y, como lo enfatiza más adelante (2001: 76-77) “El estudiar para aprobar puede arruinar muchísimas inteligencias que sólo son capaces de memorizar. Esto es: incapaces de insertar los parciales conocimientos transmitidos en una comprensión compleja de la vida social; incapaces de hacerse no ya con un pensamiento técnico-jurídico eficiente, sino de problematizarlo y adaptarlo a la cambiante realidad social –y, profesionalmente, a la actividad personal”.

⁷ Si bien muchas universidades en Colombia optaron por integrar varios programas, como derecho, dentro de una misma facultad, aquí y en lo sucesivo me referiré a facultad queriendo sólo significar la de derecho.

El culto a la memoria como fuente primaria y absoluta del fenómeno de lo jurídico, eterniza el enfoque profesionalizante del que resultan las principales deficiencias de una formación que sustenta la enseñanza en la *in-di*-gestión de leyes y descuida otros importantes aspectos pedagógicos como la investigación sociojurídica y el diálogo que ésta propicia con otras disciplinas. Por esta razón suele calificarse la enseñanza jurídica como decimonónica, a-crítica y unidimensional, ya que al estar desconectada de las herramientas que le proporcionan otros discursos alternos, permanece descontextualizada de la compleja realidad social e independiente de los verdaderos debates jurídicos, de la interacción derecho-realidad y su integración con la reflexión interdisciplinaria entre la literatura legislativa y jurídica, con la práctica profesional, pues como se preguntara Walter Benjamín: “¿Para qué valen los bienes de la educación, si no los une a ellos la experiencia? Y a dónde conduce simularla o solaparla, es algo que la espantosa malla híbrida de estilos y cosmovisiones en el siglo pasado nos ha mostrado con tanta claridad que debemos tener por honroso confesar nuestra pobreza”⁸.

Una formación tan concentrada en los códigos y los procedimientos, de espalda a la realidad social y a los nuevos desarrollos y demandas de la pedagogía jurídica, confluye igualmente con el hecho de que al *estudiante* se le reduce dramáticamente su espectro o imaginario, tanto sobre lo que realmente es capaz de hacer una vez graduado –además de litigar–, como sobre la verdadera importancia y capacidad del derecho para resolver los grandes problemas nacionales⁹. Debe insistirse, cuantas veces sea menester, en que la rica fenomenología de los estudios jurídicos

⁸ Sobre la unilateralidad de concebir el derecho como un conjunto de leyes, resulta singularmente ilustrativa una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1973 en la que se decidió sobre la validez de la creación judicial de derecho en contra del texto mismo de una ley (BverfGE 34, p. 269 (286 y ss.)). En uno de sus apartes fundamentales nos enseña que “*El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas*. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un *plus* en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; *encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial*”. A la Corte Constitucional (SC-479/92) le resulta en el mismo sentido indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual “el derecho no se agota en las normas”.

⁹ En este punto resulta más que relevante el estudio de la sociología jurídica el cual, como la iusfilosofía, también es muy débil en países de tradición romano canónica como el nuestro. Por razones de espacio no puedo detenerme en un análisis sobre el particular, pero digamos que es precisamente en estos países (por la influencia del positivismo formalista en la enseñanza, en la concepción y en la aplicación del derecho) donde su integración en los programas de derecho resulta un ingrediente fundamental, pues le proporcionan al *estudiante* una dosis muy importante de antiformalismo y de realidad sociocultural que no adquiere estudiando el mero derecho positivo, por cuya exclusividad en la enseñanza se termina con una perspectiva reducida sobre la capacidad del derecho para resolver los grandes problemas nacionales. Como puso de presente Carlos Gaviria en una conferencia en la Universidad de Caldas, “En las facultades hay que enseñar también que el derecho no sirve únicamente para que se diriman litigios menores, sino que el derecho es un instrumento esencial para la solución de conflictos mayores, como el que vive Colombia actualmente”.

repercute asimismo en las diversas funciones que está(ría) facultado para desempeñar un recién estrenado abogado, tales como por ejemplo (empecemos por lo obvio) el litigio para representar personas o empresas; la academia, la docencia o la investigación; la asociación con las grandes firmas o los bufetes; la asesoría y consultoría pública y privada, así como la gerencia de compañías; la judicatura o fiscalía, o la representación litigiosa del gobierno; y el trabajo con ONG's o con "clínicas de derecho de interés público".

1.2 El problema de la definición

Amparándonos en la exhortación de Kant "En filosofía, la definición como claridad aquilatada, más bien debe coronar la faena antes que iniciarla" (1960: 349), consideramos que bien puede prescindirse de una definición de filosofía del derecho al momento de criticar y señalar una transformación en su enseñanza¹⁰. Conjunta a la postura de Kant sobre este preciso aspecto, podríamos ubicar las concepciones de los filósofos ingleses Bertrand Russell y Karl Popper. Russell arguye que cualquier definición que se dé a esta palabra será relativa a la filosofía que se adopte, por lo que "todo lo que podemos decir al empezar es que existen ciertos problemas que interesan a determinadas personas y que, al menos por ahora, no pertenecen a ninguna ciencia en particular. Todos estos problemas son de tal especie que suscitan dudas acerca de lo que pasa comúnmente por conocimiento; y si estas dudas se han de aclarar, en modo alguno lo serán sólo mediante un estudio especial al cual damos el nombre de 'filosofía'" (Russell, 1975: 15). Por su parte, sustenta Popper (1991) que la filosofía no se define, asume tareas: "Un filósofo debe filosofar, debe tratar de resolver problemas filosóficos y no hablar acerca de la filosofía", por lo que resulta más relevante cualquier intento por resolver problemas iusfilosóficos, en vez de enfrascarse en discusiones "esencialistas" como ¿qué es la filosofía del derecho?

Mas desde nuestra orilla disciplinar el jurista, también inglés, Herbert Hart precisó que sobre algunos aspectos del fenómeno de lo jurídico, el tener que recurrir a 'definiciones' ofrece más limitaciones que beneficios, principalmente porque nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una 'definición' puede proporcionar una respuesta satisfactoria a preguntas como qué es la filosofía del

¹⁰ Sobre su función y concepto, consúltense por lo menos, Brieskorn (1993), Kaufmann – Hassemer (1992: "Introducción"), Kaufmann (1997), Radbruch (1974), Díaz (1980: "Cuarta Parte"). La *Teoría pura del derecho* de Kelsen es un ejemplo de la aplicación del método trascendental de Kant, pues la cuestión relevante es "¿Cómo es posible el conocimiento del derecho?" en lugar de "¿Qué es el derecho?"

derecho. Así, en su célebre *The Concept of Law* (1994), renunció al hecho de tener que recurrir a la definición para explicar lo que es el derecho¹¹.

Igualmente problemático por cuanto, extendiendo la advocación de Karl Jaspers sobre la filosofía, podemos afirmar que es muy discutido qué sea la filosofía del derecho y cuál sea su valor: “De ella se esperan revelaciones extraordinarias o bien se la deja indiferentemente a un lado como un pensar que no tiene objeto. Se la mira con respeto, como el importante quehacer de unos hombres insólitos, o bien se la desprecia como el superfluo cavilar de unos soñadores. Se la tiene por una cosa que interesa a todos y que por tanto debe ser en el fondo simple y comprensible, o bien se la tiene por tan difícil que es una desesperación ocuparse con ella” (Jaspers, 2000: 7). Inclusive a la pregunta ¿para qué filosofía del derecho? debiera responderse con la agresividad que Gilles Deleuze indicaba que debe responderse la pregunta ¿para qué filosofía?, ya que la pregunta se tiene por irónica y mordaz.

2. EL PROFESOR

*“La calidad de cualquier institución académica depende en definitiva de la profundidad y diversidad de su cuerpo docente, que es el que da forma al plan de estudios de la facultad y es el responsable de los resultados de la enseñanza, del carácter de su biblioteca, y del tipo de estudiantes que son atraídos por la institución. Es el cuerpo docente quien define la facultad”*¹² Owen Fiss¹³

El esquema dominante de enseñanza de la filosofía del derecho en Colombia hasta inicios y mediados de los 90 (pero que infortunadamente subsiste aún en numerosas facultades), consiste, entonces, en una miope perspectiva que se revela en un tipo de enseñanza concentrada exclusivamente en la historia de lo que han escrito

¹¹ Sobre la concepción de la filosofía lingüística en Hart y para un análisis de su teoría del derecho desde la perspectiva analítica, ver Rodríguez (1992).

¹² Considero más adecuada esta perspectiva que la sostenida por otra poderosa referencia en este ensayo: Juan Ramón Capella, para quien “son los *estudiantes*, más que los *profesores*, los que determinan el clima, el ambiente intelectual de un centro universitario” (Capella, 2001: 90).

¹³ En el libro que contiene tal contribución, se compilan varios artículos de los profesores de derecho de Yale, quienes desarrollan un saludable ejercicio de autocrítica frente a los valores dominantes que se les inculcan a los *estudiantes*, como son el alcance de posiciones de poder y la consecución de dinero; cuestiones que no resultan muy alejadas de los “valores” que muchos programas de derecho en Colombia le inculcan a sus *estudiantes*. Sobre el contenido ideológico de los planes de estudio, ver, Kennedy (1998). La sección de Educación Jurídica y Admisiones de la *American Bar Association*, emitió un informe (*McCrate Report*) en 1992 sobre el estado de la enseñanza del derecho donde se detallan los valores profesionales esenciales del abogado: proveer representación idónea, esforzarse por promover la justicia, la equidad y la moral, y procurar el perfeccionamiento profesional.

los filósofos sobre el Estado y el derecho (o “lo justo”) desde hace 25 siglos. Esta concepción pedagógica, heredera de los vicios del formalismo, reside en una repetición de lecturas a-sistemáticas que se han inscrito en alguna de las corrientes de pensamiento que se presentan y (a los *estudiantes*) se imponen a la manera de modas, con todo y sus “cuartos de hora” de fama. Su cometido meramente divulgativo le impide a este esquema, tanto plantear discusiones rigurosas en torno a la teoría de nuestras prácticas y al entendimiento de que toda práctica –y en especial la jurídica– tiene una teoría, como ofrecer superaciones efectivas que articulen la teoría con la práctica jurídica. Al respecto podemos extender nuestro argumento hasta el que en su momento planteara Lisímaco Parra en relación con la actividad filosófica en Colombia, sobre lo que afirmó que “no hacemos filosofía, ni historia de la filosofía, sino *exégesis divulgativa de textos filosóficos*” y “si observamos la evolución de nuestro transcurrir filosófico (...) a lo que asistimos es a una sucesión más o menos caótica, tal vez *más de autores que de problemas*” (Parra, 1997: 68. Énfasis añadidos).

Por una razón eminentemente retórica, me referiré al *profesor* promedio de filosofía del derecho que, en últimas, no hace filosofía del derecho sino una –muchas veces competente pero a todas resultas inadecuada– historiografía a-crítica de las obras canónicas de la filosofía del derecho, como ‘ius-filosofastro’¹⁴. Este *profesor* enseña filosofía del derecho, básicamente, extendiendo el canon iusfilosófico central de autores clásicos que son reconocibles de manera casi evidente como los líderes de determinadas escuelas iusteóricas transnacionales. En sus clases se limita a valorar y describir las narrativas jurídicas provenientes de los “contextos de producción de teorías del derecho”, es decir, de los “círculos intelectuales e instituciones académicas de prestigiosos Estado-Nación”¹⁵, sin dar cuenta de las jurisdicciones políticas, ideológicas y académicas locales al momento de analizar un grupo de obras famosas escritas dentro de contextos socioculturales y esquemas investigativos muy particulares y con especificidades que hacen imposible su asimilación automática a nuestra realidad sociojurídica. Son, entonces, lecturas que se realizan sin análisis contextual alguno ni problematización sobre las particularidades desde donde se les aborda, lo cual las desconecta con las cosas que, se supone, hacen los profesionales exitosos en las firmas y bufetes, y en las asesorías o consultorías.

¹⁴ Para mayor claridad: Filosofastro es el falso filósofo que pretende examinar los problemas y cuestiones centrales de la filosofía (filosofar), sin tener la capacidad de hacerlo.

¹⁵ En su tesis doctoral (2001: 4 y ss.) López Medina sostiene que hay unos países que son “sitios hegemónicos de producción de teorías transnacionales del derecho”, donde en “ambientes hermenéuticos ricos” los lectores poseen acceso extra-textual a un rico bagaje de información nacida entre sus propias discusiones iusteóricas; y otros países (como el nuestro) que son “sitios de recepción” de teorías, donde en “ambientes hermenéuticos pobres” los lectores sólo reciben información textual periférica sobre las estructuras conceptuales y las teorías nacidas en los sitios de producción. Para este asunto en el descendiente de la tesis: (2004: Cap. 1.2).

Debido a la forma estéril y vertical de enseñar las teorías canónicas de autores como Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy, Rawls o Habermas¹⁶, es que en la estructura general de la enseñanza del derecho éstas no pasan a ser más que recuentos históricos casi esotéricos (que muchas veces se remontan hasta los presocráticos y van acercando a grandes saltos hacia nuestros tiempos, no hacia nuestros entornos) y, en todo caso, desarticulados entre ellos y con la propia dogmática jurídica, por lo que en nada aporta su estudio para mejorar la comprensión del andamiaje jurídico local, ni su parte teórica ni, mucho menos, su parte práctica u operativa. Tener un meridiano entendimiento de las adaptaciones (“impuras”, en el sentido de López¹⁷) de las teorías a nivel local, es más importante que el empeño por realizar reconstrucciones de las teorías a partir de interpretaciones originalistas, es decir, de las que sólo pretenden desentrañar los sentidos objetivos, ciertos e inequívocos de los textos a partir de las intenciones de quienes los redactaron¹⁸.

En esta crítica a la concepción y enseñanza de la filosofía del derecho no tengo dudas de haber molestado a algunos abogados, pues a continuación corro el riesgo de molestar también a los filósofos, ya que igualmente estimo que hacia ellos puede dirigirse una crítica que describiré brevemente a continuación.

Si bien el cultivo profesional de la actividad iusfilosófica en Colombia constantemente permite recoger cosechas intelectuales abundantes (entre publicaciones periódicas, seriadas y monográficas, y memorias de eventos académicos) que harían que el interesado se pudiera pasar la vida entera tratando sólo de permanecer actualizado, no puede desconocerse que se intensifica y generaliza entre el estudiantado y un amplio sector de los *profesores* de materias de derecho codificado –quienes igualmente ven con suma reserva el ascendiente énfasis que se le confiere a la filosofía del derecho por parte de las áreas de teoría jurídica en diversas facultades– una imagen desfavorable y desconfiada que versa fundamentalmente en el rol que deben

¹⁶ Para ejemplares lecturas locales, conscientes de los contextos colombianos y andinos de estos autores, desde diversos enfoques, ver: respecto a Kelsen (López, 2004: 341-398), (Mejía, 1998: 57-73), (Cárdenas, 1982) y (Villar, 1991); a Hart (Rodríguez, 1999) y (López, 2004); a Dworkin (Rodríguez, 1999); a Alexy (Arango, 2004a) y (Bernal, 2005) y a Rawls y Habermas (Mejía, 2005).

¹⁷ El sentido de la expresión ‘impura’ del libro, se condensa en las primeras páginas (7 a 15), más puntualmente (18 a 21) y, como producto de “efectos transmutativos”, (35 y ss.). En síntesis, las teorías son “impuras” luego del proceso de viaje desde su sitio de producción hasta el de recepción, donde se asienta y muta; son “síntesis extrañas y creativas que, sin embargo, son esenciales para entender las prácticas jurídicas locales” (López, 2004: 461).

¹⁸ Esta crítica sobre la pretensión de apropiación teórica exclusivamente a partir de la interpretación en sus propios contextos de creación, puede ilustrarse extendiendo la cuestión de la interpretación “originalista” de la Constitución, es decir, aquella que sólo procura desentrañar el sentido de quienes la redactaron. Tal modelo interpretativo ha sido defendido por los magistrados Scalia y Thomas de la Suprema Corte, “como si las intenciones de los mentores históricos de alguna cláusula particular de la Constitución fuesen la única guía aceptable para su significado”, ver al respecto Dworkin (2006: 117-139).

desempeñar al interior de la práctica jurídica los discursos iusfilosóficos y los debates transnacionales sobre la concepción, interpretación y aplicación del derecho, sobre el papel del juez en el nuevo derecho¹⁹ y sobre el rol cada vez más fortalecido de la jurisprudencia en la concreción de los principios constitucionales.

Este sector del cuerpo docente en las facultades de derecho reclaman que los iusfilósofos no pierdan el contacto con la realidad por cuenta de un ejercicio (más que una actividad) que parece más bien una especie peculiar de idiosincrasia propia de intelectuales que muchas veces se asume como un saber aislado que no se siente preocupado por la urgencia de transformar el mundo sustantivo, ni que está en capacidad de responder de una manera más comprometida y creativa a las demandas que le plantean las cuestiones de la práctica jurídica.

La lucha de los filósofos del derecho, como afirmó sugestivamente López Medina en una entrevista reciente que ha sido la suya²⁰, debe consistir en “tratar de tener una teoría y una filosofía del derecho más comprometidas, y una práctica y una dogmática más teóricas. Una filosofía más comprometida que explique más lo que tiene que explicar, a saber, el fenómeno del derecho, en contacto con la cultura y con la filosofía general, no en desconexión, pero tampoco en una conexión abstracta o ingenua, sino en una conexión más adulta, más madura y más conciente, de tal manera que la teoría del derecho beba de sus contextos culturales generales y de la filosofía general, pero que al mismo tiempo explique más el fenómeno que tiene que explicar”.

En un contexto donde el iusfilosofastro no toma conciencia de que debe romper el celofán que lo aísla de la realidad social, es asimilado acertadamente a un intelectual que juega al ajedrez con los conceptos, que vive profundamente absorto en la reflexión de sus propios y auto-inventados problemas y que no abandona el inerte santuario en el que muchas veces se le transforma su cátedra. Este *profesor* no acaba de entender que de lo que se trata con la filosofía del derecho es de hacer crecer la profesión y transformar la propia cultura con base, sin duda, en los productos académicos de los países hegemónicos de producción de teorías transnacionales del derecho²¹, *pero* realizando una lectura creativa y una interpretación fiel a los textos que responda a las restricciones y condicionamientos que imponen las necesidades contextuales de los sitios de recepción, las cuales evidentemente no son las mismas (muchas veces, ni siquiera similares) a las de los ambientes de producción.

¹⁹ Sobre los límites y alcances de este modelo ideológico, ver la discusión entre Javier Tamayo Jaramillo y Diego López Medina, desarrollada en los números de *Ámbito Jurídico* de mayo 23 a junio 5 de 2005 y de julio 4 a 17 de 2005. Ver también (López, 2006: Cap. 7.2).

²⁰ Entrevista realizada por Natalia Encinales & Leonardo García, publicada en el No. 4 (jul.-dic., 2005), de la Revista *Jurídicas* del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, Universidad de Caldas.

²¹ Conforme a López (2001), Alemania lo fue entre 1850 y 1900, Francia lo fue entre 1900 y algún momento en la década del 30, y Estados Unidos, después de 1950.

Legítimamente puede llegar a denunciarse la falta de compromiso de muchos filósofos del derecho al momento de intervenir activamente en los problemas jurídicos apremiantes, lo cual suscita reacciones escépticas o negativas sobre la verdadera relevancia sociojurídica de su disciplina y conduce a su pérdida de credibilidad. Dicha actitud parece justificar en nuestros días la visión defendida por Trasímaco, en la *República* de Platón, al decir que la filosofía es un pasatiempo muy constructivo en la formación de los jóvenes, pero un vicio de mal gusto en las personas serias y con responsabilidades quienes, decepcionadas, vuelven la mirada hacia saberes más útiles y más capaces de transformar la realidad.

El ejercicio de encontrar recursos mejores y más efectivos para articular la relación de la teoría con la práctica jurídica, cobra una inusitada relevancia en un contexto como el colombiano que ha estado dominado por el formalismo legocentrista, por lo que tal relación se ha presentado tradicionalmente como excluyente y jerárquica, y que parece estar cada vez más encandilado por el aparente protagonismo social de los litigantes prestigiosos que parecen no requerir de la reflexión iusfilosófica en su exitosa carrera laboral. Esto debe presentarle a las autoridades universitarias dramáticos interrogantes sobre lo que es realmente imprescindible debatir.

Del mismo modo debe entenderse que ni el derecho ni ninguna de sus subdisciplinas integrativas y las afines, ni las reflexiones que se desarrollan desde la dogmática, existen para ser objeto de meras elucubraciones abstractas, sino que de su naturaleza ontológica es la aplicación concreta a las relaciones ciudadanas y cuestiones prácticas. Como sostiene Arthur Kaufmann (1997: 43-62): “también la filosofía del derecho, si no quiere ser simplemente especulativa, tiene que apoyarse en la *experiencia*; igualmente en ella tienen que estudiarse y discutirse los problemas en el *caso* (...) también ella tiene, para decirlo de algún modo, que operar experimentalmente”. En el mismo sentido, para el *profesor* español, Juan Antonio García Amado (1990): “La filosofía del derecho existe fundamentalmente como actividad, como un núcleo temático formado por el derecho como fenómeno global, incluyendo su práctica como parte esencial, y acogido por un cierto método tendiente a obtener conclusiones o tesis que rebasen el alcance de los problemas jurídico-positivos concretos o los ordenamientos particulares”.

Para los *profesores* de filosofía del derecho, en cambio, debe ser siempre una prioridad, como lo fue para Kant, que “sus *estudiantes* no sólo aprendan pensamientos sino a pensar, que no aprendan una filosofía ya hecha, sino a filosofar”²².

²²

Así anuncia el objetivo de su curso de ética para el semestre de invierno de 1765-1766. Cfr.: Karl Vorländer, *Kants Leben*. Felix Meiner Verlag, 1986, p. 43. Adeudo esta referencia al prof. Vicente Durán.

Es claramente desafortunado que aún subsistan en algunas facultades fragmentos de antiguos modelos pedagógicos ya sepultados por la historia, cuyos *profesores* ('apologetas' a ultranza de la tradición y el statu quo) no cuentan con más alternativa que atrincherarse en parcelas eruditizantes para resguardar sus propios feudos intelectuales, por ejemplo, reduciendo el debate iusfilosófico a la dicotomía entre iuspositivismo e iusnaturalismo (cosa que al mismo tiempo, así visto, no es más que un falso dilema²³), lo cual desemboca en discusiones endogámicas y absurdamente hiper-complejas, e irrelevantes por completo.

Reconsiderar el enfoque de la enseñanza de la filosofía del derecho hacia escuelas como los Estudios Críticos del Derecho, los principios generales y teorías como la de argumentación jurídica, entre otras, permitirían instaurar una "tercera vía", como lo han demandado iusfilósofos como Kaufmann (1999: 105 y ss.), que saludablemente sustituya el lugar de los sempiternos debates entre iusnaturalistas e iuspositivistas²⁴. Así se contribuirá también a que el *estudiante* desarrolle las habilidades que otorga el estudio serio y riguroso (en creativa y constructiva articulación con la normatividad) de la filosofía del derecho, para así lograr avanzar conjuntamente hacia el mejoramiento de la educación y el fortalecimiento de las competencias profesionales.

En general, como ha argumentado Dworkin, "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". En particular respecto a los jueces, Dworkin sustenta que lo que hacen "es de una gran importancia, no sólo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el Derecho Constitucional, para el gobernabilidad de la Nación"²⁵, por lo que resulta inadmisibles que los jueces, e intérpretes en general del derecho, ignoren en su actividad las cuestiones que han sido debatidas por los filósofos durante tantos años.

²³ Como un interesante análisis de donde puede derivarse lo inocuo de tal polarización, ver Arrieta (2003), donde se sustenta que el hecho de que un caso se resuelva acudiendo a una argumentación de carácter formal, *no* implica que su fundamentación carezca de una dimensión valorativa, razón por la cual la diferencia entre un caso fácil y uno difícil no es tan radical como para que deban resolverse acudiendo a "metodologías de análisis" completamente diferentes.

²⁴ Para la versión tradicional de la (seudo)discusión entre iuspositivistas e iusnaturalistas, ver (Farrell, 1998). En la misma línea en la que se pretende inscribir esta parte del ensayo, Farrell sostiene que los temas recurrentes del tal enfrentamiento han agotado su importancia, y muestra su perplejidad por el hecho de que en la filosofía del derecho se continúe polemizando sobre algo tan poco dramático y poco relevante.

²⁵ Las referencias a este ensayo de Dworkin (2000) no se pagan porque son hechas a partir de la versión manuscrita distribuida el día de esa conferencia.

3. EL ESTUDIANTE

Entre los *estudiantes* la referida desvinculación programática entre el discurso iusfilosófico y la enseñanza de las normas de los códigos y los procedimientos, inevitablemente produce un profundo desconcierto (y un tanto de aburrimiento) por la falta de articulación entre la teoría iusfilosófica y la práctica litigiosa, por lo cual toda transversalización interdisciplinaria está llamada al fracaso. La forma tradicional de enseñar la filosofía del derecho, estéril y descontextualizada de los propios contextos en los que se abordan influyentes obras clásicas²⁶, hace a los *estudiantes* apáticos y escépticos –casi cínicos– frente al definitivo papel que la filosofía del derecho está llamada a cumplir en la educación jurídica.

En el tiempo dedicado a su estudio, el *estudiante* de filosofía del derecho debe adquirir la habilidad de pensar profundamente sobre el derecho y preocuparse por su contenido, es decir: “filosofar el derecho”, o sea comprender y cuestionar los conceptos más comunes que se utilizan (con frecuencia inadvertida y hasta arbitrariamente) en el discurso jurídico, tales como por ejemplo: dogmática, regla-principio, teoría-hipótesis, democracia, justicia-equidad, racional-razonable, ontología, legitimidad-validez-eficacia, derecho-obligación-deber²⁷, así como esclarecer la multivocidad de usos y significados, en muchos casos ambigüedades, que presentan tales conceptos.

Con una rigurosa y adecuada orientación en esta materia, el *estudiante* desarrollará habilidades críticas y analíticas que le permitirán plantear preguntas, razonar sobre ellas y examinar las respuestas obtenidas; así como debatir los presupuestos y fundamentos del lenguaje jurídico y analizar la relación entre las técnicas y doctrinas jurídicas, con el sentido y la validez del conocimiento que se transmite en las aulas. El *estudiante* bien orientado podrá plantearse reflexiones autónomas sobre el entendimiento del derecho y de todo el fenómeno de lo jurídico, partiendo del conocimiento de la dogmática y el derecho sustantivo, pues tampoco se trata de que la demanda por un mayor componente teórico en la enseñanza del derecho, desemboque en una falta de rigor y estudio sobre la dogmática estrictamente jurídica, por lo que debe compartirse en este punto la advertencia de Kennedy (1998: 54) para quien la enseñanza de la teoría y doctrina en aislamiento del

²⁶ El libro de Cárdenas y Guarín (2007) arroja interesantes enseñanzas en torno a la forma de analizar teorías desde los problemas concretos de la realidad del derecho.

²⁷ Éstos tres últimos conceptos fueron estudiados por Hart respecto a su derivación del lenguaje. Cfr.: (Hart, 1994: Cap. II).

desarrollo de habilidades prácticas, es un “mecanismo incapacitante” para el futuro abogado²⁸.

En definitiva, si bien en las aulas se deben enseñar los procedimientos legales y la normatividad vigente, esto es condición *necesaria*, pero no condición *suficiente*, para la formación de los futuros juristas, ubicándose la filosofía del derecho dentro de las condiciones necesarias y, articuladas con otras (sociología, economía, etc.) suficientes, para progresar en el estudio de la norma, pero también en la comprensión de su razón de ser para que se puedan develar con propiedad las implicaciones prácticas de tal o cual posición doctrinaria o jurisprudencial, crear y consolidar subreglas constitucionales, aplicar los mecanismos interpretativos e integrar un caso difícil en el mandato imperativo del ordenamiento para solucionar las lagunas jurídicas. No son acaso muchos los problemas que se presentan al interior mismo de la dogmática jurídica que difícilmente podrían resolverse sin acudir a la teoría jurídica o a las destrezas que ésta desarrolla, y sin haber extendido a lo largo de la formación habilidades y técnicas más allá de las que se ponen en práctica desde los estudios legales. Como ejemplos pueden indicarse, entre muchos otros, los siguientes problemas que tienen que decidir los jueces y defender los litigantes: cómo se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales, cuáles son los factores (esenciales y accidentales) que se deben considerar en una ponderación, existe o no una distinción moralmente significativa entre el acto negativo de dejar morir y el acto positivo de retirar los soportes artificiales de la vida, y de esta distinción—si existiese—podría derivarse jurídicamente el derecho a la eutanasia y al suicidio asistido.

Las facultades de derecho que integran la reducida élite²⁹ en las principales capitales, se caracterizan, entre otros factores, porque tienen sólidos y reconocidos grupos de investigación; poseen bibliotecas actualizadas con numerosísimos volúmenes;

²⁸ Sobre las destrezas prácticas y su relación con las teóricas y doctrinales en el medio norteamericano, que arroja importantes conclusiones para la propia situación colombiana, ver, Cooper (2001). Ver también al respecto Lyon (1993) y VV.AA. (2002). En el mismo contexto, para una descripción de las perspectivas dominantes y una crítica a las discusiones tradicionales en torno a la pedagogía jurídica, ver, Montoya (2004a). La tesis doctoral de Montoya (2004b) es un concienzudo estudio sobre la evaluación a los currículos a partir del estudio de caso de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Una amplia bibliografía sobre educación jurídica en Estados Unidos, está en (VV.AA., 2002: 42-46).

²⁹ No es nada nuevo decir que las élites son las que se apropian de los sistemas de producción jurídica. Sobre la competencia jurídica como poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico, ver, Bourdieu (2000: 191 y ss.). Robert Gordon (en: VV.AA., 2002: 7), profesor de derecho en Yale, señala algo del contexto norteamericano que puede calcarse al nuestro: los graduados de las escuelas más selectas son reclutados para los trabajos más prestigiosos y mejor pagados, mientras que los graduados de escuelas de menor rango en ocasiones tienen problemas para encontrar empleo como abogados. En esta perspectiva podría ser leída la denuncia de Kennedy (1998) hacia las facultades de derecho como reproductoras de las jerarquías sociales, pues las vivencias políticas en las clases entranan a los *estudiantes* para que acepten y, posteriormente, participen en la estructura jerárquica de la sociedad. Para una réplica: Shain (2006).

su planta física permite un adecuado proceso de enseñanza; cuentan con varios y reconocidos Doctores cuya producción intelectual es fuente fértil de relevantes discusiones teóricas e influye asimismo en los pronunciamientos judiciales y en los cada vez más abundantes trabajos académicos que a diario enriquecen el estado del arte; y por cuyas series de publicaciones, originales y traducciones, se conocen en Colombia los trabajos producidos en los ambientes hermenéuticos ricos.

A partir de lo anterior pretendo poner de relieve que en no pocas ocasiones se evidencia entre los pregrados que no hacen parte de esta élite o que se alejan sustancialmente de tales caracterizaciones, uno de los siguientes problemas: (i) por su menor capacidad económica y, en algunos casos, por su menor conciencia sobre el deber ser del derecho en un nuevo estado constitucional que se globaliza aceleradamente, no han integrado en el discurso pedagógico nuevas materias ni se han actualizado desde hace décadas las materias canónicas, sustantivas y procedimentales, del derecho civil, penal y laboral; o bien (ii) cuando se ha dado este paso y se incluyen en el plan de estudios materias que tienen una relación más directa con la filosofía, la sociología y la economía, la referida integración es meramente formal porque otros asuntos esenciales permanecen estáticos: las jerarquías no se modifican, la formación de competencias sigue restringida al conocimiento de la ley y, en general, se presentan –conjuntamente con los (que he llamado aquí) “discursos alternos”– los vicios del formalismo detallados en las primeras páginas de este ensayo. Por estas razones la referida y tan alegórica renovación curricular, no logra articularse efectiva y constructivamente con el núcleo central de enseñanza de la normatividad.

Al respecto estimo que debe objetarse la (presunta) renovación curricular cuando se presenta como exitosa no obstante exigírsele al *estudiante*, a la par del estudio de las grandes obras de la teoría jurídica moderna y contemporánea, de la jurisprudencia constitucional y de la literatura jurídica³⁰, que debe memorizarse cierto articulado

³⁰ Equivocadamente se afirma, a mi juicio, en una reseña de Mario Alberto Cajas (U. ICESI) a *El derecho de los jueces* (López, 2006) que tal libro “es una invitación a romper el formalismo *que aún predomina en nuestra literatura jurídica*. (Pie de Página No. 11, Bogotá, 2007, p. 82, énfasis añadido). Si bien es casi unánime el entusiasmo en torno a la obra de López y su influencia en la renovación de la concepción tradicional del derecho en Colombia, no es afortunado sostener tal preeminencia del formalismo en la literatura jurídica, pues si en algo ha dejado de predominar el formalismo ha sido en las obras recientes que son precisamente las tributarias de la renovación en la concepción del derecho; obras de profesores colombianos que son incluso ejemplos a nivel latinoamericano de que una obra se reputa como importante no sólo por lo valioso que intrínsecamente dice, sino también por el nivel y el número de críticas que recibe, así como por la calidad de discusiones que suscita. Entre otros, confróntese: Arango (2004a - 2005), López (2004 - 2006), Mejía (2005), Cepeda (2007), Bernal (2003 - 2005 - 2006), Montoya (2004b), Rodríguez (1999), Cárdenas – Guarín (2007) y Bonorino – Peña (2002). Igualmente dan efectiva cuenta de este cambio series como las de “Nuevo Pensamiento Jurídico”, de la Universidad de los Andes, “Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho” y “Estudios de Filosofía y Derecho”, de la Universidad Externado de Colombia, así como los títulos que repetidamente publica Siglo del Hombre en su colección de “Ciencias Sociales y Humanidades”.

para un examen, o cuando al interior de la facultad no se evolucionan los debates sobre la caduca rigidez de la separación entre el Derecho Privado y el Derecho Público. La conexión que en este tipo de pregrados se da entre las materias teóricas con las dogmáticas y las prácticas (forenses, por ejemplo), es profundamente abstracta e ingenua, pues no se consigue con éxito, ni que la teoría vincule, comprometa, ilustre y, de esta forma, modifique la práctica jurídica, ni que esta práctica se vuelva más teórica y, así, que esté más en contacto con todas las dimensiones (más allá de la mera normatividad) que hacen parte de la fenomenología jurídica.

Sólo en la medida en que se haga un esfuerzo adicional por demostrar la importancia de la reflexión iusfilosófica en el derecho, articulando las teorías que respaldan la comprensión de los códigos³¹, es que el *estudiante* construirá los elementos necesarios para orientarse en la formación de criterio jurídico, donde se asuman conceptos legales y contextos sociales, aprendiendo a conocer el derecho y sus expresiones, así como sus cambios paradigmáticos, para poder profundizar posteriormente en el estudio de la complejidad de los sistemas normativos y la casuística. Serán competentes asimismo para emitir juicios críticos sobre el derecho vigente, su legitimidad y aplicación eficaz. Así, el *estudiante* constituirá los elementos necesarios para orientarse en la construcción de criterio jurídico, donde se asuman conceptos legales y contextos sociales, igualmente estará capacitado para emitir juicios críticos sobre el derecho vigente su legitimidad y aplicación eficaz, conocerá integralmente el derecho y sus manifestaciones, así como sus cambios paradigmáticos.

La filosofía del derecho propone un énfasis en la crítica, cuya raíz etimológica alude precisamente al ejercicio de separar y diferenciar, por ejemplo, al momento de determinar los conflictos que se presentan entre lo que el *estudiante* aprende en la facultad y lo que se espera que el abogado que recién se va a estrenar en el medio, conozca y domine; y entre lo que los *profesores* consideran más valioso enseñar y lo que la facultad promueve oficialmente. Por tal énfasis crítico el *estudiante* incluso estará dotado de elementos poderosos para relativizar y reorientar la jerarquía de lo que se le enseña, pudiendo estructurar sus intereses intelectuales frente a lo que el plan de estudios le otorga una débil, o nula, participación.

Un panorama donde tras el paso de las décadas no se ha evolucionado una dogmática jurídica de corto vuelo intelectual, donde se defienden posiciones homogenizado-

³¹ Habría que seguir aquí a William Ewald, para quien el entendimiento del derecho está supeditado a la comprensión de las normas que integran el ordenamiento jurídico, pero también al conocimiento de los presupuestos fundamentales de su teoría del derecho. Ejemplificando con el derecho alemán, afirma Ewald (1994: 1943-1944): “[C]onsidero en detalle el código civil alemán; explico cómo su redacción estuvo influenciada por las ideas de Kant, Savigny y Thibaut, Windscheid y Gierke; y argumento que, *a no se que uno entienda estas ideas superiores*, no se pueden entender tópicos centrales en el derecho privado alemán actual”.

ras con pocos intentos efectivos de articular la teoría con la práctica, y donde no se inserta la dogmática en las asignaturas interdisciplinarias e investigativas, sólo puede desembocar en que la enseñanza de la filosofía del derecho, en primer lugar, consiga que el *estudiante* aprenda un derecho sin filosofía, indebida e irrestrictamente enfocado hacia la comprensión de las normas y los procedimientos y, en segundo lugar, que crea que sabe más filosofía de la que necesita para desenvolverse adecuada y competentemente en uno de los campos laborales más saturados actualmente en Colombia.

En un contexto de distanciamiento artificial entre las teorías y falta de rigor crítico en las lecturas y las interpretaciones que hace el iusfilosofastro, Kelsen no puede ser interpretado de otra forma por el *estudiante* que como un pétreo positivista en una constante e inacabada batalla contra el iusnaturalismo, y nada más. Por esto resulta singularmente pertinente la distinción propuesta por López Medina (2004: 397 y ss. – 348-356) entre una “recepción académica” y una recepción popular, práctica y fácil de manejar (“pop”³²) de la obra de Kelsen.

Las escuelas de derecho deben ser el lugar por excelencia donde se edifique un sistema de pensamiento y de razonamiento que propenda creativa y constructivamente por la superación de la miseria jurídica en la que se sumen las mentalidades *estudiantiles* por el enfoque formalista del derecho, y así poder romper el rigorismo positivista para recuperar la creencia en el papel trasformador del derecho.

4. ACOGER FILOSÓFICAMENTE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

“Si acaso existe algo en la filosofía que pueda considerarse enseñanza, sólo puede ser el enseñar a pensar por uno mismo” Leonard Nelson

La enseñanza de la filosofía del derecho y la orientación filosófica, o interdisciplinaria, de los planes de estudio debe ser poderosa, interesante y sugestiva; debe asimismo explicar lo que hacen los abogados y llevarlos a un mayor nivel de auto-conciencia y crítica cuando hacen lo que hacen, pues la filosofía del derecho en la actualidad, hágase desde el derecho o desde la filosofía³³, debe contar entre

³² Sobre el sentido en el que López describe en *Teoría impura del derecho* la recepción de nuestra teoría jurídica como “Pop”, ver la entrevista a Diego Eduardo López Medina aludida antes.

³³ En torno al estatuto epistemológico de la filosofía del derecho, Oscar Mejía Quintana sostiene que “la filosofía del derecho es una parcela de la filosofía, no del derecho, aunque los juristas amigos de la filosofía no quieran reconocerlo y pretendan mantener una identidad entre filosofía del derecho y teoría jurídica peligrosa para una y otra en la medida en que con ello propician el desdibujamiento de la primera y exacerban la ideologización de la segunda”. (Mejía, 2005: 361-417).

sus caracteres esenciales con una orientación pragmática y un enfoque interdisciplinario; debe proporcionar una conciencia más diáfana de las funciones que en la sociedad contemporánea se cumplen por el derecho y a través del derecho; e igualmente debe tener sentido en la práctica, pues la reflexión sobre lo social es inherente a la actividad filosófica si ésta ha de asumirse responsablemente de un modo crítico. De ahí la necesidad para el verdadero filósofo del derecho de establecer una estrecha articulación entre los ámbitos iusfilosóficos de la cultura y la sociedad con la vida cotidiana, con lo que Jürgen Habermas llama “el mundo de la vida” (1989: 170-179).

La filosofía del derecho ha adquirido una verdadera dimensión práctica por cuenta de la revitalización de sus temas y problemas, tanto en nuestra propia concepción de todo el fenómeno de lo jurídico, como en las decisiones de los jueces. Tal dimensión práctica resulta relevante porque indefectiblemente cuando se practica el derecho se tiene *una* filosofía del derecho. Acorde a Filmer S.C. Northrop (1959: 6): “Con seguridad, hay abogados, jueces y aun *profesores* de derecho que nos dicen que ellos no tienen una específica filosofía del derecho. En derecho, como en otras cosas, nosotros encontramos que la única diferencia entre una persona ‘sin filosofía’ y alguien con ella, es que la última sabe cuál es su filosofía”. En esta misma concepción se inscribe López Medina cuando señala que “El que niega la existencia de teoría del derecho en una cultura jurídica, tan sólo afirma que él, en realidad, no es consciente de la misma” (López, 2004: 51).

Ante todo podríamos sostener que el reto contemporáneo es *acoger filosóficamente la filosofía del derecho*, lo cual significa pensar y reflexionar críticamente a partir de la tradición y a partir de nuestros problemas, y no únicamente sacralizar a nuestro padre Kelsen, a Hart o su polémica con Dworkin sobre la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, o la discusión de este último contra el realismo jurídico sobre la creación judicial de derecho. Acoger filosóficamente la filosofía significa también establecer la reflexión seria y fundamentada allí donde sólo impera y persiste la apropiación atrincherada en lecturas crípticas y posturas eruditizantes del culto a los libros famosos y a las frases célebres, perspectiva en la que los autores se conciben como descontextualizados recursos de autoridad.

Naturalmente, no pretendemos en forma alguna menospreciar la imprescindible tradición filosófica y las obras clásicas, pero sí se debe evidenciar, con Horkheimer, que el impulso de la actividad filosófica “se dirige contra la mera tradición y la resignación en las cuestiones decisivas de la existencia” y “Ha emprendido la ingrata tarea de proyectar la luz de la conciencia sobre aquellas relaciones y modos de reacción humanos tan arraigados que parecen naturales, invariables y eternos” (Horkheimer, 1974: 272-282); resaltando igualmente que el compromiso en cuanto

iusfilósofos apunta a profundizar cada vez más en la comprensión crítica de la sociedad, en fructífero diálogo de la tradición con la vida humana.

Tenemos en cuenta asimismo el horkheimeriano atisbo de que “el desprecio por la teoría es el inicio del cinismo en la práctica”, anotando, con Kant, que cuando la teoría no tiene efectos sobre la práctica, el problema parte de insuficiencias internas dentro de la misma teoría (Kant, 1986: 6). En este sentido, a Habermas también le resulta ineludible reivindicar la concepción en virtud de la cual “El horror a la especulación, el ostensible abandono de lo teórico por lo meramente práctico produce necesariamente en el obrar la misma banalidad que en el saber. El estudio de una filosofía rigurosamente teórica nos familiariza del modo más inmediato con ideas, y solamente las ideas prestan al obrar impronta y significado moral” (Habermas, 1986).

El filósofo del derecho, en este orden de ideas, debe procurar hacer un “ajuste de cuentas” y, utilizando una expresión de Hegel, “pensar pensamientos” (así sean ajenos), que le sirvan como prótesis para producir pensamientos propios sobre las situaciones a las que se enfrentan las sociedades desde sus propios contextos. Para Hegel la labor filosófica misma no era otra cosa que el propio tiempo llevado a conceptos. Ejercicio mucho más provechoso que la charla presuntamente especializada y en exceso erudita entre colegas que a menudo los encierra en sus propias complicidades y, por sobre todo, limita considerablemente las posibles virtualidades críticas del saber iusfilosófico, convirtiéndolo muchas veces en un saber de segunda categoría o, como escribe Manuel Atienza, “en una especie de tribunal de apelación, de segunda instancia; cuyas decisiones no vinculan, y ni siquiera son tenidas en cuenta, por los tribunales inferiores”³⁴.

4.1 La integración de la filosofía del derecho en los contenidos jurídicos básicos

Decíamos que, además del cambio de perspectiva en la enseñanza de la filosofía del derecho y de la integración de materias con contenido teórico, debe fortalecerse la transversalización de la filosofía del derecho y las asignaturas teóricas, en las materias jurídicas más básicas. Encuentro dos razones para sustentar lo anterior: una positiva y otra negativa, respectivamente, (i) las teorías filosóficas trascienden la –muchas veces incómoda– abstracción propia de la reflexión filosófica, a partir de una creativa problematización de sus tesis centrales al interior de los cursos de derecho legislado. La segunda razón (ii) es que los *estudiantes* deben aprobar en cinco años de pregrado demasiados cursos obligatorios como para que se les

³⁴ Ver su nota de contribución al 1er número de *Doxa*. Alicante, 1987.

endilguen nuevas responsabilidades respecto a la aprobación de asignaturas sobre filosofía jurídica y política, por ejemplo. Paso a desarrollarlas.

(i) Para el *estudiante* resulta más útil y fructífero que los asuntos filosóficos (a nivel jurídico, político y moral) sean abordados también dentro de sus estudios propiamente jurídicos, pues por ejemplo, el concepto de responsabilidad, a nivel penal y civil, suscita al momento de su aplicación dificultades que muchas veces es sólo la reflexión teórica la que permite sortearlas. La justiciabilidad de los derechos de libertad en determinados casos problemáticos, y particularmente de los derechos sociales, ha enderezado profundas discusiones que han sido abordadas por filósofos como Rawls, Habermas, Alexy y Dworkin, de las que se está muy lejos de encontrar un acuerdo teórico unánime. Asimismo en el derecho civil resultaría de la mayor importancia el estudio de un Savigny o un Von Ihering³⁵, así como lo serían, en el derecho penal, el análisis del trabajo que Hart escribió en la materia (1968), así como de las influyentes escuelas iusteóricas garantistas (L. Ferrajoli), finalista (H. Welzel), funcionalista moderada (C. Roxin), funcionalista radical (G. Jakobs) y causalista (F. v. Liszt).

Para acudir a otros ejemplos posibles, los cursos de derecho constitucional propician un espacio particularmente productivo y estimulante para que el *estudiante* analice las perspectivas históricas y políticas sobre las teorías contemporáneas de la justicia y las concepciones de la democracia, así como los recientes (y complejos) progresos teóricos en torno a los derechos fundamentales: su estructura de principios en la Constitución y su aplicación mediante la ponderación, así como el discutido carácter racional de este criterio metodológico. De profundo contenido teórico son los factores que deben considerarse en una ponderación, la cual le exige al juez, en cada caso concreto donde se enfrentan dos derechos fundamentales (considerando que éstos no son absolutos), que encuentre las razones jurídicas y los argumentos, también de tipo social, cultural y político, que sustenten y justifiquen, tanto la adopción y respaldo a un derecho fundamental determinado, como la proporcionalidad (y, de esta forma, la *permisión constitucional*) de la violación del otro derecho fundamental en discusión³⁶. Igual contenido teórico tienen los diversos roles que se le otorgan, en la labor interpretativa, a las ideas de libertad, igualdad y justicia social, las cuales han ocupado a filósofos morales y políticos desde hace siglos.

³⁵ En este punto es muy recomendable el libro de un filósofo del derecho como López Medina (2004).

³⁶ Como sucede, por ejemplo, en el caso de la violación del derecho a la libertad de cultos frente al derecho a la vida de un niño cuyos padres, alegando creencias religiosas, impiden que se le realice una transfusión de sangre. Ver, Alexy (1993 - 2006) y Bernal (2003). Para la interesante discusión entre Juan Antonio García y Luis Prieto Sanchís sobre algunas de las tesis del neoconstitucionalismo, particularmente la interpretación extensiva de la Constitución y el carácter garantizado de ésta, así como de la relevancia de la ponderación, ver Bernal (2006).

Dentro de las dramáticas transformaciones del derecho constitucional colombiano se cuentan la creación de la Jurisdicción Constitucional en 1991 y, particularmente, el controvertido papel que ha cumplido su tribunal de cierre el cual no se ha limitado a revisar la validez constitucional de las leyes, sino que además ha reificado³⁷ el alcance y significado de una Constitución democrática a partir de un renovado papel que le ha conferido a la jurisprudencia, la cual se ha involucrado decisivamente en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares. En virtud de las normas constitucionales de carácter *dogmático*, la jurisprudencia ha determinado prolijamente que el texto constitucional configura, ya no los *derechos en la ley*, sino *la ley en los derechos*, pues si según la Constitución de 1886 (donde las normas sobre derechos tenían un valor programático) los derechos sólo valían en el ámbito de la ley, hoy por el contrario las leyes (debido al garantismo de la jurisprudencia constitucional) sólo valen en el ámbito de los derechos.

Las discusiones que suscitan estos cambios, ineludiblemente tienen que atraer la atención del *profesor* hacia filósofos del derecho, o teóricos, con amplia circulación transnacional como Dworkin (2006), Alexy (1993), Kaufmann (1997), Cass Sunstein (1999 - 2001) y Roberto Gargarella (1996), pero también de autores nacionales muy bien conocidos como Rodolfo Arango (2004a), Diego López Medina (2004 - 2006), Carlos Bernal (2005 - 2006) y Manuel José Cepeda (2007), cuyas preocupaciones académicas recientes han girado en torno a tales cuestiones.

Asimismo, en el derecho económico se suscitan enconadas discusiones en relación con la problemática conexas al modelo económico y a la cada vez mayor distancia entre ricos y pobres. Los problemas de la justicia social ligados a la planeación y distribución de recursos y al deber de asistencia estatal hacia los pobres y desfavorecidos en términos de la garantía a su mínimo vital, así como los problemas suscitados por la globalización y el libre mercado, han sido analizados detalladamente por teóricos del derecho como Sunstein (1997) y Arango (2003 - 2004b - 2005), como por toda la filosofía política contemporánea a partir, fundamentalmente, de Rawls³⁸. Asimismo, cuestiones tan relevantes al interior del derecho económico como

³⁷ “Reificar” es un concepto de raigambre marxista que implica dar categoría de cosa a algo que por su origen o valor no lo tiene. En el derecho, la idea de reificación es pormenorizadamente analizada por Peter Gabel (1980).

³⁸ Podría sintetizarse en una idea fundamental la concepción de la justicia de Rawls para ilustrar este punto: considerando que las oportunidades de cada persona para llevar una buena vida están determinadas por circunstancias sobre las que no tiene forma de interferir (su lugar en la estructura política, social y económica, así como su género y raza), nadie merece ser recompensado ni castigado de bienes u oportunidades como

aquellas relacionadas con la justicia económica y la pobreza global, han merecido la atención cuidadosa de filósofos como Henry Shue (1980 - 1996), Onora O'Neill (1991), Amartya Sen (2002 - 2004) y Thomas Pogge (2002)³⁹, quienes igualmente han propuesto estrategias a nivel jurídico, político y económico para contribuir a una mayor justicia social a partir de un renovado modelo socio-económico global.

Los cursos jurídicos son un lugar idóneo también para analizar las reformas que se han propuesto para erradicar la pobreza y evitar así las millones de muertes que causa, considerando y valorando, por ejemplo, el régimen jurídico actual de las patentes sobre los nuevos medicamentos⁴⁰, así como la responsabilidad y los deberes de los países ricos hacia los pobres por las condiciones que padecen (Pogge, 2002. Pogge – Barry, 2005). Acerca de esto, Pogge (2005 - 2006) ha desarrollado varias investigaciones en torno a la economía farmacéutica y a la justicia en el cuidado de la salud, las cuales involucran, muchas veces de forma dramática, el dolor de la vida humana con el interés investigativo y comercial, pues con el ánimo de enriquecerse aprovechando el poder que otorga la innovación farmacéutica, los medicamentos esenciales son inasequibles al punto de que ocasionan el que una de cada tres muertes prematuras en el mundo lo sean por causas relacionadas con la pobreza. Resulta al respecto alarmante saber que es mayor la inversión en las investigaciones

resultado de las mismas. El criterio de justicia rawlsiano parte de un estándar igualitario de justicia social respecto a los intereses de todos los ciudadanos y no sólo (como sucede en la actualidad) de aquellos con poder económico. De esta forma se tiende a nivelar la posición de los menos favorecidos en la sociedad, garantizándoseles el respeto a sus derechos fundamentales y al acceso a oportunidades para llevar a cabo sus proyectos de buen vivir. Consúltese al respecto: Cortés – Giusti (2007).

³⁹ Para Pogge las actuales oportunidades de vida de los pobres del mundo son injustas considerando la privación que los afecta tan dramáticamente de una parte justa de los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales planetarios. La conclusión es que, defendiendo el esquema actual de distribución, tan injusto, los países ricos y sus ciudadanos están perjudicando a los pobres de todo el mundo. Parte de lo interesante de la propuesta de Pogge es que, contrario a la usual consideración de la pobreza mundial, sustenta que no son exclusivamente locales las circunstancias que la ocasionan. Pone también de presente los deberes globales de caridad y asistencia. El principio de responsabilidad política y jurídica de las personas e instituciones debe reformularse para atender a la realidad de la interdependencia global. Sobre este punto ver además el ensayo de Arango en: Cortés – Giusti (2007: 163-179), en el cual Arango, igualmente, critica la concepción de la pobreza de Rawls, tal como la presenta en su tratado de justicia internacional *The Law of Peoples* (1999).

⁴⁰ Tal régimen es gravemente injusto, por lo que debe modificarse de manera tal que, propone Pogge, el desarrollo de cualquier nueva droga esencial sea recompensado a partir, no del monopolio por la producción de las medicinas, sino en proporción a su impacto sobre el conjunto global de las enfermedades. Tal reforma desplomaría el alto costo de los medicamentos y los aproximaría a sus costos de producción; estimularía igualmente la investigación farmacéutica en el campo de las enfermedades que se concentran entre los pobres, las cuales actualmente no reciben la misma atención que otras investigaciones. Para Pogge (2005) las reformas institucionales deben articularse con reformas globales a los sistemas de salud, las cuales harían el conocimiento médico disponible de manera gratuita como un bien público global.

para prevenir la caída del cabello, que en aquellas para curar las enfermedades que ocasionan la mayoría de las muertes en los países del Tercer Mundo⁴¹.

De otra parte (ii) los *profesores*, teniendo en cuenta lo atestados que actualmente están los planes de estudio (en muchas universidades los *estudiantes* deben aprobar 9 y 10 materias semestral-mente), podrían argumentar en contra de la demanda por incrementar el número de cursos introductorios y avanzados en filosofía jurídica y política, con poco riesgo de desacierto, que ya hay más que suficientes cursos para estudiarse en los cinco años del pregrado. Por esta razón, el *estudiante* interesado por buscar espacios de interdisciplinariedad, sólo se sentirá capaz de aprovechar nuevos cursos sobre filosofía a riesgo de reprobación o tener que aplazar alguna otra de las materias (tradicionalmente) más importantes que debe cursar.

El fortalecimiento de la integración transversal de la filosofía del derecho en las materias jurídicas básicas, resulta entonces una forma más apropiada para que el *estudiante* de *derecho* (no de filosofía) le encuentre valiosos entronques empíricos a las teorías y a las ideas de autores canónicos, pues de la otra forma (aislada exclusivamente como otra de las materias de derecho no legislado que debe aprobar para graduarse), la filosofía del derecho, y en particular las teorías de los autores más notables, no le resultará necesario ni importante invocarla en la solución de un problema jurídico concreto; tampoco contará con herramientas para valorar en su real dimensión las destrezas que mediante el estudio de las teorías jurídicas y políticas desarrolla en su aprendizaje general.

La necesidad de integración, que Alexy denomina “vinculación con una especialidad dogmática” (2001: 681), permite que las cuestiones filosóficas y políticas sean consideradas en las aulas, tanto en sus propios entornos abstractos, como también en contextos reales y ciertos. Tales estudios teóricos dentro de los temas y problemas jurídicos concretos, desarrollan en el *estudiante*, bien entre otras, sensibilidades y habilidades que no es capaz de adquirir (por circunstancias de tiempo y diseño curricular) si el *profesor* reserva ciertos asuntos exclusivamente a la cátedra de filosofía del derecho, aduciendo que han sido preocupaciones de los filósofos del derecho.

De manera un tanto controversial, Dworkin afirma al respecto, no sólo que el estudio de la filosofía política⁴² y moral debe incluirse, o fortalecerse, en los planes

⁴¹ Agradezco aquí al prof. Pogge, con quien sostuve varios diálogos durante las sesiones del Doctorado en Filosofía que orientó en su reciente visita a Medellín, invitado por el prof. Francisco Cortés.

⁴² Sobre la importancia de la filosofía política al interior del estudio y la interpretación jurídicas, resulta un tanto sorprendente que Dworkin (2006: 204) sostenga que “la teoría jurídica es un compartimiento que hace parte de la filosofía política”. La teoría filosófico-política de Dworkin, enmarcada de manera explícita en la tradición liberal, ciertamente no ha recibido toda la atención que ha merecido su teoría jurídica. Ver el completo estudio de Santos (2005).

de estudio, sino 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*” (Dworkin, 2000. Énfasis añadido). La razón para fundamentarlo es que en los contextos jurídicos se comprenden particularmente bien las verdaderas implicaciones de diferentes principios morales y políticos⁴³.

Así, la asignatura propiamente de filosofía del derecho no estará sobrecargada con todos los asuntos teóricos que se dejan de estudiar en las materias de derecho legislado, y podrá mantenerse como una oportunidad para profundizar ciertos temas y problemas, y para ahondar en algún segmento de la ya absolutamente inabarcable literatura iusfilosófica, lo cual debe engendrar y estimular un mutuo provecho entre los *profesores* abogados y los *profesores* filósofos.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

“Es importante instaurar la utopía del pensamiento, hacer de la educación un hervidero de creatividad, de ingenio, de paradigmas, de crítica, de contrastación o verificación de supuestos, de hipótesis, de diálogo moral, de respeto a la dignidad humana, en fin, tener la capacidad de plantear horizontes que permitan soñar un futuro nuevo de liberación frente a los racionalismos instrumentales”. Francisco A. Chica, “Filosofía de la postmodernidad y educación”.

Hay que decir con justicia, entonces, que el panorama general en Colombia no es para nada desolador, pues las facultades que habían estado tradicionalmente relegadas a los procesos de cambio y renovación vivenciados y liderados por la élite jurídica colombiana están en un proceso paulatino pero firme de fortalecimiento de sus procesos académicos, ya que empiezan a contar entre su cuerpo docente con filósofos profesionales o abogados con postgrados en filosofía, e igualmente han renovado sus planes curriculares complementándolos con nuevas materias⁴⁴, o integrando —mucho más de lo que solían estar— los cursos estrictamente jurídicos con algunas de las principales teorías en el ámbito de la filosofía política y jurídica.

Paulatinamente se deshace dentro de la mentalidad tradicional la excesiva confianza en la ley y en el rol eminentemente mecánico de la aplicación del derecho, para darle paso a una sensibilidad que reconoce, con cada vez mayor fortaleza, la crisis

⁴³ De otra parte, Dworkin expuso en un ensayo temprano (1977) lo que las filosofías morales pueden aprender del derecho.

⁴⁴ Tales como, por ejemplo, sociología jurídica, hermenéutica constitucional, epistemología de las ciencias sociales, filosofía política, metodología de la investigación, lógica jurídica o (preferiblemente) teoría de la argumentación jurídica, así como con sus principales antecedentes: la tópica jurídica de Viehweg, la neoretórica de Perelman y la hermenéutica de Gadamer.

del sacrosanto principio de legalidad en pro de la supremacía constitucional en la efectiva garantía de justicia material de las decisiones judiciales. Se ha reservado un espacio importante para que los *estudiantes*, conforme a sus particulares gustos e inclinaciones, escojan con libertad entre cualquier materia ofrecida en los demás programas académicos de la universidad; es permanente la exigencia a los *profesores* para que se integren en los proyectos de investigación, así como para que presenten sus ensayos ante las (también nacientes) publicaciones especializadas donde, en la mayoría de los casos, se ha asumido con rigurosidad la tarea de difundir los trabajos académicos en el cada vez más competitivo mercado nacional de las revistas científicas⁴⁵. El hecho de que cada vez sea mayor el número de revistas jurídicas sometidas a los altos estándares de calidad científica y editorial establecidos por el sistema de indexación ante Colciencias, también es un diciente factor a este respecto.

Si bien con una calidad bastante desigual, efectivamente se va asistiendo en Colombia a una paulatina implementación, tanto de materias interdisciplinarias, como de los contenidos que fortalecen la comprensión interdisciplinaria de las materias de derecho codificado. Materias nuevas o renovadas concebidas como ejes estructurales al derecho sustantivo y procedimental, tienen como premisa de acción un sistema educativo que se ocupa, más que de la *información* de leyes y procedimientos, de la *formación* en habilidades con un alto sentido ético, y que no sucumbe ante una educación absorta y enfrascada en el repaso de información jurídica.

En Colombia la situación actual de la filosofía del derecho podría estar mejor. Claro que hay que decir también que a estas alturas resulta difícil imaginar un estado peor de cosas ya que podríamos decir, sin incurrir en generalizaciones absurdas, que es bastante extendido el acuerdo en Colombia (entre *profesores* y directivos, pero también se escucha algo al respecto entre litigantes, jueces y magistrados) en torno a la necesidad de que la enseñanza tradicional del derecho se modifique mediante la articulación con mayor poderosidad (Dworkin dice “sostentación”) en el diseño curricular general, fortaleciendo así en el *estudiante* las destrezas que adquiere mediante, tanto del estudio riguroso y sistemático de la filosofía del derecho propiamente, como del abordaje filosófico de la problemática jurídica que tradicionalmente sólo es analizada dentro de los estrictos marcos de los códigos y las leyes. Destrezas que no son, como pudiera pensarse en un primer momento, teóricas sino por el contrario, prácticas, pues cuestiones como las brevemente descritas atrás a las que muchos filósofos les dedicaron sus vidas, no raramente se presentan en la médula de la problemática jurídica.

⁴⁵ Un amplio (aunque no exhaustivo) reporte de las principales revistas jurídicas colombianas, se encuentra en el número 15 de la Revista *Dikaion*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana.

BIBLIOGRAFÍA

(Citada y referenciada)

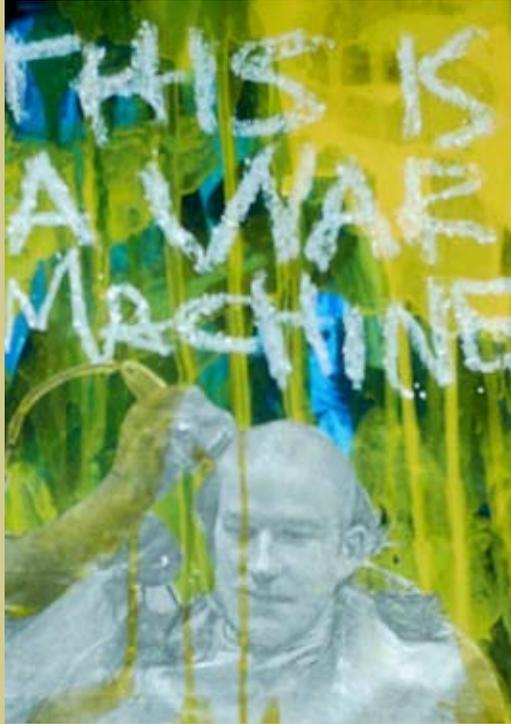
- AGUILÓ, Joseph. 2002. “La Constitución como fuente del derecho”. Ponencia inédita presentada en el *I Congreso Internacional de Teoría del Derecho*. Universidad Nacional, Bogotá, marzo 14 a 16.
- ALEXY, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2006. “Sobre la ponderación y la subsunción”. En: *Pensamiento Jurídico* No. 16. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Derecho, Bogotá.
- 2001. “Entrevista por Manuel Atienza”. En: *Doxa* No. 24, Alicante.
- ARANGO, Rodolfo. 2003. “Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy”, en: *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 2.
- 2004a. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2004b. “Filosofía política y desarrollo”. En: HOYOS, Luis Eduardo (ed.) *Estudios de filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Universidad Nacional.
- 2005. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis - Universidad Nacional de Colombia.
- ARRIETA, Aquiles. 2003. “Justo formalismo. La aplicación formal del derecho, casos y límites”. En: Revista *Precedente*, Universidad ICESI, Cali. Referenciado aquí a partir de la versión electrónica facilitada por el autor.
- BENJAMIN, Walter. 1982. *Discursos interrumpidos I*. Madrid: Taurus.
- BERNAL, Carlos. 2003. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2006. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BLANCO, Víctor – PLATERO, Gonzalo (comps.) 1991. *Perspectivas actuales del derecho. Ensayos jurídicos en tiempos de cambio*. México D.F.: ITAM.
- BÖHMER, Martin F. (comp.) 1999. *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa.
- BONILLA, Daniel. 2005. “Las clínicas de derecho de interés público”. Ponencia inédita presentada en el Seminario Internacional *Nuevas tendencias en la enseñanza del derecho*. Universidad de Los Andes / US Embassy, Bogotá, enero 25.

- BONORINO, Pablo Raúl – PEÑA, Jairo Iván. 2002. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia.
- BOURDIEU, Pierre – TEUBNER, Günther. 2000. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre – Uniandes.
- BRIESKORN, Norbert. 1993. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Herder.
- CAPELLA, Juan Ramón. 2001. *El aprendizaje del aprendizaje*. Madrid: Trotta.
- CÁRDENAS, Alberto. 1982. “Hans Kelsen y su influjo en el pensamiento jurídico colombiano”. En: *Ponencias del III Congreso de filosofía latinoamericana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- CÁRDENAS, Carlos – GUARÍN, Edgar. 2007. *Filosofía y teoría del derecho: Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- CEPEDA, Manuel José. 2007. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
- COOPER, Byron. 2001. “The Integration of Theory, Doctrine, and Practice in Legal Education”. En: *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, No. 1. Trad. cast. de Leonardo García J., en revisión.
- CORTÉS, Francisco – GIUSTI, Miguel (eds.) 2007. *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de Antioquia, Universidad Católica del Perú.
- DÍAZ, Elías. 1980. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 2da ed.
- DWORKIN, Ronald. 1977. “What Moral Philosophies can Learn from the Law”. En: *University of Maryland Law Forum* Vol. 7 No. 115.
- 2000. *Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?* Conferencia pública en New York, el 11 de octubre de 2000. Vers. cast. y notas editoriales de Leonardo García J., en revisión.
- 2006. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press. Particularmente el capítulo 2: “In Praise of Theory”.
- EWALD, William. 1994. “Comparative Jurisprudence (I) What was it like to try a rat?”. En: 143 *Pennsylvania Law Review*.
- FARELL, Martín D. 1998. “¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?”. En: *Doxa*. No. 21, Alicante.
- GABEL, Peter. 1980. “Reification in Legal Reasoning”. En: *Research in Law and Sociology* No. 3.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. 1990. “Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid.

- GARCÍA J., Leonardo. 2003. "Holística iusfilosófica. O sobre el aprendizaje interdisciplinar del derecho". En: *Idee. Nueva Época* No. 1. Departamento de Estudios Educativos, Universidad de Caldas, Manizales (enero-junio).
- 2004. "Esbozo crítico sobre la enseñanza del derecho en Colombia". En: *Li: Persuasión y debate* No. 4. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá (enero-junio).
- GARGARELLA, Roberto. 1996. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel.
- GREY, Thomas C. 1983. "Langdell's Orthodoxy". En: *University of Pittsburgh Law Review* No. 45.
- HABERMAS, Jürgen. 1989. *Teoría de la acción comunicativa* (T. II). Madrid: Taurus.
- 1986. *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Tecnos.
- HART, Herbert L.A. 1968. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press.
- 1994. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 2nd ed.
- HORKHEIMER, Max. 1974. *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorroutu.
- KANT, Immanuel. 1960. *Crítica de la razón pura* (T. II). Buenos Aires: Losada.
- 1986. *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos.
- KAUFMANN, Arthur. 1997. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HASSEMER, Winfried (eds.) 1992. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- KENNEDY, Duncan. 1983. "The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum". En: *Seton Hall Law Review* No. 14.
- 1986. "Freedom and Constraint in Adjudication: A critical Phenomenology". En: *36 Journal of Legal Education* 518.
- 1998. "Legal Education as Training for Hierarchy". En: KAIRYS, David (ed.) *The Politics of Law: A Progressive Critique*. New York: Basic Books, 3d ed.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. 2001. *Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America* (Tesis doctoral). Harvard University, Law School.
- 2004. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.
- 2006. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2da ed.
- LÓPEZ SÁENZ, Carmen. 2006. "Enseñar a pensar desde la fenomenología". En: *Revista Electrónica Paideia*. www.bu.edu/wcp/Papers/Chil/ChilSaen.htm Visitada en diciembre 17 de 2006.
- LYON LEVINE, Martin (ed.) 1993. *Legal Education*. Aldershot: Dartmouth.

- MEJÍA QUINTANA, Oscar. 1998. *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.
- 2005. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.
- MONTOYA, Juny. 2004a. *Historical Debates in U.S. Legal Education*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Serie Documentos de Investigación No. 13.
- 2004b. *Responsive and Democratic Evaluation of a Law School Curriculum. A Case Study*. (Tesis doctoral) University of Illinois.
- NORTHROP, Filmer S.C. 1959. *The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the method of normative subjects*. Boston: Little Brown.
- O'NEILL, Onora. 1991. "Transnational Justice". En: HELD, David (ed.) *Political Theory Today*. Oxford: Basic Blackwell.
- PARRA, Lisímaco. 1997. "Trabajo filosófico y comunidad filosófica". En: *Ideas y valores* No. 104. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, Bogotá.
- POGGE, Thomas. 2002. *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*. Cambridge: Polity Press. Vers. cast. de Ernesto Weikert. 2005. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.
- 2005. "Human Rights and Global Health: A Research Program". En: *Metaphilosophy* Vol. 36 Nos. 1-2.
- 2006. "Harnessing the Power of Pharmaceutical Innovation". En: COHEN, Jillian Claire et al. (ed.) *The Power of Pills: Social, Ethical and Legal Issues in Drug Development, Marketing, and Pricing*. London: Pluto Press.
- BARRY, Christian (eds.) 2005. *Global Institutions and Responsibilities: Achieving Global Justice* Oxford: Basil Blackwell.
- POPPER, Karl. 1991. *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona: Paidós.
- RADBRUCH, Gustav. 1974. *Introducción a la filosofía del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ, César. 1999. "Teoría del derecho y decisión judicial". En: *La Decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre – Uniandes.
- RODRÍGUEZ, José María. 1992. *Historia del pensamiento jurídico*. Madrid: Universidad Complutense, vol. II.
- RUSSELL, Bertrand. 1975. *Fundamentos de filosofía*, Barcelona: Plaza y Janés.
- SANTOS, María Lourdes. 2005. *Liberalismo e igualdad: una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SEN, Amartya. 2002. *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Estudios de Filosofía y Derecho No. 3.

- *et al.* 2004. (eds.) *Public Health, Ethics, and Equity*. Oxford: Clarendon Press.
- SHUE, Henry. 1980. *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press.
- 1996. “Solidarity among Strangers and the Right to Food”. En: AIKEN, William – LAFOLLETTE, Hugh (eds.) *World Hunger and Morality*. Prentice Hall, 2nd ed.
- SUNSTEIN, Cass. 1997. *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press.
- 1999. *One Case at a Time*. Cambridge, Mass.: Harvard University press.
- 2001. *Designing Democracy: What constitutions do*. Oxford University Press.
- VILLAR BORDA, Luis. 1991. *Kelsen en Colombia*. Bogotá: Temis.
- WITKER, Jorge Alberto (comp.) 1995. *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2da. ed.
- VV.AA. 2002. *Temas de la democracia*. Periódico del Departamento de Estado de Estados Unidos. Vol. 7, No. 2 “Educación jurídica en Estados Unidos”.



Máquina de guerra III
Acrílico sobre papel
Sergio Bedoya y Jonathan Carvajal
2007

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA SOCIAL

* Este artículo es producto de la reflexión intelectual sobre el concepto de Filosofía del derecho, sus temas, sus problemas y sus métodos.

Fecha de recepción: Marzo 14 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2007

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA SOCIAL

*Roger Campione**

«¿Por qué será que las teorías me afectan de esta manera?, tal vez porque me ocupo del Derecho, que no es más que una enorme teoría también, un edificio incierto en cuyo techo se abre una cúpula infinita, como la bóveda celeste que observamos cómodamente sentados en las butacas de un planetario».

(A. Tabucchi, La cabeza perdida de Damasceno Monteiro)

RESUMEN

Como saber reflexivo, la filosofía contempla y problematiza un mundo presente, práctico, y por ello siempre está referida a una realidad social. Así pues, sus asuntos son también asuntos de la sociedad, y por esta razón conviene enmarcar la filosofía del derecho en una teoría general de la sociedad. Para definir el carácter de esta disciplina puede resultar útil la distinción entre análisis estructural (teoría del derecho) y análisis funcional (filosofía del derecho). La importancia del primero deriva de que la imbricación necesariamente social de todo sistema jurídico no impide que éste pueda organizar sus propios mecanismos de autocalificación y autorregulación. El segundo se ocupa del ser social del derecho: aquí la materia objeto de análisis es la sociedad misma, es decir, el conjunto de las relaciones sociales en las que el derecho se incardina como un factor más, determinándolas y siendo determinado por ellas.

Palabras clave: análisis estructural, análisis funcional, teoría del derecho, filosofía del derecho, teoría social.

STRUCTURE AND FUNCTION: PHILOSOPHY OF LAW AS SOCIAL THEORY

ABSTRACT

As reflective knowledge, philosophy contemplates and discusses about a present and practical world. That's why it always refers to a social reality. Therefore, its subjects are also subjects of the society and it is convenient to frame philosophy of law in a general theory of society. In order to define the character of this discipline, it can be useful the distinction between structural analysis (legal theory) and functional analysis (philosophy of law). The relevance of the first one is consequence of the necessary superposition of all legal system with the social aspect, which does not prevent that it can organize its own mechanisms of self-determining and self-regulation. The second one works on the social being of law where the analysis material is the society itself, it means, the whole social relations where law connects with as another factor, determining and being determined by them.

Key words: structural analysis, functional analysis, legal theory, philosophy of law, social theory.

* Doctor en Derecho de la Universidad de Oviedo, España y de la Universidad de Pisa, Italia. Profesor de Filosofía del derecho, Teoría del derecho, Fundamentación de los derechos humanos y bioética en la Universidad Pública de Navarra. Miembro de la Redacción de la Revista electrónica "Cinema e globalizzazione" (<http://www.jgcinema.org>)

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA SOCIAL

1. LA FILOSOFÍA COMO ARTE DE PROBLEMATIZAR

Determinar la tarea específica de la filosofía del derecho es desde siempre el problema central de esta disciplina. Y, en efecto, suena paradójico que resulte más difícil determinar cuál es su tarea que cumplir con ella¹. Por lo general, parece evidente que la filosofía del derecho es, al mismo tiempo, una empresa «sistemática y crítica»². Hago referencia a una consideración crítica del modo de entender la disciplina en objeto precisamente porque se trata de hacer *filosofía* del derecho y, como la propia definición indica, está claro cuál es el nominativo y cuál es el genitivo de la expresión. Como señala Corradini, «la filosofía, si es auténtica, no es nunca neutral, y la confrontación con el pensamiento de otro siempre es para uno mismo una ocasión para volver a poner en discusión su propio pensamiento. La crítica es un diálogo, no un monólogo»³.

Por esta razón, desde un punto de vista metodológico, antes de aclarar si y qué clase de filosofía aplicada es la filosofía del derecho, el que se ocupa de ella debe plantear la cuestión de qué es y en qué consiste ese supuesto saber previo que es la filosofía pues, como afirmó Gentile, «la filosofía del derecho tendrá derecho a vivir mientras se mantenga como filosofía. Y a ella no se llega partiendo del derecho, así como no se llega desde ningún otro concepto empírico; pues todos los conceptos, una vez que han sido determinados con rigor, ya son filosofía y sólo pueden brotar en su propio terreno»⁴. Croce, incluso, indicaba la oportunidad de introducir la

¹ Corradini H. Broussard, D. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”. En: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4, 1985, p. 537. Desde el punto de vista general de la teoría jurídica, la dificultad de definir el objeto de estudio, y por ende la propia tarea del teórico, suscitaba la conocida perplejidad de Hart: «No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “¿qué es química?” o “¿qué es medicina?”, como la hay para responder a la pregunta “¿qué es derecho?”» (Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p., 1.)

² Por ejemplo, Alexy, R. “La naturaleza de la filosofía del derecho”. En: *Doxa*. No. 26, 2003, p. 150.

³ Corradini H. Broussard, D. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, *cit.*, p. 542.

⁴ Gentile, G. *Fondamenti della filosofia del diritto*, III ed. revisada y ampliada, en *Opere*, IV. Florencia, Sansoni, 1961, p. VII. Gentile publicó los *Fondamenti*, con un título que retoma los *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de Hegel, a raíz de un curso de Filosofía del Derecho dictado en la Facultad de *Giurisprudenza* de Pisa. Y se trata de un Gentile *non sospetto*, pues los *Fondamenti* son de 1916 y, como es sabido, el fascismo llegó al poder en 1922.

enseñanza de la filosofía en la facultad de Derecho. Pero «de *filosofía* sin más, y no ya de *filosofía del derecho*, porque la filosofía del derecho no se puede aislar del organismo de la filosofía, y cuando se intenta aislarla, se vuelve tan evanescente que hay que llenarla, para darle el aspecto de algo sólido, de un contenido extraño y desordenado⁵». Los juristas no nos cansamos de repetir que el iusfilósofo debe saber, ante todo, derecho. Muy cierto esto, desde luego; sin embargo, rompamos una lanza en favor del iusfilósofo que advierte un sarpullido ante la aridez del dato jurídico, por la sencilla razón de que se apercibe, aunque sea de manera imprecisa, de que ese dato jurídico es una costra que, a poco de exprimir las neuronas, se puede rascar para ver que está pegado a otras instancias, a otras dimensiones de la vida social que están ligadas a doble hilo con la jurídica y cuya indagación es, por tanto, necesaria para una adecuada comprensión de las categorías jurídicas.

De lo contrario, nos quedaríamos encerrados en las angostas fronteras de la teoría pura, útil en lo que aporta pero inútil, cuando no tendenciosa, en el esclarecimiento de las cuestiones relativas al por qué del derecho como método de control, orientación o legitimación social. Estaríamos, retomando la imagen kantiana, ante una teoría del derecho parecida a la cabeza de madera de la fábula de Fedro: bella pero, desgraciadamente, sin cerebro⁶.

Filosofía del derecho, por tanto, pero *filosofía* al fin y a la postre. Además, esta doble ligazón entre objeto y método es lo que da sentido a la misma actividad filosófica, si se la entiende «como un “saber de segundo grado”, y, en este sentido, como un saber re-flexivo (aunque no en la acepción psicológico-subjetiva del término, pues la reflexión se refiere aquí no ya a la “vuelta del objeto sobre sí mismo” sino a la vuelta sobre “otros saberes” previamente dados, a fin de compararlos, contrastarlos, “coordinarlos” en su caso, o explorar sus límites recíprocos)»⁷. Comparar, contras-

⁵ Cit. en Corradini H. Broussard, D. “Ein Liebenslied. Perché anche Nina ricordi”, en Arnó, F., Corradini H. Broussard, D. *Biodiritto*. Pisa, Tipografia Editrice Pisana, 2003, p. 18.

⁶ Kant, I. *Introducción a la teoría del derecho*. Introducción y traducción de F. González Visen. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 7. Es muy ilustrativa la descripción de Corradini cuando se refiere a aquellos juristas cuya enfermedad –llamada historiofobia y éticofobia– «los empujaba a detenerse ante el escenario del derecho sin perforarlo nunca, pues perforándolo habrían descubierto lo que no les interesaba descubrir: el poder, y con el poder a Maquiavelo, y con Maquiavelo al Príncipe de turno» (Corradini, H. Broussard, D. “Ein Liebenslied. Perché anche Nina ricordi”, *cit.*, p. 21).

⁷ Bueno, G. *¿Qué es la filosofía? El lugar de la filosofía en la educación. El papel de la filosofía en el conjunto del saber constituido por el saber político, el saber científico y el saber religioso de nuestra época*. Oviedo, Pentalfa, 1995, p. 83. Como consecuencia de ello, sigue Bueno, «la filosofía ya no podía entenderse como una actividad emanada de una fuente “individual” o subjetiva, puesto que los saberes que pre-supone son saberes de otros hombres, constituidos socialmente, según procesos históricos muy determinados. La filosofía, como “saber de segundo grado”, debía entenderse, desde el principio, social e históricamente “implantada”, y no “implantada” en una supuestamente originaria subjetividad individual de las conciencias humanas». (*Ibidem*).

tar y coordinar “otros saberes”, implica el desarrollo de una inteligencia crítica. Si acudimos a las explicaciones de los paleoarqueólogos, resulta que la capacidad humana para «aplicar estándares de corrección al juzgar las acciones propias y ajenas puede identificarse por vez primera en las canteras de la Edad de Piedra, donde al parecer se desechaban las piedras imperfectamente trabajadas»⁸. La actividad de evaluación conforme a ciertos criterios, es decir, la actividad de clasificación, por tanto, se aplica ya desde entonces (aunque no pueda aún hablarse de “filosofía”⁹) a las producciones humanas, tanto a las materiales como a las cognoscitivas. Así pues, cabe reconocer, en un sentido más general, que la filosofía no es sólo la intuición y la expresión de nuestra posición en el universo; es también el ejercicio de la inteligencia crítica sobre estas intuiciones y sus presupuestos¹⁰.

2. POR UNA TEORÍA SOCIAL DEL DERECHO

Entendida como “saber de saberes” (saber de segundo grado), la filosofía no puede calificarse como un saber de “hechos” pues no se mide con hechos y «lo que la hace atractiva», se ha dicho, «y que, al mismo tiempo, la condena a un estatuto siempre inestable y problemático, es que se plantea problemas que no pueden resolverse quedándose en el terreno de la verificación de los hechos»¹¹. Empero, como saber reflexivo, la filosofía contempla y problematiza un mundo presente, práctico, y por ello siempre está referida a una realidad social¹². La filosofía es la época de cada uno apprehendida en pensamientos, ya lo decía Hegel citando a Esopo: *hic Rhodus, hic saltus*, y «por eso resulta tan insensato creer que cualquier filosofía pueda ir más allá de su mundo actual como que un individuo pueda saltar por encima de su época, que salte más allá de Rhodus»¹³.

⁸ Harré, R. *1000 años de filosofía*. Madrid, Taurus, 2002, p. 17.

⁹ «El pensamiento arcaico es siempre directo o transitivo, va directamente al objeto, sin pararse a considerar sus propios condicionamientos subjetivos, lingüísticos o metódicos. No es autorreflexivo, no explicita ni analiza su propia metodología» (Mosterin, J., *Historia de la filosofía. I. El pensamiento arcaico*. Madrid, Alianza, 1983, p. 224).

¹⁰ Harré, R. *1000 años de filosofía, cit.*, p. 17.

¹¹ Petrucciiani, S. *Modelli di filosofia politica*. Turín, Einaudi, 2003, pp. 8-9.

¹² «La filosofía no nació en calmo retiro, sino en Mileto, el mercado del mundo antiguo en el que los pueblos del Mediterráneo procedían al cambio de sus mercancías; y los más antiguos pensadores no fueron ascetas alejados del mundo, sino hombres distinguidos, curiosos y abiertos al mundo, políticos en parte» (Nestle, W. *Historia del espíritu griego*. Barcelona, Ariel, 1975, p. 55).

¹³ Hegel, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Edición de K. H. Ilting. Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1993, p. 59.

Los asuntos de la filosofía son también asuntos de la sociedad, y por esta razón conviene enmarcar la filosofía del derecho en una teoría general de la sociedad. Pero sin caer en el historicismo absoluto, pues se trata de ir más allá de la historia y extraer, de uno u otro pensamiento filosófico, lo que conserva de actual aclarando lo que ya no puede ser resucitado. De lo contrario, se difuminarían la función específica de la filosofía del derecho y su diferencia respecto a la sociología del derecho, ya que filosofías que reflejan sociedades de otros tiempos concurren a estructurar la nuestra, *hic et nunc*. Por eso los contemporáneos aprehendemos de Platón y Aristóteles y por eso la filosofía es como la lechuza de Minerva que levanta su vuelo al romper el crepúsculo, para distinguir lo que ha envejecido de lo que permanece¹⁴. Tal como indicó Marx, «tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano»¹⁵; y, como recordó Ehrlich, «el centro de gravedad de la evolución del derecho no se halla en la legislación, en la ciencia jurídica ni en la jurisprudencia, sino en la misma sociedad»¹⁶. Y el derecho es un producto social que «se constituye en el seno de la comunicación lingüística», hasta el punto de que el derecho sería «lo que se dice sobre el derecho». La cosa no debe extrañar teniendo en cuenta que «si el objeto derecho se constituye y se recrea permanentemente al hablar de él, a tal constitución contribuye todo discurso sobre el derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir lo jurídico en la sociedad correspondiente, bien sea porque se consolide, bien porque se modifique en algún punto la imagen del sistema jurídico socialmente vigente y operante»¹⁷.

Desde la perspectiva del estudioso, quizá, no debería sorprender tanto, como le ocurría a Bobbio, que muchos conceptos básicos de la teoría general de la sociedad, como los de estatus, rol, expectativa, permisividad, obligatoriedad, sanción, institución e institucionalización, sean también nociones básicas de la teoría general del derecho, pues se trata de conceptos fundamentales para describir un sistema normativo¹⁸.

¹⁴ Hegel, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, cit., p. 61.

¹⁵ Marx, K./Engels, F. *Obras escogidas I*. Madrid, Akal, 1975, p. 372.

¹⁶ Ehrlich, E. *I fondamenti della sociologia del diritto*. Milán, Giuffrè, 1976, p. 3. Al fin y al cabo, «la norma no es mero enunciado lógico contrapuesto a la vida social, sino que se encuentra sumergida en ella» (Ollero, A. «Una filosofía jurídica posible». En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 15, 1975, p. 273).

¹⁷ García Amado, J. A. «Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico». En: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 11, 1992, pp. 195-196.

¹⁸ Bobbio, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milán, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 60-61.

Pero, incluso asumiendo este marco general, «¿En qué puede consistir el “carácter filosófico” de un saber jurídico? ¿En descubrir un objeto que sólo revela, a otras formas de conocimiento, su *apariencia*? ¿En reducir a un sistema unitario los conocimientos comunes a todas las ciencias que tienen por objeto al derecho? ¿En formular los principios metodológicos generales a los que todas las ciencias jurídicas tendrán que conformarse? ¿En formular juicios de valor sobre las distintas configuraciones posibles del objeto “derecho”, tal como lo describen otras ciencias? ¿En determinar lo que el derecho *debería ser*, independientemente de lo que *es* o *podría ser*?»¹⁹. Efectivamente, con dar tan sólo un somero repaso a la historia del pensamiento jurídico, registramos los continuos esfuerzos por dar prioridad a unos u otros de tales interrogantes frente a los demás, y la lista tampoco debe considerarse cerrada. Sin embargo, podemos señalar, con Corradini, que todos ellos tienen al menos un aspecto en común. Se trataría de un elemento *negativo*: el rechazo a conformarse con una perspectiva que se agota en la *inmediatez* del objeto jurídico.

La visión del filósofo del derecho, por tanto, se caracterizaría por un cierto *alejamiento* del punto de observación respecto del objeto hacia el que dirige su mirada. La finalidad de este distanciamiento no es otra que la de ampliar la perspectiva, para abarcar no sólo el espacio que el derecho “aparentemente” ocupa sino, sobre todo, el que está “más allá” del objeto-derecho tal como está conceptualizado por otras formas no filosóficas de saber (en el aspecto etimológico, por tanto, puede hablarse de una perspectiva meta-física)²⁰. En este sentido, el reto de la filosofía del derecho consiste en proporcionar una visión global, totalizadora, del fenómeno jurídico considerándolo, al mismo tiempo, en su conexión con los demás fenómenos sociales (su dimensión funcional dentro de la dialéctica social) pero intentando sacar a la luz los rasgos característicos que lo distinguen de tales fenómenos (su contorno estructural en tanto realidad normativa particular).

3. JANO BIFRONTE: ESTRUCTURA Y FUNCIÓN EN EL DERECHO

Escribe Bobbio en 1977 que el «predominio de la teoría pura del derecho en el campo de los estudios jurídicos ha conducido a que los estudios de teoría general

¹⁹ Corradini H. Broussard, D. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, *cit.*, p. 537.

²⁰ Cfr. Corradini H. Broussard. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, *cit.*, p. 538, quien precisa que «la filosofía del derecho siempre *trasciende* lo que se define como “derecho”. En este sentido genérico y no técnico de la palabra, no existe una filosofía del derecho que no sea *metafísica*. A no ser que bajo el nombre de filosofía del Derecho se despache algo que no es filosofía, por ejemplo una teoría general del Derecho o una historia de las ideologías jurídicas: ambas cosas muy respetables y muy útiles, que sin embargo no son filosofía, y que se deberían llamar con otros nombres, con sus propios nombres».

del derecho se hayan orientado, durante mucho tiempo, hacia el análisis de la estructura de los ordenamientos jurídicos más que hacia el análisis de su función. Ahora bien, lo que lo distingue [al derecho] como subsistema de los demás subsistemas, junto a los que constituye el sistema social en su conjunto, es su función. [...] Obviamente, la orientación de la teoría del derecho hacia el análisis funcional, hacia la que he llamado una “teoría funcionalista del derecho”²¹, en añadidura y no en contraposición a la teoría estructuralista dominante, no ha podido ocurrir sin la contribución directa de la sociología²². El paso de la teoría estructural a la teoría funcional es también el paso de una teoría formal (¡o pura!) a una teoría sociológica (¿impura?)»²³.

La demarcación sería entre un análisis estructural y un análisis funcional del derecho, a falta de una mejor definición; en el sentido de que si la habitual expresión “análisis estructural” se ajusta suficientemente a lo que quiero indicar, cuando hablo de análisis “funcional” habría que depurar el vocablo de las implicaciones que ha ido adquiriendo a causa del impacto que ha tenido el paradigma funcionalista en sociología. Con esta expresión no pretendo referirme exclusivamente a la dimensión teleológica típica del estudio de las funciones del derecho. Al hablar de análisis funcional me refiero literalmente a la cuestión de cómo el derecho –entendido como una determinada práctica social– es condicionado y a su vez condiciona otras prácticas sociales.

Otra manera de acercarse a un enfoque parecido puede encontrarse en el esquema utilizado por Hernández Marín, quien distingue entre teoría general del derecho y filosofía del derecho socio-política (o filosofía jurídica político-social)

²¹ Es curioso que aquí Bobbio utilice las expresiones “análisis funcional” y “teoría funcionalista” como si se tratara de definiciones intercambiables cuando fue precisamente él quien diferenció, un par de años antes, los dos términos al subrayar que el funcionalismo es una teoría social de la sociedad, que tiende a formular explicaciones ontológicas y con la tendencia a “legitimar” el orden existente, mientras que el análisis funcional sería un método de conocimiento que se centra en las funciones que una institución (por ejemplo, el derecho) realiza para la sociedad pero que, sin embargo, no es en absoluto incompatible con un análisis crítico de la institución (Bobbio. “Intorno all’analisi funzionale del Diritto. En: *Sociologia del Diritto*. 1, 1975, pp. 9-10 y con posterioridad incluido en el volumen *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., pp. 89-121, con el título “L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi”; hay traducción al castellano En: *Id.*, *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid, Editorial Debate, 1990, pp. 255-278. Sobre el alcance y la aceptación de la distinción de Bobbio, tanto en ámbito funcionalista como entre sus adversarios, vid. también Ferrari, V. *Las funciones del derecho*. Madrid, Editorial Debate, 1989, pp. 34-35.

²² En efecto, esta visión de Bobbio del derecho como subsistema, junto con el económico, el cultural y el político, cada uno de los cuales desarrolla su propia función dentro del sistema social, es exactamente la que introduce Parsons en *El sistema social*.

²³ Bobbio, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., pp. 8-9.

indicando que la primera prescinde, «total o casi totalmente, de las relaciones, sociales y de cualquier otro tipo, en las que el Derecho se halla inmerso», mientras que la segunda analiza el derecho como fenómeno social, es decir, se ocupa de los factores, no jurídicos, condicionantes de las normas jurídicas, así como de las consecuencias que éstas tienen sobre tales condicionantes²⁴. Este autor clasifica las dos perspectivas, respectivamente, como “punto de vista interno” y “punto de vista externo” en el estudio del derecho: el primero significa contemplar el derecho como un fenómeno aislado de los demás fenómenos sociales, el segundo implica «las relaciones existentes entre las normas jurídicas y fenómenos externos a ellas (esos fenómenos que condicionan las normas jurídicas o que están condicionados por ellas)»²⁵. Correctamente, Hernández Marín afirma que los dos puntos de vista no son incompatibles; al contrario, son complementarios y tanto la teoría general del derecho como la filosofía del derecho socio-política –a diferencia, respectivamente, de la dogmática jurídica y de la sociología jurídica, que implican un análisis de tipo científico– son disciplinas que se mueven en un plano filosófico. Y también me parece razonable sostener, como hace este autor, que «el conocimiento interno del Derecho debe siempre preceder a su conocimiento externo», pues «es necesario un conocimiento mínimo de las normas jurídicas, antes de empezar a averiguar qué relaciones existen entre dichas normas y la realidad social no jurídica»²⁶.

Lo que, en cambio, no me resulta tan convincente en el esquema de Hernández Marín, es que esta relación propedéutica esté acompañada por una correlación jerárquica según la cual «un buen conocimiento interno del Derecho es imprescindible, mientras que un buen conocimiento externo del Derecho no es tan necesario», llegando a justificar que «la teoría general del Derecho predomine sobre la filosofía jurídica socio-política (y al margen de la circunstancia [...] de que esta última disciplina resulta difícil de justificar en sí misma)»²⁷. Esta dificultad justificatoria sería debida a que la filosofía jurídica socio-política presenta un carácter prescriptivo y un tipo de análisis especulativo que maneja (o manipula) los datos de manera parcial y

²⁴ Hernández Marín, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 12-13.

²⁵ Hernández Marín, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 12. Es importante señalar que la doble perspectiva a la que se refiere este autor no coincide con la conocida distinción de Hart, para quien el punto de vista interno difiere del externo porque el primero es el que adopta quien acepta la regla de reconocimiento (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 128). En cambio, en el modelo de Hernández Marín la distinción entre estos dos puntos de vista es independiente de la actitud que se asuma ante las normas jurídicas: «estudiar el Derecho desde el punto de vista interno no implica aceptar, ni rechazar, las normas jurídicas; y lo mismo es válido respecto al punto de vista externo» (Hernández Marín, R., cit., p. 14).

²⁶ Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 22.

²⁷ Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., pp. 17 y 24.

suele reflejar las orientaciones y preferencias ideológicas, políticas, etc., personales. Dejando al margen la cuestión de la relación entre la ciencia y la objetividad de sus descripciones, entiendo que en una ciencia social como la jurídica el estudio de la perspectiva prescriptiva, o valorativa, constituye el elemento de necesaria complementariedad con respecto al momento estructural o (tómese *cum grano salis*) descriptivo, por la obvia razón de que «el Derecho tiene lugar en un marco histórico-social concreto, donde se dan tendencias políticas, éticas e ideológicas más o menos dominantes y expresa un contenido múltiple, variable y dinámico»²⁸. No es necesario apelar a la distinción de Kant entre el *quid* y el *iustum vel iniustum* del derecho para reconocer que la comprensión filosófica de la categoría jurídica pasa por el análisis de los factores no jurídicos (externos) y que, sin embargo, influyen de modo determinante sobre el derecho. Y los datos abastecidos por esos factores ideológicos, políticos, económicos, morales, etc., implican, lógicamente, relaciones de tipo prescriptivo, es decir, elecciones y selecciones. Amputar la iusfilosofía de su parte filosófico-externa nos devolvería una reflexión sobre el derecho totalmente inane desde el punto de vista práctico, pues cerraría los ojos ante un momento esencial para su entendimiento.

Permítaseme un parangón con la termodinámica: consideremos dos contenedores con las mismas dimensiones, uno caliente y el otro frío. Si los ponemos en contacto, de manera espontánea, es decir, sin la menor intervención por nuestra parte, el contenedor frío se calentará, mientras que el caliente se enfriará. Los ingenieros, a mediados del siglo XIX, sabían que podían colocar entre los dos contenedores una máquina térmica que trabajase utilizando el diferencial de calor. Pero también sabían que cuanto menor es la diferencia de temperatura entre los contenedores, igualmente menor es la posibilidad de hacer funcionar una máquina térmica. Esto significa que la posibilidad de transformar el calor en trabajo disminuye progresivamente conforme se reduce la diferencia de temperatura entre los contenedores. Todo este panegírico se resume con un concepto, el de *entropía*, y constituye el Segundo Principio de la Termodinámica.

Años después, Clerk Maxwell intentó excogitar algún expediente para averiguar si podía invalidar este principio. A tal efecto, ideó un aparato, conocido como “el demonio de Maxwell”, que consta de un mecanismo que supervisa una pequeña apertura en la pared que separa los dos contenedores y controla las moléculas que se lanzan hacia la misma apertura. El dispositivo funciona de manera tal que cada vez que llega una molécula lenta (más fría) desde la parte caliente, o una rápida (más caliente) desde la parte fría, el demonio abre el pasadizo. De lo contrario, lo mantiene

²⁸Lucas, J. de (coord.) *Introducción a la teoría del derecho*. 3ª ed., Tirant lo blanch, 1997, p. 85.

cerrado. Naturalmente, de este modo el contenedor frío se enfría cada vez más, ya que va perdiendo las moléculas “calientes”, mientras que el caliente se calienta aún más porque pierde las moléculas “frías”. Así pues, durante un tiempo se pensó que el “demonio de Maxwell” invalidaba el Segundo Principio²⁹. Y, en efecto, así sería si se considerase la dinámica desde un punto de vista exclusivamente interno y nos limitásemos a la “descripción” del artefacto. Pero, a menudo, si se quiere describir un fenómeno de manera completa y rigurosa no basta con depurar la observación de toda intromisión de agentes externos. Al contrario, los agentes externos pueden ser los que determinen el funcionamiento del mecanismo que proporciona los datos empíricos. En el caso del “demonio de Maxwell”, por ejemplo, se demostró que el experimento en realidad no invalidaba el Segundo Principio de la Termodinámica. ¿Por qué? Porque para que el “demonio” pueda valorar si las moléculas son rápidas o lentas, necesita verlas. Y para ello precisa de una linterna eléctrica, que a su vez necesita una batería. Pero las baterías se agotan, es decir, consumen energía, y con esto cae toda esperanza de invalidar el Segundo Principio. El “demonio de Maxwell”, indudablemente, posee y opera según un código propio de racionalidad (frío/caliente, rápido/lento, aumento/disminución de entropía), al igual que el derecho (legal/ilegal, comprador/vendedor, demandante/demandado); sin embargo, si se quiere obtener un conocimiento completo de la “materia” es oportuno ensanchar el ángulo de observación para abarcar también lo que hay detrás (o fuera, o más allá) del dispositivo objeto de nuestro interés cognoscitivo, precisamente para que el estudio de tal realidad no se reduzca a una especulación cerrada en sí misma³⁰. En el caso del campo jurídico, los agentes externos pertenecen a dimensiones sociales (morales, políticas, ideológicas, económicas, culturales) en las que no resulta de

²⁹ Para ilustrar el experimento he resumido la explicación de H. von Foerster. *Sistemi che osservano*, edición a cargo de U. Ceruti y U. Telfner. Roma, Astrolabio, 1987, pp. 194 ss.

³⁰ Se puede expresar el mismo concepto con un pequeño juego a través de una cita, prácticamente literal, en la que sustituiré algunos términos con incógnitas: «Para que una “X” funcione hay que registrar en el “Y” una determinada “Z” límite y, si todo funciona (incluido el mecanismo de “S”), “Y” hace que, en el ambiente controlado, la “Z” no supere el umbral previsto. Sin embargo, no es “Y” el que elige el aspecto a controlar ni el umbral a mantener. Esta elección la hace un agente externo». Si sustituimos la “X” por el término “sociedad” o “sistema social”, la “Y” por “derecho” o “sistema jurídico”, la “Z” por “conducta” y la “S” por “sanción”, obtenemos una frase dotada de sentido que, en definitiva, viene a decir que el derecho es un mecanismo de regulación de la sociedad en el que se fijan los límites de las acciones de los ciudadanos y, cuando estas acciones traspasan tales límites, se pone en marcha un aparato sancionador cuyo fin es reintegrar las conductas por debajo del umbral establecido. Y, además, concluye diciendo que no es el sistema jurídico el que decide qué conductas controlar y sus límites, sino un factor externo, es decir, no perteneciente al mismo sistema jurídico. La cita es de E. von Glasersfeld (*El costruttivismo e le sue radici*, en <http://www.oikos.org/voncostrutt.htm>) y para leerla en versión original hay que sustituir la incógnita “X” por la palabra “nevera”, la “Y” por “termostato”, la “Z” por “temperatura” y la “S” por “refrigeración”. Como se puede observar, aunque aplicado a otro tipo de engranaje, el párrafo mantiene intacto el sentido.

ninguna utilidad analítica la aplicación exclusiva de la “neutralidad valorativa”. Al fin y al cabo, tal como señala con claridad Baratta, las ideologías y los valores son elementos fundamentales que caracterizan al “derecho”, si con esto entendemos no sólo las normas sino también los procesos de formación y aplicación de las normas y el conjunto de los órganos institucionales que presiden tales procesos. Y es precisamente la relación con los valores y las ideologías³¹ lo que permite analizar la conexión entre el sistema jurídico y el sistema social

Que la filosofía, y también la filosofía del derecho, es un tipo de saber reflexivo, de segundo grado, significa que en realidad el punto de vista asumido por el iusfilósofo siempre es, desde una perspectiva epistemológica general, externo. La tradicional exigencia positivista de neutralidad, ejemplificada paradigmáticamente en el primer párrafo del Prólogo a la primera edición de la *Teoría pura del derecho*³² y defendida también por autores como Hart, Ross, Alchourrón y Bulygin³³, implica una afirmación re-flexiva, es decir, crítico-filosófica, que compara y contrasta modos diversos de acceso a un saber determinado, y que, naturalmente, tiene consecuencias sobre la manera de clasificar y ordenar lo que compone la categoría jurídica. O, lo que es lo mismo, refleja una ideología determinada (entendiendo la noción de ideología no en el sentido negativo de falsa conciencia, sino en el de Mannheim, referido a una visión general del mundo)³⁴.

¿Cómo justificar, entonces, la autonomía relativa de un punto de vista interno en el estudio del derecho? Pues bien, reconociendo que la imbricación necesariamente social de todo sistema jurídico³⁵ no impide que éste pueda organizar sus propios mecanismos de autocualificación y autorregulación. Mas esta conclusión sólo adquiere sentido significativo si se la considera desde la perspectiva filosófico-externa y se tiene en cuenta que tal operación de independización es una hipóstasis, una suerte de ficción útil para explicar lo que se puede explicar (tan

³¹ Baratta, A. Respuesta al cuestionario “Problemas abiertos en la filosofía del derecho”. En: *Doxa*, 1, 1984, p. 35. *Grosso modo*, en el mismo sentido entiendo la postura de Atienza cuando, matizando la famosa distinción de Bobbio que contraponen una filosofía del derecho de los filósofos (construida desde arriba) a una filosofía del derecho de los juristas (elaborada desde abajo), propone una filosofía del derecho fabricada “desde en medio”, es decir, con la función de intermediaria «entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales –incluida la filosofía–, por el otro» (Atienza, M. Respuesta al cuestionario “Problemas abiertos en la filosofía del derecho. En: *Doxa*, 1, 1984, pp. 31-32).

³² Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 1993, p. 7.

³³ Cfr. Calsamiglia, A. “Ciencia jurídica”. En: Garzón Valdés/Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 2000, p. 21.

³⁴ Mannheim, K. *Ideología y Utopía*. 2ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1987.

³⁵ Al fin y al cabo esta es una premisa que incluso queda patente en el concepto de “regla de reconocimiento” teorizado por Hart (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., pp. 117 ss., 125 ss., 135-137).

sólo lo que se puede explicar) del derecho *ab intra*. Que no es todo, ni está demostrado –y esto depende más del gusto que del rigor científico– que sea lo más importante del derecho. En este sentido, cabe decir que una de las condiciones para una teoría del sistema jurídico «consiste en admitir que “sistema jurídico” indica una característica atribuida al derecho por sus representaciones doctrinales y filosóficas»³⁶ o, en los términos de la teoría general de sistemas, que no define un sistema *real*, como si se tratara de un organismo biológico sino, como mucho, un sistema *conceptual*, es decir, un conjunto de objetos y relaciones delimitado sólo por abstracción con respecto al ambiente³⁷. Podría parecer que la teoría del derecho aquí prospectada no difiere en nada de la ciencia del derecho kelseniana que «intenta concebir “jurídicamente” su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho»³⁸, pero no es lo mismo “concebir” el derecho desde el punto de vista jurídico, es decir, agotando sus elementos condicionantes dentro del sistema jurídico –que es lo que subyace en la teoría pura–, que afrontar la cuestión de cómo los juristas comprenden el fenómeno jurídico y por qué lo entienden como lo entienden, teniendo en cuenta que la actividad jurídica no es una mera observación de hechos, sino de normas, es decir, de hechos que ya son observaciones ellos mismos. Y esto implica que dar cuenta del derecho como realidad normativa específica no impide utilizar elementos extrasistemáticos, pues incluso desde esta perspectiva “interna” el derecho es considerado como práctica social. De ahí que los argumentos expuestos con el fin de dilucidar este análisis estructural tendrán que ser, al menos tal es la aspiración, no sólo jurídicamente consistentes sino también socialmente relevantes.

En cualquier caso, esta distinción entre análisis estructural y análisis funcional no pretende ser neta sino útil. Con esta partición, por decirlo de otro modo, no se quiere abrir un abismo entre la imagen del derecho como momento de la *praxis* y el derecho como objeto abstractamente considerado por la ciencia, sino hacer posible una comprensión global de la experiencia jurídica³⁹. De manera simplificada, podría decirse que si por un lado el análisis estructural se ocupa de indagar los elementos distintivos del sistema jurídico frente a otros sistemas sociales o normativos, el análisis funcional está dirigido al descubrimiento de la otra cara de la moneda,

³⁶ Barberis, M. *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica*. Turín, Giappichelli, 2003, p. 160.

³⁷ Von Bertalanffy, L. *Teoría generale dei sistemi*. Milán, Istituto Librario Internazionale, 1971, p. 16.

³⁸ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 83.

³⁹ La noción de “experiencia jurídica” es de Capograssi (Capograssi, G., *Opere*, VII vol., Milán, Giuffrè, 1990).

esto es, a los elementos y los terrenos compartidos por las diversas dimensiones sociales y normativas (jurídicas, morales, políticas, económicas, ideológicas, etc.). Esto significa que en ambos casos se considerarán todos estos aspectos de la vida social, pero mientras en el primero se subrayarán los puntos de separación, en el segundo se hará mayor hincapié en sus conexiones y superposiciones. Digamos que el análisis estructural asume como objetivo propio la indagación sobre el *contorno* del derecho, mientras que el análisis funcional persigue la exploración de su *entorno*.

Naturalmente, lo anterior no significa que en la parte analítica se deje de lado la impronta filosófica del estudio: así como en ambos casos el objeto de reflexión es el derecho, también en ambos casos el método aplicado ha de ser el filosófico. La diferencia estriba en que si en el primer apartado se centra la atención principalmente en la autonomía operativa del derecho en cuanto mecanismo normativo, en el segundo se indaga de manera prioritaria la cuestión de su fundamentación externa, como estructura social. Traduciendo esta descripción a los lenguajes clásicos de la filosofía del derecho, es decir, al plantear como central el problema de la normatividad/obligatoriedad del derecho, también puede decirse que si, por un lado, la teoría del derecho se interesa sobre todo por la cuestión de *cómo* obligan las normas jurídicas -o, dicho de otro modo, *de qué manera* operan como fundamentos para exigir su cumplimiento-, por otro lado, a la filosofía del derecho le incumbiría, en particular, el asunto relativo a *si y por qué*, más allá de su tautológica autojustificación, las normas jurídicas obligan.

Habría, por tanto, que afrontar dos órdenes consecutivos de problemas complementarios. El primero sería relativo a la fundamentación de la racionalidad jurídica, a su engarce, ante todo, con la racionalidad moral, para explorar los argumentos clásicos con los que participantes y observadores apoyan, o rechazan, la pretensión directiva que acompaña las normas jurídicas. El segundo estaría relacionado con el *modo* en que el derecho procura dirigir las acciones o las omisiones de los sujetos ubicados bajo su esfera de influencia, es decir, con la incógnita de *cómo* las normas jurídicas obligan o tratan de obligar. Esta cuestión, lógicamente, tiene relevancia sólo si se considera que la normatividad jurídica ejerce su fuerza preceptiva mediante mecanismos operativos propios que, al menos hasta cierto punto, puedan distinguirse, por ejemplo, de la forma en que las normas morales impelen a respetar sus dictados.

Hay dos observaciones primordiales que aclaran el sentido de este planteamiento:

- a) A la hora de intentar delimitar los confines de la materia "Filosofía del Derecho", el iusfilósofo que «reflexione sobre la orientación general de su disciplina deberá tratar de dejar perfilado su concepto de lo jurídico, su opción de partida, su

modo de abordar el Derecho como objeto al que referir la teorización posterior en que su menester ha de consistir»⁴⁰;

- b) En otro plano, puede decirse que «el Derecho es prioritariamente *praxis* y carece de toda razón de ser última que no se fije en su función para la *praxis*»⁴¹. Yo diría que partir de esta afirmación implica reconocer dos hechos: primero, que la práctica jurídica, a todos los niveles, se integra en una mecánica social y, segundo, que para reforzar la comprensión de tal práctica es imprescindible preguntarse cómo y para qué funciona.

En esta óptica, el análisis estructural consistiría en la labor de dibujar la silueta de lo jurídico (llámese concepto de derecho u opción de partida sobre el fenómeno jurídico). Realizar esta labor significaría trasladar una idea acerca de lo que es el derecho sin problematizar en profundidad el aspecto de para qué sirve y el de cómo condiciona, y está a su vez condicionado por, otros ámbitos sociales. Se puede empezar a construir el concepto de un elemento material cualquiera –por ejemplo, unas tijeras o un automóvil– como objeto problemático, dando, en principio, casi por descontado cuál es su función específica o, mejor dicho, manejando sobre esto una idea *in fieri*. Y preguntarse cómo se perfila un concepto significa plantearse cómo se lo conoce. No hay ontología posible sin fundamentación epistemológica –de esto no me cabe la menor duda–, pues de lo contrario se torna metafísica en sentido peyorativo. Y la manera de conocer un objeto pasa necesariamente por distinguirlo de otro; en los términos de la epistemología de Bateson, diríamos que la operación fundamental del conocimiento es la “diferencia” (que produce una diferencia en el observador)⁴². Dicho en términos no cibernéticos: entiendo que presentar un concepto de derecho implica diferenciarlo de otras dimensiones que a primera vista (y por tanto, de manera esencialmente no problemática) comparten características más o menos generales con aquel. Se trataría de ver cómo el jurista diferencia el derecho y sus métodos de la moral y sus métodos, de la religión y sus métodos, de las reglas sociales y sus métodos y, en definitiva, de las ciencias sociales y sus métodos. En síntesis, la cuestión sería la de constituir el objeto como objeto lo

⁴⁰ García Amado, J. A. “Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual”. En: *Anuario de filosofía del derecho*, VII, 1990, p. 267. Esto se debería a que «es inevitable en toda filosofía del Derecho una opción inicial, una toma de postura, tácita o explícita, sobre el tipo de realidad que el Derecho encarna o en que el Derecho se concreta» (*Ibidem*).

⁴¹ García Amado, J. A. “Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual”, *cit.*, p. 267.

⁴² Bateson, G. *Pasos hacia una ecología de la mente. Una aproximación revolucionaria a la autocomprensión del hombre*. Buenos Aires, Ediciones Carlos Lohlé, 1985, pp. 483-484.

más específico posible o, mejor dicho, de construir el objeto-derecho como objeto específicamente jurídico. En este sentido, se puede compartir la idea de que al análisis estructural no le corresponde «ocuparse de los condicionamientos sociales de lo jurídico o de la interrelación empírica entre derecho y sociedad»⁴³, en la medida –añadiría yo– en que ello sea posible, pues este relativo aislamiento tiene cabida sólo si se lo concibe y se lo utiliza como una herramienta heurística y, por tanto, se evita cualquier pretensión de que refleje una dimensión ontológica pura.

¿Cuál sería la utilidad de semejante planteamiento? La pregunta no es peregrina y merece una mínima reflexión. No creo que este interés se deba a *l'art pour l'art*, a la valía del conocimiento en sí mismo, sin atención a sus consecuencias prácticas. La comprensión de la dinámica mediante la cual el sistema jurídico construye sus lindes respecto a otras dimensiones normativas puede ser esencial para percatarse no sólo de su estructuración lógica interna –como conjunto ordenado de normas– sino también de su alcance material, a través de sus mecanismos operativos. La cuestión a elucidar es la de preguntarse por las diferencias entre las normas jurídicas y otros tipos de normas (aunque, antes de todo, habrá que establecer qué es una norma), si se considera la posibilidad de que de prescripciones normativas tipológicamente diversas deriven consecuencias prácticas distintas para los sujetos sometidos a ellas (por ejemplo, qué efectos puedo esperar que se produzcan en mi esfera vital si no pago los impuestos o subo a un autobús sin comprar el billete, o cuento sin autorización a una tercera persona un secreto que me ha sido confiado o no saludo a un amigo al cruzarme con él en la calle).

Identificar normas, sanciones y principios no es tarea exclusiva de la teoría del derecho, también la filosofía moral, o la sociología, se articulan alrededor de estos conceptos. Si todo tipo de norma busca influir en las conductas y las relaciones entre seres humanos, ¿hay alguna diferencia, en el *modo* en que esto ocurre, según se trate de normas jurídicas o, por ejemplo, de normas morales o de reglas del trato social? Podría ser que no; sin embargo, el hecho de que «solamos distinguir entre normas jurídicas, religiosas, morales, del trato social, costumbres (...)»⁴⁴ ya sugiere la posibilidad de una respuesta afirmativa.

Centrarse en la especificidad de la normatividad jurídica permitiría recorrer los temas fundamentales que vertebran, paradigmáticamente, la tradición de la teoría legal: las nociones de norma y ordenamiento jurídico, la relación entre el derecho

⁴³ García Amado, J. A. “La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la ‘Teoría del derecho’ como sucedáneo”. En: *Persona y Derecho*, 31, I, 1994, p. 139.

⁴⁴ Atienza, M. *El sentido del Derecho*. 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003, p. 25.

y el lenguaje, la interpretación y aplicación del derecho, sin olvidar la sempiterna cuestión, que en cierta medida contiene conceptualmente todas las demás, de la diferenciación entre normas jurídicas, morales y sociales. En resumidas cuentas, se está hablando del problema del concepto del derecho pues, si acudimos a una definición de Bobbio, «por “derecho objetivo” o “derecho en sentido objetivo” se entiende una regla o un conjunto de reglas de conducta que se distingue de otras reglas o conjunto de reglas por determinadas características. Lo que comúnmente se designa como el problema del concepto del derecho, considerado como uno de los problemas capitales de la filosofía del derecho, consiste en hallar, determinar e ilustrar los elementos que caracterizan las reglas que se suelen llamar “jurídicas”, para distinguirlas de otros tipos de reglas»⁴⁵.

Para ello no es necesario partir del espíritu cientificista decimonónico que, enarbolando la bandera del rechazo de la metafísica, afirma no tratar de *justificar* sino tan sólo de *explicar y describir* el derecho. A estas alturas no es necesario incomodar a Kuhn o a la mecánica cuántica para dejar en evidencia la artificiosidad del dogma positivista. La teoría del derecho, en cuanto análisis de las estructuras propias de la dimensión jurídica, no deja de ser filosófica: como recordaba recientemente Alexy, «la pregunta “¿qué es el Derecho?” es, como nadie lo ha expresado mejor que Kant, una pregunta filosófica»⁴⁶. Por esta razón el modelo austiniiano que, como ya se ha señalado, distingue la ciencia de la legislación de la Jurisprudencia, no es válido, pues la Jurisprudencia —que en la terminología usada aquí sería el análisis estructural— no es descriptiva. A la pregunta “¿qué es derecho?” no se puede contestar satisfactoriamente desde el presupuesto de la neutralidad, ya que el derecho no es independiente del poder⁴⁷.

Con el auge del positivismo, según la conocida argumentación de González Vicén, la introducción del *nomen* “filosofía del derecho” en el siglo XIX no implicaría un simple cambio de definición con respecto a la terminología “derecho natural”. Se trataría de dos cosas distintas: la “filosofía del derecho” sería ni más ni menos que lo que reza el título, es decir, la reflexión sobre el derecho positivo, histórico, concreto, o sea, el único existente, y así se habría producido, con respecto a la tradición iusnaturalista,

⁴⁵ Bobbio, N. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Turín, Giappichelli, 1994, p. 59.

⁴⁶ Alexy, R. En: Atienza, M. “Entrevista a Robert Alexy”, *cit.*, p. 27.

⁴⁷ «Organized social groups make law all the time, in combat with other organized social groups» (Kennedy, D. “The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities”. En: *The American University Law Review*, vol. 34, 1985, p. 997).

un corte radical que alumbraba una nueva disciplina⁴⁸. Como diría Windscheid, los juristas habrían por fin despertado del sueño del derecho natural⁴⁹.

Anteriormente, recordaba el Prefacio a la primera edición de *La teoría pura del derecho*; pues bien, lo escribe Kelsen pero bien podría haberlo escrito Weber, el paladín de la *Wertfreiheit*. En efecto, si seguimos la interpretación de Bobbio, resulta que para ninguna de las tesis kelsenianas es necesario incomodar a Kant; más bien, habría que ver de cerca el movimiento científico de la época. Nos percataríamos entonces de que en la misma Viena de Kelsen florecía el positivismo lógico y, en esos mismos años, aparecían los escritos fundamentales de Weber⁵⁰. Lo cierto es que esta reivindicación de neutralidad, objetividad y pureza, exenta de desviaciones especulativas ante las categorías jurídicas, no es ideológicamente aséptica, pues «cuando la Teoría general de Derecho, bien partiendo de una elucidación explícita de sus supuestos epistemológicos y metodológicos, bien prescindiendo de ella, se presenta como teoría de la estructura conceptual de todo Derecho posible, entonces estamos ante una verdadera Filosofía del Derecho, aunque se trate de una Filosofía del Derecho “sui generis” que no quiere reconocerse como tal. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la “Teoría pura del Derecho” de Kelsen que, pese a sus protestas, constituye una verdadera Filosofía del Derecho, una Filosofía del Derecho positivista»⁵¹.

Esta base filosófica, de todos modos, es exactamente la razón por la cual la teoría del derecho es materia iusfilosófica; por mucho que se quiera negarlo o desconocerlo, también la investigación del derecho desde una perspectiva no dogmática arranca, inevitablemente, de una precomprensión operante de lo jurídico. La diferencia, con respecto al talante del dogmático, es que el iusfilósofo tiende a poner bajo examen el interior de esa precomprensión.

La peculiaridad del filósofo del derecho tendría que ser, por tanto, la de problematizar la arquitectura del edificio jurídico, desde una perspectiva previa a la del dogmático. Por ejemplo, el civilista se apoya en el significado institucional del

⁴⁸ González Vicén, F. “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”. En: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 207-257. Para un análisis crítico de la tesis de González Vicén, *vid.* Rivaya, B. “La Filosofía del Derecho como concepto formal (Sobre la filosofía jurídica española de los años sesenta)”. En: *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 13, 1998, pp. 15-48.

⁴⁹ Windscheid, B. *Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Ed. por O. Oertmann, Leipzig, Dunker & Humblot, 1904, p. 9.

⁵⁰ Bobbio, N. “Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”. En: *Id.*, *Dalla struttura alla funzione*, *cit.*, pp. 192-195.

⁵¹ Delgado Pinto, J. “Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad”, *cit.*, pp. 33-34.

principio de autonomía privada al fin de determinar su alcance técnico en función de la aplicación del derecho, es decir, para explorar la eficacia prescriptiva de los actos de autonomía y los límites introducidos por el ordenamiento a su poder reglamentador. El filósofo del derecho no se saldría de sus competencias si se interesase por esta noción; antes al contrario, constituiría un saludable ejercicio de filosofía del derecho positivo. Sin embargo, la atención del filósofo del derecho va dirigida preferentemente a otro aspecto del principio que, partiendo de su encuadramiento sistemático dentro del ordenamiento, apunta también a su sentido metajurídico: la autonomía de la voluntad entendida no sólo como parte integrante del sistema jurídico sino también como expresión primaria de una opción moral, política y económica, que refleja una tradición filosófica de signo individualista y liberal⁵². No está de más, en este sentido, aprovecharse de la cristalización representada por el derecho vigente, que nos brinda la oportunidad de partir de un material concreto, para examinar el significado que las normas jurídicas asumen también en el plano de la configuración general de la sociedad en la que vivimos. Por ello, un tipo de análisis como el iusfilosófico contribuye a liberar el campo jurídico de su aislamiento y lo proyecta en el mundo real.

Ahora bien, si tanto las normas jurídicas como las morales o las sociales son patrones de conducta para los miembros de una comunidad, ¿es posible registrar algún rasgo específico de las primeras, referido al modo en que desenvuelven su función en la biografía de dicha comunidad? En este sentido, merece la pena reiterar la apuesta por un acercamiento a los problemas de la filosofía del derecho (en ambas vertientes, estructural y funcional) en el marco de una teoría social del derecho. Ante la creciente complejidad de los sistemas jurídicos, como dice García Amado, «la teoría jurídica ha de plantearse una explicación del derecho que atienda a su función efectiva en la sociedad y a los factores sociales que condicionan su realidad. Y una teoría de tal tipo sólo puede ser una parte dentro de una más amplia teoría de la sociedad»⁵³. Téngase en cuenta, además, que la misma posición del problema de las relaciones entre derecho y moral debería ser previamente contextualizada desde el punto de vista histórico-político para comprender, por ejemplo, su papel esencial en la estructuración de la sociedad moderna: como dice Vernengo, «pareciera que la distinción tajante entre derecho y moral, en cuanto conjuntos de enunciados prescriptivos, como normalmente se los entiende, tuvo históricamente una motivación política concreta –en Thomasiaus, a fines del siglo XVII, en Sajonia–, admitiendo por lo tanto una explicación histórica aceptable. Se trataba de crear, en un momento

⁵² Véanse, al respecto, las precisiones críticas de Díez-Picazo, L./Guillón, A. *Sistema de Derecho civil*, I. 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 374-375.

⁵³ García Amado. «La Filosofía del Derecho y sus temas», *cit.*, p. 143.

en que el hombre europeo se hace cargo de su característica esencial de ser un ser consciente, una inteligencia activa, un ámbito de acciones exento de toda posibilidad de intromisión real. El fuero íntimo, exclusivo territorio de la moral privada, de la actividad subjetiva fundamental; el campo donde se producen las decisiones autónomas, debía ser protegido de toda intromisión externa y, en especial, de toda intervención de la autoridad del Estado. El sujeto moral requiere del reconocimiento de su independencia, de su autonomía plena frente a toda injerencia reguladora impuesta por alguna autoridad externa, fuera ella el brazo secular del Estado o el poder espiritual de alguna iglesia»⁵⁴. Con esta distinción histórica entre derecho y moral, por tanto, «lo que se pretende no es tanto desmoralizar el Derecho, sino deslegalizar la moral: se muestran los límites de la acción del Estado frente a la conciencia individual tras varios siglos de persecuciones religiosas amparadas en normas jurídicas»⁵⁵.

4. ANÁLISIS ESTRUCTURAL

Tradicionalmente, se ha hecho depender la peculiaridad de las normas jurídicas de criterios variamente enclavados en la estructura de la regla, su carácter, su contenido, su finalidad, la autoridad, el destinatario o la sanción⁵⁶. Debido a la variabilidad inicial del campo de experiencia al que el estudioso refiere el término “derecho”, para delimitar los criterios distintivos de las normas jurídicas mucho depende de con respecto a qué otro tipo de norma queremos diferenciarlo. Así, por ejemplo, se ha dicho que las normas jurídicas, en su más frecuente significado, constituyen un cuerpo intermedio de reglas de conducta, ubicado entre las reglas morales y las consuetudinarias: generalmente, se distinguirían de las primeras porque son menos vinculantes; respecto de las segundas, porque son más vinculantes⁵⁷. Pero ello también depende del baremo que se utilice a la hora de clasificar una norma como perteneciente a una u otra variedad tipológica: hace tiempo, en ciertas circunstancias, se consideraba obligatorio batirse en duelo aunque estuviese jurídicamente penalizado. Esta obligación era ciertamente una norma social desde la perspectiva

⁵⁴ Vernengo, R. J. “Moral y derecho: sus relaciones lógicas”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 28, 1988, p. 29.

⁵⁵ Lucas, J. de (coord.). *Introducción a la teoría de Derecho*. 3ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 56.

⁵⁶ Una referencia obligada, desde el punto de vista de la clasificación de las normas, es el análisis de von Wright, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, Tecnos, 1970, quien, en general, considera las normas jurídicas un subtipo de las *prescripciones*, cuyos elementos definitorios serían la autoridad normativa, el sujeto normativo, la conducta prescrita, la promulgación y la sanción o amenaza (p. 27).

⁵⁷ Bobbio, N. *Contributi ad un dizionario giuridico, cit.*, p. 60.

de determinados grupos pero seguramente era considerada, al mismo tiempo, una obligación moral⁵⁸. Y la misma norma no puede ser, a la vez, más (como norma moral) y menos (como norma social) vinculante. Por tanto, la complicación comparativa aumenta con el hecho de que no sólo existen normas de distinto tipo sino que una misma norma puede pertenecer a más de un tipo. Como dice von Wright a propósito de las normas morales, su peculiaridad «no está en que formen un grupo autónomo por sí solas; está más bien en que tienen complicadas afinidades lógicas con los otros tipos principales de normas y con las nociones valorativas de bien y mal. Comprender la naturaleza de las normas morales no es por eso descubrir una única característica en ellas; es examinar sus complejas afinidades con cierto número de *otras cosas*»⁵⁹. Baste mencionar, a este respecto y como ejemplo prototípico, el “contenido mínimo del derecho natural” en la teoría de Hart: «hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social»⁶⁰. De hecho, esta conexión ineludible constituye uno de los ejes de referencia del análisis funcional. Siguiendo un esquema de Bobbio y recordando algunos modelos paradigmáticos, por ejemplo, en lo que se refiere a la estructura de la regla –en el sentido de buscar el carácter distintivo del derecho en una particularidad específica de los preceptos jurídicos– una distinción clásica es la kantiana, que separa el derecho de la moral sobre la base de una diferencia estructural entre los imperativos *categoricos* –que mandan una acción porque es buena en sí (conforme al esquema “debes hacer *a*”)– típicos de la normatividad moral, y los imperativos *hipotéticos* –que subordinan al cumplimiento de una acción el logro del fin deseado (según la fórmula “si quieres *b*, debes hacer *a*”)»⁶¹. Muy utilizada ha sido también la otra distinción

⁵⁸ Moreso, J. J., Vilajosana, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*, cit., p. 23.

⁵⁹ Von Wright, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit., p. 32.

⁶⁰ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 238.

⁶¹ La teoría de la forma lógica de las normas jurídicas ha experimentado una evolución posterior en al menos tres versiones: la primera, entre el siglo XIX y el XX, vinculada a la *Allgemeine Rechtslehre*, configura las normas jurídicas como juicios hipotéticos (si *a*, entonces *b*) sobre la base de una analogía con las leyes científicas; la segunda, elaborada por Kelsen, critica la analogía con las leyes científicas y postula las normas jurídicas como juicios hipotéticos directivos y no cognoscitivos (si *a*, debe ser *b*); y la tercera, formulada por Alchourrón y Bulygin, que, definiendo el concepto de “norma” como un enunciado condicional que atribuye a un caso una solución normativa determinada, adjudica a las normas jurídicas la forma lógica “si se da el caso *a*, entonces es obligatoria (prohibida, permitida, facultativa) la solución *b*”: por ejemplo, si la adquisición del inmueble es realizada con mala fe, el comprador está obligado a restituir el inmueble al propietario (Alchourrón, C., Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 37). Sobre estas versiones véase Barberis, M. *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., pp. 115-119.

kantiana entre imperativos *autónomos* e imperativos *heterónomos*: en los primeros se obedece a una ley interior porque la característica de la moral es la autonomía, mientras que la característica de los segundos, pertenecientes al campo del derecho, es la obediencia a una ley que proviene de una autoridad externa⁶².

Por otra parte, si nos fijamos en el fin de las normas jurídicas observamos una variedad de respuestas que recorren la historia del pensamiento jurídico, como la de la tradición aristotélico-tomista, según la cual el derecho persigue el bien común⁶³ o, si atendemos a la doctrina liberal de Locke, la conservación de la propiedad⁶⁴; en cambio, desde la perspectiva marxista, el derecho es considerado una superestructura cuyo objetivo es el mantenimiento del entramado burgués⁶⁵. O, también, puede recordarse la clásica obra de Ihering, titulada precisamente *El fin del derecho*, donde la noción de garantía de las condiciones vitales de la sociedad, basada en el poder coercitivo del Estado, erige el orden como fin del derecho⁶⁶.

Si atendemos al criterio de la autoridad normativa, esto es, al sujeto que pone la norma, no puede pasarse por alto la teoría de Austin, para la cual la juridicidad es un carácter directamente derivado de la soberanía, de modo tal que es derecho (positivo) el que es impuesto por una persona o un cuerpo soberano, mientras que las normas morales y las sociales no presentan este rasgo: es «Derecho positivo, o Derecho estrictamente así llamado, el Derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo»⁶⁷.

Muy importante ha sido el cambio de perspectiva impulsado por Kelsen, al añadir a los tradicionales criterios de distinción entre derecho y moral, y conforme al modelo de construcción escalonada del sistema (*Stufenbau*) hasta la norma fundamental (*Grundnorm*), el que establece como unidad de análisis estructural no la “norma” sino el “ordenamiento” entendido como conjunto de normas. Así, Kelsen distingue dos tipos de sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos. En un sistema estático las normas «valen –es decir, la conducta humana determinada por ellas es vista como debida– por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el

⁶² Kant, I. *Introducción a la teoría del derecho*, cit., pp. 54-55.

⁶³ Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, tomo III, Madrid, 1959, p. 90, Biblioteca de autores cristianos.

⁶⁴ Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, Alianza, 1990, cap. 9, p. 131.

⁶⁵ Marx, K. Prólogo a “La contribución a la crítica de la economía política”. En: Marx, K./Engels, F. *Obras escogidas*, cit., p. 372.

⁶⁶ Ihering, R. Von. *El fin en el Derecho*. Granada, Comares, 2000, p. 304.

⁶⁷ Austin, J. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, cit., p. 23.

orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal»⁶⁸. Las normas morales, según Kelsen, pertenecen a este tipo de sistema normativo. Las normas jurídicas, en cambio, forman parte de un sistema dinámico porque su validez no depende de un contenido determinado sino de una norma fundamental básica que estatuye la manera de implantar normas, es decir, «no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta»⁶⁹. Un paso ulterior, y decisivo en la teoría del derecho del siglo XX, en la búsqueda de un criterio distintivo del “sistema jurídico” frente a otros sistemas normativos es el dado por Hart con su “regla de reconocimiento” que, en vez de ser una norma suprema presupuesta como la *Grundnorm* kelseniana, es una práctica social a través de la cual las normas del sistema son identificadas como pertenecientes al ordenamiento jurídico⁷⁰.

Plantear la diferencia entre normas jurídicas y normas no jurídicas desde el punto de vista de la sanción significa preguntarse si existe una forma de reacción a la violación de la norma jurídica que sea típica del derecho. Así, por ejemplo, la tesis de Kelsen y Ross es que todas las normas jurídicas regulan el uso de la fuerza por parte del Estado y se distinguirían de otros tipos de normas precisamente por ser coactivas, es decir, aplicables, en último término, recurriendo al uso de la fuerza estatal. La discusión en torno al carácter de la sanción como elemento distintivo del derecho ha tenido una importancia determinante con respecto al tema que se está tratando. De hecho, «en general, suele admitirse que la diferencia más clara existente entre los diversos tipos de normas [...] estriba en que solamente unas de ellas (las jurídicas) establecen una sanción de carácter *externo* que puede consistir, en último término, en la aplicación de la fuerza física (de la coacción), y en que esa sanción está *institucionalizada* (existen ciertos órganos estatales –los jueces y otros órganos administrativos, la policía, etcétera– encargados de aplicarlas)»⁷¹, aunque es cierto que esta insistencia en la sanción pertenece a la vieja y superada concepción imperativista del derecho: a este respecto, baste pensar en el derecho promocional para percatarse de que el derecho también premia. Y no se puede olvidar que insistir en el carácter institucionalizado de la sanción significa extraer la imagen del derecho del ámbito penal. Como se ve, por tanto, a la hora de definir los

⁶⁸ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 203.

⁶⁹ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 205.

⁷⁰ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., pp. 125 ss.

⁷¹ Atienza, M. *El sentido del derecho*, cit., pp. 67-68.

caracteres diferenciales de las normas jurídicas nos encontramos con una variedad de criterios que no necesariamente se excluyen entre ellos, es más, a menudo se integran y se mezclan en una misma definición⁷². Mucho depende, obviamente, de la perspectiva o las intenciones polémicas que el teórico privilegia. Si la asumida aquí es, como queda apuntado en las páginas iniciales, la perspectiva de la teoría social, conviene emplear unas pocas líneas más para esbozar un posible criterio de distinción de las normas jurídicas haciendo hincapié en su carácter de práctica normativa que opera concretamente en un determinado ámbito institucional.

Creo que un posible modo de identificar la peculiaridad normativa de las normas jurídicas pasa por centrarse en sus aspectos operativos, es decir, los que se ponen en marcha cuando el derecho deja de existir en un nivel lingüístico y comienza a producir efectos materiales en la esfera vital de sus destinatarios⁷³. Esto ocurre, generalmente, cuando se desencadenan consecuencias concretas que hacen que la realidad social se desvíe de lo jurídicamente previsto y establecido. De ahí que también desde este punto de vista el modelo de la sanción sirva para indicar ciertos rasgos estructurales propios del campo jurídico. Si yo me dirijo cada mañana a mi vecino saludándole mediante el acto de quitarme el sombrero, realizo un acto que no involucra aspectos jurídicos sino convencionales, sociales (como mucho, morales). En cambio, cuando, tras haberme cruzado con el vecino, cojo un autobús para ir al trabajo, sí ejecuto una acción jurídicamente relevante, aunque los aspectos jurídicos se manifiesten sólo potencialmente en el momento en que se realiza una pauta de acción que desencadena una disconformidad con la norma jurídica que contribuye a respaldar el curso de acción social normalmente previsto. Esta diversidad cualitativa entre los dos actos es fundamental para no caer en la confusión entre derecho y sociedad, a saber, para dejar claro que el jurídico es un aspecto de la sociedad que adquiere operativamente una especificidad propia y que, por tanto, no se diluye totalmente en ella pese a que los sujetos envueltos no reparen demasiado en ello en sus rutinas diarias.

⁷² Véase la definición que del derecho da Gény y que Bobbio menciona como ejemplo: «El derecho se presenta como un conjunto de reglas al que está sometida la conducta externa del hombre en las relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un momento dado de la conciencia colectiva de la humanidad, mostrándose ésta susceptible de una sanción social, y tal vez coercitiva, están o tienden a estar provistas de tal sanción, y a partir de este momento son puestas en la forma de mandatos categóricos dominantes sobre las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad» (Gény, F. *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution a la critique de la methode juridique*. París, Sirey, I, 1922-24, p. 51). Cfr. Bobbio, N. *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 77.

⁷³ Sobre esto retomo los argumentos ya presentes en Campione, R. *La teoría social de A. Giddens. Una lectura crítica desde la teoría jurídica*. Madrid, Dykinson, 2005, cap. IV.

En este sentido, la diferencia respecto a otros ámbitos de normatividad social dependería de la presencia, en el derecho, de dispositivos sancionadores pre-formalizados (quien no compre el billete del autobús tendrá que pagar una multa) y que prescinden, en principio, de los contextos de interacción (si me encuentro con mi vecino y él ve que no tengo brazos considerará normal que no me quite el sombrero para saludarle y no me aplicará la sanción de no volver a dirigirme la palabra; si soy víctima de un robo en el que me quitan todo el dinero que llevo y acto seguido cojo un autobús, no me valdrá de nada, al fin de evitar la multa en el caso de que suba el revisor, alegar que he sido víctima de un atraco). De esta manera podría concebirse, en términos generales, un aspecto esencial de la diferencia entre normatividad jurídica y otros tipos de normatividad como, por ejemplo, la moral: la presencia, en el primer caso, de mecanismos de formalización de las pautas normativas que, mediante un sistema de presunciones, desligan la aplicación general de estas pautas de las circunstancias concretas de los contextos de interacción. Esto es lo que significa el carácter “contrafáctico” del derecho, en un sentido en cierto modo cercano al concepto de “racionalidad conectiva” (*Anschlußrationalität*) empleado por Luhmann: «el derecho amplía las premisas de la racionalidad conectiva, ya que las expande de lo ocurrido a lo pretendido mediante la técnica de la estabilización contrafáctica de expectativas. Así, el derecho permite actuar racionalmente —en términos conectivos— aunque las conexiones no se hayan dado todavía»⁷⁴.

En la teoría social se ha venido desarrollando un concepto que sirve para aclarar un poco más esta idea y que explica el funcionamiento de las instituciones modernas a través de la noción de *disembedding* (desanclaje): Giddens, por ejemplo, define el desanclaje como «el “despegar” las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales»⁷⁵. Un ejemplo de *disembedding* asociado a la modernidad sería el dinero, en el sentido de que la economía monetaria descansa sobre la noción de “fiabilidad”, una forma de “fe” que consiste en la confianza puesta en resultados probables, pero que «no depende de una plena iniciación en esos procesos, ni del dominio del conocimiento que ellos producen», aunque existe en los actores profanos un cierto nivel de “conocimiento inductivo débil” soportado por «la experiencia comprobada de que tales sistemas generalmente funcionan como deben funcionar»⁷⁶. Si esto es así, la

⁷⁴ Luhmann, N., “Soziologie der Moral”. En: Luhmann, N., Pförtner, S. H. *Theorietechnik und Moral*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, pp. 67-68. Para una exposición más elaborada del “derecho como generalización congruente” vid. Luhmann. *Sociologia del diritto*. Roma, Laterza, 1977, pp. 113-128.

⁷⁵ Giddens, A. *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, Alianza, 1993, p. 32.

⁷⁶ Giddens, A. *Consecuencias de la modernidad*, cit., p. 38.

pregunta surge espontánea: ¿Hay que saber cómo funciona el sistema monetario, el negocio crediticio y el mercado de divisas para manejar el dinero y para que éste posibilite cursos de acción que, en su ausencia, serían imposibles? Evidentemente no. De igual manera, el derecho, para poner en marcha sus mecanismos operativos, no necesita anclarse en las circunstancias concretas de los contextos de interacción que potencialmente podrían dar origen a consecuencias jurídicamente relevantes.

En el campo del derecho, la condición de existencia de los tipos normativos depende de la fuente primaria de producción de reglas generales y abstractas, esto es, la autoridad legal constituida. En este sentido, como ya puso en evidencia Weber, la regulación jurídica crece con la ‘complejización’ de la sociedad, y con ello crece la relevancia operativa de las ficciones y presunciones jurídicas que suplen el progresivo e inevitable desconocimiento de las normas por parte de los legos (y no sólo de los legos)⁷⁷. Y esto no ocurre del mismo modo en el campo moral o social. Para volver al ejemplo anterior, un sujeto no “mienta” un derecho al subir al autobús. Se trata, más bien, de una conducta rutinaria, de la que se le escapa hasta su carácter de transacción económica. Del mismo modo que sólo se percibe de su carácter económico si al echar mano al monedero ve que no tiene dinero para pagar, sólo se percibe de su possibilitación jurídica si, por ejemplo, el conductor le impide subir al autobús de manera que se ve vulnerado en un derecho propio –a utilizar el transporte público bajo ciertas condiciones regladas jurídicamente– o, por poner otro ejemplo, si el vendedor de pan le pide un precio superior al que acaba de cobrarle a otro cliente delante de él. Lo que confiere realidad operativa al derecho (considerado desde el punto de vista de sus destinatarios, es decir, los que constituyen su campo de existencia y su ámbito de aplicación) es su aspecto regulativo (estructural), ya que la parte contextual –el anclaje entre las circunstancias de la interacción concreta y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan– es presupuesta por el propio sistema jurídico, al menos desde el punto de vista de los principios generales. Me parece que el *modus operandi* de las normas morales, o de las reglas del trato social, mantiene siempre un determinado grado de acoplamiento a la singular dinámica del contexto en el que se encuentran los

77

Weber puso en evidencia «el *desconocimiento* creciente, por parte de los legos, de un derecho cuyo contenido de orden técnico es cada vez mayor, es decir, la especialización del mismo y la creciente consideración del derecho vigente como un aparato racional desprovisto de toda santidad y, por tanto, modificable en cualquier momento de acuerdo con fines racionales. Este destino puede ser ocultado por la creciente sumisión, determinada por consideraciones generales, al derecho en vigor, mas no puede en realidad ser eludido» (Weber, M. *Economía y sociedad*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 660). Aunque puede tratarse, en ocasiones, de una cuestión no meramente funcional: basta con recordar el caso de Calígula, que escribió sus leyes con caracteres muy pequeños para impedir que el pueblo las leyera.

sujetos actuantes. Las normas jurídicas en las sociedades modernas y complejas, en cambio, se caracterizan porque empiezan a causar efectos sin necesidad de puntualizar individualmente las circunstancias de cada situación interactiva. El comienzo de la “balada de la justicia” siempre es conocido antes de que empiece la música. Esto es posible porque en el ordenamiento jurídico existe una cláusula general, que es al mismo tiempo una ficción funcional, mediante la cual lo presupuesto se convierte en real y tangible: la presunción de conocimiento de la ley. Este requisito constituye uno de los principios operativos del derecho, mientras que la eventual demostración de que en ocasiones el desconocimiento de la ley por parte del sujeto sea lícito puede constituir, a lo más, una excusante. En este sentido, la posibilidad de alegar la “ignorancia invencible” para escapar de la aplicación de la ley penal, no pone absolutamente en entredicho el principio general de que la «conciencia positiva de violar la ley sigue estando fuera de los presupuestos mínimos constitucionalmente exigidos para la imputación subjetiva»⁷⁸, algo difícilmente extensible, por ejemplo, a la normatividad moral. Blackstone sostenía que el principio de la imposibilidad de alegar la *ignorantia iuris* se debía a que en el Parlamento estaban presentes todos los ciudadanos, a través de sus representantes y por tanto, si todos estaban, todos conocían la norma⁷⁹. Sin embargo, esta ficción constitucional choca con una práctica muy distinta porque, como señala con razón Martínez García, «el pueblo se da leyes a sí mismo, en un pretendido ejercicio de autonomía, pero cada vez más son leyes que ni siquiera conoce, lo que no es obstáculo para que su ignorancia (como su posible disentimiento) no le exima de su cumplimiento»⁸⁰. Esto significa que para satisfacer el valor de la certeza objetiva del derecho se sacrifica la averiguación material del dominio cognitivo y normativo de los participantes en la interacción: «al servicio de ésta [la certeza] se encuentra el conocimiento del Derecho tanto por parte de los ciudadanos en general, como por parte de los órganos jurisdiccionales. La certeza subjetiva de los primeros requiere poder conocer con antelación cuáles son las consecuencias jurídicas de un concreto comportamiento y poder prever la eventual decisión jurisdiccional sobre el mismo, para lo cual es preciso que preexista a ésta una norma jurídica que lo contemple y que sea aplicada

⁷⁸ Pulitanò, D. “Ignoranza della legge (diritto penale)” En: *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. I, 1997, p. 616. Para un análisis que destaca la relevancia asumida por el principio de la *ignorantia iuris*, respecto al significado general del derecho, y tendiente a subrayar su naturaleza política, cfr. Cattaneo, M. A. “La ratio delle norme giuridiche penali: il carattere sanzionatorio del diritto penale e il problema della «*ignorantia iuris*»” En: AA. VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Menconi*, III. Milán Giuffrè, 1995, pp. 1755-1771.

⁷⁹ Blackstone, W. *Commentaries on the laws of England*, 2ª ed., I, Oxford, p. 185.

⁸⁰ Martínez García, J. I. *La imaginación jurídica*. Madrid, Debate, 1992, p. 158.

por el órgano judicial. La certeza objetiva lleva a que éste la aplique incluso a los destinatarios que la ignoren»⁸¹.

Si se consideran dos preguntas distintas, “¿a quién se aplica la norma?” y “¿a quién se ha hecho conocer la norma?”, se puede notar que el principio de presunción de conocimiento se comporta como un marcapasos que salta la segunda pregunta –y con ello la necesidad de estructurar una respuesta articulada– para así poder contestar satisfactoriamente a la primera cuestión. Así lo explica Hart: «puede ciertamente ser deseable que las normas jurídicas sean puestas en conocimiento de aquellos a quienes se aplican, inmediatamente después de ser dictadas. El propósito del legislador al crear normas se frustraría si no se procediera así en la generalidad de los casos, y los sistemas jurídicos disponen comúnmente, mediante reglas especiales sobre promulgación, que tal cosa se lleve a cabo. Pero las normas jurídicas pueden ser completas en cuanto tales antes de ser publicadas y aunque no se las publique. En ausencia de reglas especiales en contrario, *las normas jurídicas son válidamente creadas aún cuando las personas afectadas por las mismas tengan que averiguar por su cuenta qué normas han sido dictadas y quiénes son los afectados por ellas*»⁸².

Finalmente la cuestión, ya que me acabo de referir a Hart, no interesa sólo desde el punto de vista del “conocimiento” de las normas jurídicas; también es relevante para su “reconocimiento”. El papel presuntivo del entramado de ficciones no funciona sólo como criterio de validez operativa de las normas jurídicas. También sirve, fuera y más allá del formalismo normativo interno al sistema jurídico (‘puro’, al estilo kelseniano), para “legitimar” la armonía de la organización social a través del consenso. «Lo que denominamos sistema jurídico», en palabras de Ruiz Miguel, «presupone un cierto y mínimo grado de legitimación –que, no se olvide, es legitimidad desde el punto de vista interno de quienes lo sustentan–⁸³ que ello comporta una básica pretensión de justicia conceptualmente necesaria».

Pero esto, obviamente, no puede simplificar ulteriormente la distinción entre el derecho y otros campos normativos y nos devuelve a la implicación recíproca entre lo jurídico y lo “social” (moral, político, ideológico, etc.). Así, como antes de girar

⁸¹ Ezquiaga Ganuzas, F. J. “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho. Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 21. En el mismo sentido, Gullón: “las leyes han de ser cumplidas por sus destinatarios aunque las ignoren, es decir, si no observan la conducta prescrita en ellas se desencadenarán las consecuencias jurídicas previstas sin que para evitarlo puedan alegar su desconocimiento” (Gullón, A. “Comentario al artículo 6”. En: AA. VV. *Comentario del Código Civil*, I. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 33).

⁸² Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 28 (cursiva mía).

⁸³ Ruiz Miguel, A. “Derecho y punto de vista moral”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 582.

la cucharilla es fácil distinguir el café del azúcar, una vez que se hurga en el líquido para conocerlo más de cerca sucede que el terrón se disuelve y los dos elementos se vuelven indistinguibles. Fuera de metáforas, la hipóstasis –aislar el derecho de su entorno– puede servir para evidenciar ciertos atributos de autonomía que se pueden adscribir al derecho y que conviene tener en cuenta a la hora de dibujar la silueta de lo jurídico. Sin embargo, llegados a este punto, se hace necesario dar un paso sucesivo: el que permite entrar en el análisis funcional e indagar las interrelaciones entre el derecho y lo que, aún sin serlo, influye en el derecho.

5. ANÁLISIS FUNCIONAL

A partir de este punto, la reflexión sobre los caracteres distintivos del derecho como sistema operativo empiezan a desbordar las fronteras del análisis estructural, es decir, de la perspectiva interna, y nos conduce al análisis funcional, esto es, al terreno de la filosofía socio-jurídica. Si el primero se ocupa del ser jurídico del derecho, el segundo se interesa por su ser social. Ahora, «la materia objeto de análisis es la sociedad misma, el conjunto de las relaciones sociales en las que el derecho se incardina como un factor más, determinándolas y determinado por ellas. Son los mecanismos del funcionamiento social el objeto primero de análisis, tomando el derecho como uno más de ellos»⁸⁴. Como decía al comienzo, la expresión “análisis funcional” puede inducir a pensar que el protagonismo, en este apartado, esté reservado al tema de las funciones del derecho. Sin embargo, aquí quisiera utilizar la expresión para referirme, más en general, al carácter esencialmente contextual del derecho y a los inevitables vínculos que le encadenan con otros órdenes sociales. Aun siendo consciente de la impropiedad con la que utilizo la noción, la seguiré empleando porque me parece la que mejor explica lo que se pretende con esta actividad: contrastar la razón de ser de ese instrumento social que es el derecho. Se trataría, en síntesis, de analizar no sólo las funciones atribuibles al derecho en el seno del sistema social, sino también las repercusiones de otros ámbitos sociales en el seno del derecho⁸⁵. Parafraseando a König, si la primera parte se ha referido al

⁸⁴ García Amado, J. A. “La Filosofía del Derecho y sus temas”, *cit.*, p. 144.

⁸⁵ Habría que recordar, además, que en alusión a esta noción –como indican Arnaud y Fariñas– «no existe un concepto único y unánimemente aceptado de “función”, sino que éste depende de la concepción epistemológico-social que se adopte como punto de partida. El concepto de “función” se puede definir desde una perspectiva epistemológica “objetivista”, o desde una perspectiva “subjetivista» (Arnaud, J. A., Fariñas Dulce, M. J. *Sistema jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 126). La perspectiva objetivista sería la ligada a las concepciones funcionalistas y que

modo en que las normas jurídicas se distinguen de las de otros sistemas que regulan la conducta social, la segunda parte, ahora, tendrá que consistir en la aclaración de si entre distintos sistemas normativos existen relaciones regularmente determinadas⁸⁶. Así pues, si bien desde el punto de vista funcional «no interesa del sistema jurídico su articulación interna o su modo de estructurarse, sino sus efectos hacia el exterior», no interesa menos «la dinámica recíproca de causas y efectos entre el sistema jurídico y el resto de la realidad social»⁸⁷. Comprender la posibilidad y el alcance de una diferenciación entre, por ejemplo, normas jurídicas y normas morales significa tener una clave de acceso a aquella silueta de lo jurídico que representa el primer estadio de reflexión global sobre el derecho. Ahora se trata de ver de qué manera cabe hacer algo parecido en relación con la conexión entre ambas normatividades.

Creo que el tema que mejor simboliza tal tipo de reflexión filosófico-jurídica es el de la obediencia al derecho: «la conexión entre Derecho y moral se vincula directamente con el problema de la obediencia al Derecho»⁸⁸. La elección del asunto, además, no deriva sólo de su condición de tema príncipe de la filosofía jurídica y política —¿hay algo más significativo, en la evolución de esta disciplina, que la pregunta sobre por qué obedecemos al derecho?— sino que también representa la continuación más coherente de la reflexión anterior (sobre los caracteres distintivos de las normas jurídicas) que, conscientemente, he detenido al toparme con conceptos como el de “reconocimiento”, “legitimación” y “consenso”. Estas nociones, como es natural, involucran una preocupación por aspectos relativos a la misma razón social del derecho, pues el del fundamento de la obediencia es un problema tan antiguo como el mismo mundo civil y podríamos decir, con Berlin, que constituye el asunto básico de la filosofía política tradicional⁸⁹.

Obviamente, no voy a dar cuenta aquí de una cuestión que en cierto sentido representa la matriz de la filosofía del derecho y sobre la cual existe una bibliografía

parte del paradigma biológico-organicista del sistema social. La subjetivista haría depender las funciones de los elementos del sistema de los objetivos de los individuos que interactúan en él, como es el caso de la definición de “función” proporcionada por Ferrari: «la tarea o el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuibles con carácter primario a aquel elemento por el sujeto que actúa mediante ellos en el sistema» (Ferrari, V. *Las funciones del derecho*, cit., p. 53).

⁸⁶ König, R. “Il diritto e i sistemi normativi sociali”. En: Giasanti, A., Pocar, V. (eds.) *La teoria funzionale del diritto*. 2ª ed., Milán, Edizioni Unicopli, 1983, p. 27.

⁸⁷ García Amado, J. A. “La Filosofía del Derecho y sus temas”, cit., p. 146.

⁸⁸ Peces-Barba, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 157.

⁸⁹ Berlin I. “Does Political Theory Still Exist?”. En: Laslett, P., Runciman, W. G. (eds.). *Philosophy, Politics and Society*. Oxford, Blackwell, 1962.

inabarcable⁹⁰; sin embargo, quisiera dejar apuntada su presentación porque representa la más indicativa toma de contacto con una disciplina que encara el estudio del derecho desde una perspectiva no dogmática. Para ello, como ocurre a menudo, nada hay mejor que los clásicos: *Critón* y *Antígona* encarnan la mejor iniciación a la reflexión iusfilosófica, precisamente porque su lectura invita a razonar sobre las bases y los criterios de la obediencia a las leyes⁹¹. Esto es lo que las convierte en figuras arquetípicas. De ahí surge la pregunta, tan antigua como el derecho mismo, de si se puede *superar* la obligación de obedecer a las leyes del Estado en virtud de algún otro tipo de obligación. La inclusión de una meditación de esta índole en lo que he llamado “análisis funcional” del derecho se justifica porque para poder realizarla hay que romper la corteza de lo jurídico y plantearse de qué manera interactúa con otros órdenes normativos como el moral y el político. Y, además, cumple con la función de la filosofía del derecho que es, como indica L. Prieto, la de «contribuir a formar un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica, atento a los intereses y valores sociales implicados en el Derecho, en definitiva, conscientes del sentido último de la técnica que domina»⁹².

⁹⁰ Hasta el punto de que señalar tan sólo todos los trabajos publicados en España entre finales de los setenta –cuando sale el famoso artículo de González Vicén que desencadena un nutrido debate entre los iusfilósofos españoles (González Vicén, F. “La obediencia al Derecho”. En: *Estudios de Filosofía del Derecho, cit.*)– y comienzos de los noventa, es una tarea ardua. Véase, a título de muestra y sin mencionar réplicas y contrarréplicas, Atienza, M. “La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén”. En: Bulygin, E. *et al. El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. R. Carrió*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pp. 43-70; Díaz, E. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid, Editorial Debate, 1984, pp. 75-95; Muguerza, J. “La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (una intrusión en un debate)”. En: *Sistema*, No. 70, 1986, pp. 27-40; Fernández, E. *La obediencia al Derecho*. Madrid, Civitas, 1987; Malem Seña, J. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona, Ariel, 1988; Guisán, E. “Razones morales para obedecer al Derecho”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988; Cortina, A. “La calidad moral del principio ético de universalización”. En: *Sistema*, 77, 1987, pp. 111-120; Gascón, M. *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; Páramo, J. R. De. “Obediencia al Derecho: revisión de una polémica”. En: *Isegoría*, 2, 1990, pp. 153-161; Pérez Luño, A. E. “¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho”. En: *Sistema*, 102, 1991, pp. 83-97; García Amado, J. A. “A vueltas con la desobediencia. Notas sobre la tesis de González Vicén y sobre algunas críticas”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, pp. 349-373. Una síntesis de las teorías sobre las razones de la obediencia al derecho puede verse en Malem Seña, J. F. “La obediencia al derecho”. En: Garzón Valdés, E./Laporta, F. J. (eds.) *El derecho y la justicia*. 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 521-536.

⁹¹ De esta actitud soy íntegramente deudor a mi propia experiencia como estudiante de filosofía del derecho, pues la he heredado de D. Corradini, cuyas enseñanzas, acerca de este tema, me limito a “reproducir”; sin poder citarlas expresamente, pues hasta tal punto pertenecen a mi propia formación básica que no sabría como hacerlo.

⁹² Prieto, L. “Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 596.

En el *Critón*, Sócrates sabe que no ha cometido ningún delito y de hecho no se siente culpable. Si acepta la condena a muerte, pese a los reiterados intentos de su amigo Critón para que huya de la cárcel, es porque en Sócrates la obligación jurídico-política prevalece sobre la ética⁹³. Critón, un personaje que parece secundario y sin embargo no lo es, es portador de la relación ética: quiere a su maestro y en virtud de este amor corrompe a los guardias para entrar en la cárcel, es decir, *infringe* una ley de la polis. En Critón la relación ética prevalece sobre la relación jurídico-política. Y ¿qué hace Critón como portador de la relación ética? Usa, como argumentos para convencer a Sócrates, para que huya de la cárcel, la relación ética de éste con sus hijos, es decir, le recuerda los afectos familiares. Sócrates, como garantía de que su elección de acatar la condena es justa, invoca las leyes que, dice, lo han educado al amor de lo bueno. De hecho, la forma que usa Sócrates para convencer a Critón es: "... y si vinieran las leyes...", esto es, hace hablar las leyes. Al final, Sócrates le pregunta "¿Tienes algo que añadir?" Y Critón contesta "no tengo nada que añadir"⁹⁴: simboliza, en este caso, el silencio de la ética frente a la palabra de la ley.

En la tragedia de Sófocles, el rey Creonte había prohibido la sepultura de Polínice, hermano de Antígona, conforme a la ley que vetaba conceder honores funerarios a los traidores de la patria. Antígona se rebela ante la ley de Creonte en nombre de la relación ética que la une al hermano, un hermano muerto. Estamos ante un amor desinteresado, el más desinteresado, porque no puede ser correspondido. Antígona infringe la ley de Creonte porque la relación ética que la une a su hermano la lleva a considerar como mísera la relación jurídico-política. No es casualidad que en la versión griega Antígona nunca se dirige a Creonte llamándolo *Basileus*, que es el título político del soberano. Lo llama *Strategos*, que es título militar, es decir, Antígona no reconoce la legalidad ni la legitimidad del poder que tiene Creonte. En este sentido, podríamos decir que supera tanto la relación jurídica como la política. Una prueba de ello la tenemos en el diálogo entre Creonte y Antígona después de que ésta haya sido capturada por los guardianes: "aun sabiendo que tu conducta estaba prohibida ¿te atreviste a transgredir la ley?", pregunta Creonte;

⁹³ Como indica Ruiz Miguel, los argumentos de Sócrates «desarrollan los tres motivos fundamentales por los que siempre se ha defendido que el Derecho –hoy en día especialmente el Derecho democráticamente aprobado– ha de ser obedecido aun por quien discrepa moralmente de él: el interés general, los beneficios recibidos y el consentimiento» (Ruiz Miguel, A. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2002, p. 23).

⁹⁴ Bien es cierto que Sócrates no obedece a las leyes de la ciudad sólo por respeto al principio de legalidad y que detrás de su elección hay una serie de razones éticas que ya aparecen con claridad durante el proceso que termina con su condena, pero desde un punto de vista didáctico y explicativo simboliza perfectamente la mayor fuerza normativa de la obligación jurídica y política respecto a la obligación ética.

“yo no creía que tus prohibiciones fuesen superiores a las leyes no escritas” (es decir, las leyes conformes a la ética), contesta Antígona. Estamos otra vez ante un conflicto entre obligación jurídica y obligación ética que, en este caso, Antígona resuelve infringiendo la obligación jurídica.

La oposición entre las dos actitudes refleja, aunque de manera simplificada, una de las cuestiones, no sólo teóricas, con la que la filosofía del derecho siempre va a tener que lidiar, debido a la imposibilidad de separar tajantemente los dos planos. De hecho, como es obvio, la relación entre obligación ético-moral y obligación jurídico-política no siempre es de oposición; antes bien, suelen coincidir, pues el anclaje de las normas jurídicas con las morales es una de las características esenciales del derecho (y una de las razones por las que para distinguirlas, conviene fijarse en su autonomía operativa más que en su autonomía genética). De hecho, siguiendo con los ejemplos literarios, éste es el caso de Margarita, la amada de Fausto en la obra de Goethe. Fausto y Margarita tienen un bebé, fruto de sus encuentros furtivos. Tras vagabundear por la campiña Margarita ahoga el bebé en un pantano, es condenada a muerte y se siente aplastada por el peso de una culpa que la ética considera tal. Fausto, con la ayuda de Mefistófeles, consigue entrar en la cárcel e invita a Margarita a que huya de la prisión, es decir, la invita a *infringir* la ley. Para Fausto la huida de la cárcel es una cuestión de poder (“*du kannst*”, “tú puedes”, le dice), en el sentido de que Margarita puede huir porque la puerta está abierta. Para Margarita, en cambio, se trata de una cuestión de ética. El diálogo es significativo: cuando Fausto dice “puedes, tan sólo has de querer. La puerta está abierta”, Margarita no contesta “no puedo irme”, sino “no debo irme” (“*Ich darf nicht*”) y, después, “¿De qué sirve huir? (...) y además con remordimientos”⁹⁵. Esto indica que Margarita vive la pena jurídica como un medio para pagar éticamente su culpa. Vive la pena jurídica como una indemnización de la relación ética que ella ha traicionado matando a su propio hijo. Por tanto, no siempre la ética empuja a infringir la ley; es más, en ocasiones, como para Margarita, la ética es lo que la empuja a aceptar la ley y su rigor.

Ahora bien, es posible engarzar de manera coherente el tema de la obediencia con otro apartado imprescindible desde el punto de vista del análisis funcional. En efecto, una pregunta tan importante como la de “¿por qué obedecer?” es la de “¿a quién obedecer?”⁹⁶, pues las razones aducidas para justificar la obligación política

⁹⁵ Goethe, J. F. *Fausto*. Madrid, Unidad Editorial, 1999, pp. 196-197.

⁹⁶ Passerin d'Entrèves, A. “Obeying whom?”. En: *Political Studies*, 1, 1965, pp. 1-14, y en italiano en *Id.*, “A chi obbedire?”. En: *Obbedienza e resistenza in una società democratica*. Milán, Edizioni di Comunità, 1970, pp. 31-52.

de obedecer a las leyes suponen la existencia de una instancia terminal, encarnada por la autoridad, que reúne los requisitos previstos para exigir tal cumplimiento. Con esto me refiero al Estado nacional que, todavía hoy pese al empuje globalizador, es la autoridad soberana que ostenta esa capacidad⁹⁷. Y el de las «autoridades supremas o soberanas», como advierte Hernández Marín, «es un tema complejo, que rebasa los límites de la filosofía del Derecho, y en el que pueden estar implicadas cuestiones de filosofía política, sociología, historia, etc.»⁹⁸. Esta interdisciplinariedad deriva de la relación dialéctica de implicación recíproca y determinación mutua que existe entre los conceptos de “Estado” y de “derecho”. Esta dependencia plantea la cuestión –no exclusiva del jurista en el campo de las ciencias sociales– de la calificación del poder y las formas de su ejercicio. Se trata esencialmente de una cuestión de legitimación: ¿en virtud de qué el Estado, la autoridad soberana, esgrime la pretensión de validez de sus creaciones normativas? ¿Del poder de hecho de que indudablemente dispone –recordemos la definición kelseniana según la cual el Estado es una organización política porque es un orden que regula, monopolizándolo, el uso de la fuerza; y es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo que es el derecho⁹⁹ – o de alguna forma de justificación que le otorga un *plus* de legitimación? ¿El ordenamiento jurídico existe sólo si tiene como fundamento un poder supremo, o el Estado, en cuanto centro de poder, no es sino el conjunto de las normas obedecidas?¹⁰⁰ La ambivalencia e insolubilidad del nexo entre derecho y Estado (poder) queda reflejada, en definitiva, en la siguiente alternativa: ¿*Auctoritas facit legem* o *lex facit regem*? ¿O ambas cosas, en el sentido de que en el vértice del sistema normativo *lex et potestas convertuntur*?

⁹⁷ Como señala López Calera, «el Estado se caracteriza por ser la fuente de producción de derecho más importante en un sistema político y jurídico avanzado. Y es la más importante por muchos motivos. En primer lugar, porque la mayoría de las leyes y las leyes más importantes (por su rango normativo y por el objeto de su regulación) proceden de los aparatos del Estado. Pero, en segundo lugar, también, porque la costumbre y los principios generales del derecho, que en nuestro ordenamiento jurídico son fuentes del derecho y no nacen del Estado, dependen en su valor normativo de las leyes en sentido estricto, esto es, de las leyes producidas por el Estado: “la costumbre sólo regirá en defecto de ley” (art. 1.3 del Código Civil); “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley” (art. 1.4 del Código Civil)» (López Calera, N. *Filosofía del derecho (II)*. Granada, Comares, 1998, p. 75).

⁹⁸ Hernández Marín, R. “Autoridad – Competencia”. En: Garzón Valdés, E., Laporta, F. J. (eds.) *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 2000, p. 117. Para mí, obviamente, el tema no rebasa los límites de la filosofía del derecho; al contrario, es uno de sus temas claves. Pero lo que dice Hernández Marín es perfectamente consecuente con su visión de la disciplina, apuntada en las páginas iniciales.

⁹⁹ Kelsen, H. *Teoría general del derecho y del Estado*. México, U.N.A.M., 1995.

¹⁰⁰ Sobre este tema es útil la lectura de Bobbio, N. “Dal potere al diritto e viceversa”. En: *Rivista di Filosofia*, LXXII, No. 21, 1981, pp. 343-358 (trad. cast. en *Id, Contribución a la teoría del derecho, cit.*, pp. 355-367).

Aun a sabiendas de que, en nuestra experiencia histórico-institucional, esta dialéctica está compendiada en la organización política del Estado democrático de derecho, la explicación del fenómeno estatal en su dimensión histórico-filosófica constituye un peldaño imprescindible de la materia iusfilosófica. «El objeto Estado» —escribe Cotarelo— «es, desde luego, una realidad controvertida y multívoca que admite numerosos y distintos enfoques para su estudio»¹⁰¹, precisamente porque, añadiría yo, hay que moverse en distintos planos (el jurídico, el político, el sociológico y el filosófico) cuyo análisis combinado favorece el acercamiento a los fundamentos históricos del saber jurídico. Para ello, una buena herramienta de trabajo es la de plantear la reflexión sobre la estructura del Estado atendiendo a sus distintos modelos justificativos. La propuesta, por ejemplo, de Passerin d'Entrèves resulta particularmente fructífera a la hora de comprender las diversas vías argumentativas que sustentan la articulación estatal, sobre todo por las preguntas que sugiere. Confeccionando su interpretación a partir de la distinción weberiana entre *Macht* (fuerza) y *Herrschaft* (poder), Passerin d'Entrèves entabla una tripartición temática basada en el análisis del fenómeno estatal en términos de “fuerza”, de “poder” y de “autoridad”: «la división ordinariamente adoptada por los tratadistas, que distinguen la concepción sociológico-política, la jurídica y la filosófica del Estado»¹⁰². Bajo el primer aspecto, el autor ilustra la posibilidad de concebir —tal como ocurre en la perspectiva del realismo político— el Estado como un sistema de mandos que existe por el simple hecho de que puede imponerlos materialmente. Desde el segundo punto de vista, el del “poder”, el Estado se caracterizaría no sólo en cuanto detentador de una fuerza efectiva, sino porque tal fuerza estaría investida de una calificación formal que la vuelve fuerza ejercida conforme a ciertos criterios. Un poder practicado según procedimientos formales que le otorgan carácter jurídico: se trata de aclarar «si la noción misma de Estado está íntimamente ligada a la de Derecho, no sólo en el sentido de que el poder del Estado es un poder jurídico, sino también en el de que sólo partiendo del Derecho puede llegarse a una construcción conceptual del Estado que sea coherente»¹⁰³. Desde el tercer punto de vista, el de la “autoridad”, se plantea la exigencia de hallar razones que puedan otorgar a las pretensiones normativas del Estado un carácter de legitimidad, más allá de sus cualidades fácticas (derivadas de la fuerza) y jurídicas (derivadas del poder): «la

¹⁰¹ Cotarelo, R. “Teoría del Estado”. En: Díaz, E., Ruiz Miguel, A. (eds.) *Filosofía política II. Teoría del Estado*. Madrid, Trotta, 1996, pp. 15-23.

¹⁰² Passerin d'Entrèves, A. *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*. Ed. a cargo de R. Punset. Barcelona, Ariel, 2001, p. 27.

¹⁰³ Passerin d'Entrèves, A. *La noción de Estado*, cit., p. 96. En opinión de Hannah Arendt, Passerin d'Entrèves es el único autor conocido por ella que es «consciente de la importancia de distinguir entre la violencia y el poder» (Arendt, H. *Sulla violenza*. Milán, Mondadori, 1971, p. 48).

legalización de la fuerza constituye un gran progreso, pero no puede considerarse como la última palabra sobre la justificación de la fuerza misma: más allá de la construcción jurídica del poder empieza el esfuerzo de la especulación filosófica, que intenta dar razón de la obligación política mostrando cómo la fuerza, legalizada en el poder, se legitima a su vez en la autoridad»¹⁰⁴.

Por otra parte, no es menos necesario llamar la atención sobre una serie de fenómenos que, en las últimas décadas, han provocado, y están provocando, cambios profundos más allá de la realidad político-jurídica estatal a la que hasta ahora se ha reservado un papel destacado. Las transformaciones de la estructura y las funciones del derecho internacional inducidas por los procesos de globalización obligan a ampliar la perspectiva iusfilosófica para adecuarla a un marco, también teórico, que se encuentra en fase de cambio bajo muchos aspectos. Las repercusiones que estos fenómenos han tenido sobre los equilibrios de las relaciones internacionales estimulan nuevas reflexiones que representan un reto insoslayable para la filosofía del derecho del siglo XXI. En las últimas décadas, tan sólo Rawls ha extendido su teoría a la esfera internacional, y lo ha hecho de manera bastante escueta, en el sentido de que *El derecho de gentes* no es, ni se propone ser, un libro de filosofía del derecho internacional. Hart, por ejemplo, en *El concepto de derecho*, incluye un capítulo sobre el derecho internacional, pero sólo afronta la cuestión analítica de si lo que se llama derecho internacional es realmente derecho, sin desarrollar, ni siquiera mencionar, el tópico de una teoría moral del derecho internacional. Y tampoco Dworkin o Raz extienden sus teorías al ámbito internacional¹⁰⁵.

La ¿aparente? crisis de soberanía de los Estados nacionales y de sus aparatos normativos, provocada por el paso de un derecho internacional de impronta westfaliana al “derecho transnacional” de la nueva estructuración social planetaria, estimula la reconsideración de los valores recogidos bajo el rótulo de “Estado de derecho” y “democracia representativa”, al fin de comprobar –desde una perspectiva filosófica respecto a la del derecho internacional público– la vigencia presente y futura de tales paradigmas jurídico-políticos. La experiencia contemporánea pone cada vez más de manifiesto la importancia de incorporar en la formación de los juristas una, al menos mínima, visión sobre las relaciones entre el derecho y el cambiante equilibrio político-institucional planetario. A este propósito, como muestra del sector, pueden citarse las conexiones entre el derecho, la guerra y el orden global.

¹⁰⁴ Passerin d'Entrèves, A. *La noción de Estado*, cit., p. 27.

¹⁰⁵ Buchanan, A., Golove, D. “Philosophy of International Law”. En: Coleman, J., Shapiro, S. (eds.) *Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002, p. 868.

Además, cuestiones tan candentes como la de la relación entre la guerra y la tutela internacional de los derechos humanos, o la de las posibles vías jurídicas y políticas para una búsqueda de la paz, tampoco serían nuevas en el panorama iusfilosófico. Kant, Kelsen o Bobbio, por citar tan sólo algunos clásicos, se han interesado por estos temas pero las obras que han dedicado al argumento no suelen ocupar lugares privilegiados en los estudios filosófico-jurídicos¹⁰⁶, pese a que por ejemplo, como recuerda Losano, el ámbito en el que Kelsen ha publicado más es precisamente el internacional¹⁰⁷. La difícil coexistencia entre el derecho y la guerra en la época actual ya fue puesta de relieve por Bobbio a mediados de los años sesenta: «la guerra moderna se coloca fuera de todo posible criterio de legitimación y legalización, más allá de cualquier principio de legitimidad o de legalidad. Es incontrolada e incontrolable por el derecho, como un terremoto o una tormenta. Después de haber sido considerada bien como un medio para realizar el derecho (teoría de la guerra justa) bien como objeto de reglamentación jurídica (en la evolución del *ius belli*) la guerra vuelve a ser, como en la representación hobbesiana del estado de naturaleza, la antítesis del derecho»¹⁰⁸. Estamos, por tanto, ante una situación que parece desafiar radicalmente la capacidad reguladora de las instancias jurídicas nacionales y supranacionales, llegando a un punto de ruptura respecto a la evolución histórico-filosófica del derecho internacional, desde el *ius gentium* hasta las instituciones modernas, pasando por las doctrinas medievales del *bellum iustum* y el *ius publicum europaeum*¹⁰⁹.

Hoy en día la doctrina de la guerra o intervención “humanitaria” plantea la posibilidad de superar el principio westfaliano del respeto de la integridad territorial y la independencia de los Estados nacionales; la intervención bélica humanitaria «es una figura nueva porque ha venido a romper una regla del comportamiento internacional entre los Estados asentada en la visión tradicional del principio de la soberanía estatal, instaurado en 1648, y desarrollado un siglo después en el princi-

¹⁰⁶ Kant, I. *La paz perpetua*. 2ª ed, 3ª reimp., Madrid, Tecnos, 2003; Kelsen, H. *La paz por medio del derecho*. Madrid, Trotta, 2003; *Id.*, *The Law of United Nations*. Nueva York, 1950, Frederick A. Praeger; *Id.*, *Principle of International Law*. Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, Inc, 1952; Bobbio, N. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bolonia, Il Mulino, 1979; *Id.*, *Il terzo assente*. Turín, Edizioni Sonda, 1989; *Id.*, *Una guerra giusta?* Venecia, Marsilio, 1991.

¹⁰⁷ Losano, M. G. “Pace, guerra e diritto internazionale: una controversia fra Kelsen e Campagnolo”. En: *Materiali per una storia della cultura giuridica*. No. 1, 2001, p. 115.

¹⁰⁸ Bobbio, N. *Il problema della guerra e le vie della pace*, *cit.*, p. 60.

¹⁰⁹ Para una reintroducción de la doctrina de la “guerra justa” en el panorama actual *vid.* Walzer, M. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. (Reimp.), Barcelona, Piados, 2005; *Id.*, *Reflexiones sobre la guerra*. Barcelona, Piados, 2004.

pio de no intervención o no injerencia en los asuntos internos de otros Estados»¹¹⁰. Así pues, en la situación hodierna, y a la luz de los más recientes acontecimientos bélicos, se tornan especialmente acuciantes cuestiones como la de si la garantía de la paz y la protección de los derechos humanos imponen a la comunidad internacional intervenir militarmente, sin tener en cuenta las fronteras y la soberanía de los Estados; o la duda muy razonable acerca de si la búsqueda de la paz y la tutela de los derechos humanos es compatible con la guerra y la utilización de instrumentos de destrucción masiva.

Se trata de temas que aquí sólo pueden quedar apuntados en su dimensión problemática y que precisan de un tratamiento amplio y riguroso. Pero es importante destacar cómo estos asuntos afectan de lleno a los conceptos y las categorías cristalizadas tanto en la teoría como en la filosofía del derecho: piénsese, si no, en la noción de soberanía en las coordenadas sociales contemporáneas (y la cadena eslabonada de cuestiones conexas: la individualización de los sistemas jurídicos, los criterios de producción y validez de las normas jurídicas, el papel de ciertos órganos jurisdiccionales internacionales, etc.), o en la oportunidad de reconceptualizar el nexo entre derecho, moral y política a la luz de los diversos modelos de estructuración del orden mundial (desde el proyecto de desregulación neo-liberal que atribuye la soberanía a las fuerzas del mercado, hasta el paradigma cosmopolita de la unificación y jerarquización política del planeta o el modelo neo-realista y policéntrico de la teoría de los “regímenes internacionales” o del “choque de civilizaciones”). En este marco, la necesidad de la que Bobbio definía “teoría impura” del derecho –y que aquí se ha asumido como análisis funcional del derecho– se hace aún más patente, si cabe, pues, como señala Zolo, «en la arena internacional la relación entre derecho y poder es tan estrecha y tan ambigua que una filosofía del derecho internacional se vería reducida a una simple especulación normativa si no colocase en el centro de su teoría las muchas variables que tornan problemática la relación entre el derecho *in books* y el derecho *in action*; es decir, si no estudiase como objeto específico de la “ciencia jurídica” la red de transacciones políticas, económicas y sociales mediante las cuales los principios y las reglas del derecho se convierten en disciplina efectiva de casos concretos»¹¹¹. Personalmente, considero que un enfoque realista, como el que trasluce de las palabras de Zolo, tiene cabida en el ámbito de la filosofía del derecho internacional mucho más que en

¹¹⁰ Ruiz Miguel, A. “Las intervenciones bélicas humanitarias”. En: *Claves de razón práctica*. No. 68, 1996, p. 16. Sobre la relación entre guerra “humanitaria” y legalidad internacional, especialmente en relación con el caso de Kosovo, *vid.* como muestra Palmisano, G. “La guerra «humanitaria». I caso de Kosovo”. En: Bimbi, L. (ed.) *Not in my name. Guerra e diritto*. Roma, Editori Riuniti, 2003, pp. 158-182.

¹¹¹ Zolo, D. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Madrid, Dykinson, 2005, p. 125.

el perímetro interno de los ordenamientos jurídicos estatales, precisamente por la ausencia, en el primer caso, de un centro de aglutinación normativa al que imputar el ejercicio de la soberanía y al que adjudicar, en última instancia, la reproducción del sistema jurídico. En cualquier caso, es indudable que las dificultades suscitadas por la aparente crisis de la lógica normativa tradicional de las instituciones nacionales e internacionales reclaman una atención especial por parte, entre otros, de los juristas; y los filósofos del derecho en especial, a estas alturas, no pueden eximirse escudándose so pretexto de que sus acostumbrados utensilios analíticos y hermenéuticos no se pueden emplear en contextos ajenos a los de las investigaciones lógico-formales de la ciencia jurídica. Al fin y al cabo, la disposición y la capacidad de encarar problemas nuevos no son sino un signo de inteligencia práctica, algo necesario si se quiere desarrollar, como es nuestro deber profesional, una actividad filosófica y no meramente técnica.



No diga nada
Acrílico sobre tela
Sergio Bedoya
2006

EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

-
- * Este artículo hace parte de la investigación “El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Cortes Constitucional y Suprema de Justicia”. Inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. En este proyecto actuó, como investigador principal, Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Estudiantes en formación, Adriana María Ruiz Gutiérrez y Lesney Catherine González Prada y como auxiliares, Nidia Cristina Montoya Restrepo, María Eugenia Naranjo y Dary Luz Restrepo.

Fecha de recepción: Enero 30 de 2007

Fecha de aprobación: Marzo 7 de 2007

EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

*Luis Bernardo Ruiz Jaramillo**

RESUMEN

El derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona por lo que de manera alguna puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales. Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria. Incluso, en su conexión con el derecho al acceso a la justicia, puede tratarse de una prestación económica para hacer seriamente efectivo este derecho, operando en todo tipo de proceso judicial o extrajudicial.

Palabras clave: Derecho a la prueba, derecho fundamental y derecho subjetivo, límites a los derechos fundamentales, aseguramiento, obtención y valoración de la prueba, regla de exclusión probatoria.

THE RIGHT TO THE EVIDENCE AS FUNDAMENTAL RIGHT

ABSTRACT

The right to the evidence is fundamental not only because it is inherent in the nature of the human person, but because it come across the constitutional text among those rights that have such as quality and are reinforced by means of diverse constitutional mechanisms of protection. The essential content of the right to the evidence consists in the person's possibility of using all means available to convince the judge on the truth of the persecuted material interest. In addition, it cannot expands until devastating the other fundamental rights because it is either a person's instrument and also a subjective right that can be demand to the judge which object is an action or an omission during the probatory activity. Even in its connection with the right to the access to justice, it can be an economic benefit in pursuit of its operating effectiveness in all type of judicial or extra judicial process.

Key words: right to the evidence, fundamental right and subjective right, fundamental rights limits, right to the evidence development, securing, obtaining and valuation of the evidence, exclusion rule of the evidence.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en las áreas de Derecho probatorio y Teoría General de la prueba. Candidato a magister en Filosofía Política en la misma Universidad. Miembro del grupo de Investigación "Derecho y Sociedad" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad.

EL DERECHO A LA PRUEBA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

INTRODUCCIÓN

Expresamente la Constitución Política (en adelante CP) de 1991 prevé el derecho del “sindicado” “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, lo cual de por sí genera inquietudes tales como el carácter de fundamental o no de este derecho, su naturaleza como derecho subjetivo y sus elementos estructurales como tal, y su ámbito de aplicación dentro del orden jurídico. La respuesta que se le dé a estas inquietudes, sin duda alguna, tiene trascendencia sobre la interpretación que de este derecho se haga tanto en el ámbito constitucional como en el legal. En el constitucional, en especial, con su relación con garantías como la del debido proceso y el acceso a la justicia. En el legal, por la incidencia que tiene en la configuración que de este derecho hacen los diversos códigos procesales.

La importancia de abordar estas inquietudes está directamente relacionada con la idea de contribuir en algo a la gruesa tarea de construir una teoría jurídico-constitucional en torno al problema del aseguramiento de la prueba. Tema éste conectado, entre otras cosas, con otra de las novedades de la CP de 1991 consistente en la nulidad de “pleno derecho” de “la prueba obtenida con violación al debido proceso”.

En aras de abordar la temática en cuestión, el presente artículo se divide en cuatro acápites: en el primero, se estudiará en qué sentido el derecho a la prueba es un derecho fundamental; en el segundo, se estudiarán algunas de las características más importantes de este derecho; en el tercero, se aborda el derecho a la prueba desde una perspectiva subjetiva; y en el cuarto, se estudiará el ámbito de aplicación de este derecho.

1. CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

Se puede entender el derecho fundamental a la prueba como la posición jurídica fundamental que posee, en razón de la CP y la ley, aquel que tiene el carácter de

parte¹ o de alguna forma de interviniente² o que pretende serlo en un futuro proceso, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa.³ Como se verá luego, esta definición se hace desde el punto de vista subjetivo del concepto; en el sentido propio de lo que se entiende por derecho.

A continuación, se analizarán las características del derecho fundamental a la prueba que se desprenden del concepto aludido.

2. ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

2.1 Concepto de prueba judicial

El tema al cual se hace referencia con el derecho a la prueba es de la prueba judicial. Por ello, es imprescindible expresar el concepto del cual se parte para efectos de delimitar de mejor manera el objeto de este derecho. La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos.

En este concepto se reúnen las tres acepciones como puede ser entendida la prueba judicial: como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos.⁴ La prueba como instrumento hay que entenderla como fuente o como medio; el uno y el otro son el mismo pero en momentos diferentes; la fuente es el momento principalmente sensible y el medio es esencialmente

¹ Para los efectos del presente texto, el término partes designa al demandante y al demandado en un proceso civil y, grosso modo, al acusador y a la defensa en el proceso penal.

² El término interviniente puede designar tanto a los intervinientes en sentido estricto, a lo que hacen referencia el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, como también al caso especial de la Víctima o al Ministerio público en el proceso penal.

³ Al respecto, PICÓ I JUNOY —Derecho a la prueba [...] p.18-19— define este derecho como el “[...] que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.

⁴ Cfr., DEVIS ECHANDÍA, Teoría general ... *Op. Cit.* T.I. p. 28

la formalización legal. No empece, el uno y el otro tienen un momento sensible y uno formalizado. Por ejemplo, la persona que percibe el suceso de la vida real, en el momento de la percepción se le denomina fuente; luego, cuando declara al proceso con la intermediación del juez se le llama medio de prueba. Los dos momentos son inescindibles pero en la valoración de la prueba adquiere importancia su distinción pues existe diferencia entre los argumentos que se extraen entre el momento sensible del testigo y el momento de su comportamiento procesal ante el juez.

Finalmente, la prueba como convicción del juez es la misma verdad fáctica que el juez como autoridad jurisdiccional del Estado declara en el proceso; esta convicción del juez es la que las partes o los intervinientes en el proceso propenden porque el juez reconozca en su decisión en aras a que se les reconozca el derecho o el interés perseguido.

2.2 El derecho a la prueba se entiende en un sentido subjetivo y objetivo

Los derechos fundamentales tienen dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva. Desde la objetiva los derechos fundamentales muestran “[...] su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado”. En este sentido los derechos fundamentales asumen, en el conjunto normativo, el carácter de principios, como punto referencial del ordenamiento. La vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de los individuos de ejercitar y exigir la protección de los derechos; a la vez, que son el elemento esencial del conjunto normativo, asumen el carácter de posiciones jurídicas exigibles por los individuos. La función que tiene la fase objetiva es la de servir de parámetro de validez, tanto formal como material de todas las instituciones del Ordenamiento Jurídico, mediante el juicio de exequibilidad de las leyes y de los actos legislativos secundarios que se ejercen por la Corte Constitucional, y desde luego, como criterio de interpretación de todas las normas jurídicas.

Es preciso señalar, que esta doble perspectiva de los derechos siempre ha existido, aunada a la fundamentalidad que de por sí implica un cambio de paradigma en la práctica del derecho, a tal punto que ha variado la forma de entender la división y colaboración entre los poderes del Estado, ubicando a la Jurisdicción constitucional como la autoridad de control de mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista formal —la que ha sido la forma tradicional—, como del material —que es la forma novedosa de ejercerlo— de todos los actos del Es-⁵ tado, teniendo como baremo los derechos fundamentales.

⁵ Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992 —MP: Ciro Angarita Barón—, es en la que, sin duda alguna, abre el camino a la concepción de derechos fundamentales que hoy se tiene en Co-

El derecho fundamental a la prueba se entiende como un derecho subjetivo en el que el ordenamiento jurídico crea una posición jurídica de un sujeto de exigir la prueba frente a otro —el juez— quien actúa como obligado. Esta exigencia, de conformidad con el inc. 4 del Art. 29 de la CP, consiste en la presentación de pruebas y en la contradicción de las que se alleguen en su contra en aras de propender por el interés material que se demanda o que se defiende.⁶

Sobre este doble carácter del derecho a la prueba puede verse cómo el artículo 29, inciso cuarto de la CP permite fijar la validez formal y material de las normas jurídicas procesales del orden legal y, hacer ejercitable el derecho por los individuos destinatarios del mismo. Desde una fase objetiva de este derecho, la Corte Constitucional asume la competencia para enjuiciar la exequibilidad de la norma jurídico-procesal controlando que se cumplan los requisitos del órgano legitimado para crearla, los procedimientos o ritos de su formación —validez formal— y, el control de su contenido —validez material—; de tal suerte que el juez constitucional

lombia, haciendo referencia, en uno de sus apartados —Cons. II,13— a las dos dimensiones de los derechos fundamentales, de la siguiente forma: “En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia al ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación”. Explica, además, en otro de sus apartes —Cons. I,A,1-6—, que el concepto de Estado Social de Derecho de la CP de 1991 comprende dos nuevas reformas del Estado contemporáneo, la una denominada el Estado de bienestar que hizo énfasis en garantizar unos estándares mínimos de salario, alimentación, salud, educación y habitación. Y la otra, el Estado constitucional democrático que es la respuesta jurídico-política a la actividad intervencionista del Estado; esta respuesta se hace a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política. De esta forma, existe una conexión entre la parte dogmática de la Constitución en la que establece los valores, principios y derechos fundantes y parte orgánica en la que se instituyen la estructura y funciones de los poderes, mecanismos de control y elecciones, procedimientos de reforma, etc., de tal suerte que “[...] No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”. Esto ha generado, en la interpretación del derecho, un cambio radical consistente en la “[...] pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”.

⁶ Al respecto, DEVIS ECHANDÍA —Op. Cit. p. 36— dice: “Su naturaleza de derecho subjetivo es clara, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado; en cambio, cuando en el proceso inquisitivo, civil o penal, el juez tiene el deber de practicar oficiosamente la prueba, su deber emana de la ley directamente y no existe entonces un derecho subjetivo de las partes a esas pruebas; pero existirá siempre el derecho a que se practiquen las que ellas soliciten”. En este mismo sentido, PICÓ I JUNOY —Derecho a la prueba [...] Op. Cit. p. 20— dice que el carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio demanda la voluntad de una de las partes, quedando a su arbitrio la posibilidad de proponer el medio probatorio que pretende para que sea admitido, practicado y valorado judicialmente; este derecho puede radicar en un sujeto, en una persona u órgano.

se encuentra por encima de las mayorías o del consenso en cuanto a la creación de las normas.

Además, mediante la acción de tutela y otros mecanismos constitucionales, la persona puede exigirle al juez constitucional el control de todos los procedimientos y contenidos de las decisiones emanadas por las autoridades públicas e incluso de particulares que puedan afectar sus derechos fundamentales. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha resuelto tutelas en los siguientes casos: el médico que revela el secreto profesional e informa a la empresa que su paciente, el trabajador, tiene Sida, razón por la cual éste es despedido; el fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia que obtiene la prueba para incriminar a un ciudadano sin darle la oportunidad de conocerla ni de contradecirla; la conformación de listas negras de “revoltosos del orden público” por parte de los organismos de seguridad afectando los derechos de reunión o de asociación. En estos casos la tutela ha buscado poner el derecho por encima de las autoridades políticas, o de los poderes jurisdiccionales o administrativos que asumen el carácter de autoridad “suprema”, de “máximo tribunal” o “máxima autoridad” como si fueran una especie de jerarquía social o nobleza propia de la época premoderna. En este sentido la tutela es un remedio, aunque incipiente, contra los “poderes salvajes” institucionales, paralelos o a los micropoderes o macropoderes privados.⁷

2.3 El derecho a la prueba como un derecho fundamental

La fundamentalidad del derecho a la prueba⁸ está en que es un derecho típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa, justiciable mediante la acción de tutela. Se encuentra entre los derechos que deberían ser regulados me-

⁷ En este sentido, FERRAJOLI —El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 122 y ss.— menciona el papel de los derechos fundamentales en el control de los micropoderes sociales en distintos ámbitos como el hogar, la escuela, la cárcel, partidos políticos o la burocracia en las entidades públicas etc.

⁸ Sobre el derecho a probar como fundamental la Corte Constitucional —Cfr. Sentencia T-393 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell— ha dicho lo siguiente: “El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba”.

Sobre la fundamentalidad del derecho a la prueba, ver, GONZÁLEZ PRADA, Lesney Catherine. Raíces constitucionales del derecho fundamental a la prueba. Trabajo de grado realizado dentro del marco del proyecto de investigación el “Derecho Constitucional a la prueba” —investigadores Álvaro García Montoya y Luis Bernardo Ruiz Jaramillo—, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2004, p. 16.

dante ley y de los que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción. Tiene un contenido esencial consistente en la facultad de las personas de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio.

Precisamente, la acepción de prueba como convicción se erige en el contenido esencial del derecho a probar. Este contenido esencial aglutina los demás componentes del derecho a probar: a asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo, incluye el proponer al juez argumentos de prueba y a contradecir los que este aduzca como fundamento de su convicción.

El contenido esencial de este derecho pone el acento en uno de sus aspectos más característicos y es la conexión entre la actividad procesal y el derecho material. Conexión que no es otra, que la verdad sobre los presupuestos fácticos del derecho material. La prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos. Las instituciones procesales y sus garantías son los condicionamientos de legitimidad constitucional de la determinación que hace el juez sobre la verdad jurídica y fáctica. Las diversas garantías procesales y probatorias son instrumentos de validez constitucional de la decisión del juez sobre la verdad jurídica y la verdad fáctica.

Debe tenerse presente que la adjudicación del derecho sustantivo en el Estado de Derecho se supedita a la coherente interpretación de las normas que regulan tal derecho —*Quaestio iuris*— y de la convicción sobre los hechos que son el presupuesto del mismo —*Quaestio facti*—. El derecho a la prueba tiene como contenido principal la facultad de la parte o del interviniente de exigir un determinado contenido de la verdad sobre los hechos favorables al interés material que persigue. En estas condiciones el papel del debido proceso es configurar y limitar el contenido de esa verdad a los condicionamientos de validez constitucional o legal. Y la función del derecho al acceso a la justicia es exigir una respuesta del juez sobre el derecho material en discusión, condicionando el contenido al debido proceso. La prueba entendida en su acepción de instrumento debe seguir el debido proceso en su configuración legal como derecho. El debido proceso, en general, sirve de presupuesto de validez en la obtención de la verdad de los hechos.

⁹ Sobre el debido proceso la Corte Constitucional —Sentencia T-140 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa— ha dicho: “la finalidad del debido proceso está constituida por la forma de asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas”. “Con respecto a la causa final del debido proceso, hallamos que no es otra que garantizar el equilibrio armónico de las partes entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estará dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad. Y esto se entiende como la

Aunque no es necesario que un derecho fundamental tenga un contenido totalmente independiente de otros derechos, se quiere demostrar que no todos los contenidos del derecho a la prueba se incluyen en algún otro derecho. De conformidad con el esquema constitucional colombiano el debido proceso es límite al ejercicio del derecho a probar; el derecho de acceso a la justicia sitúa los condicionamientos institucionales y económicos para que el ciudadano ejerza el derecho a la prueba y obtenga una respuesta efectiva al derecho material en cuestión. El derecho a la prueba, en esencia, busca convencer al juez sobre un determinado sentido de la verdad de los hechos para satisfacer el interés material perseguido.¹⁰ El papel del debido proceso y del acceso a la administración de justicia es el de delimitar y restringir el derecho a la prueba.

No obstante, el derecho de la parte a convencer al juez sobre el interés perseguido puede darse aun en contravención con el debido proceso. Piénsese, por ejemplo, en las excepciones que ha creado la Corte Constitucional a la exclusión de la prueba ilícita y de sus efectos reflejos.¹¹ Por lo tanto, no todos los contenidos del derecho a la prueba hacen parte del debido proceso. El derecho a la prueba se puede hacer valer, en algunos casos, aun contra el debido proceso. En última instancia lo que señala esto es que el debido proceso es un derecho de carácter relacional y que no tiene un contenido único sino que depende del ámbito jurídico en el que se enmarque un problema jurídico especial. Con respecto al derecho a la prueba sirve de configurador del mismo —condiciones legales y constitucionales de validez—, pero al mismo tiempo, y en aparente contradicción, le establece restricciones —regla de exclusión—; y en ciertos eventos, la prueba tiene eficacia así viole el debido proceso —excepciones a la regla de exclusión y a sus efectos reflejos—.

expresión más clara de un sistema que desea que los fallos de sus jueces se aproximen con la mayor certeza posible a la verdad de los hechos, porque el sistema de la legalidad de la prueba, y de la debida notificación de las partes, no busca otra cosa que conservar la garantía mínima a los ciudadanos, de que tendrán siempre la posibilidad de ser escuchados, esto es, que el juez parte de un principio de incertidumbre que sólo puede ser llevado a través de la convicción positiva de los hechos, fruto de un debate”.

¹⁰ Al efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-171 de 2006 —MP: Clara Inés Vargas Hernández, Cons. 4.2.6— considera que “[...] el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial”.

Frente a esta posición de la Corte Constitucional hay que estar de acuerdo en que muchos de los componentes del derecho a probar están insertos en las garantías del debido proceso y del acceso a la justicia; empero, el contenido de la verdad fáctica del derecho a probar tiene como particularidad que es el perseguido por la parte de acuerdo al interés que persigue. Diferente es el contenido de la verdad que se obtiene bajo las exigencias del debido proceso y de la tutela judicial efectiva; se trata de una verdad restringida.

¹¹ Ver sentencia SU-159 de 2002.

No sólo hace parte del derecho a la prueba el que en caso de condena esta se base en pruebas que respeten el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, sino también el que la convicción del juez sobre los hechos sea conforme al interés material perseguido por la parte o el interviniente. A lo que no se tiene derecho es a la nulidad o ineficacia de la prueba, pues estas son reglas probatorias que hacen parte del debido proceso cuyos efectos van en contravía del derecho a probar.

Con respecto al derecho a la prueba como inherente al ser humano es necesario precisar que la virtud de la verdad jurídica y fáctica que se extraiga de los procesos judiciales depende en gran medida la calidad de la adjudicación del juez sobre los bienes materiales de las personas que previamente han distribuido los derechos subjetivos de carácter sustantivo. Los derechos sustantivos distribuyen en abstracto facultades, obligaciones, sanciones, compensaciones, indemnizaciones, servicios asistenciales, etc.; pero la justicia de la adjudicación de estos bienes o sanciones dependerá de la interpretación que el juez haga del derecho, y de la conformación de su convicción sobre los hechos. Existe una estrecha relación entre el respeto a la ley —Constitución Política y legislación— y la virtud de la verdad jurídica y fáctica. De todo esto se extrae que la dignidad humana está en íntima conexión con el establecimiento de la verdad jurídica y la verdad fáctica en los procesos judiciales. La calidad de la condición existencial de las personas depende en gran medida de la virtud de la verdad jurídica y la fáctica.

La verdad jurídica es un asunto de interpretación del orden jurídico y la verdad fáctica de la racionalidad de los juicios a partir de la experiencia. El mundo jurídico y el de los hechos vienen indisolublemente unidos desde el lenguaje utilizado en la construcción de la norma jurídica. La proposición “quien matare a otro”, es un problema de interpretación jurídica pero tiene correspondencia con la experiencia del mundo material. La virtud de la verdad de la una y de la otra se relaciona íntimamente con la justicia del castigo. La dignidad humana en gran medida depende de la virtud de la convicción que sobre los hechos se ha formado el juez.

El derecho a la prueba es fundamental en la medida que es inherente al ser humano. La condición humana está íntimamente ligada al uso que de la prueba se haga y de la justicia de la decisión sobre la existencia de los hechos por parte del juez. La inherencia al ser humano del derecho a la prueba también puede verse con el fenómeno consistente en que el objeto de la prueba se encuentra en todos los ámbitos de la vida de la persona: en el cuerpo, en la psiquis, en la conciencia y en las expresiones de la vida social; de tal suerte que el ejercicio del derecho a la prueba tanto en su obtención como en su valoración incide en el ámbito de la persona en todas las esferas de su existencia.

El carácter de fundamental del derecho a la prueba también significa que tiene un alto grado de importancia. El grado de importancia de un derecho encierra un juicio de valor en el plano deontológico, como relación fundamental. Puede decirse que los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados y con garantía reforzada; la fundamentalidad de los derechos, grosso modo, deviene por lo siguiente:¹² se encuentran en la CP¹³ o en los tratados internacionales¹⁴ de derechos humanos, poseyendo tal carácter de fundamental, en principio, los individuales y, los que se encuentran reforzados, formalmente, mediante mecanismos como la eficacia directa —aplicabilidad inmediata—, justicialidad con la acción de tutela,¹⁵ reserva de ley como garantía contra las mayorías parlamentarias y la prohibición de suspensión mediante la normatividad de estados de excepción o emergencia.

La consagración constitucional se orienta a dotar a los derechos de alto grado de importancia y protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes, de lo contrario, no serían realmente derechos fundamentales sino meros derechos legales. A propósito, ALEXY¹⁶ define los derechos fundamentales como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”.

¹² Al respecto, CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?*. Bogotá: Temis, 1999. p. 89 y ss.

¹³ Colombia no es el único país que ha constitucionalizado este derecho con el carácter de reforzado, por ejemplo, el Art. 24-2 de la Constitución española contempla el derecho de probar con este carácter.

¹⁴ También, de una u otra forma los principales tratados internacionales de derechos humanos han consagrado este derecho a probar, por ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ratificado por la ley 74 de 1968—, consagra en su artículo 14-3-d, el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito, de interrogar o hacer interrogar en el proceso, tanto a los testigos de cargo como a los de descargo y ello en las mismas condiciones. La Convención Interamericana —ratificada por la ley 16 de 1972—, establece en su artículo 8-2-f, el derecho del inculpado a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. También lo consagra el art. 6-3 del convenio Europeo de Derechos Humanos, al contemplar el derecho del acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

¹⁵ La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela en materia probatoria procede en los siguientes eventos: 1) Ante la negativa y práctica de la prueba: sentencia T-324 de 1996, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, FJ 12; y sentencia T-694 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. 2) En omisión de valoración de la prueba en la sentencia: Sentencia T-237 de 1995 —MP Alejandro Martínez Caballero, Cons.II,B,14—; Sentencia T-329 de 1996, MP: José Gregorio Hernández. 3) En caso de decisión judicial sin sustento probatorio: Sentencia T-556 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-1342 de 2001, MP: Álvaro Tafur Galvis. En los eventos de omisión de apertura de la fase de práctica de pruebas en el proceso: Sentencia T-140 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa. También en los casos en que en la obtención de la prueba se afectan derechos fundamentales sustantivos, ver las siguientes sentencias: T-097 de 1994, T-159 de 2002, T-690 de 2004, T-702 de 2001, T-301 de 2004.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3ª Ed. Frankfurt, A.M., 1996. p.406. Citado por: ARANGO, Op. Cit. p. 31.

Un derecho fundamental es aquella situación subjetiva ventajosa que por tener una sustentación deontológica sólida —derivar de un valor ético-jurídico fundante del orden constitucional—, está dotada del máximo nivel de garantías jurídicas reforzadas, como el supremo poder de reclamación que alguien puede hacer a la comunidad en la que vive. Son derechos originalmente morales llamados a proyectarse sobre la juridicidad por su hondo anclaje en la ética discursiva compartida por los integrantes de las sociedades occidentales.¹⁷

Otra de las características que se le asigna a los derechos fundamentales es la existencia de un contenido esencial que “[...] no depende de las mayorías parlamentarias sino que se impone a ellas y que resiste con dureza a las restricciones o limitaciones que legítimamente y en aras de la protección de otros bienes colectivos deba sufrir el derecho; zona central que cuando se toca, inmediatamente ese derecho se torna nugatorio o se desnaturaliza o se transforma en otra cosa (en otro derecho o en un deber)”.¹⁸

El derecho fundamental a la prueba tiene un contenido esencial que debe ser respetado por el legislador y las autoridades públicas. No empece, si se observa atentamente el inc. final del Art. 29 de la CP, este contenido esencial se restringe cuando se aplica la regla de la nulidad de pleno derecho de la prueba por violación al debido proceso. Hay que advertir que esta restricción obedece a la delimitación que desde la misma CP se puede extraer de los valores constitucionales, como la libertad y la igualdad de las personas. Valores que le imprimen a la prueba el carácter de instrumento de la persona en pos de sus intereses; de ahí que la prueba no puede constituirse en un fin en sí mismo que ponga a la persona como su instrumento.

Finalmente, hay que precisar que el derecho a la prueba tiene categoría de fundamental en el evento en que cumpla con la inherencia al ser humano y su condición existencial. Cuando el titular del ejercicio del derecho a la prueba coincide con la persona misma titular de un bien o de un interés jurídico se puede hablar sin duda alguna de que existe una posición iusfundamental a la prueba. Cuando se trata de casos en los

¹⁷ Al respecto, la Corte Constitucional —Sentencia T-418/92, MP: Simón Rodríguez Rodríguez. Cons. V.2— considera que los derechos son fundamentales “[...] por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre [...] Estos constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible [...] Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal”. Esta misma Corte, en otra oportunidad —Sentencia T-419/92, MP: Simón Rodríguez Rodríguez. Cons. III,3,A—, consideró: “Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida”.

¹⁸ CHINCHILLA HERRERA. *Op. Cit.*, p. 89 y ss.

cuales el titular del derecho a la prueba nombra un representante judicial escogido y controlado por aquel, se puede decir que se tiene un derecho fundamental de similar calidad. Pero cuando el bien o el interés jurídico es perseguido por un órgano o alguna autoridad sin consentimiento alguno del titular del mismo esa posición iusfundamental se diluye. Por ejemplo, en el caso penal, la víctima es el titular del bien o del interés jurídico sustantivo en cuestión, por lo que debe tener una mejor posición iusfundamental frente la prueba que la que tiene el funcionario de la Fiscalía General de la Nación (FGN) que sin el querer ni la confianza de aquella ejerce la acción penal. El mismo fenómeno ocurre con la Defensoría Pública. Se trata de abogados que son impuestos al imputado o acusado y que no son de su confianza.

El derecho a la prueba y el acceso a la justicia en materia penal para la víctima y el procesado se ven mejor protegidos en su contenido esencial si el asesor jurídico o el representante judicial de sus intereses, bien que esté vinculado a la FGN o a la Defensoría Pública se ejercieran con la escogencia y el control de aquellos. Este sistema podría mejorar sensiblemente el control sobre la calidad del derecho a la prueba y en general permite más eficiencia en el servicio público de la acusación o de la defensa. Entre más próximo sea el sujeto procesal al interés o al derecho sustancial, más eficaz será el derecho a la prueba y al acceso a la justicia. Entre más lejano se encuentre el sujeto procesal de tal interés o derecho, menos controles, más injusticia, más capricho, más deficiencia. En nuestro medio el abogado del pobre, la FGN, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría Pública se encuentran muy alejados del bien jurídico o del derecho fundamental del ciudadano. Estos órganos lo que hacen es defender directamente los intereses del Estado y sólo indirectamente lo hacen con los de los ciudadanos. Debe tenerse presente que los intereses del Estado son muy importantes, pero no tienen el carácter de derechos fundamentales.

En Colombia se ha instaurado un sistema político de Estado Social de Derecho fundado en los derechos fundamentales, pero en el aparato de justicia la inmensa mayoría de los ciudadanos no tienen representación en serio de sus derechos. Sólo existen una serie de instituciones burocráticas que bajo el expediente de obedecer intereses estatales o colectivos antes que tutelar realmente a las personas de carne y hueso sólo funcionan en protección de intereses privados de presión que se agazapan en sedes paraestatales ubicadas ordinariamente en partidos políticos o en grupos económicos o en sindicatos. El “paraestatalismo” en nuestro país no sólo es un fenómeno militar sino que también lo es para la justicia, la seguridad social y otros ámbitos.¹⁹

¹⁹ Al respecto, FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p.71 y ss, se refiere al fenómeno en Italia de la distribución de prestaciones sociales a cargo del Estado a favor de los ciudadanos en sedes ocultas paralelas al Estado que favorecen a algunos intereses privados y no a la población general.

2.4 El carácter negativo y a la vez positivo del derecho fundamental a la prueba

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se clasifican en derechos de defensa y derechos de prestación, según la función que cumplen en la relación Estado-ciudadano. Los primeros, refieren a la acción negativa del Estado que limita su campo de acción asegurando la libertad del ciudadano, es decir, actúan como un contenedor del poder del Estado. Los segundos, requieren de la acción positiva del Estado, la cual asegura la intervención del ciudadano en prestaciones normativas o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas. El derecho a la prueba y en general los derechos procesales hacen parte de los derechos civiles del ciudadano con su carácter negativo o defensa.

Esta clasificación entendida en forma rigurosa es propia de una concepción decimonónica del Estado mínimo. Desde el punto de vista del Estado Social de Derecho es una clasificación sesgada, ya que los derechos negativos implican, para su efectiva realización, acciones positivas del Estado, como es la de establecer leyes, infraestructura económica o de seguridad policial evitando que los derechos se tornen nugatorios; pues de qué sirve el derecho a la vida si el Estado no presta el servicio de seguridad ciudadana.²⁰

El derecho a la prueba es un derecho negativo que implica la obligación correlativa del Estado frente al titular de ese derecho consistente en un no hacer; abstenerse de vulnerar el derecho de la parte al aseguramiento, la proposición, admisión y valoración racional de la prueba. Simultáneamente, implica una obligación positiva por parte del Estado de contribuir a la efectividad de este derecho y de los valores que representa, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o un valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos

²⁰ Al respecto, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2004. p. 19 y ss., dicen: “Así, aún aquellos derechos que implican una limitación de acción del Estado conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no intervengan en esas libertades y al restablecimiento de la libertad o a la reparación del perjuicio en caso de la interferencia realizada. Así, la contra-cara de estos derechos civiles y políticos está en la acción del Estado para el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa, justicia, etc. (Ej. Defensa de la propiedad). En este orden de ideas, la estructura de los derechos [civiles y políticos] puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas del Estado”. Así, las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y culturales son de grado, más que sustanciales. Los últimos, son obligaciones de hacer “[...] pero es fácil descubrir en su estructura la existencia concomitante de una obligación de no-hacer. Ej. El derecho a la salud implica la obligación de no dañar la salud, el derecho a la educación supone la obligación de no empeorarla, el derecho al medio ambiente implica la obligación de no afectarlo”.

para su defensa.²¹ Estos supuestos para hacer efectivo el derecho a probar son el establecimiento de una regulación normativa, el disponer de la existencia de una infraestructura económica y la asistencia legal que permitan el acceso a la justicia al ciudadano para efectos de hacer realidad la actividad probatoria.

Si la posición jurídica que implica el derecho al acceso a la administración de justicia —Cfr. Art. 228 de la CP— no incluyera estas acciones de prestación por parte del Estado se produciría un daño irremediable para las partes en su derecho a “presentar las pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” —Art. 29 de la CP—. Carecer del recurso económico para realizar un dictamen pericial equivale a no tener un derecho en serio a la prueba. Por esta vía argumentativa, la posición jurídica que le da la CP de probar a las partes presupone una obligación correlativamente implícita para la rama legislativa y ejecutiva del poder público de asegurar los recursos económicos para el acceso a la justicia al ciudadano que carece de capacidad económica.

Con el derecho fundamental al acceso a la justicia, no sólo el juez en el ámbito del proceso resulta obligado, sino las demás ramas del poder público; de lo contrario, no sería posible, en serio, el acceso a la justicia, a la defensa ni a la prueba. Al Estado no le basta estructurar un sistema de justicia para aparentar que cumple con la potestad de monopolizar su ejercicio, sino que deben tener la posibilidad de acceder, en condiciones de igualdad, todos los ciudadanos, ricos o pobres; ya que se le daría un trato discriminatorio al que no tiene capacidad económica, siendo tratado por el Estado más como un simple súbdito de la autoridad que como un verdadero ciudadano. Tal como se verá más adelante, el cumplimiento del derecho al acceso real efectivo a la justicia es presupuesto del derecho fundamental a la prueba.

2.5 El derecho a la prueba tiene el carácter de procesal

El carácter de procesal es obvio, se ejercita y desarrolla en el marco de un proceso. Incluso, si un ciudadano interpusiera una acción de tutela o una acción de cumplimiento²² con miras a hacer efectivo el derecho a la prueba a fin de obtener la prestación económica para la realización de un dictamen, por ejemplo, se estaría haciendo valer un derecho de carácter procesal. El dictamen se realizaría como parte del ejercicio del derecho al acceso a la justicia. Aun en el caso de los llama-

²¹ En el caso de los derechos fundamentales en general, ver PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990. p. 413.

²² Siempre y cuando se cumplan los requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento: rubro debidamente aprobado y en ejecución.

dos documentos que sirven de requisitos *Ad Substantiam actus* de ciertos negocios jurídicos, también para efectos del proceso judicial tienen el carácter de procesales, aunque en el ámbito extraprocesal cumplan el papel de requisito sustancial. Queda claro, que sobre estos documentos, en el ámbito del proceso, se tiene el derecho a su admisión y valoración racional.

2.6 Carácter instrumental del derecho a la prueba

A la prueba, intrínsecamente, se le puede atribuir un carácter epistemológico o intelectual por tratarse de una construcción lógica o racional,²³ manifestándose esta particularidad en preceptos que se sobreentienden como parte de la cultura científica, entre estos: la necesidad de prueba, la contradicción de la misma y la apreciación racional, aspectos que son componentes básicos del derecho a la prueba. El derecho a probar es un instrumento racional que permite a las personas propender porque el interés material sea reconocido dentro de un proceso. La prueba es una opción estratégica de parte, en función de intereses legítimos frente al juez que aplica justicia.

Este carácter instrumental se muestra reparando en que la utilidad de la prueba en los procesos judiciales es la de servir como requisito de validez para la asignación gradual, de acuerdo a la naturaleza del acto procesal o del estado del proceso penal, de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del procesado.²⁴ La prueba, especialmente en el sistema penal, es un condicionamiento para la dosificación de la violencia institucional a las personas. Así, la prueba a pesar de su carácter gnoseológico cumple un papel político importante en la práctica de la jurisdicción; en ésta, el reconocimiento o la supresión de los derechos y las libertades de las personas depende, entre otros elementos, de la prueba.

²³ Cfr. FERRAJOLI. Derecho y razón ... *Op. Cit.* p. 152-153.

²⁴ Al respecto, el derecho procesal penal establece diferentes tarifas o grados de convicción probatoria como requisito sustancial dentro del proceso según la fase o la naturaleza del acto procesal en la aplicación de las medidas restrictivas a los derechos fundamentales del procesado: para la medida de aseguramiento, el Art. 308 del Código de Procedimiento Penal de 2004, exige que de los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogida y asegurada; o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga; con respecto a la acusación se exige probabilidad de verdad de que la conducta existió y que el imputado es autor o participe —Art. 336 *Ibíd.*—; por su parte, para emitir sentencia condenatoria se exige “conocimiento más allá de toda duda” —Ver, Art. 381—; en relación con las medidas cautelares sobre los bienes del procesado se exige como requisito que se haga en o desde la imputación —Art. 97 *Ibíd.*—, la cual a su vez, por interpretación debe ser la misma de las medidas de aseguramiento; y en el caso concreto del allanamiento y otras medidas restrictivas en procura de la preconstitución de la fuente de prueba se exige como respaldo probatorio mínimo en la motivación de las mismas los medios de convicción de que trata el Art. 221 *Ibíd.* Finalmente, como requisito de legalidad de los preacuerdos y aplicación de principio de oportunidad se exige “un mínimo de prueba” de responsabilidad —Cfr. Art. 327 *Ibíd.*—.

Una consecuencia política importante del carácter instrumental de la prueba es que es un simple medio al servicio de las personas; por lo tanto, es inaceptable que la prueba sea un fin en que se puedan hasta sacrificar los derechos y las libertades de las personas para su obtención. A pesar que la fundamentalidad del derecho a probar implica que este derecho debe realizarse siempre en la mayor medida de lo posible; no obstante, este derecho —como ningún otro— no puede expandirse en su efectividad a tal extremo que en su realización se sacrifiquen los demás derechos fundamentales. El instrumento, en un Estado Constitucional de Derecho, de manera alguna puede llegar a afectar a la persona; pues esta última es la finalidad de un sistema como el declarado en la CP colombiana. Por lo tanto, la verdad que se obtenga en los procesos judiciales debe ser la mínima posible que permita la máxima eficacia de los demás derechos fundamentales.²⁵

3. PERSPECTIVA SUBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

3.1 Características del derecho subjetivo a la prueba

Todos los derechos fundamentales son subjetivos y comparten las siguientes tres características: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica; las cuales, referidas a los derechos fundamentales, adoptan una cualidad especial: como normas jurídicas valen sólo las normas de derechos fundamentales. Como obligaciones jurídicas sólo cuentan aquellas fundamentales y como posiciones jurídicas aquellas que sólo pueden ser obtenidas de las disposiciones de derechos fundamentales mediante una justificación jurídica fundamental correcta.²⁶

²⁵ Al respecto, Ferrajoli (Derecho y razón [...] Op. Cit. p. 542) señala que la verdad procesal posible es la mínima entendida en su carácter esencialmente cognoscitivo y limitada al respeto de los derechos fundamentales y a las formas y garantías procesales; en estas condiciones la verdad procesal se constituye en una fuente de legitimación específica de la jurisdicción en un Estado de Derecho. En contraste, el modelo de verdad máxima es el propio de los sistemas inquisitivos premodernos en los que la prueba no tenía límites en su obtención. En términos de ROXIN —Op. Cit. p. 191— “[...] la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”. “No es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”.

²⁶ ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis. 2005. p. 31-32. En este sentido, también CHINCHILLA. Qué son y cuáles son los Derechos [...] p. 16 y ss.

En lo que respecta a la primera característica mencionada es preciso establecer que todo derecho subjetivo reconoce al menos una norma jurídica válida; entendiendo por tal, un enunciado normativo de carácter legal o fundamental cuyo cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal mediante el cual se declara que una acción es ordenada, prohibida o permitida.²⁷

La segunda característica de los derechos subjetivos alude a la obligación jurídica que impele a otro a hacer o dejar de hacer algo.²⁸ En el caso de la regulación del derecho fundamental a la prueba —Art. 29 de la CP— se establece una obligación jurídica para el órgano jurisdiccional que es ante el cual se presentan y se controverten las pruebas. Las obligaciones jurídicas derivadas de los enunciados normativos pueden establecerse de manera directa o indirecta. La directa es la que se encuentra en forma expresa por la norma jurídica y la indirecta es la que se establece por interpretación del enunciado normativo y se justifica por medio de una norma. *Ad exemplum*, el Art. 29 *Ibidem* establece una posición jurídica expresa a favor del sindicado de “[...] presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra”. Empero, en este enunciado, expresamente, no se dice quién es el obligado ni tampoco se esclarecen todos los contenidos posibles de la obligación.

Como tercera característica se encuentra la posición jurídica. Esta es la que tiene un sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico y que debe entenderse, de un lado, la que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y, del otro, aquella cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto de derecho. En cuanto a lo primero, la posición jurídica del individuo se establece a partir de una argumentación racional que se funda en un enunciado normativo o en una red de enunciados normativos explícitos o implícitos establecidos a partir de la interpretación sistemática.²⁹ Y en cuanto a lo segundo, el criterio del daño facilita la determinación de la posición jurídica de un sujeto al evitar complicadas interpretaciones de las normas sobre la intención del legislador.³⁰

²⁷ *Ibid.* pp. 10-12

²⁸ *Ibid.* p. 13

²⁹ *Ibid.* p. 20

³⁰ Al respecto, ARANGO —*Ibid.* p. 123— explica que lo común a las teorías positivistas —KELSEN, BENTHAM y HART— sobre la posición jurídica es que ésta se justifica a partir de las razones de derecho derivadas de la interpretación semántica o genética de las normas jurídicas a partir de las cuales se derivan obligaciones jurídicas explícitas; por lo tanto, presupone conceptualmente una relación necesaria entre el derecho fundamental y la disposición normativa individual, de esta manera, la existencia de una disposición normativa expresa es condición necesaria que crea el derecho subjetivo.

De esta forma, se asume una teoría analítica de la posición jurídica mediante la cual se le reconocen tres elementos: la posición en sentido lógico (formal), en el sentido de su contenido (sustancial) y en sentido político. Desde un punto de vista lógico, una posición es la relación deóntica en virtud de la cual el individuo está habilitado para exigir algo de otro. Desde la perspectiva sustancial, una posición es la situación reconocida y protegida a un individuo dentro del ordenamiento jurídico. Y en sentido político, significa que un individuo es tomado en serio.³¹ Lo complementario de esta teoría analítica con respecto a la positivista es el último elemento, ya que si a partir del desconocimiento de un contenido se afecta un derecho reconocido por la CP, a partir de este daño se pueda dar por reconocido implícitamente aquel contenido.³²

La revisión de la posición jurídica del sujeto con respecto al ejercicio del derecho a la prueba nos lleva a revelar la existencia de privilegios, por ejemplo, en materia de prueba documental en protección de ciertos derechos o intereses materiales en desmedro de otros sujetos.³³

Con base en esta teoría analítica puede decirse que el no reconocimiento de un contenido normativo como el de exigir del juez la valoración racional de la prueba produce como daño hacer nugatorio o insulso el contenido constitucional expreso de la Constitución Política del derecho a presentar pruebas y contradecir las que se alleguen en su contra. De esta forma se puede sustentar que el derecho fundamental a la prueba tiene como contenido implícito el derecho al aseguramiento de la

³¹ Ibid. p. 19-20

³² Para el profesor ARANGO—Ibid. p. 20— “[...] los derechos subjetivos no son tan sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo. Los derechos subjetivos son todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una red de enunciados normativos por medio de razones válidas”.

³³ Existen documentos que ponen a los titulares de ciertos derechos subjetivos en una situación de privilegio con respecto a los ciudadanos que ostentan la calidad de titulares de otros bienes de igual valor o quizás superior. Por ejemplo, los documentos que a su vez son requisitos *Ad substantiam actus* como las escrituras públicas debidamente registradas son el modo en el que el legislador ha querido concederle un estatus especial a las personas que tienen título de propiedad sobre los inmuebles por encima de las personas que tienen la calidad de poseedores materiales sobre los mismos. Estas últimas personas tienen un interés material sobre la tierra o sobre la vivienda en una estrecha conexión con la condición existencial de la persona pero con una protección probatoria más precaria o débil. Lo mismo ocurre con los documentos títulos valores que sirven de título ejecutivo que crea el legislador para proteger los intereses materiales de los comerciantes o de las entidades financieras. El dueño del capital accede al proceso en una situación de privilegio con respecto al deudor. Desde este punto de vista, aunque la prueba en abstracto pudiera ser tendencialmente neutra, su configuración legal de manera alguna es neutra ya que tiene una honda repercusión en las condiciones existenciales de las personas. Desde esta perspectiva el ejercicio de litigio, los juicios de los jueces, las enseñanzas de los catedráticos en muchos casos lo que hacen es transmitir y reproducir las posiciones de privilegios que crea el legislador a favor de unos ciudadanos en desmedro de otros.

prueba, ya que si no se reconociera, se haría insulso el derecho a la contradicción de la misma.³⁴ La posición jurídica del derecho a probar también la tiene la parte de un proceso civil o de cualquier otra naturaleza, de lo contrario se le daría un trato discriminatorio sin justificación alguna a los sujetos procesales diferentes al sindicado en el proceso penal.³⁵

Cabe decir que se le da mayor prioridad a la interpretación sistemática y teleológica sobre la semántica y la originalista, debiendo el juez, a partir del respeto a las reglas de la argumentación jurídica, pronunciarse en un caso específico a favor del derecho fundamental interpretativamente construido. Esto conduce a afirmar, en términos de ARANGO,³⁶ la supremacía de los derechos subjetivos sobre el derecho objetivo porque aquellos pueden ser ganados mediante argumentación.

A manera de ejemplo, puede analizarse la posición jurídica de la víctima frente al proceso penal. La Corte Constitucional³⁷ realizando un análisis sistemático de la Constitución ha extendido el derecho a intervenir de la víctima en el proceso en igualdad de condiciones a la del procesado. Aunque la víctima en el Código de Procedimiento Penal de 2004 no es parte en los procesos penales sí tiene derecho a intervenir y, por lo tanto, puede ejercer el derecho a la prueba; es evidente que si la víctima tiene derecho a acceder al proceso en aras de obtener la reparación a raíz del delito de nada sirve este derecho si no cuenta con la posibilidad de solicitar pruebas que propendan por la conformación de la convicción del juez sobre la verdad de la responsabilidad criminal. La posición iusfundamental de la víctima frente al proceso puede extenderse por interpretación a otros contenidos no reconocidos expresamente en la ley.

³⁴ Para ARANGO —Ibíd. p. 124— una interpretación sistemática de los derechos fundamentales se hace a partir de la conexión de diversas disposiciones normativas, y mediante un procedimiento racional y controlable. Esto ocurre, por lo general, mediante una argumentación contrafáctica: la necesidad del reconocimiento de un derecho se demuestra atendiendo a los efectos que la negación del pretendido derecho tendría a la luz de determinadas condiciones fácticas. Si el no reconocimiento de un derecho fundamental innominado conlleva una consecuencia contraria a la Constitución, entonces se hace jurídicamente necesario su reconocimiento.

³⁵ Sobre las limitaciones en cuanto a la titularidad del derecho a la prueba se pronunció DEVIS ECHANDÍA —Op. Cit. p. 35— aseverando que no sólo se vulnerarían el derecho a la igualdad real y efectiva de las partes en el proceso, del contradictorio efectivo, de la audiencia bilateral, sino que además resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho.

³⁶ ARANGO, Op. Cit. P. 22. También, PICÓ IJUNOY —Derecho a la prueba [...]. Op. Cit. pp. 157-158— con toda razón dice que los derechos fundamentales desde esta perspectiva se configuran como auténticas normas jurídicas con vigencia y efectividad propias.

³⁷ En este sentido, ver la Sentencia C-228 de 2002 y la C-054 de 2006.

3.2 Estructura del derecho subjetivo a la prueba

La estructura del derecho fundamental a la prueba es la siguiente: existen unos titulares del derecho, unos obligados y, finalmente, tiene un objeto.³⁸ A continuación se estudiarán estos elementos estructurales del derecho fundamental a la prueba.

3.2.1 Titulares del derecho fundamental a la prueba

Son todos aquellos sujetos de derecho a los cuales el ordenamiento jurídico les ha conferido una posición jurídica determinada, esto es, tanto la persona física como la jurídica, los grupos e incluso órganos como la Fiscalía³⁹. Hay que advertir, que se incurre en una falacia naturalística al pensar que sólo los individuos de la especie humana son titulares del derecho a la prueba como derecho fundamental; si bien ellos son sujetos de ese derecho no lo son de manera exclusiva.⁴⁰ De ahí que el órgano jurisdiccional deba propender porque el proceso se desarrolle en plena contradicción de los litigantes, que posean idénticas posibilidades de afirmar, pedir, probar, alegar y recurrir. De lo contrario, resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusorio el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho.⁴¹

El sujeto activo de la relación jurídica procesal, son en general, las personas naturales, jurídicas y los grupos; incluso en el ámbito penal y otros órdenes jurídico-normativos, este derecho lo poseen órganos como el Ministerio Público, los defensores de familia o la misma FGN. El derecho a la prueba lo puede ejercer la parte procesal o el interviniente presente o futuro, bien se trate de persona natural, moral o un órgano. La parte procesal puede ser el demandante, el demandado en un proceso civil, la Fiscalía o el imputado en un proceso penal. En general, los intervinientes en las diversas modalidades de procesos. La FGN en los eventos de aseguramiento de prueba del ord. 2 del Art. 250 de la CP no actúa en ejercicio del derecho de probar sino mediante una facultad oficiosa sujeta a un control posterior por el Juez de Control de Garantías. No obstante, sobre los órganos que representan intereses de otras personas que son las legítimas titulares del interés material en cuestión, debe tenerse presente lo dicho antes sobre la inherencia de su derecho a probar.

³⁸ Al respecto, ARANGO —*Op. Cit.*, p. 59-113— hace referencia en concreto a los derechos sociales. No obstante, lo que se pretende en el presente trabajo es aplicar esta estructura, en lo posible, al derecho fundamental a la prueba.

³⁹ En términos similares, ver PICÓ I JUNOY, *Op. Cit.*, Derecho a la prueba [...]. pp. 33-35.

⁴⁰ Al respecto, ARANGO —*Op. Cit.*, p. 71-72— haciendo referencia a los derechos sociales.

⁴¹ ECHANDÍA, Devis. Teoría general de la prueba judicial. Citado por: JUNOY PICÓ, Derecho a la prueba [...]. *Op. Cit.*, p.35.

3.2.2 *El obligado con el derecho fundamental a la prueba*

En el ámbito intraprocesal el obligado con respecto al derecho a la prueba es el juez en la actividad probatoria. En el ámbito extraprocesal, el obligado es el juez en los casos del aseguramiento de prueba mediante el trámite de la prueba anticipada tanto en materia civil como penal. Lo es el Juez de Control de Garantías en los casos en que a petición de un órgano como la FGN se pronuncia sobre la admisión de actos de investigación que afecten derechos fundamentales de las personas.

En el ámbito extraprocesal para el ciudadano, entidades diferentes a la FGN o la PJ, el mecanismo para la obtención de documentos o de certificaciones mediante las cuales no se afecten derechos fundamentales de las personas es el derecho de petición. El derecho de petición es un derecho subjetivo que contiene la misma estructura básica aquí enunciada. En este caso, los obligados son, por ejemplo, las entidades públicas o privadas como es el caso de las bancarias o las que certifican los registros de diversa índole —Cámaras de Comercio, Oficinas de Tránsito o de Instrumentos Públicos, etc.—.

3.2.3 *El objeto del derecho fundamental a la prueba*

El objeto del derecho fundamental a la prueba es señalado por el contenido de una norma de derecho fundamental y de la obligación jurídica fundamental; el cual consiste en una acción fáctica positiva u omisión a cargo del obligado, cuyo cumplimiento es necesario para la realización del derecho, vale decir, para la posición jurídica del sujeto.⁴²

En el ejercicio del derecho fundamental a la prueba el juez tiene la obligación negativa de omitir cualquier acción lesiva a la posición jurídica de los sujetos procesales, sin que para ello tenga razones debidamente justificadas. Tiene la obligación positiva de admitir, practicar y valorar la prueba en forma racional; y la obligación de conceder el amparo de pobreza para el ejercicio del derecho a la prueba. Sólo puede denegar estas acciones cuando exista justificación constitucional o legal que así lo prevea.

⁴² Según el profesor ARANGO —Op. Cit. p. 108— el objeto de un derecho fundamental depende de cómo ha de realizarse un derecho fundamental; de esta forma, cuando el derecho fundamental tan sólo necesita de la no intromisión de otros para su realización entonces el objeto del derecho fundamental es una omisión; en este caso se trata de un derecho de defensa. En contraste, si para la realización del derecho fundamental se requiere de una acción, entonces el objeto del mismo se cumple a través de una conducta positiva a cargo de otro; en este caso se trata de un derecho de prestación.

Esta estructura del derecho subjetivo a probar tiene importancia en la protección, no sólo de este derecho sino de los demás derechos fundamentales sustantivos y procesales, tanto frente a las partes como a los terceros. Este derecho, genera una relación jurídica entre el juez y las partes en la que además de hacer valer derechos y obligaciones, permite un mutuo control entre las partes, entre éstas y el juez.

Aunque la actividad probatoria comienza con la iniciativa de la parte, debe tenerse presente que la admisión, la práctica y la valoración de la prueba no dependen del capricho de alguna de las partes, sino del juez que como tercero supraordenado decide sobre estas actividades. La parte interesada en la prueba tiene la posibilidad de ejercer un contrapeso a este tercero, bien exigiéndole una conducta positiva o de abstención, según las circunstancias; también la contraparte puede exigir otras pruebas o interponer recursos para hacer realidad sus derechos al igual que las obligaciones del juez.

Esta estructura provee una cautela contra el abuso que se pueda presentar en el ejercicio del derecho a la prueba cuando interfiere con otras posiciones iusfundamentales como la intimidación, la autonomía de la persona o la integridad física tanto de las partes como de terceros. En este caso, el juez no sólo está obligado a proteger estas últimas posiciones iusfundamentales de las personas, sino que además existen diversos mecanismos que pueden hacer realidad este control, como la nulidad de pleno derecho de la prueba de que trata el inc. final del Art. 29 de la CP.

Este es el gran problema de la prueba de oficio, que como se trata de una actividad potestativa del juez o del funcionario instructor se reduce la posibilidad de control por parte de un tercero ajeno al interesado en la prueba. Prestándose para el abuso, como de hecho se da en Colombia en la preconstitución de prueba mediante algunos actos de investigación que se realizan por mano propia por parte de la FGN.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA

Este derecho es extensible a todos los órdenes jurisdiccionales, merced al cual “toda persona puede defender y proteger sus intereses sin limitación alguna por razón del tipo de tribunal al cual se requiere su tutela”,⁴³ es aplicable en actividades extraprocesales de carácter judicial como el trámite de la prueba anticipada, en las diligencias penales que realizan los Jueces de Control de Garantías con respecto a las decisiones que afectan derechos fundamentales de las personas, como la liber-

⁴³ JUNOY PICÓ I, Joan. El derecho a la prueba [...] p. 32.

tad, la intimidación, a no ser molestado en su persona, etc; se extiende a todo tipo de procedimiento sancionatorio o disciplinario bien del ámbito judicial o extrajudicial como los que se presentan en diversas instituciones públicas o privadas, como en las empresas y establecimientos educativos.

La redacción que trae el inc. 4 del Art. 29 CP en la que pareciera, a primera vista, que el derecho a probar solamente lo tuviera el sindicado dentro del proceso penal, debe ser interpretada de conformidad con el principio de igualdad, según el cual, no es posible el trato discriminatorio injustificado por la ley procesal para las partes en los procesos civiles⁴⁴ o de cualquier otra naturaleza; al respecto, se ha pronunciado la Corte Constitucional prescribiendo que en esta materia no se excepcionan las garantías del debido proceso del Art. 29 de la CP para ningún tipo de procedimiento judicial, administrativo o sancionatorio⁴⁵. De este modo, la interpretación restrictiva del derecho a la prueba implicaría un trato discriminatorio injustificado que debe remediarse mediante una interpretación facilitándole la oportunidad a las partes de otros procesos a acceder a tal garantía y a las demás que hacen parte del debido proceso constitucional, para el sindicado en el proceso penal.

Finalmente, las locuciones derecho a presentar y a contradecir pruebas hacen referencia tanto a la parte activa como también a la pasiva del proceso; tanto para el sindicado como para la acusación, para el demandante como para el demandado. Pese a que tales locuciones no contienen vocablos que hagan referencia a las fases de la actividad probatoria de la admisión, práctica y valoración racional, por interpretación sistemática se hace evidente la posición iusfundamental de exigir la presentación y contradicción de la prueba, que ésta sea asegurada, admitida, practicada y valorada racionalmente para efectos de que aquellas no se hagan nugatorias o baladíes.

⁴⁴ Según el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966 —ratificado por Colombia mediante Ley 74 de 1968— “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tiene derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal [...] para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

⁴⁵ Al respecto, la Corte Constitucional interpretando el Art. 29 de la CP y sus diversas garantías como el debido proceso y el derecho de probar, ha dicho que este derecho no comprende solamente al sindicado sino a las partes, en general, en los procesos judiciales, e incluso al disciplinado en diversos procesos sancionatorios acogiendo los que realice el juez dentro del proceso; al respecto ver sentencias: T-351 del 30 de agosto de 1993 —Cons. II,5, MP: Antonio Barrera Carbonell—; Sentencia C-218 de 1996 —MP: Fabio Morón Díaz—; T-242 de 1999 —MP: María Victoria Sáchica Méndez, apartado II—; y la Sentencia T-538 de 1993, MP: Hernando Herrera Vergara. En contraste, la Corte Suprema de Justicia bajo la Constitución de 1886 —mediante Sentencia 6 de febrero de 1889, MP: Jaime Sanín Greiffenstein— consideraba que los poderes correccionales del juez constituían una excepción al debido proceso.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA: El derecho a la prueba es un derecho fundamental en consideración a la inherencia con la persona, debido a que en gran medida la condición existencial de aquellas depende de la virtud de la verdad que declaren los jueces en los procesos judiciales y porque la prueba se encuentra en todos los ámbitos de la vida de las personas, en su cuerpo, en su intimidad o en sus actividades sociales. Se trata de un derecho formalmente establecido en la CP como individual y con mecanismos de refuerzo como la aplicación directa y la tutela; y tiene un contenido esencial que es el de formar la convicción del juez sobre la verdad del interés material que persigue la persona.

SEGUNDA: Se trata de un derecho subjetivo que implica una posición iusfundamental de las personas frente al juez, para exigirle a éste el aseguramiento, la admisión, la práctica y la valoración de la prueba; además, tiene como requerimiento para el juez evitar todo tipo de obstáculo legal o de hecho para poderse realizar su ejercicio efectivo de este derecho.

TERCERA: El derecho a la prueba tiene un carácter instrumental que le sirve a la persona para la realización de su derecho o interés material, resultando ilegítimo en la obtención de la prueba, la afectación de los derechos fundamentales de las personas. La verdad sobre los hechos que se busca en los procesos judiciales es la mínima posible ya que se trata de una verdad que se obtiene dentro de los límites de los derechos fundamentales

CUARTA: Los contenidos del derecho fundamental a la prueba se pueden establecer a partir de una argumentación sistemática desde los principios constitucionales. Por lo tanto, la posición iusfundamental de las personas tiene otros contenidos no expresos en el inc. 4 de la CP pero que se pueden establecer implícitamente mediante una argumentación racional.

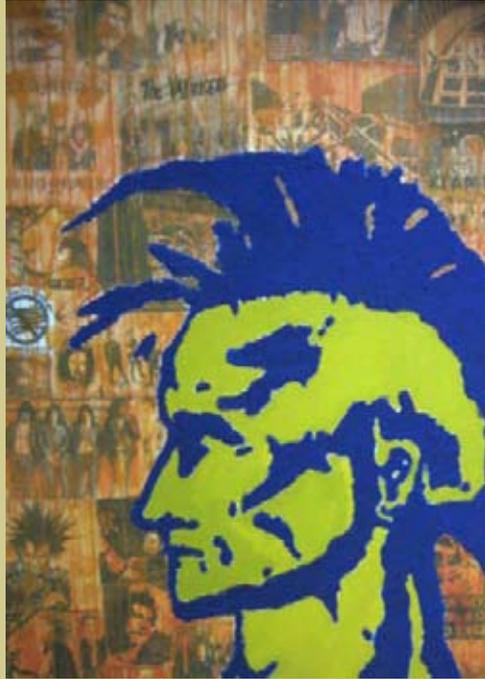
QUINTA: La fundamentalidad del derecho a probar implica que la posición jurídica de la parte, o del interviniente, presente o futura, debe tener la máxima eficacia posible en aras de llevarle al juez los medios de convicción que ayuden a establecer la verdad del interés material que pretende le sea declarado por éste en la sentencia. Por lo que sólo por excepción y por razones iusfundamentales puede limitarse este derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. T. I. ed. 5ª. Bogotá: ABC, 1995. p. 38-40.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?. Bogotá: Temis, 1999.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid: Trotta, 2004
- ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis. 2005. p. 31-32.
- FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995. 991 p. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros
- GONZÁLEZ PRADA, Lesney Catherine. Raíces constitucionales del derecho fundamental a la prueba. Trabajo de grado realizado dentro del marco del proyecto de investigación el “Derecho Constitucional a la prueba” —investigadores Álvaro García Montoya y Luis Bernardo Ruiz Jaramillo—, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, 2004
- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: Bosch, 1996. p. 14.
- PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia T-406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón
- Sentencia T-140 de 1993. MP: Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia T-324 de 1996. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia T-237 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T-393 de 1994
- Sentencia T-418/92. MP: Simón Rodríguez Rodríguez
- Sentencia T-351 del 30 de agosto de 1993. MP: Antonio Barrera Carbonell
- Sentencia C-218 de 1996. MP: Fabio Morón Díaz
- Sentencia T-242 de 1999. MP: Maria Victoria Sáchica Méndez
- Sentencia T-538 de 1993. MP: Hernando Herrera Vergara.



Sin título
Jonathan Carvajal
Mixta sobre Tela
2006

***ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN
COLOMBIANA SOBRE LAS
SOCIEDADES COMERCIALES
EXTRANJERAS FRENTE AL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO****

* El presente artículo es producto de las reflexiones intelectuales del autor sobre el tema.

Fecha de recepción: Marzo 21 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 17 de 2007

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EXTRANJERAS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

José Luis Marín Fuentes *

RESUMEN

Este artículo aborda el tratamiento de las sociedades comerciales extranjeras con asiento en Colombia, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Muestra cómo se presentan ambigüedades respecto a la valoración de las mismas, pues se les estudia desde un punto de vista meramente interno, sin tener en cuenta los elementos de derecho internacional que contienen. Por lo que deben tener una regulación diferente si lo que se pretende es someter su control y funcionamiento a las normas jurídicas colombianas.

Palabras clave: reenvío, *lex fori*, *lex loci*, *celebrationis*, sociedad extranjera, *lex rei sitae*, ciudadanía, extraterritorialidad, superintendencia de sociedades, ley local.

ANALYSIS OF THE COLOMBIAN LEGAL SYSTEM ABOUT THE FOREIGN COMMERCIAL SOCIETIES WITH REFERENCE TO PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

This article approaches the foreign commercial societies with seat in Colombia, from the private international law perspective. It shows ambiguities when a valuation is made because they are studied only from the internal point of view, it means, without considering the international law elements that they content. Therefore they should have a different regulation if the purpose is to put under its control and its functioning to the Colombian legal system.

Key words: sending, *lex fori*, *lex loci*, *celebrationis*, foreign society, citizenship, extraterritoriality, supervision of societies, local law.

* Abogado de la Universidad de Antioquia. Especialista y magister en Derecho internacional privado. Profesor en las áreas de Contratos Internacionales y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EXTRANJERAS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El presente ensayo es un estudio sobre algunos de los aspectos de la regulación que sobre las sociedades extranjeras existe en la legislación colombiana en especial lo establecido en el Título VIII del Código de Comercio, cuyos enunciados serán analizados bajo la óptica del Derecho Internacional Privado general, área del derecho que se presenta como apta para comprender una figura jurídica que ha sido muy poco desarrollada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina en nuestro país. Lo anterior tiene como propósito que se conozca de una forma más amplia a las sociedades extranjeras, vistas éstas como un fenómeno de gran actualidad y que es uno de los puntos básicos de la neoglobalización económica.

Es normal que cuando se ha de abordar un determinado tema de estudio, sea preciso que se indague sobre los orígenes y los elementos característicos del mismo; siendo lo anterior esencial para comprender mejor el significado y la estructura de lo que se propone exponer. Por ello, es conveniente presentar algunos antecedentes legislativos que se han tenido de la regulación de la inversión extranjera en Colombia, a través de las sociedades comerciales.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS¹

Decreto 444 de 1967

Este acto legal estableció un régimen de control de cambios y de la inversión extranjera, como medio para lograr un desarrollo económico y social más equitativo; para alcanzar este fin, se acudiría a los estímulos a la inversión extranjera, representada en inversión de capitales. Mediante este acto se le dieron facultades al Departamento Nacional de Planeación para que reglamentase y diera su aprobación a las inversiones extranjeras en el país, al mismo tiempo se le encomendarían labores de vigilancia

¹ LEAL PÉREZ, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Tomo II, Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, 1996, páginas 23 y ss.

y control a la Superintendencia de Sociedades, a la Oficina de Control de Cambios del Banco de la República y a la Superintendencia de Control de Cambios.

Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)

Fue mediante este Decreto como se expidió el Código de Comercio que en la actualidad reglamenta en su Título VIII a las sociedades extranjeras, es decir, que las regula desde el artículo 469 al 471.

Decreto 1299 de 1971

También se le denominó a este Decreto el Régimen Común de Tratamiento de Capitales Extranjeros. Como elemento particular de este acto, encontramos que el mismo fue expedido por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante la Decisión No. 24. El Acuerdo de Cartagena fue el que estructuró lo que hoy se conoce como Comunidad Andina de Naciones.

En el mismo se definen la inversión extranjera como tal, al igual que los demás elementos que configuran la misma, como lo son los Estados Inversionistas y los Estados Receptores del capital extranjero entre otros.

Decreto 170 de 1977

Mediante este acto, el Gobierno reformó parcialmente el Decreto 1299 de 1971 y le adicionó algunas disposiciones relativas a la inversión extranjera en el país de personas jurídicas o naturales. Luego se modificaría la Decisión No. 24 mediante la expedición de las Decisiones 291 y 292 del Acuerdo de Cartagena.

Ley 9ª de 1991

Este acto legislativo promulgado por el gobierno entró a reglamentar nuevamente las inversiones extranjeras, mediante la adopción de una política cambiaria nueva, que estableció competencias al CONPES y derogó mediante la expedición de la misma, el Decreto 444 de 1967 y normas subsiguientes, que hasta ese momento regulaban las inversiones extranjeras.

Ley 33 de 1992

Por medio de esta Ley se aprobaron el Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, que habían sido firmados en

Montevideo, Uruguay el 12 de febrero de 1989 y en cuyo Título II se establecía una regulación sobre las sociedades comerciales extranjeras.

Resolución 51 de 1991 del CONPES

Como órgano competente designado por el Gobierno para conocer de la regulación del régimen de inversiones de capitales, El CONPES, con base en la nueva regulación constitucional, en especial lo establecido en el artículo 100 en la Constitución Nacional, expidió dicha resolución, por medio de la cual se dictaron nuevas normas complementarias sobre el régimen de las inversiones extranjeras en el país. Esta resolución sería más tarde modificada por el Decreto 1295 de 1996, igualmente relacionado con normas regulatorias de las inversiones extranjeras en Colombia.

Ley 222 de 1995

Esta ley entró a reformar el libro segundo del Código de Comercio que incluye el régimen de las sociedades comerciales; al igual que expidió un nuevo régimen de procesos concursales que se vio plasmado en el artículo 495 y siguientes del mismo Código y que están relacionados con la sociedad extranjera.

2. REGULACIÓN VIGENTE

El artículo 469 del Código de Comercio establece que “*son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior*”.

La definición que nos brinda el Código de Comercio sobre la sociedad extranjera se presenta confusa, por cuanto está tratando de definir una figura jurídica a la luz de un derecho extranjero, el cual será de difícil interpretación, ya que, por antonomasia, dicho derecho estará ligado al lugar donde haya sido conformada la sociedad.

En Derecho Internacional Privado, cuando se trata de definir algún concepto jurídico, se acude a una figura que se denomina calificación, la cual puede ser entendida como aquella operación intelectual realizada por una autoridad judicial consistente en un análisis de un determinado hecho o acto jurídico para de allí deducir dentro de cuál categoría jurídica se enmarca. El proceso de calificación se satisface igualmente haciendo uso de la figura del reenvío o una remisión a una determinada legislación extranjera.

En lo que nos concierne y de acuerdo con el Derecho Internacional Privado colombiano, el tribunal que pretenda realizar el análisis a la misma (sociedad comercial extranjera) lo deberá hacer de acuerdo con los postulados, que de la misma ofrezca el legislador del domicilio de la sociedad extranjera, ya que es de acuerdo con la ley local –*lex fori*– de aquel legislador como se debe analizar dicha institución y no de acuerdo con la legislación colombiana, como se pretende en este artículo.

El proceso de calificación se satisface en este caso haciendo uso de la figura del reenvío o una remisión a dicha legislación extranjera.

Una vez haya sido definida la sociedad extranjera como tal, se deberá entrar a analizar la noción de domicilio principal, de acuerdo con la concepción que del mismo tenga el legislador del lugar donde la sociedad se encuentra.

Para lo anterior se debe recurrir a un ejercicio que nos ponga en una situación inversa, es decir, ¿qué sucedería si fuese un tribunal extranjero el que nos requiriera para que le definiésemos qué entiende el legislador o la ley colombiana por sociedad comercial y por domicilio principal?

En primer lugar y de acuerdo con nuestra legislación civil y comercial, se puede afirmar que una sociedad comercial es aquel acto jurídico que se compone de dos etapas:

1ª. La primera sería la realización de un contrato de tipo comercial, tal como se halla definido en el artículo 98 del Código de Comercio, el cual estipula: *“Por contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”*.

2ª. La segunda etapa sería la protocolización de aquel contrato de sociedad, el cual, una vez realizada aquella, se convertiría en un ente diferente de las personas que lo crearon, llámense personas físicas o jurídicas, a esta institución se le denominaría persona moral, la cual poseerá de ahora en adelante una personalidad diferente de aquella de sus creadores².

En segundo lugar, y para efectos de la definición que estamos buscando diríamos que el domicilio es aquella sede jurídica de la persona y de acuerdo con los artículos 77 y 86 del Código Civil, éste sería una parte de un lugar de la Unión o de un territorio (indeterminado); que, tratándose de establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, sería el lugar donde está situada su admi-

² Inciso 2o.

nistración o dirección, salvo que lo dispusieren sus estatutos (puede estar situado fuera del país) o leyes especiales.

Como podemos observar y con base en lo anterior, y sólo con referencia al contrato de sociedad, se puede deducir que el mismo está sometido a la legislación colombiana³, ya que en nuestra legislación comercial no se estipula expresamente la posibilidad que tienen las partes de someter dicho contrato a una jurisdicción diferente⁴, como lo hacen claramente otras normatividades, como lo es la Convención de Roma⁵, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 19 de junio de 1980⁵.

En ese mismo sentido, vemos que la Ley 33 de 1992, aprobatoria del Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1989, firmado en Montevideo, Uruguay, tampoco hace referencia a la materia, es decir, que está relacionado con la posibilidad, que tienen las partes en el contrato de sociedad, de escoger la ley aplicable al mismo⁶. Por ello, se puede deducir que si bien las partes son autónomas al momento de contratar la selección de un determinado tribunal o foro para dirimir las futuras diferencias emanadas del contrato de sociedad, estará determinado en este caso por la ley colombiana y no por su libre voluntad.

Al contrario y en cuanto a la selección del lugar donde se establecerá el domicilio de la sociedad, el legislador colombiano ha sido en este caso más benévolo al autorizar la ubicación de aquel dentro del territorio nacional, e igualmente ha facultado a las partes para escogerlo fuera del mismo⁷.

³ Artículo 98 del Código de Comercio. El inciso 5 del artículo 23 del C.P.C. estipula: “*De los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. Para efectos judiciales la estipulación del domicilio se tendrá por no escrita*”.

⁴ El artículo 6 de la Ley 518 de 1999 establece esa posibilidad, pero sólo en materia de contratos internacionales de compraventa de mercancías.

⁵ Artículo 3º. “Libertad de elección. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato..”.

⁶ Título II de las Sociedades, artículo 4º “El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial.”

⁷ Artículo 86 del Código Civil “... es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos...”, y el artículo 110 inciso 3º del Código de Comercio: “*La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: 3º) El domicilio de la sociedad....*”.

En cuanto a la definición de sociedad extranjera, vemos que en el derecho internacional de las sociedades comerciales coexisten varias teorías que definen la sociedad comercial extranjera:

En primer lugar, encontramos la denominada Teoría de la Sede Real o Estatutaria según la cual, la sociedad comercial como tal se definirá de acuerdo con lo que estipule el legislador del lugar donde la misma ha sido creada, criterio este que será igualmente determinante para ubicar el domicilio de la sociedad.

En segundo lugar, tenemos la teoría de la incorporación o *incorporation* como se le denomina y que ha sido desarrollada por la jurisprudencia Anglo-americana. Para esta teoría, el criterio que se debe tener en cuenta para determinar la nacionalidad de las sociedades, o cuando menos, la ley que va a aplicárseles, será el establecido por la ley del lugar en donde se cumplieron las formalidades de su constitución. El término incorporación designa aquella solemnidad que le da existencia a la sociedad comercial.

En un primer plano y de acuerdo con lo anterior, podemos ver que el legislador colombiano emitió un concepto sobre la sociedad extranjera, al parecer, con base en esta última teoría, es decir, la de la incorporación, ya que él mismo hace especial énfasis en las formalidades que aquella debe cumplir para ser denominada y reconocida como tal, es decir, de acuerdo con la *lex loci celebrationis*, o sea de acuerdo con la ley del lugar donde se cumplieron las formalidades que dieron existencia a la misma.

Igualmente se pueden hallar en las anteriores definiciones elementos adicionales tales como la nacionalidad y el derecho aplicable a las sociedades extranjeras, los cuales tienen su propia regulación respecto al derecho internacional privado del lugar donde vaya a nacer y a operar esta clase de sociedad comercial.

De otro lado y con relación a lo establecido en el Libro Segundo del Código de Comercio sobre las sociedades comerciales, encontramos que el legislador colombiano al entrar a definir la sociedad comercial, adoptó implícitamente la noción de la sede social o estatutaria al establecer en su artículo 100 que cualquiera que fuera su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarían sujetas, para todos sus efectos, a la legislación mercantil colombiana⁸.

Aquí vemos pues la utilización inadecuada que de ambas teorías realiza el legislador colombiano, en especial de la teoría de la incorporación que se halla dispersa en varias de las normas comerciales entre ellas el artículo 110 del Código de Comercio

⁸ Artículo 100 del Código de Comercio.

en donde se encuentran enunciados tales como: *“La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará...”*

3° el domicilio de la sociedad y las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;

6° la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores y de las que se reserven los asociados, las asambleas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad;

7° la época y la forma de convocar y constituir la asamblea o junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia⁹”.

“Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara de comercio principal¹⁰”.

Se podrá, pues, deducir, al menos tangencialmente, que en Colombia se presenta una regulación extraterritorial de las sociedades extranjeras.

Por otro lado, el artículo 471 del Código de Comercio establece que *“para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:*

1°) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y

2°) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país”.

En este artículo encontramos unos conceptos que no son definidos claramente en cuanto a la figura de la sociedad extranjera; estos conceptos son el de la sucursal y el del establecimiento de comercio. Si quisiéramos definir el primero, de acuerdo con nuestro entorno jurídico, podríamos decir que por sucursal se entiende aquel

⁹ Ibidem artículo 110.

¹⁰ Ibidem artículo 111.

establecimiento de comercio secundario, sin personalidad jurídica propia, es decir, dependiente de otro organismo, que puede ser una sociedad (para el propósito del presente artículo), el cual se halla dotado de cierta autonomía de gestión, frente a la sociedad a la cual pertenece.

En otras palabras, son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar la sociedad¹¹.

De acuerdo con este concepto se puede inferir que en este caso la sucursal no constituye un tipo de persona jurídica diferente al de la sociedad extranjera, por lo cual podría afirmarse que ésta constituye más bien una extensión de aquella, en la cual también se encuentra incluida la figura de la subordinación la cual ha sido descrita por el legislador colombiano en el artículo 260 del Código de Comercio que hace referencia a las Matrices, Subordinadas y Sucursales.

Ahora, en cuanto al segundo concepto, es decir, el de establecimiento de comercio, el mismo podrá ser definido aproximadamente como aquel conjunto de elementos corporales (materiales, utilería, mercancía) e incorporeales (derechos al alquiler, nombre, emblema, patentes y marcas, clientela, etc.) que, perteneciendo a un comerciante o a un industrial y reunidos en forma tal que le permiten ejercer su actividad, constituye una universalidad jurídica y un bien mueble incorporal que está sometido a normas particulares¹².

Podemos ahora analizar a la luz del ordenamiento jurídico colombiano que en la sucursal se presentan un conjunto de bienes, corporales como son los muebles (*situs rei*) e incorporeales como la propiedad industrial e intelectual; ambos hacen parte integral del establecimiento del comercio, de igual forma los inmuebles que posea la sociedad extranjera en donde funcione dicha sucursal. Todos estos bienes hacen parte integral del patrimonio de la sociedad extranjera. Por lo anterior y en cuanto hace referencia al Derecho Internacional Privado, en primer lugar se debe entender que para clasificar los bienes y determinar su ubicación, y por ende el tribunal competente¹³ para conocer de conflictos sobre ellos, se deberá recurrir a las

¹¹ Artículo 263 del Código de Comercio.

¹² CORNU, Gerard. Vocabulario jurídico. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, página 361.

¹³ C.P.C. artículo 23 inciso 8. En los procesos en que se ejerciten derechos reales, será competente también el juez del lugar donde se hallen ubicados los inmuebles; la demanda que verse sobre uno o varios inmuebles situados en distintas jurisdicciones territoriales, podrá intentarse ante el juez de cualquiera de ellas a intención del demandante.

normas que sobre la materia existan en las diferentes legislaciones comprometidas con la contratación.

De ahí resulta que, respecto a la regulación de los bienes muebles, inmuebles e incorporeales por parte de la ley colombiana, encontramos que el Estado se declara competente para regular aquel tipo de bienes en los cuales está interesado el mismo, según lo establece el artículo 20 del Código Civil¹⁴, mediante la aplicación de las máximas “*lex rei sitae*” y “*situs rei*”. Ahora en cuanto a los bienes donde están interesadas las demás personas, físicas y morales diferentes al Estado, la ley es silenciosa al respecto.

En resumen, podemos observar que en principio los bienes, los cuales en su conjunto forman parte integral del establecimiento de comercio denominado sucursal por su ubicación espacial, se hallan sometidos a la ley colombiana, así no se encuentre expresamente estipulado.

En contradicción con lo anterior, podemos ver que algunas legislaciones extranjeras tratan el tema de las sociedades extranjeras de una forma más clara y específica¹⁵ que el legislador colombiano.

De otro lado y respecto a la regulación de los bienes incorporeales, la ley colombiana se acoge al derecho convencional, en especial a lo contenido en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena y la ley 178 de 1994 que ratificó el Convenio de París sobre la protección de la propiedad industrial¹⁶.

¹⁴ “Los bienes (no hace la distinción) situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aún cuando sus dueños sean extranjeros o residan fuera de Colombia”.

¹⁵ El Código Civil francés estipula en su artículo 3º inciso segundo que: “*los bienes inmuebles, incluso aquellos poseídos por los extranjeros, se regirán por la ley francesa*”. El Código de Derecho Internacional Privado Suizo estipula: Artículo 97. Los tribunales del lugar de la situación del inmueble en Suiza son exclusivamente competentes para conocer de las acciones reales inmobiliarias. Artículo 99. Los derechos reales inmobiliarios se rigen por la ley de la situación del inmueble. Artículo 100. La adquisición y la pérdida de los derechos reales sobre muebles se rigen por la ley del lugar de la situación del bien mueble al momento en que ocurrieron los hechos sobre los cuales se fundamenta su adquisición o pérdida. El contenido y el ejercicio de los derechos reales sobre los bienes muebles se rigen por el derecho de lugar de la situación del bien mueble. De acuerdo con el artículo 27 de la Ley venezolana de derecho internacional privado, la constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes, se rigen por el Derecho del lugar de la situación. El artículo 28 de la L.V.D.I.P. estipula que: El desplazamiento de los bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. No obstante tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación.

¹⁶ Artículo 2º. **Trato nacional a los nacionales de los países de la Unión** (Países miembros de la Convención).

1º. Los nacionales de cada uno de los países de la unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan

El artículo 471 del Código de Comercio menciona también a los representantes de la sociedad extranjera que, en este caso actuarán como mandatarios, definidos éstos como a aquella persona natural o jurídica la cual, mediante un contrato, acepta un encargo que puede ser la gestión de uno o más negocios a favor de otra persona natural o jurídica, que por cuenta y riesgo propio otorga la facultad de representarla. La persona que confía este encargo se le denomina mandante¹⁷.

Es muy importante aquí que se haga claridad sobre el tipo de contrato que envuelve la figura del mandatario, ya que, dada la naturaleza particular del contrato de mandato, una mala interpretación puede llevarnos a que se configure otro tipo de contrato diferente que se presenta en esta norma. Lo anterior debido a que en este caso aparece un elemento nuevo el cual es la extraneidad, es decir, un elemento extranjero en la relación contractual por lo que habrá que distinguir el tipo de contrato a realizar, debido a que en varias ocasiones lo que se puede crear es un contrato de tipo laboral, el cual en este caso será protegido por las leyes de orden público, y en consecuencia, en caso de una violación a las mismas, será inexistente e inaplicable frente al foro local.

Como vemos el legislador colombiano ha considerado los contratos de trabajo como normas de orden público¹⁸, las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes¹⁹.

actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente convenio.

2º. Ello no obstante, ninguna condición de domicilio o de establecimiento en el país donde la protección se reclame podrá ser exigida a los nacionales de los países de la unión para gozar de alguno de los derechos de propiedad industrial.

3º. Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como a la elección de domicilio o a la constitución de un mandatario, que sean exigidas por la leyes de propiedad industrial.

¹⁷ Artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio.

¹⁸ Artículo 25 de la Constitución Nacional estipula: “*El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado*”. El artículo 16 del Código Civil estipula: “*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”.

¹⁹ Código Sustantivo del Trabajo. **Artículo 14.** Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables.

Artículo 22. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda mediante remuneración.

Artículo 23. 1º. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

En último lugar, y con relación a la exigencia del permiso de funcionamiento de las sociedades extranjeras, este requisito fue abolido por el Decreto 2155 de 1992. Sin embargo, estas sociedades permanecen sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

En el artículo 472 del Código de Comercio se afirma que “*La resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia expresará:*

- 1º) los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto a la claridad y concreción del objeto social;
- 2º) el monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes, si las hubiere;
- 3º) el lugar escogido como domicilio;
- 4º) el plazo de duración de sus negocios en el país y las causales para la terminación de los mismos;

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador...;

c) Un salario como retribución del servicio.

2º. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Artículo 20. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, se prefieren aquellas.

La razón por la cual traigo a referencia las citadas normas es aquella por la cual, en el desarrollo de su objeto social, la sociedad extranjera, a través de su sucursal en el país debe emplear personas para que cumplan dicho objetivo y ahí es donde entra la pregunta: ¿aquellas personas que sirven al desarrollo del objeto social de la sociedad extranjera se hallan sometidas a qué tipo de contrato? Y de acuerdo con el mismo, ¿cuál es la ley aplicable si se trata de un contrato laboral? ¿se trata de un contrato laboral internacional?

Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales firmada en Roma el 19 de junio de 1980.

Artículo 6º. Contrato individual de trabajo. 1º. No obstante lo dispuesto en el artículo 3º, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección en virtud del apartado 2º del presente artículo.

2º. No obstante lo dispuesto en el artículo 4º y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3º, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aún cuando, con carácter temporal haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente el trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

5º) la designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales, y

6º) la designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia”.

En este caso, el legislador vuelve a ser impreciso frente a los requisitos exigidos a las sociedades extranjeras para su instalación en Colombia. De hecho no es necesario que la sociedad extranjera piense de acuerdo a la ley de su domicilio para crear una sucursal en un país extranjero, ella bien puede hacerlo bajo el criterio de otra legislación, pues al final será esta última la que presentará más elementos afines con la sucursal y en consecuencia será la más idónea para conocer del funcionamiento de la misma.

De otro lado, el acto de la sociedad extranjera mediante el cual se establece la creación de una sucursal en Colombia deberá tener más relación con la legislación colombiana, que con la del domicilio de la sociedad, ya que será en Colombia donde la sucursal de la sociedad extranjera va a producir sus efectos.

Es por eso por lo que la exigencia debe ser dirigida a que la sociedad extranjera, una vez se halle dentro del ámbito de la legislación colombiana, cree una sucursal “a la colombiana”, es decir, que se le pongan de antemano unos requisitos que debe cumplir si quiere funcionar, y si está de acuerdo con ellos, entonces que los plasme en una declaración local, la cual será revestida de una formalidad como puede ser una escritura pública que después registrará en el registro o cámara de comercio local.

En otras palabras, lo que se quiere mostrar aquí es que no es necesario que se esté conforme a la ley extranjera, es decir, la del domicilio de la sociedad extranjera, para que una sucursal pueda desarrollar su actividad en territorio colombiano, ya que aquella puede tener otras exigencias en cuanto al ejercicio de la actividad, las cuales pueden ser inaplicables en el territorio colombiano.

La sociedad puede expresar, sin hacer referencia a la ley de su domicilio, que se propone a abrir una sucursal en Colombia, cuyo objeto social será x o y, que se destinará una suma x de dinero para el desarrollo y funcionamiento de la misma, que dicha sucursal estará ubicada en el municipio tal, etc.

Aquí cabría la pregunta: ¿Si se tratase de una sociedad unipersonal, estaría obligada a emitir una resolución?

De otro lado, el Artículo 473 establece que “*Cuando la sociedad tuviere por objeto explorar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante y los suplentes de que trata el ordinal 5° del artículo anterior serán ciudadanos colombianos*”.

En cuanto a lo expresado por este artículo, podemos observar inicialmente que el mismo no distingue la naturaleza de la sociedad con aquella de la sucursal, toda vez que en él se presenta una confusión en cuanto a la representación de ambas.

Prueba de lo anterior la encontramos en el hecho de que si se hace alusión al representante de la sociedad, entonces habría que preguntarse: ¿cuáles serían las facultades de representación que le fueron otorgadas al representante legal de la sociedad por la ley extranjera?, por deducción estaríamos haciendo referencia a la ley de su domicilio principal –*lex domicilii*–, ya que para que la misma exista en Colombia deberá ser a través de una sucursal, o sea mediante un pequeño desmembramiento de aquella.

Entonces se deduce, que cuando se habla de representación, se está haciendo alusión a una representación delegada, la cual será únicamente dentro del territorio colombiano: lo anterior debido a que las legislaciones no pueden prever funciones para sus nacionales para ser desarrolladas en el extranjero sin consentimiento del legislador extranjero, es decir, que dichas actividades se enmarquen dentro del orden público del país o Estado receptor, o puede darse el caso de que se trate de legislaciones de alcance extra-territorial como lo son algunas leyes norteamericanas como *la Ley Burton-Helms o Cuban liberty and democratic solidarity act of 1996*.

Como no tenemos conocimiento de todas las legislaciones extranjeras, no podemos afirmar que estas permitirán la representación con efectos extranacionales; en el caso colombiano, se abre la posibilidad para que la figura de la representación y la de la suplencia puedan ser reguladas por una ley extranjera, de acuerdo con la remisión que hace implícitamente a la ley del contrato el artículo 196 del Código de Comercio²⁰.

En cuanto a la exigencia de la ciudadanía colombiana respecto del representante y los suplentes, la misma puede presentarse como un requisito de fondo, la cual necesariamente debería ser regulada por la ley de la creación de la sociedad; entonces tendríamos que esta exigencia aplicaría exclusivamente para el mandatario local delegado, llámese gerente o presidente de la sucursal y sus subalternos²¹.

²⁰ La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

²¹ Viene aquí de nuevo la pregunta: ¿si son empleados, bajo cuál ley laboral se rigen?

No debe olvidarse que en este caso la representación obra exclusivamente para la sociedad en sí misma y, como quedó señalado, la misma está regida por un derecho extranjero mal pudiendo el legislador colombiano imponer requisitos de fondo, como lo es ser ciudadano colombiano, a una persona jurídica creada bajo el imperio de otra ley que rigió dichos elementos de fondo. En este caso, podrá inferirse quizás que la intención del legislador colombiano fue la de que, tanto el representante, como el suplente de la sociedad extranjera en Colombia fueran ciudadanos colombianos. Este tipo de afirmaciones se podría concretar en una norma de orden público, en cuyo caso se sometería la representación de la sucursal en Colombia a la ley colombiana.

Por otro lado, el artículo 475 del Código de Comercio establece que “*Para establecer la sucursal, la sociedad extranjera comprobará ante la Superintendencia respectiva que el capital asignado por la principal ha sido cubierto*”.

Este artículo trae unos términos específicos como lo es el del capital social, es decir, aquel que puede ser tomado como:

- a) El monto o la suma de aportes que, por la totalidad o por una parte esencial, deben efectuar, en el momento de la constitución de la sociedad, los socios o los accionistas.
- b) El monto total del valor nominal de las partes sociales o de las acciones emitidas por la sociedad, que se reparten entre los socios o accionistas como contraprestación por sus aportes²².

En este caso el capital social será tomado como una suma de dinero o un conjunto de bienes evaluados en dinero para el desarrollo de la actividad social en una sucursal de una sociedad extranjera en Colombia.

Dado que en este caso la sucursal de la sociedad extranjera está representada por un establecimiento de comercio, entonces el capital al que se hace alusión será igual al establecido en un conjunto de bienes, una suma monetaria o en el trabajo representado monetariamente.

En el evento de que la localización de alguno de los bienes que hacen parte del establecimiento de comercio se hallen fuera del territorio colombiano, la ley colombiana no sería competente para conocer de los mismos, toda vez que esto le corresponde no sólo a su *lex rei sitae* sino a la *situs rei*.

²² Vocabulario jurídico, página 123.

Como estamos hablando de bienes, hay que tener en cuenta que puede tratarse de un bien inmueble, el cual puede estar situado en el exterior, o de sumas de dinero, propiedad del establecimiento y que pueden estar depositadas en un banco en el extranjero.

De lo anterior surge la dificultad para ubicar lo que el legislador entiende por capital, ya que si hace referencia al capital social de la sociedad extranjera, no tendrá competencia la ley colombiana, ya que dicho capital social estará regido por la ley del domicilio social. De ahí se deduce que el legislador colombiano no puede reglamentar la forma de aportes sociales de una sociedad extranjera, entendida ésta como aquella que tiene su domicilio en el exterior.

Es esencial que, cuando nos encontramos en el campo del derecho internacional de las sociedades, se deba mencionar al menos la ubicación espacial de lo que el legislador llama capital, esto con el fin de ver cuál ley y cuál tribunal es competente para conocer de los litigios que nazcan con relación al mismo.

Ahora, por otro lado encontramos lo establecido en el artículo 476 del Código de Comercio el cual estipula que *“Las sociedades extranjeras²³ con negocios permanentes en Colombia constituirán las reservas y provisiones que la ley exige a las anónimas nacionales y cumplirán con los demás requisitos establecidos para su control y vigilancia”*.

El encabezado del artículo 476 hace alusión a las sociedades extranjeras, es decir, y como lo he venido anotando, a una sociedad con domicilio en el exterior. Ahora cuando se menciona que: *“las provisiones que la ley exige”* nos encontraríamos frente a una figura típica del orden público nacional, aplicado a las relaciones económicas internacionales.

Lo anterior sería una adaptación de una figura extranjera a la legislación nacional²⁴ de donde puede surgir la siguiente pregunta: ¿estas reservas y provisiones requeridas

²³ En materia de goce de los derechos, decidir sobre la nacionalidad de una persona moral de acuerdo con el criterio de la incorporación, abre a los extranjeros la posibilidad de ejercer una actividad reservada a los nacionales bajo el manto de una sociedad localmente creada. Bernard Audit. *Droit International Privé, Economica*, Paris 2000, página 911.

²⁴ En el Derecho Internacional Privado este enunciado es pregonado por los autores de la Escuela Italiana de la recepción de la ley extranjera, para quienes, partiendo de la dualidad del orden internacional y de los órdenes internos y de la exclusividad de cada orden jurídico nacional, han deducido que la aplicación de la ley extranjera no puede justificarse, al precio de ser incluida en el orden jurídico del foro. Ya que designada como competente una ley extranjera, la regla de conflicto italiana tendría por efecto principal integrar aquella al orden jurídico interno italiano. Habría pues una incorporación de la ley extranjera dentro del orden jurídico nacional que la recibiría, de ahí el nombre de teoría de la recepción de la ley extranjera.

por la ley colombiana pueden desplazar a las reservas y provisiones establecidas por el legislador del domicilio de la sociedad extranjera?

Como se observa, nuestro legislador exige que las reservas en las sociedades anónimas sean igual o mayor al 50 % del capital suscrito²⁵, entonces: ¿Cómo puede nuestro legislador demandar que se modifique el capital social que supuestamente se suscribió en un domicilio ubicado fuera de su jurisdicción?

No puede olvidarse que las demás legislaciones extranjeras pueden exigir un porcentaje mayor o menor que el establecido por la ley colombiana para la formación del capital social de la Empresa. De otro lado y con relación a las reservas y provisiones a que hace alusión este artículo deja la duda en cuanto al lugar en donde se deben constituir estas reservas; ¿entonces será en Colombia o en el extranjero?

En otro sentido, el artículo 477 del Código de Comercio establece que “*Las personas naturales extranjeras no residentes en el país que pretendan realizar negocios permanentes en Colombia constituirán un apoderado, que cumplirá las normas de este título, en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de una empresa individual*”.

En este caso encontramos tres elementos especiales como lo son: persona natural extranjera, un apoderado y una empresa individual y frente a los cuales no existe una definición expresa.

En primer lugar hay que determinar la calidad de la persona natural extranjera, a la cual hace referencia el artículo, ya que no queda claro a que clase de personas se está refiriendo el legislador. Parece ser que se está haciendo referencia exclusiva a los turistas como tales, ya que si estos poseen un tipo de visa diferente a la de turismo, el Estado les estaría concediendo un permiso de residencia temporal, a través de la cual adoptarían la calidad de residentes y de esta forma cumplirían con el requisito de la residencia en el país, como condición esencial para realizar negocios en Colombia.

En el evento anterior nos podríamos encontrar frente a dos leyes que se declararían aptas para regular el estado y la capacidad de sus nacionales: una que regula a la persona natural extranjera, que será por lo regular su ley nacional o la de su domi-

²⁵ Artículo 452 del Código de Comercio.

cilio y otra la ley colombiana²⁶ para el apoderado que se supone que es colombiano, o extranjero residenciado.

La condición de los extranjeros está regulada por el artículo 100 de la Constitución Política²⁷, norma ésta que prevé la protección de los mismos durante su estadía legal en el país, por lo que dicha norma puede ser calificada como de orden público con relación a los derechos que se les conceden a los extranjeros en Colombia.

Por otro lado y con referencia a la noción de apoderado, vemos que éste es una persona²⁸ que recibe un mandato de otra, para ejercer en nombre de esta última alguna actividad o representación. Este mandato cumple un papel de regularización de la residencia o la ciudadanía del mandante al mandatario, es decir, mediante el mismo, el mandante adopta la ciudadanía o residencia del mandatario, para poder ejercer ciertas actividades comerciales o exigir ciertos derechos que no le son otorgados por no ser poseedor de la residencia.

En consecuencia, el mandante extranjero adquiere la condición necesaria para poner en marcha sus intereses comerciales, y a través de aquella escapar a ciertos impedimentos de su ley nacional, ya que la ley colombiana no exige plena capacidad de la persona natural extranjera que va a dar el poder, y ésta última también podrá evadir los impedimentos de su ley nacional, los cuales seguramente serán validados por la ley colombiana una vez que el apoderado colombiano o residente legal haya aceptado el poder.

Por otro lado, el artículo 479 establece que *“Cuando los estatutos de la casa principal o la resolución o el acto mediante el cual se acordó emprender negocios en el país sean modificados, se protocolizará dicha reforma en la notaría correspondiente al domicilio de la sucursal en Colombia, enviándose copia a la respectiva Superintendencia con el fin de comprobar si se mantienen o varían las condiciones sustanciales que sirvieron de base para la concesión del permiso”*.

²⁶ Código Civil, artículo 18. La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros domiciliados en Colombia. Artículo 19: Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles. 1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto alguno en los territorios administrados por el gobierno general... El artículo 16 de la LVDIP estipula: La existencia, estado y capacidad de las personas se rige por el Derecho de su domicilio.

²⁷ Artículo 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

²⁸ Ver artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio.

En lo establecido en este artículo se aprecia que, independientemente de que se inscriba o no una modificación a los estatutos en el país del domicilio de la sociedad, llámese casa principal o matriz, la ley colombiana exige de nuevo una protocolización de dicha reforma, no importando las condiciones en la que se encuentra dicha sociedad, entonces sólo bastará que el monto del capital o los recursos que se ofrecieron en la creación de la sucursal sean mantenidos.

Ahora esta exigencia es solo a la sucursal, ya que la sociedad matriz continuará su objeto social sin que de parte de las autoridades colombianas se presenten exigencias en cuanto a la reforma estatutaria que ella pretenda llevar a cabo, ya que en este caso la sociedad se encuentra bajo el imperio de una ley extranjera y no de la colombiana, salvo para los negocios que dicha sociedad posea en el exterior, en cuyo caso será competente la ley local del establecimiento de comercio o sucursal, y sólo para las actividades que se realizan dentro de aquel ámbito local.

Respecto al acto mediante el cual se acordó emprender negocios²⁹ en el país, la única modificación posible sería la de terminar con los negocios, ya que este es un acto creador, el cual admite modificación una vez nacido, y es aquella que hace alusión a la terminación del mismo, siendo lógico que si se toma la decisión de terminar con los negocios de la sociedad del país, esta decisión sea de conocimiento, no sólo de la sucursal, sino de sus acreedores.

Por ello vemos que, de nuevo, la ley colombiana está haciendo una exigencia extraterritorial, al contemplar que las decisiones³⁰ tomadas por una sociedad extranjera sean reguladas por la ley colombiana³⁰, máxime cuando se eliminó el requisito del permiso de funcionamiento para las sociedades que están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades³¹.

En cuanto al artículo 480 del Código de Comercio, vemos que el mismo establece que *“Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano, o a falta de éste, por el de una nación amiga,*

²⁹ Nos preguntamos: ¿qué sucederá cuando se trate de actos unilaterales como los del empresario de una sociedad unipersonal que se hallaban en su interior al momento de tomar la determinación y que no fueron exteriorizados expresamente, es decir, en un documento donde se mencionen los motivos personales que lo llevaron a invertir en un determinado país en una determinada actividad económica?

³⁰ Artículo 158 del Código de Comercio: Toda reforma al contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

³¹ Circular 001 de 1993, de acuerdo con lo señalado por el Decreto 2155 de 1992.

sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país”

En primer lugar vemos que respecto a la legalización de documentos se abolió la exigencia de legalización de los actos públicos extranjeros mediante la aprobación de la Convención de La Haya sobre la abolición de la exigencia de legalización de actos públicos extranjeros del 05 de octubre de 1961³² (Ley 455 de 1998) por lo que el presente artículo ha quedado derogado por dicha Convención.

Por otra parte y relacionado con el tema de la representación, vemos que el artículo 482 del Código de Comercio señala que “*Quienes actúen a nombre y representación de personas extranjeras (físicas y morales) sin dar cumplimiento a las normas del presente título, responderán solidariamente con dichas personas de las obligaciones que contraigan en Colombia*”.

Este artículo introduce la figura del privilegio de la jurisdicción colombiana frente a los actos realizados por las partes en su territorio, pero no hace distinción en cuanto a la nacionalidad de las partes³³ ni respecto a qué tipos de actos jurídicos se aplica dicha norma, ya que como quedó visto³⁴, las partes implícitamente son libres de escoger la ley que va a regir el contrato y sus consecuencias. Igualmente se puede apreciar que en él nada se dice en cuanto a que si las obligaciones que se contrajeron en Colombia producirán efectos en su territorio o en territorio extranjero donde otra ley podría declararse competente³⁵.

³² En su artículo primero estipula: La presente Convención se aplica a los actos públicos que han sido establecidos sobre el territorio de un Estado contratante y que deben producir efectos sobre el territorio de otro Estado contratante. Se consideran como actos públicos en el sentido de la presente Convención:

- b. los documentos administrativos;
- c. los actos notariales

Artículo 2º. Cada uno de los Estados contratantes exige de legalización los actos a los cuales se aplica la presente Convención y que deben producir efectos sobre su territorio.

³³ El artículo 14 del Código Civil francés estipula: “*El extranjero, aún si no reside en Francia, podrá ser llamado frente a los tribunales franceses, para que dé cumplimiento a las obligaciones por él contraídas en Francia con un francés; también podrá ser llamado frente a los tribunales de Francia por las obligaciones que contrajo en un país extranjero con un francés*”.

³⁴ Vid. 19.

³⁵ Según el artículo 4o. de la Convención de Roma de 1980: “*En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3o, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos*”.

El artículo 484 del mismo Código nos señala que “*la sociedad deberá registrar en la cámara de comercio de su domicilio una copia de las reformas que se hagan al contrato social o a los estatutos y de los actos de designación o remoción de sus representantes en el país*”.

Había anotado anteriormente que una sociedad comercial en cuanto a su constitución y funcionamiento se rige bien sea por la ley de su constitución o estatutaria o por la de su domicilio. Sin embargo, el presente artículo muestra como el legislador colombiano está tratando de imponer a la sociedad extranjera un requisito que quizás su propia ley nacional no le exija, como puede ser el caso que no sea obligatorio registrar las reformas al contrato social, o incluso registrar aquellas reformas que no tengan ninguna relación con su sucursal en Colombia.

Lo que describe este artículo es el precio que deberá pagar una sociedad extranjera para poder ser incluida en el orden jurídico del foro, en este caso el colombiano, lo que llevará a que la sociedad pierda su condición de extranjera y adquiera el estatus de una simple sociedad local.

Con ello vemos que de una forma indirecta se está “obligando” a la sociedad a que produzca un acto o resolución que tenga efectos tanto en Colombia como en el lugar de su sede social o domicilio, como es la exigencia del artículo 472 del Código de Comercio, ya que se parte del supuesto de que la ley extranjera requiere los mismos elementos de existencia o de control de una sociedad comercial que la legislación colombiana.

En otras palabras puede darse el caso de que las sociedades extranjeras se adapten a la legislación colombiana como lo preceptuaba la escuela italiana de la recepción de la ley extranjera, para la cual la aceptación de una ley o sociedad extranjera no podía justificarse sino al precio de ser incluida en el orden jurídico del foro, es decir, perdería su condición de extranjera y se miraría como simplemente local.

Se puede deducir de lo comentado hasta este punto que, en Colombia, lo que la sociedad extranjera posee, es básicamente un conjunto de bienes que están dedicados a una actividad comercial por lo que tanto las decisiones sociales frente a la utilización de los bienes que hacen parte del establecimiento, como las labores que deba cumplir el administrador en la sucursal en nuestro país tienen su origen en el extranjero y no en Colombia.

Si bien el artículo 158 del Código de Comercio establece este tipo de regulación, lo hace sólo para las sociedades que se hallan radicadas en el territorio colombiano, y cuando decimos sociedades, hacemos referencia, no solo al establecimiento de comercio, sino a sus órganos de dirección; entonces de la forma como lo plantea este artículo, se estaría legislando extraterritorialmente, al obligar a una sociedad

extranjera a que ejecute actos en el lugar de su domicilio o de su sede estatutaria, lo que no necesariamente podrá ser exigido por su ley.

Lo preceptuado aquí se puede equiparar con la norma de derecho internacional privado de la *lex loci celebrationis*, es decir, que los actos se regulan por la ley del lugar donde se celebraron.

Parte de lo anterior lo encontramos establecido en el artículo 485 del Código de Comercio que señala que “*la sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la Cámara de Comercio al tiempo de la celebración de cada negocio, y las personas cuyos nombres figuren inscritos en la misma cámara como representantes de la sociedad tendrán dicho carácter para todos los efectos legales, mientras no se inscriba debidamente una nueva designación*”.

Esta norma es del tipo de la *lex loci celebrationis*, es decir, en este caso la ley colombiana se declara competente para conocer de los actos o negocios realizados en el país.

Sin embargo, si esta norma establece su competencia frente a los actos realizados en territorio colombiano, la misma se contradice, toda vez que no hace referencia respecto a qué tipo de estatutos se está refiriendo, ni a qué clase de sociedad comercial, por lo que vuelve a confundir a la sociedad comercial con una sucursal.

De otro lado no puede olvidarse que los estatutos sociales se regulan en nuestra legislación por la ley extranjera del domicilio de la sociedad. Entonces queda por ver si con la simple inscripción de aquellos en una cámara de comercio del país, éstos adquieren una nueva nacionalidad por así decirlo, y comienzan a ser regulados por la ley colombiana, o simplemente se constituirán en unos elementos informativos sin fuerza legal, y que serán utilizados básicamente para proteger a los futuros acreedores y contratistas en el país.

Igualmente se puede incluir en este artículo la figura del conflicto de leyes en el tiempo, no ya desde la óptica del derecho interno, sino del derecho internacional privado, debido a que la celebración de cada negocio se inscribe dentro de una situación que ha sido previamente determinada por los estatutos de la sociedad, lo que puede conducirnos a que estemos en presencia de dos leyes que aparentemente se puedan declarar competentes para conocer de un determinado asunto como lo puede ser la *lex loci celebrationis*, al momento de la celebración del contrato, o la ley nacional de la sociedad o la *lex rei sitae* en caso de que se tratase de un contrato o negocio jurídico donde se viesen envueltos bienes inmuebles.

En otras palabras, el artículo lo que presenta es una referencia a la responsabilidad social, ya que el legislador, como dijimos, afecta la sociedad extranjera a su ley local

-*lex fori*-, pero olvida que los efectos del acto o negocio podrán ser determinados por otra ley que se declare competente, debido a la proximidad con su foro y a los vínculos estrechos que presente el cumplimiento del acto o contrato *inter partes*.

Respecto a los representantes de la sociedad en el extranjero, se establece una responsabilidad por los actos celebrados en territorio colombiano por intermedio de sus empleados o representantes en Colombia; esta responsabilidad se señala con referencia al lugar de la celebración del acto y no con referencia a la nacionalidad de los co-contratantes como sucede en otras legislaciones, entre ellas la francesa³⁶.

En cuanto a la prueba de la existencia de una sociedad extranjera, vemos que el artículo 486 del Código de Comercio señala que la misma “*se probará mediante certificado de la cámara de comercio. De la misma manera se probará la personería de sus representantes. La existencia del permiso de funcionamiento se establecerá mediante certificado de la correspondiente Superintendencia*”.

Sin embargo, la norma no es clara en cuanto a cuál Cámara de Comercio u Oficina de Registro Mercantil le corresponde expedir el certificado, ya que esta actividad bien podrá ser asumida tanto por el Registro Mercantil del domicilio de la sucursal, o bien aquel del domicilio de la sociedad. Ahora, con relación a lo del permiso de funcionamiento, vimos que para el mismo ya no es necesaria una autorización gubernamental³⁷.

De otro lado, el artículo 487 del Código de Comercio regula lo referente al capital que debe ser destinado por la sociedad para el libre desarrollo de sus negocios en el país el cual podrá aumentarse o reponerse libremente, pero su reducción estará condicionada a lo prescrito en la materia y deberá hacerse en consideración a los acreedores establecidos en el territorio nacional. El señalamiento anterior prescrito en el artículo 487 se basa en las potestades que tiene el legislador local para imponer este tipo de requisitos los cuales pueden encajarse en sus normas de orden público.

Se ha establecido igualmente que las sociedades extranjeras llevarán en sus libros registrados en la Cámara de Comercio de su domicilio y en idioma español, la contabilidad de los negocios que celebren en el país, con sujeción a las leyes colombianas; igualmente deberán enviar a la Superintendencia de Sociedades y a la misma Cámara de Comercio copia de un balance general, por lo menos al final de cada año³⁸.

³⁶ Artículos 14 y 15 del Código Civil francés.

³⁷ Circular 001 de 1993, de acuerdo con lo señalado por el Decreto 2155 de 1992.

³⁸ Artículo 488 del Código de Comercio.

Respecto a lo señalado por el artículo 488 del Código de Comercio, vemos que es normalmente la ley del país de constitución de una sociedad comercial la que prevé este tipo de obligaciones como lo es la inscripción en la cámara o registro de comercio del registro de libros y otros actos que afecten la sociedad y su patrimonio.

No parece ser muy útil el tener una contabilidad en Español en un país como Finlandia, donde toda la parte administrativa de la sociedad se desarrolla en finlandés; además sería ésta una imposición de tipo extra-territorial, ya que estos libros deberán estar acordes con la ley colombiana y no a la ley del domicilio de la sociedad.

Si se tratase de una multinacional con infinidad de actividades y producción en todo el mundo, sería ilógico que aquella enviase una copia de la reforma de sus estatutos a un determinado país, donde sólo tiene unos negocios de menor importancia, poniendo en riesgo una información que sólo puede ser conocida localmente, y esto sin olvidar la competencia desleal que por esta situación pueda enfrentar la misma.

Creo que por lo anterior se debe entender que dicha protocolización deberá ser traducida, en caso que sea en otra lengua, con su debida autenticación y, en fin, con todos los trámites que una actividad de estas requiere.

Con referencia a la actividad de terceros en el contrato social, apreciamos que el artículo 489 del mismo Código trata lo relativo a los revisores fiscales pero de las sociedades domiciliadas en el exterior, los cuales, según el mismo, se sujetarán, en lo pertinente, a las disposiciones de los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país. Igualmente, dicho artículo señala que estos revisores deberán, además, informar a la correspondiente Superintendencia cualquier irregularidad de las que puedan ser causales de suspensión o revocación del permiso de funcionamiento de tales sociedades.

Respecto a dicho artículo no queda claro a qué tipo de revisores se refiere el legislador colombiano; como sabemos, en nuestro país la actividad que realiza este tipo de personas se encuentra regulada por unas leyes específicas³⁹, por ello, si el artículo se refiere a los revisores fiscales de la sociedad extranjera, domiciliados en el extranjero, ¿entonces podrían ser obligados éstos por las leyes colombianas a realizar su labor en el extranjero?

Tampoco queda claro si el legislador hace igual referencia para los revisores de las sucursales de sociedades extranjeras establecidas en Colombia. Por lo anterior, habría que entrar a ver si el revisor fiscal de la sucursal en Colombia tiene autoridad para indagar sobre los estados financieros de la sociedad en el exterior, ya que

³⁹ Artículo 203 y siguientes del Código de Comercio.

ninguna sociedad extranjera permitirá que un revisor fiscal de una sucursal ubicada en el extranjero se inmiscuya en los asuntos de la casa principal, máxime cuando existe gran probabilidad de que éste sea extranjero. Para desarrollar dicha labor, la sociedad contratará a revisores fiscales del domicilio de la misma o de la sede estatutaria para que lleven a cabo sus funciones, los cuales estarán solo sometidos en su oficio a la ley local.

Ahora, con relación a los artículos 490, 493, 494, 495 del Código de Comercio, se tenían previstos unos supuestos para otorgar el permiso de funcionamiento, sin embargo, estos permisos fueron derogados por el Decreto 2155 de 1992, el cual estableció dicha derogación tomando como base parte del artículo 333 de la Constitución Política de 1991 que dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; por lo cual para el ejercicio de la actividad económica, no se podrán exigir permisos ni requisitos previos sin que medie una autorización legal.

De otro lado, y en cuanto al régimen aplicable respecto a la liquidación de bienes de la sociedad extranjera, el artículo 492 de dicho Código ha establecido que “*a las personas naturales o jurídicas extranjeras con negocios permanentes en Colombia se les aplicará, según fuere el caso, el régimen de concordato preventivo, liquidación administrativa o quiebra*”⁴⁰.

Por eso en el artículo anterior habrá que saber a qué tipo de relación jurídica está haciendo alusión el mismo, es decir, al negocio en sí, o sea el establecimiento de comercio, o a los contratos que las sociedades extranjeras realicen en el país, teniendo en cuenta la posibilidad que tienen aquellas para escoger una ley diferente a la colombiana que regule sus relaciones comerciales⁴¹.

Como se podrá anotar, parte de lo estipulado en este artículo es de carácter imperativo, es decir, una norma de orden público que somete la relación comercial a unos procedimientos establecidos por la ley 222 de 1995, los cuales recaerán básicamente sobre un patrimonio existente en el país; ya que si las partes escogieron una ley diferente a la ley colombiana para regir sus relaciones, mal podría esta última regular situaciones jurídicas que se hallan fuera de su jurisdicción.

⁴⁰ Lo referente a la quiebra, fue derogado por la Ley 222 de 1995.

⁴¹ De acuerdo con el artículo 869 del C. de Co. La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana. Esta como la anterior es una norma de orden público. Lo que no clarifica la misma es que el contrato puede ser regulado por varias leyes – depeçage; entonces y en caso de que sea competente, la ley colombiana solo regulará la parte del contrato que haya sido sometida a la misma.

Además, la aplicación del procedimiento del régimen de concordato preventivo y de liquidación administrativa deberá operar básicamente para los bienes ubicados en el país *-lex rei sitae-* ya que por lo regular la responsabilidad en estos casos se limita al conjunto de bienes establecidos en el domicilio de la sucursal y no al capital social en su conjunto, el cual se encuentra en el extranjero.

Los acreedores estarán sólo facultados para perseguir los bienes que se hallen en territorio colombiano, a no ser que resulte de la relación contractual con la sucursal que la casa matriz de la misma puso su capital social como garante de los contratos celebrados por su sucursal, caso en el cual se le podrá perseguir extra-territorialmente⁴².

Como se ha visto, la sociedad sólo responderá por el capital destinado exclusivamente a los negocios de la sucursal⁴³ y que se halla representando en los bienes que ésta posee en el país.

Respecto a los artículos 493, 494 y 495 del Código de Comercio que tratan sobre el permiso de funcionamiento otorgado por la Superintendencia de Sociedades, el mismo como se anotó anteriormente, quedó suprimido por el Decreto 2155 de 1992.

Con relación al artículo 496⁴⁴, donde se habla de las utilidades obtenidas por la Sucursal de la sociedad extranjera, se puede apreciar que desde que dicha sucursal no comprometa el capital mínimo de subsistencia de la misma, al igual que las reservas reglamentarias, puede girar libremente dinero a la sociedad madre o matriz.

Respecto al mismo artículo tampoco queda claro lo que señala con relación al balance de fin de ejercicio, porque el legislador no especifica a cuál sociedad está haciendo referencia, ya que lo que aquí existe es una sucursal que está regida por una entidad principal que se halla fuera del territorio colombiano y es ésta última la que, a mi juicio, presenta el balance de fin de ejercicio incluyendo las utilidades obtenidas por sus sucursales.

⁴² En caso de obtenerse una sentencia condenatoria, se puede recurrir al “*exequatur*” de dicha sentencia ante los tribunales del domicilio de la sede social o domiciliaria de la sociedad.

⁴³ Artículo 6o de la ley 33 de 1992 aprobatoria del Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional. Las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen.

⁴⁴ Artículo 496. Los beneficios obtenidos por las sucursales de sociedades extranjeras, se liquidarán de acuerdo con los resultados del balance de fin de ejercicio, aprobado por la superintendencia. Por consiguiente, la sucursal no podrá hacer avances o giros a la principal, a buena cuenta de utilidades futuras.

De otro lado encontramos en el artículo 497 del Código de Comercio una norma de carácter imperativo; ello se aprecia cuando la misma establece que “*Las disposiciones de este título regirán sin perjuicio de lo pactado en tratados o convenios internacionales. En lo no previsto se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas. Así mismo estarán sujetas a él todas las sociedades extranjeras, salvo cuando estuvieren sometidas a normas especiales*”.

Como se aprecia en el artículo, será prevalente la normativa emanada de los tratados⁴⁵ sobre aquella del articulado de la ley representada en el título VIII del Código de Comercio.

Igualmente no sólo estamos aquí frente a una norma de carácter imperativo, sino que la misma se declara competente para regular situaciones no sometidas a ella por las partes. Digo partes, porque estamos en presencia de un contrato social, el cual necesariamente estará compuesto o formado por al menos dos partes.

La afirmación anterior se hace tomando la parte del artículo que enuncia que se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas; entonces, tendríamos que, al ser la sucursal una pequeña extensión de la sociedad, la sociedad extranjera para la ley colombiana sería tomada como una sociedad local, la cual no podría entrar a regularla, ya que ésta se encuentra sometida a la ley de su domicilio, función que no se puede abrogar la ley colombiana, como es la de cambiarle de domicilio a una sociedad por el simple hecho de que aquella abra una sucursal en su territorio.

En otras palabras, la ley colombiana sería competente, como ley del domicilio de la sucursal, y no como ley del domicilio social que se halla fuera de su territorio.

En conclusión podemos apreciar que el Título VIII del Código de Comercio deja muchos interrogantes en cuanto al tema que regula; ello se evidencia en el hecho de que el mismo es muy limitado con relación a la materia que trata, es decir, la regulación de las sociedades extranjeras en Colombia. Por otro lado, el mismo confunde las sociedades comerciales extranjeras con otras figuras jurídicas del ámbito comercial como lo es el establecimiento de comercio o la sucursal comercial.

Igualmente está equiparando las sociedades comerciales colombianas a las sociedades comerciales extranjeras, cuando cada una tiene una naturaleza y composición de acuerdo con el lugar donde ésta se halle establecida.

45 Artículo 4o de la Ley 33 de 1992: “*El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que esta tiene su domicilio comercial*”.

Quizás la limitación que menciono aquí se deba a la poca influencia que tiene este tipo de sociedades en la vida mercantil colombiana, pero *ad-portas* de las nuevas regulaciones que conllevan necesariamente los próximos convenios de libre comercio en los cuales Colombia parece inscribirse, será de gran importancia la regulación que sobre las mismas se establezca, ya que la actual parece insuficiente frente a los cambios económicos que se avecinan.

Podemos concluir que la llamada sociedad extranjera no es más que un tipo societario de los que el mismo Código de Comercio regula, ya que la denominada extraneidad, a que hace alusión, parece referirse únicamente al elemento humano, es decir, a un determinado tipo de individuos que va a intervenir en el desarrollo comercial de la empresa, sociedad, establecimiento de comercio o sucursal, estando este tipo de personas regulados básicamente por el derecho de los extranjeros, que es un campo del derecho internacional privado.

Por ello, frente a todo lo anteriormente señalado, se abren bastantes interrogantes, los cuales pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1°. Cuando el objeto social de la sociedad extranjera está ligado al ejercicio del poder político: ¿Podrá este Estado extranjero demandar en justicia utilizando su poder ante los tribunales locales?

2°. ¿Existe una analogía entre la noción de nacionalidad de las sociedades y la nacionalidad de las personas físicas?

3°. En materia de conflicto de leyes cuál se tomará como un punto de conexión o factor de unión; o sea: ¿en la determinación de la *lex societatis* se debe tomar la ley nacional de la misma o la ley de la sede estatutaria?

4°. ¿Qué papel juegan los Tratados diplomáticos cuando se designa en ellos un privilegio para nacionales de los Estados contratantes?

5°. Con relación al artículo 469 se respeta en el mismo el orden público en materia de elementos sobre la condición de las personas.

6°. ¿Qué tratamiento se les da en Colombia a las personas morales de derecho público extranjeras?

7°. ¿Qué sucede cuando una sociedad extranjera ha sido creada por varios Estados extranjeros, a cuál de ellos se debe recurrir en caso de conflicto y bajo qué criterio?

8°. ¿Qué sucede cuando el lugar donde se desarrollan las actividades posee mayor actividad que aquel donde la sociedad tiene su sede estatutaria?

9°. ¿Qué sucede cuando una sociedad se constituye según la ley colombiana y cumple con todos los requisitos de constitución, pero no posee su sede estatutaria real en Colombia? ¿Será reconocida por la ley colombiana?

10°. ¿Cuál sistema se admite en Colombia; el de los países anglo-americanos, o será el de la *incorporation*? Si es este último, ¿cuáles serán las ventajas? ¿Conservarán los beneficios que les otorga la ley norteamericana y la inglesa, al igual que la protección diplomática al evitar el discurso sobre la localización real de su sede estatutaria? –*alien corporation*.

11°. ¿Puede una sociedad extranjera inscribirse en Colombia con el fin de eludir las disposiciones legales del país de la sede estatutaria?.

12°. ¿Puede otorgársele la nacionalidad a una sociedad que tiene su sede estatutaria en el exterior?

13°. En el evento en que la sociedad haya sido creada en el extranjero y sus actividades principales se desarrollan todas en Colombia ¿Qué función tendrá su sede social?

14°. Respecto a la nacionalidad de la sociedad: ¿qué sucederá cuando los órganos de dirección y administración se encuentran situados en diferentes países?, ¿Se deberá determinar la nacionalidad con base en cuál ley?

15°. ¿Podrá aplicarse a la sociedad la ley del lugar de su constitución, al igual que la ley del lugar de funcionamiento de la misma? –*depeçage societario*.

16°. ¿Bajo qué criterios el derecho colombiano atribuye la nacionalidad a la sociedad?

17°. ¿Qué sucede cuando se admite una sociedad bajo el concepto de sede estatutaria y ésta se traslada a otro país. ¿Esta aparente transformación está regulada en el derecho colombiano?

18°. ¿Qué sucede cuando la forma social o el tipo de sociedad no es conocido en el derecho colombiano: ¿Se debe cambiar la sociedad?; ¿estipula la ley colombiana algo al respecto?

19°. ¿Qué tratados tiene Colombia relativos a la condición de los extranjeros?

20°. ¿Qué sucede si la ley extranjera que otorga la personalidad a la sociedad posee un alcance extraterritorial? Podría decirse que se trata de una decisión individual de una autoridad (privada o pública) quien crea la personalidad y no una ley general, ¿qué sucede en Colombia?

21°. En Colombia, ¿puede una sociedad extranjera exigir la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida?

22°. ¿Cuáles son los derechos que se les reconoce a las personas morales en Colombia?

23°. ¿Puede la ley colombiana reconocer la capacidad a una sociedad extranjera que su ley no le ha reconocido?

24°. ¿Puede una sociedad extranjera emitir títulos valores en Colombia?

25°. ¿La denominación de la sociedad se determina por cuál ley? ¿Puede la ley colombiana intervenir frente a la denominación de una sociedad para proteger a sus nacionales como clientes y acreedores?

26°. De acuerdo al artículo 471 del Código de Comercio inciso primero: ¿qué sucede cuando los requisitos que éste impone son inexistentes en el país donde nació la sociedad?



Sin título
Acrílico sobre tela
Sergio Bedoya
2006

LOS CONDICIONANTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO*

* El autor realiza en la actualidad la investigación “Las transformaciones de la función administrativa en Colombia”, inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y elabora a partir de esta una reflexión académica sobre el tema.

Fecha de recepción: Marzo 8 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 17 de 2007

LOS CONDICIONANTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

*Hernán Darío Vergara Mesa**

RESUMEN

La eficacia de la acción de cumplimiento, supone la coincidencia exitosa de una serie de elementos relacionados con la función administrativa y la teoría general del acto administrativo, que por sí mismos introducen condicionantes no expresadas totalmente en las normas constitucionales y legales que la consagran. Las obligaciones omitidas que son susceptibles de la acción comentada, dependen en gran medida de la configuración legal de las potestades administrativas que se utilicen en cada caso. Por esa razón, las acciones de cumplimiento, a pesar de considerarse al mismo nivel de las acciones de tutela y populares, no tienen el mismo protagonismo y efectividad práctica, pues tales condicionantes, la hacen altamente inoperante.

Palabras clave: acción de cumplimiento, función administrativa, omisión administrativa, discrecionalidad, ejecutividad.

THE CONDITIONS OF *MANDAMUS* **

ABSTRACT

In order to accomplish the effectiveness of the *mandamus*, a series of elements related with the administrative functions and the general theory of the administrative act should agree successfully. In fact, those elements by themselves, already introduce non-expressed conditions that are not clearly declared nor in the Constitution neither in the legal norms that include it. The omitted obligations that are susceptible to be demanded by the said action, depend on the legal configuration of the administrative powers that are used in each case. Therefore, although *mandamus* is considered as an important actions like the “*acción de tutela* and the *acciones populares*”^{***}, they do not have the same protagonism and practical effectiveness, because said conditions make it highly inoperative.

Key words: *mandamus*, administrative function, administrative omission, discretion, execution.

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

** In Colombia, there is a specific action that shares some similar characteristics with *mandamus* in American constitutional law, and it is called “*acción de cumplimiento*”. Nevertheless, although they have similarities, they also have certain differences. Therefore, the action commented is translated as *mandamus* but it should be understood inside the specificity of the Colombian legal context.

*** The author makes reference to two types of actions, which although inspired by the German and Spanish law concept of claim when fundamental rights are harmed or are in harms way, they are typical of the Colombian legal system, and they do not have translation to the Anglo-Saxon legal systems. Nevertheless, to have an idea of its meaning, they can be assimilated to certain actions which, in fact, exists in the Anglo-Saxon legal systems like *injunction* and *certiorari*.

LOS CONDICIONANTES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

INTRODUCCIÓN

La acción de cumplimiento es una acción constitucional, que puede ser estudiada en un doble sentido: por un lado, como mecanismo procesal de protección y efectividad de los derechos ciudadanos, de la misma forma que se destaca la acción de tutela y las acciones populares; por otro, como mecanismo de control del Estado, especialmente de la Administración¹.

Es una acción constitucional en la medida en que su consagración mereció el más alto nivel dentro del ordenamiento jurídico, pues la Carta ofreció a ella un espacio que, sin duda, determina su ulterior aplicación en cualquier ámbito, pero con una alta dependencia del desarrollo legal ordinario, que finalmente se cumplió con la Ley 393 de 1997². Aparece como uno de los más importantes instrumentos creados en la Carta de 1991 para la realización de los fines del Estado Social de Derecho, especialmente porque pretende asegurar la efectividad de los derechos de las personas y los deberes de las autoridades públicas, las que, en Colombia, son preocupantemente proclives a la inacción a pesar de los reiterados mandatos constitucionales de la acción positiva hacia la procura del interés general y de la responsabilidad que se consagra por tales conductas.

A la vez, se constituye, al menos desde el punto de vista teórico, en uno de los más interesantes controles a la Administración, integrándose a las acciones contencioso administrativas de nulidad y responsabilidad, pero con la virtud de ser ágil y preventiva de conductas que posteriormente sólo pueden corregirse por las tradicionales acciones, en detrimento de las expectativas de los administrados.

Me propongo en este escrito, presentar un panorama de los aspectos esenciales que hacen operativa la acción de cumplimiento, haciendo hincapié en los condicionamientos legales y jurisprudenciales que se han introducido en su desarrollo, que

¹ Se adopta en este caso un criterio material y amplio de Administración, y no el formal que prevé el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, actual Estatuto General de la Organización de la Administración Pública Nacional.

² Es de recordar que hasta la expedición de la Ley 393 de 1997, esta acción prácticamente no se utilizó, bajo el pretexto de no existir desarrollo legal, tesis aceptada incluso por la Corte Constitucional (ver Sentencia ACU-01 de 1992).

prácticamente la han convertido en un mecanismo pletórico de formalidades y de requisitos difícilmente observables para que tenga la eficacia constitucionalmente concebida para ella. Así mismo, intento mostrar que, no obstante esta acción tener una consagración constitucional, su configuración legal es indiscutible, hasta tal punto que su consideración como acción constitucional, al mismo nivel de las acciones de tutela y populares, no es afortunada, en tanto por ningún lugar se encuentra un papel relevante de la Carta Política en su desarrollo y aplicabilidad cotidianas, que llevan a pensarla más como un instrumento procesal ordinario, de la misma raigambre de las acciones de nulidad y responsabilidad.

Con tal propósito, se destacarán, ante todo, los presupuestos de la acción de cumplimiento, enfatizando algunos conceptos claves como los de función y omisión administrativa, en cuyo tratamiento se demostrará que para su eficaz utilización se exige ante todo un adecuado entendimiento de ciertos temas de la teoría general de la legislación y del acto administrativo, que bien vale la pena reiterar, por consistirse en presupuestos lógicos de su operatividad.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO: EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD COMO FUNDAMENTO PRINCIPAL

Si bien, como lo reconoce el exconstituyente JUAN CARLOS ESGUERRA³, lo curioso es que ninguno de los proyectos que se sometieron a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente proponía expresamente la institución de la acción de cumplimiento, lo cierto es que ella no es ni mucho menos un accidente dentro del orden jurídico colombiano que emprendía en la década de los noventa un proceso de reforma constitucional. La profesora BERNARDITA PÉREZ RESTREPO expresa a este respecto, que el proceso constituyente colombiano se enmarcó dentro de una nueva visión del derecho público, conocido como “Estado Constitucional”, que fue ratificado en prácticamente todas las constituciones del mundo occidental con posterioridad a la segunda guerra mundial. El Estado constitucional es un sistema en el cual se reconoce la Carta Constitucional como una verdadera norma jurídica, directamente aplicable, al entender que más que un conjunto de disposiciones que regulan los poderes públicos, ella está pletórica de contenidos dogmáticos, con una vocación menos simbólica y más efectiva. Este nuevo orden jurídico se erige en un sistema que desconfía del legislador y busca mecanismos directos para una

³ La Acción de Cumplimiento. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 325 de 2004, p. 136.

real y efectiva aplicación del derecho, sin que requieran una acción del legislador. Dichos mecanismos son básicamente los siguientes:

- El control de constitucionalidad, que es una consecuencia obvia de la fuerza normativa de la Constitución y su carácter de norma suprema, que opera no sólo en sede jurisdiccional sino también en la administrativa.
- La eficacia directa de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela.
- El control sobre las omisiones constitucionales, toda vez que el incumplimiento por falta o parcial desarrollo de las normas constitucionales acarrea una violación a su valor normativo. De ahí que actualmente se hable ordinariamente de las llamadas sentencias aditivas o de constitucionalidad condicionada o de interpretación de rechazo. Y cabe también resaltar que estas omisiones, cuando no se predicen propiamente del legislador sino de otras autoridades públicas, son precisamente el fundamento de las acciones de cumplimiento⁴.

De esta forma, resulta evidente que el constituyente de 1991 se comprometió con la vigencia de los derechos y deberes de los ciudadanos, como deberes del Estado, y aumentó por ello el número y calidad de las acciones de control constitucional, pues ahora no sólo los ciudadanos disponen de la acción de inconstitucionalidad y el hábeas corpus, sino también de las acciones de tutela, popular y cumplimiento.

En este marco constitucional se comprende la acción de cumplimiento, ya que las autoridades públicas no pueden sustraerse a la ejecución de determinados deberes públicos de hacer, ni siquiera amparándose en el ámbito de algunas potestades administrativas, porque ello conduciría a contrariar los fines y principios del Estado Social de Derecho: la inactividad administrativa contraría el espíritu de la Carta, específicamente los artículos 1° y 6°; por eso, su artículo 87 busca con la acción de cumplimiento mayor eficacia en la satisfacción de los objetivos sociales.

No se olvide tampoco, como se señalará más adelante, que el nuestro es un Estado Social y no un Estado simplemente de derecho, lo cual implica una obligación de actuación positiva y no arbitral, en el cual las omisiones son reprochadas con mayor rigurosidad, en los términos del artículo 6° de la Carta Política: las autoridades públicas son tan responsables por actuar sin estar expresamente autorizados, como por NO actuar cuando sí lo están. Esto conduce obviamente a responsabilidades de índole disciplinaria respecto al agente incumplido, pero reafirma el carácter

⁴ PÉREZ RESTREPO, Bernardita. Fundamentos Constitucionales de la Acción de Cumplimiento. Empresas Públicas de Medellín, Revista Letras Jurídicas, volumen 3. No. 1, 1998, pp. 214 a 217.

propositivo de la nueva Constitución con el establecimiento de la acción de cumplimiento

Teóricamente, expone JORGE VÉLEZ GARCÍA⁵, la acción de cumplimiento busca simplemente hacer real y efectivo el imperio del derecho. Busca que las normas no sólo imperen en el orden de lo teórico sino que también se realicen en el orden de lo práctico, en la realidad. El deber impuesto por el derecho tiene la vocación ineludible de ser observado por la generalidad de los sujetos sometidos a su imperio: la órbita del derecho es el reino del deber ser, y el cumplimiento de ese deber es el núcleo medular del derecho.

Que algo sea debido implica que es debido por alguien compelido por el derecho a hacerlo, y el primer obligado a actuar conforme a derecho es el Estado, que obra por medio de sus servidores; el no hacerlo da lugar a que obren mecanismos de compulsión, entre ellos, la acción de cumplimiento.

LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Preliminarmente podría decirse que la acción de cumplimiento tiene por objeto concreto hacerle frente a las omisiones o inactividades de las autoridades públicas, respecto de toda actividad impuesta en normas con fuerza material de ley o acto administrativo, *ejecutivos*.

De la anterior consideración, podría decirse que la acción de cumplimiento parte de las siguientes premisas:

a) El cumplimiento de la función administrativa:

La acción de cumplimiento es un mecanismo que, esencialmente, procura hacer realidad el principio de eficacia constitucional, lo que se traduce en mandatos dirigidos especialmente a la Administración, que es la llamada a realizarlos en los casos concretos.

De acuerdo con los artículos 2° del Código Contencioso Administrativo y 4° de la Ley 489 de 1998, que no son más que aplicaciones de los artículos 123 y 209 de Carta Política, la Administración está al servicio de los intereses generales y en tal sentido debe satisfacer las necesidades de la comunidad y garantizar la efectividad de los derechos ciudadanos y deberes de las autoridades. Es ya clásica, pero con una indudable actualidad, la consideración de que la función administrativa es la que traduce en hechos concretos los mandatos constitucionales, legales y

⁵ El Imperio del Derecho. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No. 320 de 2002, p. 51.

administrativos,⁶ pues es la que los lleva a la práctica mediante actos y operaciones administrativos.

De ahí que, si la acción de cumplimiento procura darle eficacia a la ley y a los actos administrativos, su destinataria final sea la función administrativa, que se define propiamente como aquella función del Estado que aplica directamente la ley o la pone en práctica, tanto formal como materialmente.

No sobra observar que, bajo el presupuesto de que la función administrativa es la común destinataria de la acción de cumplimiento, los fallos que se profieran por la jurisdicción contencioso administrativa en sede de dicha acción, ofrecerán una pauta muy interesante para entender el concepto de función administrativa que actualmente asumen y aceptan los jueces, más cuando se trata de la función estatal que más se ha transformado en los últimos años, como lo demuestran sectores como el de los servicios públicos domiciliarios.

Así, entonces, cuando la Constitución y la ley hablan de que la acción de cumplimiento tiene por objeto la efectividad de los actos con fuerza de ley y de acto administrativo, sin duda están aludiendo a un ámbito específico: el de las omisiones, y también a una función específica del Estado, como es la función administrativa. En resumidas cuentas, tal como parece desprenderse lógicamente de la acción de cumplimiento, su escenario de aplicabilidad es el de las omisiones administrativas, y no se habla de éstas sino cuando es la función administrativa la que está presente, en términos de abstenciones de hacer algo ordenado por una norma de rango legal o administrativo.

b) La presencia de una omisión administrativa:

Si se acepta el planteamiento anterior, en el sentido de que las omisiones propiamente administrativas constituyen el punto de referencia para la procedibilidad de la acción de cumplimiento, entonces resulta por lo menos necesario tratar de determinar el alcance de dicho concepto y las obligadas precisiones que el mismo requiere en el contexto de un ordenamiento jurídico como el colombiano.

Lo anterior, en razón de que la omisión administrativa puede tener al menos dos sentidos:

- La primera, enmarcada en términos muy amplios como “posibilidad” de una actuación que no se realizó. El caso se presenta cuando una persona no hace algo (v.gr. socorrer a otro, entregar algo, etc.) pudiendo hacerlo. Propiamente

⁶ Una concepción de función administrativa con estos alcances, puede encontrarse en SAYAGUÉS LASO, Enrique; ZANOBINI, Guido y BIELSA, Rafael, entre otros.

en tal evento no existe una obligación expresa que determine la conducta de esa persona, pero lo cierto es que ella se encuentra en condiciones reales de hacerlo.

Una aplicación normativa de este sentido de la omisión es la consagrada de una manera muy general en el artículo 95 numeral 2° de la Constitución Nacional (deber de solidaridad), y en el artículo 131 del Código Penal Colombiano (omisión de socorro), que indica que “*El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años*”.

En el campo de la función administrativa un sentido tal de la omisión se encuentra respaldado en una *construcción negativa* del principio de legalidad (utilizando una terminología acuñada por la doctrina española), según la cual la Administración puede actuar hasta donde los límites del ordenamiento jurídico se lo permitan, esto es, siempre que éste no se lo prohíba expresamente. En estas condiciones, si la Administración está autorizada para actuar sólo acatando las prohibiciones legales, una omisión puede configurarse en todos aquellos casos en que se pueda demostrar, primero, que la Administración estaba en capacidad real de actuar; en segundo lugar que, a pesar de eso, no lo hizo, lo cual se evidenciará regularmente con un daño o perjuicio que se puede atribuir a dicha omisión, y en tercer lugar, que dicha actuación no le estaba proscrita por las normas legales (la búsqueda de la norma prohibitiva).

- El segundo sentido se proyecta en términos mucho más estrictos, a la manera de “obligación legal”, en cuanto planteará que sólo se configura la omisión administrativa cuando la Administración tenía el deber de actuar, que aparece expreso en una norma jurídica, y no lo hizo. En este evento se tendrá que demostrar no sólo que la Administración estaba en condiciones reales de actuar en el caso concreto⁷, sino también que existía una norma legal que le imponía claramente el deber de actuar, predeterminando su conducta de tal manera, que puesta ésta respecto a la tipificación legal, se pueda concluir su incumplimiento.

Este sentido de la omisión se apoya en una construcción positiva del principio de legalidad, según la cual la Administración sólo puede actuar cuando una norma legal expresamente se lo autoriza, pues de lo contrario, habrá responsabilidad por extralimitación de funciones.

⁷ Se parte de la premisa de que las obligaciones de la Administración son de medio, precisamente porque su actividad está condicionada social, cultural y económicamente.

¿Cuál de estos sentidos de la omisión hacen operable la acción de cumplimiento?

Lo primero que hay que decir es que el ordenamiento colombiano parece inclinarse fuertemente por una construcción positiva de vinculación de la Administración al principio de legalidad, toda vez que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 6º, 121 y 122, entre otros, de la Constitución Política, las autoridades sólo pueden cumplir aquellas funciones que expresamente la Constitución, la Ley y los reglamentos les asignen. Ello implica que lo que no está permitido expresamente en cualquiera de tales normas, les está absolutamente prohibido; lo contrario nos llevaría al campo de la extralimitación de funciones o en el de las omisiones, y ambas generan responsabilidad. Bajo esta consideración, las autoridades tendrían la garantía de que su responsabilidad por la actividad que cumplen tendrá un cubrimiento legal, como garantía de seguridad jurídica.

Este último parece ser el sentido que la Constitución y la Ley 393 de 1997 presuponen para la operatividad de la acción de cumplimiento, sin que podamos por ese hecho descartar la aplicabilidad, al menos parcial en el derecho colombiano, de una construcción negativa del principio de legalidad, que supone una posición estratégica y activa de parte de la Administración, necesaria en un contexto no liberal del Estado, como es el caso colombiano⁸.

Ahora bien, si convenimos en que la omisión administrativa es el presupuesto de la acción de cumplimiento, y que esta se presenta siempre que la Administración se abstiene de realizar una conducta debida, esto es, impuesta por una norma legal o administrativa, tendríamos así mismo que señalar que estas precisiones no hacen menos complejo el análisis de la acción de cumplimiento, pues ella debe también revisarse en el juego de los dos escenarios de las omisiones: el de las tipologías de omisiones y el de la estructura de las normas que contienen el mandato para la Administración⁹.

⁸ Una brillante exposición sobre esta novedosa forma de plantear el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, puede hallarse en MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 49 y ss.

⁹ Cabe advertir que la Constitución y la ley no hacen diferencia alguna en cuanto al tipo de omisión que sería susceptible de la acción de cumplimiento.

i. *Tipología de omisiones administrativas:*

De acuerdo con la doctrina¹⁰, las omisiones pueden responder a dos clases de inactividades administrativas: unas formales y otras materiales.

La *inactividad formal* se presenta cuando la Administración no realiza una declaración jurídica que le resulta legalmente debida¹¹, es decir, no emite el acto necesario para el cabal cumplimiento de la ley o de otro acto administrativo de rango superior. Pero, además, esta clase de omisiones formales las podemos encontrar con un carácter absoluto o parcial. En el primer caso, la administración definitivamente no ha dado aplicación a la norma legal o reglamentaria, porque no ha declarado de ninguna manera la voluntad necesaria para ese efecto, sin la cual no se puede pasar al mundo de los hechos, que es la idea central de la acción de cumplimiento. Respecto a este tópico encontraríamos posiblemente omisiones de diversa índole, como aquella que se evidencia en la falta de reglamentación de una ley¹², en un primer momento, y también la que no hace la declaración para radicar finalmente los mandatos de la ley de manera concreta en un caso particular.

Cuando se trata de la falta de expedición de un acto administrativo que radique los efectos del de la norma general en una persona en particular, nos encontraríamos ante lo que se denomina un acto de adjudicación o de reconocimiento de una situación jurídica concreta, que tendrá tintes declarativos, propios de las acciones ordinarias y no de la acción de cumplimiento que, como se examinará más adelante, tiene carácter residual, además de ejecutivo, lo que supone que opera cuando el proceso de adjudicación del derecho ya se ha producido¹³. Aunque debe aceptarse que en la

¹⁰ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. La Acción de Cumplimiento: Un Instrumento Jurídico al Servicio del Estado Social de Derecho en Colombia. Bogotá, Revista Derecho del Estado, No. 8, junio de 2000, p. 101.

¹¹ Recordemos que estamos inscribiendo la omisión dentro de una construcción positiva del principio de legalidad.

¹² La falta de reglamentación de una ley es un asunto que nos remite sin duda a la potestad reglamentaria, la cual puede ser estimada como una atribución fuertemente discrecional, de ahí que eso nos llevaría al segundo escenario de análisis que queremos enfrentar, como el relativo a la estructura de la norma que contiene el mandato objeto de la acción de cumplimiento. Si bien se abordaría el asunto allí, cabe adelantar que la acción de cumplimiento resulta, en principio, improcedente, pues la potestad reglamentaria comporta elementos de oportunidad y conveniencia que sólo la autoridad reglamentaria puede estimar; por tal razón, le faltaría la imperatividad de la norma, que es un requisito necesario para la acción de cumplimiento.

¹³ Permanentemente se subvalora la importancia de la decisión administrativa de carácter particular y la adjudicación que en ella se expresa, que en mi parecer no difiere en nada de la que realizan los jueces, porque tal como lo veo, lo que cambia es fundamentalmente el carácter definitivo de la decisión judicial a diferencia del carácter provisional de la administrativa y el amplio campo de acción con que cuenta la autoridad administrativa, dada la variedad de cometidos y procedimientos que debe permanentemente desarrollar. Por esta razón, de la decisión administrativa particular se puede perfectamente predicar su racionalidad o irracionalidad y su necesaria apelación a los criterios de interpretación y argumentación, ente otros.

multiplicidad y variabilidad de los asuntos administrativos existen las más diversas posibilidades. Así por ejemplo, un acto que pretenda reconocer una pensión de vejez es netamente declarativo de un derecho, porque debe establecerse por parte de la autoridad competente el cumplimiento de los requisitos para acceder a la misma; esto quiere decir, que una persona que se encuentre en esa situación frente a la Administración debe hacer uso de la acción ordinaria correspondiente para lograr el respectivo reconocimiento. Sin embargo, un acto de desvinculación del servicio que obedezca al cumplimiento de la edad de retiro forzoso, puede estimarse también como declarativo de una situación concreta, para lo cual se requiere simplemente la verificación de la edad respectiva. ¿Será que en este último caso es procedente la acción de cumplimiento?

Y, así, existen innumerables casos en los que se tendría que determinar la procedibilidad de la acción de cumplimiento en relación con omisiones formales que, de cumplirse, tendrían efectos concretos.

Un segundo caso lo encontramos con las omisiones formales parciales, en donde la inactividad no es total, sino que la regulación que debe ser expedida por la Administración o el reconocimiento que ella debe satisfacer no es pleno, pues no atiende todos los aspectos que se derivan de la norma que establece la obligación. Uno de los casos más típicos de incumplimiento parcial en los asuntos administrativos es el que se presenta cuando la Administración no responde o satisface todos los puntos planteados en una petición de interés general o particular. En estos casos lo que se advierte es que la acción de cumplimiento no es claramente procedente, pues sólo mediante una acción de conocimiento ordinaria podría el juez determinar hasta qué punto el incumplimiento se presentó, para entrar a ordenar los correctivos pertinentes. Ahora bien, si se trata de los casos típicos del derecho de petición, por supuesto que ellos pueden ventilarse mediante acciones de tutela, por encontrarse comprometido en tal caso un derecho constitucional fundamental; la acción de cumplimiento pasaría así a segundo plano o sería, simplemente, improcedente.

Podría de todos modos plantearse la hipótesis de que, por regla general, las omisiones formales en todo su sentido no son susceptibles de la acción de cumplimiento, justamente por no contar con las condiciones de ejecutividad que la misma requiere, que implica, por su misma residualidad, que la situación jurídica de que se trate se encuentre definida, y simplemente penda de su efectivo cumplimiento o ejecución.

Por su parte, la *inactividad material* consiste en la falta de realización de una actividad material técnica, que propenda por la efectiva aplicación de un acto jurídico que trascienda al mundo de los hechos y lo ejecute con efectos prácticos. Se trata, sin más, de la ausencia de la operación administrativa que la Administración

debe desarrollar para darle la debida aplicación al acto materialmente legislativo o administrativo. Lo que acontece es que la Administración no pone en marcha el conjunto de actividades tendientes a hacer efectiva y práctica la decisión adoptada por el legislador o por la misma Administración.

El de las omisiones materiales, es el espacio más propicio para la acción de cumplimiento, pues lo que normalmente ocurre es precisamente la falta de realización concreta de los cometidos previstos y ordenados en las normas. Hay una hiperinflación normativa que no se corresponde con su ejecución práctica.

ii. La estructura de las normas susceptibles de la acción de cumplimiento:

Desde el punto de vista estrictamente teórico, puede afirmarse que la función administrativa se cumple mediante el ejercicio de dos clases de facultades: unas que son regladas y otras que son discrecionales. Por supuesto que lo que ocurre normalmente es que tales atribuciones tengan tanto de las unas como de las otras,¹⁴ porque difícilmente se encuentran en estado puro, en cualquiera de los dos casos. No obstante, la tendencia predominante hacia la una puede decir mucho sobre la procedibilidad o improcedibilidad de la acción de cumplimiento.

Las facultades regladas se caracterizan por una predeterminación muy completa de la conducta administrativa, pues las normas que las consagran definen clara y suficientemente lo que la Administración debe hacer en cada caso, sin que le ofrezca opciones o alternativas. La norma configura todos los extremos del acto o de la actividad administrativa.

Podría decirse que es en estos casos donde es indiscutible la procedibilidad de la acción de cumplimiento, pues es allí donde encontramos un mandato imperativo que debe ser cumplido por la Administración, porque, de no hacerlo, podría poner en entredicho no sólo la legalidad de su actuación sino también su responsabilidad, por omitir una conducta debida.

Las facultades discrecionales, por su parte, se caracterizan por una indiferencia jurídica respecto a algunos elementos de la actuación administrativa, los cuales deben ser completados por la Administración, quien en los casos concretos, podría estimar ciertas circunstancias, normalmente bajo criterios de oportunidad y conveniencia, para adelantar dicha actuación o para aplicar el acto. En este escenario, la norma que atribuye la competencia no predetermina todo lo que la Administración debe hacer, dejando así un espacio que ha de ser completado por ella.

¹⁴

Un estudio jurisprudencial muy interesante sobre la discrecionalidad fue el realizado por la Corte Constitucional, citando para estos efectos permanentemente al Consejo de Estado, en la Sentencia SU-250 de 1998.

Esta clase de facultades tienen como nota esencial, finalmente, que otorgan, en los puntos de indiferencia legal, opciones o alternativas a la Administración. Si hay opciones, cualquiera que ella escoja será legítima.

¿Puede plantearse la procedibilidad de la acción de cumplimiento cuando la Administración actúa en ejercicio de facultades discrecionales? ¿Podrá un juez ordenar a la Administración el cumplimiento de una norma en un sentido específico, cuando de esta se desprende otra opción para la autoridad pública?

Por ejemplo, el artículo 27 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995, establece que los avalúos de bienes inmuebles que deban realizarlas entidades públicas podrán ser adelantados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por cualquier persona natural o jurídica privada registrada y autorizada por la lonja. Si mediante una acción de cumplimiento se obligara a la Administración a avaluar los inmuebles sólo por conducto del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se estaría cercenando a la Administración la posibilidad legítima, que también se desprende de la norma, de escoger la opción privada.

Esto nos muestra que la procedibilidad de la acción de cumplimiento no es posible cuando su objeto recae en conductas alternativas para la Administración. Podría sustentarse esto en el hecho de que en las facultades discrecionales están implicadas consideraciones de mérito (oportunidad y conveniencia) que sólo la Administración, y no el juez, puede apreciar, sino se quiere con ello afectar el principio de separación de poderes.

Ahora bien, cuando se habla de facultades regladas y discrecionales en el desarrollo de la función administrativa, una digresión obligatoria ha de hacerse sobre los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, que son empleados regularmente por las normas legales que atribuyen competencias, facultades, deberes u obligaciones a las autoridades. Es normal entonces que, hablando de la acción de cumplimiento, deba introducirse el análisis de estos conceptos, en razón de que pueden modular el comportamiento de la Administración con miras al cumplimiento de sus deberes y competencias.

Los conceptos jurídicos indeterminados se constituyen en una técnica mediante la cual el creador de la norma alude a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados con exactitud, precisamente porque tales conceptos no admiten una definición rigurosa¹⁵, tal como acontece con la buena fe, el interés general, la utilidad pública, diligencia, entre otros muchos que tienen esta estructura. Son

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1993, página 444.

conceptos de valor o de experiencia que deben ser precisados a la hora de su aplicación por parte de la Administración Pública.

Esta característica de indefinición precisa de los conceptos jurídicos indeterminados ha llevado a pensar que ellos son la mejor fuente de facultades discrecionales, por lo que la Administración en tal caso tiene distintas opciones para actuar o decidir. Siendo así, se podría afirmar que la acción de cumplimiento no podría operar cuando el cumplimiento de la norma está supeditada a la aplicación de algunos de estos conceptos, pues si ellos ofrecen alternativas para la Administración ella tiene plena legitimidad para escoger entre distintas opciones, faltando así para los efectos de la acción de cumplimiento la perentoriedad exigida para su prosperidad. Los argumentos dados en relación con las facultades discrecionales serían entonces perfectamente extensibles a este caso.

Sin embargo, debe observarse que los conceptos jurídicos indeterminados sugieren más que un asunto de opciones para la Administración, un problema de indeterminación del enunciado, que no necesariamente se traduce en una indeterminación en su aplicación. La Administración se enfrenta a una situación de valoración en el caso concreto de lo que la norma quiere regular con el concepto. Así por ejemplo, cuando debe establecer si se presentan los llamados motivos de utilidad pública para efectos de proceder a la expropiación, de conformidad con la Ley 388 de 1997. En el artículo 63 de esta ley, se señala, entre otros aspectos, que *“se considera que existen motivos de utilidad pública para expropiar por vía administrativa cuando se presente el incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en pública subasta, de los terrenos e inmuebles objeto del procedimiento previsto en el capítulo VI de la presente ley”*.

Si se tratara de una facultad discrecional, la Administración podría escoger, libremente, los eventos en los cuales hay incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en la subasta pública. Pero no. Lo cierto es que ella debe, en el caso concreto, determinar si las condiciones establecidas por la norma se cumplen o no, lo cual se constituye en un asunto de valoración de una realidad, no de escogencia entre alternativas. Esa valoración sería controlable judicialmente, es decir, puede el juez establecer hasta qué punto la Administración acertó o se equivocó en la determinación del evento de la utilidad pública que la norma regulaba. En cambio, cuando se trata de facultades discrecionales, las decisiones de la Administración pueden irse en cualquiera de las direcciones que la norma ha permitido, por lo cual, en principio, el juez no tiene la facultad de determinar la justeza de la opción por ella escogida.

Resulta claro que los conceptos jurídicos indeterminados generan problemas para interpretar la aplicación de la norma al caso concreto, pero no ofrecen alternativas para la Administración, por eso se tratarían más bien como tópicos de facultades regladas, en donde la solución al caso es sólo una, pudiendo por esa razón ser exigible la conducta administrativa, aun bajo los cauces de la acción de cumplimiento. Ahora bien, uno de los asuntos que deben todavía precisarse es hasta qué punto la jurisprudencia está dispuesta a aceptar que los problemas de valoración de conceptos puedan ser exigibles mediante acciones de cumplimiento: ¿la valoración que allí debe hacerse por parte de la Administración despoja a la norma de su carácter imperativo o ejecutorio como es de la esencia de la acción de cumplimiento?

NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN SUSCEPTIBLE DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

- a) Contenido del deber omitido: Decíamos anteriormente que la acción de cumplimiento tiene por objeto concreto hacerle frente a las omisiones o inactividades de las autoridades públicas, respecto de toda actividad impuesta en normas con fuerza material de ley o acto administrativo, *ejecutivos*. En realidad no debería requerirse de un acción como la de cumplimiento si se piensa que la ley y el acto administrativo implican, *per se* la idea de un mandato de carácter obligatorio. La característica esencial de la ley y del acto administrativo es la de ser imperativos por sí mismos y, por ende, de forzosa ejecución y cumplimiento¹⁶. Pero la realidad es que en Colombia las normas no se cumplen y la acción de cumplimiento hace frente a esta realidad. Así pues, si la finalidad de esta acción es el cumplimiento de la norma, entonces se trata de una *pretensión de ejecución* y no de conocimiento¹⁷, por lo que la norma que se solicita cumplir debe ser de tal naturaleza que el juez no tenga que establecer si se configura el derecho o deber de cumplimiento, lo que en palabras del Consejo de Estado lleva a predicar de tales actos las mismas características del título ejecutivo, esto es, ser claro, expreso y exigible; y ello por razón de que a través de la acción de cumplimiento no es posible discutir derechos sino hacer respetar los ya existentes. Lo cual implica entonces, que pueden existir incumplimientos imputables a las autoridades que no estarían sujetos al control judicial especial de la acción de cumplimiento, por tener muy poco valor vinculante, aspecto éste que, en todo caso, no se desprende del texto constitucional.

¹⁶ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Calos. *Op. Cit.*, p. 139.

¹⁷ RAMÍREZ RAMÍREZ, Octavio. La Acción de Cumplimiento. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, p. 42.

Aclaremos tales condiciones:

- *Claridad*: Alude a que el deber omitido debe ser exacto y preciso, de forma tal que defina los alcances de su aplicación.
- *Expresividad*: Es decir, que la obligación que se pretende hacer cumplir esté expresamente consagrada en una ley o acto administrativo. En este caso, ¿qué ocurriría, por ejemplo, con los actos presuntos productos del silencio administrativo?
- *Exigibilidad*: El mandato u obligación debe ser imperativo e inobjetable y debe estar radicado en la autoridad de la cual se impetra el cumplimiento. En últimas, que sea obligatoria, pues sólo se puede cumplir aquello que sea exigible.

Con relación a la *exigibilidad u obligatoriedad*, deben hacerse algunas precisiones:

Existencia, validez y obligatoriedad. Se trata de conceptos diferentes, que en algunos momentos pueden coincidir y que determinarían la viabilidad de la acción de cumplimiento:

- Por existencia, entendemos el momento en que el acto, bien sea legal o administrativo, agota su proceso de perfeccionamiento, porque cumple con todas las condiciones legalmente previstas para el efecto. Así, podríamos decir que la ley existe desde el momento en que, surtidos los debates en el Congreso, es sancionada por el Presidente de la República. La promulgación es un asunto de oponibilidad o exigencia, no de existencia. En el caso del acto administrativo, su existencia se verifica en el momento en que es expedido por la autoridad competente, sin que se requiera para ello su publicidad, que será, como en el caso de la ley, un asunto de oponibilidad.
- La validez, que en el derecho colombiano se presume por el hecho de ser dictado el acto y que coincide con su existencia; dicha validez sólo se desvirtuará por una declaración judicial que así lo establezca.

La obligatoriedad merece la siguiente distinción:

- De la ley: Con el acto de promulgación, de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Régimen Político y Municipal, Ley 4ª de 1913, aunque admite algunas excepciones, como cuando la misma ley dispone otra cosa.
- Del acto administrativo: En general se presenta cuando el acto cumple con la operación administrativa de publicidad, esto es, se da a conocer a los afectados. Sin embargo, debe tenerse presente que la publicidad como presupuesto de eficacia del acto tiene sentido en relación con los administrados, no en relación

con la Administración, que será la que regularmente atenderá por pasiva la acción de cumplimiento.

También inciden en la obligatoriedad los contenidos eventuales del acto, esto es, las condiciones y plazos, toda vez que éstos impiden que la obligación sea simple, como se exige en todo acto que pretenda ser ejecutorio.

- b) Normas jurídicas que no pueden ser exigidas por acción de cumplimiento: Finalmente, cabe indicar que la acción de cumplimiento procede en un campo tan amplio de actos públicos, que sólo quedarían excluidos los siguientes:
- Las normas constitucionales
 - Las decisiones judiciales
 - Los actos presuntos
 - Las cláusulas contractuales
 - Las normas manifiestamente contrarias a la Constitución Política

Algunos de estos actos sugieren discusiones muy interesantes, que bien podrían estimular otro escrito sobre el particular, aprovechando la ocasión, incluso, para introducir en tales discusiones pronunciamientos jurisprudenciales que de hecho han delimitado aún más la operatividad de esta acción constitucional.



The addicts
Acrílico sobre tela
Jonathan Carvajal
2006

LAS MÚSICAS DE FUSIÓN Y EL ANARCO PUNK EN BOGOTÁ Y MEDELLÍN. ALGUNAS PERCEPCIONES DE LO LEGAL

-
- * Este artículo presenta los resultados de una investigación realizada en el marco del proyecto “Modelos de Negocios Abiertos”, financiada por el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC) de Canadá, bajo la coordinación regional del Centro de Tecnología y Sociedad (CTS) de la Universidad Getulio Vargas de Río de Janeiro en Brasil. Estuvo dirigida por Ana María Ochoa, investigadora y profesora del departamento de Música de la Universidad de Nueva York, con el apoyo de un pequeño grupo de asistentes de investigación conformado, entre otros, por Omar Romero, Federico Ochoa, Andrea Restrepo y Carolina Botero como asesora e investigadora en los temas jurídicos.

Fecha de recepción: Marzo 20 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 20 de 2007

LAS MÚSICAS DE FUSIÓN Y EL ANARCO PUNK EN BOGOTÁ Y MEDELLÍN.

Algunas percepciones de lo legal

*Carolina Botero Cabrera**

RESUMEN

“Las Músicas de Fusión y el Anarco Punk en Bogotá y Medellín” se inscribe dentro de un proyecto de investigación alrededor de modelos de negocios abiertos en Latino América.

El proyecto colombiano se ocupó de diversas temáticas entre las que destaco las relaciones de estos artistas con los derechos de autor y con *la ley* en general.

Este artículo presenta el proyecto relacionando datos de la producción musical colombiana y la percepción legal cotidiana de los artistas con la teoría que se construye sobre la existencia de dos economías, la primera o tradicional que responde a la remuneración económica y la segunda cuyo motor no es esencialmente esa remuneración.

Palabras clave: derecho de autor, economía de compartir, negocios abiertos, circulación musical, copyleft, licencias libres, creative commons, social commons, legal commons, industria musical, cultura musical.

FUSION MUSIC AND ANARCHO PUNK IN BOGOTÁ AND MEDELLÍN.

Some legal perceptions

ABSTRACT

“Fusion music and anarcho punk in Bogotá and Medellín” gets register within a research project around Open Business models in Latin America. The Colombian project works on diverse themes among which I emphasize the relations of these artists with specifics copyright issues and with general *law* topics.

This article presents the said project, relating data of the Colombian musical production and the artist’s daily legal perception to resent theories about the existence of two economics, the first one or traditional which responds to commercial economic logics and the second one which is not essentially based on the exchange of money.

Key words: copyright, share economy, open business, musical circulation, copyleft, free licenses, creative commons, social commons, legal commons, musical industry, musical culture.

* Abogada de la Universidad del Rosario. Maestría en Derecho Internacional y de la Cooperación (1993, VUB-Bélgica). Maestría en Derecho de la Contratación (UAB-España). Pasantías de investigación en la Universidad de Lecce (2004-2005, Italia) y Universidad de California en Berkeley (primavera 2006, USA). Experiencia de más de 10 años como profesional en temas de contratación y derecho societario. Investigadora en temas de nuevas tecnologías, educación y derechos de autor (con entidades como Unibiblos de la Universidad Nacional de Colombia, Open Business y Fundación Karisma). Profesora de la Facultad de Derecho del Politécnico Grancolombiano en Bogotá. Co-lider para Colombia de Creative Commons.

LAS MÚSICAS DE FUSIÓN Y EL ANARCO PUNK EN BOGOTÁ Y MEDELLÍN.

Algunas percepciones de lo legal

Para analizar las industrias culturales que emergen de las periferias de América Latina, Open Business¹ adelantó un proyecto de investigación alrededor de la temática de los modelos de negocios abiertos en esta región. La investigación fue financiada por el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC)² de Canadá, bajo la coordinación regional del Centro de Tecnología y Sociedad (CTS) de la Universidad Getulio Vargas de Río de Janeiro en Brasil.

El objetivo central era el de mapear focos de cultura libre mirándolos como un mercado económico que forma parte de la cadena productiva y de ese modo mostrar su relevancia, nivel de innovación y eficiencias. Las investigaciones se llevaron a cabo en México, Argentina, Colombia y Brasil con un alcance y visión diferente en cada caso.

Las Músicas de Fusión y el Anarco Punk en Bogotá y Medellín, la investigación

“Las Músicas de Fusión y el Anarco Punk en Bogotá y Medellín” reúne los resultados de una de esas investigaciones para el contexto colombiano³. La investigación busca abordar la forma como se está produciendo música en Colombia fuera del modelo económico que tradicionalmente emplea la industria cultural. La intención es aproximarnos a la idea de producción cultural musical desde el concepto que se

¹ Se trata del proyecto Open Business (<http://www.openbusiness.cc/>), que recoge e impulsa modelos de negocios abiertos e innovadores basados en la Libre cultura mediante una asociación entre el equipo de Creative Commons UK, Creative Commons Sur Africa y el Centro de Tecnología y Sociedad (CTS) de la Universidad Getulio Vargas de Río de Janeiro en Brasil.

² http://www.idrc.ca/en/ev-1-201-1-DO_TOPIC.html

³ Este proyecto de investigación estuvo dirigido por Ana María Ochoa (investigadora y profesora del departamento de Música de la Universidad de Nueva York <http://www.nyu.edu/gsas/dept/music/Ochoa.html>) con el apoyo de un pequeño grupo de asistentes de investigación (Omar Romero, Federico Ochoa y Andrea Restrepo) y Carolina Botero como asesora e investigadora en los temas jurídicos.

viene construyendo alrededor de los denominados modelos de *negocios abiertos*⁴ e identificando elementos de lo que se viene conociendo como *librecultura*⁵.

Dentro de ese marco conceptual se pretende con esa investigación iniciar la construcción de un mapa de las tendencias de desarrollo de dos géneros musicales, *las músicas de fusión*⁶ y *el anarco punk*⁷, y de dos contextos geográficos colombianos, Bogotá y Medellín.

La metodología empleada fue la de realizar entrevistas a grupos que se desempeñan dentro de estos dos géneros en Bogotá y en Medellín y sus conclusiones se sustentan adicionalmente en los conocimientos que algunos de los miembros del grupo habían desarrollado con antelación por estar involucrados de una u otra forma con la temática.

-
- 4 El análisis de los modelos de negocios y cómo éstos afectan la forma en que las empresas adelantan sus actividades se ha desarrollado desde la segunda mitad del siglo XX y especialmente en los últimos años. Aún no hay un concepto claro sobre lo que hay detrás de este concepto pero se acepta que se trata de una forma diferente de aproximarse a una forma de producción y comercialización, de un modelo cerrado y de total control se pasa a esquemas donde compartir y permitir o liberar se convierten en posibilidades dentro de las actividades empresariales con efectos sorprendentes en la capacidad de competir en el mercado. Ariel Vercelli desde el sitio www.negociosabiertos.com ha venido analizando los aspectos conceptuales del término, lo hace en el artículo “Pensando los modelos de negocios abiertos: entre la innovación y la gestión estratégica de los bienes intelectuales” (puede consultarse en <http://www.negociosabiertos.com/?p=12>) y avanza en ese camino cuando analiza del libro *Open Business Models* de Henry Chesbrough (que encuentran en <http://www.negociosabiertos.com/?p=26>). El sitio de negocios abiertos es útil para analizar este concepto, hacer seguimiento a la evolución y ver el desarrollo de lo que se está construyendo alrededor del término *Negocio Abierto* u *Open Business*.
- 5 “*LibreCultura es un término que va acuñándose para recoger todas aquellas ideas que se desprenden del importante aporte del Software Libre, a la sociedad de la información, evoca las críticas que se han hecho al status quo que privilegia la visión individualista y privada de la sociedad, y en este sentido necesariamente remite a los cuestionamientos que se han hecho al régimen jurídico de las “propiedades” industrial e intelectual.* Botero Cabrera, Carolina, 2006, *LibreDerecho para una LibreCultura*, Revista TEXTOS de la CiberSociedad, 10. Temática Variada. Disponible en <http://www.cibersociedad.net> (última visita el 12 de mayo de 2007).
- 6 En la investigación se define el término “músicas de fusión” como aquellas “*que mezclan géneros tradicionales colombianos, especialmente del Caribe y del Pacífico, (aunque no exclusivamente) con elementos del rock, del jazz y/o de las músicas electrónicas. En festivales, concursos y en la prensa colombiana también se le nombra como la “nueva música colombiana”. Las músicas de fusión coexisten y se entrelazan con un gran resurgimiento e interés por las músicas históricamente consideradas tradicionales (el folklore) en el país.*”
- 7 Las palabras de Stacy Thomson sirven para definir el anarco punk: “*es un género que surge en Inglaterra en 1977... y que dentro del punk aparece como la vertiente contestataria más radical en términos del punk como resistencia al mercado/sociedad de consumo*” (commodification) (Thompson, Stacy. 2004. *Punk Production. Unfinished Business*. Albany: State University of New York), se trata entonces de un subgénero del punk que a su turno es un subgénero del rock.

El análisis se refirió a los circuitos de circulación, a los agentes involucrados, a las estructuras laborales formales e informales, a las prácticas de intercambio musical (monetarias o no), a las relaciones con los cambios tecnológicos, y a las relaciones con los derechos de autor y con *la ley* en general. Además de ello, exploró la relación estrecha que existe entre la manera como se conceptualiza el género musical y su relación con las prácticas de producción, distribución y negocio. El proyecto de investigación en este caso se concibió como un proyecto piloto que permitiría un acercamiento inicial a los circuitos de intercambio de dichas músicas y buscaba presentar sugerencias concretas para políticas públicas en el tema cultural.

Las Músicas de Fusión y el Anarco Punk en Bogotá y Medellín, algunas percepciones de lo legal

En el caso del presente texto se pretende recoger y exponer algunas reflexiones sobre ciertos datos concretos de lo que es la industria musical en contraste con la producción cultural en Colombia para propiciar reflexiones diversas de los espacios culturales y se intenta provocar al lector para que continúe la lectura del informe que recoge los resultados de la investigación descrita cuando sea publicado por los organizadores de la investigación en la región.

Con este fin en primer lugar expondré la existencia de dos economías que se mueven entre la tradicional industria musical y los que están fuera de ella. A renglón seguido explicaré esas dos economías en el contexto económico de la producción musical en Colombia y de la percepción de los músicos sobre el régimen legal. La exposición resalta los aspectos del derecho de autor que surgen de la investigación y los relaciona con las temáticas de negocios abiertos y librecultura.

A modo de conclusión enlazaré estos aspectos de la investigación con algunas reflexiones sobre vacíos que se evidencian en el espacio cultural y sobre aspectos teóricos que han surgido con posterioridad al cierre del proyecto (entendiendo los resultados de la investigación como una primera etapa de la misma).

Dos economías: la industria cultural y la cultura

Se viene hablando en la literatura académica (particularmente en el marco de las ciencias sociales) de la existencia de dos economías, una que responde a la idea capitalista y otra cuyo valor esencial no es la remuneración económica y por lo tanto se aparta de la primera.

Es en esta segunda economía en la que se enmarca el proyecto de investigación efectuado. Se trata, entonces, de un espacio en el que el modelo de producción se soporta en voluntarios que crean conjuntamente con un fin común no necesariamente de remuneración económica. De esta forma las obras resultantes aprovechan la idea de ser del *común* y por tanto pueden ser aprovechables por la comunidad. Estamos frente a una economía abierta cuyo eje es compartir y que también genera riqueza⁸. Esta economía que se distancia de la que tradicionalmente asociamos con el mercado capitalista, con la *economía comercial tradicional*, es la que Benkler⁹ llama *share economy*.

Es el profesor Lessig¹⁰ quien llama estas dos economías como primera y segunda economía para evitar problemas en el significado de las palabras con que otros las identifican (comercial vs compartir) y agrega que en la segunda economía los protagonistas son efectivamente los creadores ‘amateur’, entendiendo por tales no los que son principiantes en su labor, sino los que crean por amor a lo que hacen y no por el dinero¹¹.

Quienes hablan desde la librecultura, por su parte, son defensores de la existencia de ese espacio de producción y circulación. Me refiero a la que catalogamos como segunda economía, tal como queda enunciado en documentos como el Manifiesto por la Librecultura que reivindica la distancia entre cultura e industria cultural (dualidad que se asocia con los espacios ocupados por las mencionadas dos economías) en expresiones como:

“...En ‘librecultura’ creemos que es necesario separar tajantemente la engañosa confusión entre la ‘cultura’ y sus ‘industrias culturales’. Creemos que la ‘cultura’ que nos constituye en comunidad es el reservorio de nuestra identidad común, la fuente de nuestra creatividad y el espacio de innovación y producción de conocimiento. Afirmamos que la ‘cultura’ es infinitamente más valiosa, profunda y diversa que la ‘industria cultural’ que produce ‘bienes de consumo’ y enormes ganancias concentradas en unas pocas corporaciones comerciales. Buscamos la libre circulación de bienes y obras intelectuales. Queremos proteger la posibilidad de que cualquier persona pueda expresarse,

8 WEBER, Steven. *The Success of Open Networks*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2004.

9 BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006

10 Cfr, LESSIG, Lawrence, “on the economies of culture” <http://www.lessig.org/blog/archives/003550.shtml>

11 LESSIG, Lawrence, lessig “CC Values”, texto que corresponde a una serie de textos semanales escritos por Lessig para Creative Commons, octubre 2006, puede consultarse en <http://creativecommons.org/weblog/entry/6118> última visita el 25 de febrero de 2007.

ser artista, desarrollar su arte y emprender sin necesidad de tener contactos con algunos ‘dueños’ de las industrias culturales...”¹².

En la dualidad que se vislumbra detrás de las dos economías, que distancia los espacios culturales del de los intereses de la industria cultural, la propiedad intelectual, y más concretamente el derecho de autor, ha adquirido una especial connotación. La razón para que el derecho de autor tenga una posición destacada en este entorno es que los productos que se transan en este mercado, los bienes intelectuales, están sujetos a este régimen jurídico y, en consecuencia, buena parte de la diferencia entre una y otra economía (y por lo tanto entre la industria cultural y la cultura) ha sido la forma como su entorno se aproxima a esta legislación. En relación con este aspecto legal es importante resaltar que mientras la primera economía se sustenta en el modelo legal del derecho de autor, la segunda lo debe ajustar a sus intereses y, en consecuencia, soporta su legalidad en el desarrollo de modelos jurídicos alternativos al sistema jurídico. Estos nuevos modelos apoyan ya no los intereses de la industria cultural, sino los valores que los colectivos (las comunidades) necesitan para el desarrollo de su espacio cultural.

El eje del derecho de autor es reconocer a los derechohabientes el control sobre la obra para conseguir su remuneración. Este control se logra mediante la concesión de derechos legales monopólicos temporales que gestionados deben permitir al autor obtener la remuneración que garantiza que continúe siendo creativo, es decir, parte de la base de que la remuneración económica es el incentivo para esa creatividad.

El que la remuneración económica se entienda como motor de la creatividad es lo que hace que a muchos sorprenda que en la segunda economía, a pesar de que el interés central no sea la remuneración económica, la creatividad se mantenga y la producción se desarrolle estimulada por valores colectivos, de comunidad, de compartir, todas iniciativas que se alejan de la visión individual del derecho de autor.

Las alternativas legales que se vienen desarrollando para apoyar esos procesos de producción, que no son tradicionales en un mercado capitalista, son esencialmente las conocidas como licencias libres. Las licencias libres nacieron originalmente en el

12 El texto completo se puede consultar en <http://www.librecultura.org/manifiesto.html>, última visita el 25 de febrero de 2007. Los movimientos por la librecultura en general reivindican esta distancia y ella constituye eje central de su posición ideológica. Puede ser interesante consultar para estos efectos las expresiones que se usan en uno de los primeros movimientos que adoptan esta posición: el movimiento estudiantil *freeculture*, este movimiento se desarrolló y tomó gran fuerza en EEUU y su ideología se encuentra resumida en su manifiesto que puede consultarse en <http://freeculture.org/manifeso.php>, última visita el 27 de febrero de 2007.

software libre¹³ y abierto¹⁴ y se difunden rápidamente hacia otras obras protegidas por el derecho de autor (con iniciativas como la de artlibre¹⁵, Creative Commons¹⁶, etc.) que se constituyen en las herramientas que enlazan el marco legal, que responde más a los intereses de la primera economía, con los valores que son propios de la segunda economía.

Al comparar este marco conceptual descrito con lo que se encontró durante la investigación, en relación con las prácticas de los músicos en los dos géneros musicales estudiados, se pudo enmarcar la teoría con la realidad y este análisis quedó consignado de la siguiente manera:

“En el caso del anarco-punk en Colombia pareciera existir precisamente esta división claramente marcada en lo ideológico, bajo unas políticas transnacionales del compartir bajo la ideología del “hazlo tu mismo” (DIY, do it yourself) que surgieron como un sistema de trueque abierto. En buena medida ésto se puede dar porque los músicos de anarco-punk (a diferencia de otras tendencias del punk) no pretenden vivir de sus producciones musicales. Esto permite que la obra circule libremente internacionalmente y no se espera ningún tipo de remuneración, ni siquiera el reconocimiento más allá de las esferas estéticas compartidas de los anarcopunqueros. La obra circula más allá del control de los artistas o de cualquier tipo de control de derecho autoral y en ese sentido es completamente abierta. Pero en el caso de las llamadas músicas de fusión, dicha división se hace más complicada ya que los músicos desean ser reconocidos y desean remuneración económica por su producción fonográfica. Más que una división binaria entre uno u otro modo de remuneración económica, nos encontramos ante un fenómeno artístico de músicos que buscan cómo subsistir como músicos profesionales en medio de una gran creatividad para lograrlo y para poder crear y poner a circular sus productos en medio de un espacio público que se percibe como contrario a ayudarles a articular dichas posibilidades laborales y artísticas. Gran parte de la economía de las músicas de fusión consiste en inventarse formas de trueque que existen contradictoriamente y en relaciones complejas entre uno y otro extremo: el de negocios abiertos versus el de remuneración.”

13 El movimiento se aglutina principalmente alrededor de la Free Software Foundation (<http://www.fsf.org>)

14 En relación con el software de código abierto está la Open Source Initiative (<http://www.opensource.org/>).

15 Desarrollada por la Copyleft Attitude, y su licencia Artlibre que puede revisarse en <http://artlibre.org/licence/lal/es/>

16 La página de Creative Commons es <http://www.creativecommons.org>

Esta descripción parece validar en la realidad colombiana la existencia de una fuerte dualidad que confirma la teoría, sin embargo, al catalogar estos géneros y los grupos en la investigación, como actores de la segunda economía, surgen tensiones que obligan a replantear una visión netamente dualista como veremos más adelante.

Dos economías de producción musical en Colombia: la industria musical y la cultura musical

El último estudio de la industria fonográfica para el país se hizo en 2003, se trata del documento *Impacto del sector fonográfico en la economía colombiana* (2003) de Luis Alberto Zuleta y Lino Jaramillo¹⁷ y las cifras que se mencionan allí corresponden a una descripción formal del sector fonográfico que identificamos con la industria musical. Los datos del informe excluyen las prácticas de autoproducción y autogestión que caracterizan a las músicas que se analizaron en la investigación.

De los datos de ese estudio se presentan en los resultados de la investigación importantes conclusiones que están respaldadas con el análisis de las entrevistas efectuadas. Entre ellas resalto lo que se refiere a la producción musical, pues el estudio confirma que hay una primera economía colombiana con un importante grado de concentración a nivel de productores. La forma como el estudio de Jaramillo y Zuleta explica esa concentración quedó consignada en los resultados de nuestra investigación de la siguiente manera:

“...unas siete empresas de las veinte consideradas explican casi todas las ventas del grupo y las primeras cuatro empresas son responsables del 62% del valor vendido”. De estas empresas las majors BMG, Sony, EMI, Polygram-Universal y Warner tienen el 63% de las ventas en el año 2000 y lo que ellos llaman Indies, otras catorce empresas nacionales, tienen el 14% del mercado con un total del 37% de las ventas en el año 2000. En 1995 “la distribución del mercado era 55% para las empresas nacionales y 45% para las majors”. Según ellos, “la distribución de la participación en el mercado interno entre empresas nacionales e internacionales es prácticamente la misma para todos los años a partir de 1996...”¹⁸

Con base en lo anterior, si las grandes empresas multinacionales de la música desarrollan más de la mitad del mercado comercial colombiano es fácil e indiscutible

17 JARAMILLO, Lino y ZULETA, Luis Alberto. *Impacto del sector fonográfico en la economía colombiana*. Bogotá: Ministerio de Cultura de Colombia, 2003, http://www.cab.int.co/media/libro_impacto_fonografico.pdf (última visita el 12 de mayo de 2007).

18 En la forma como quedaron citados en el informe final de la investigación apartes del estudio *Impacto del sector fonográfico en la economía colombiana*.

concluir que no producen y circulan la mitad de la rica y prolífica producción musical cultural colombiana. Es evidente que en Colombia hay una floreciente producción y circulación musical por fuera de esa economía de lo *comercial*, por fuera de la primera economía. Pero, si hay pocos datos de la primera economía, de la formal, debemos admitir que de la otra economía, de la segunda, nada sabemos.

En contraste con una producción realizada por la industria musical controlada por unos pocos y por lo tanto fácilmente cuantificable, hay formas directas de producción y circulación de los bienes culturales que suceden en comunidades de intereses y circulan en forma abierta. Se trata de procesos productivos de autogestión y autopromoción que asocian al artista con la segunda economía. Estos procesos de autoproducción y autogestión son la regla general en la realización y circulación de los bienes culturales producidos por los grupos que formaron parte de la investigación¹⁹.

De esta segunda economía, de la producción y circulación de bienes en espacios culturales, no hay estudios debido a la informalidad del intercambio o sus datos no se ven reflejados en la información recogida para la industria cultural porque no es posible identificarlos de ésta (se mezclan en ocasiones con datos y procesos de la primera economía, cuando la producción ocasionalmente se da dentro de esos márgenes), como cuando una producción musical de los músicos de fusión es financiada y promovida por una indie²⁰.

Entonces, al tomar la información del estudio de Jaramillo y Zuleta y contrastarla con los datos que iban surgiendo en nuestra investigación se reafirmaba cómo en varios aspectos en Colombia existen dos economías, dos espacios de producción y circulación musical con sus diferencias, que deben ser tenidos en cuenta como alternativas y no como contradicciones. Adicionalmente es forzoso concluir que si bien el diagnóstico arroja como resultado la existencia de dos economías con dinámicas diversas, también se puede establecer que hay varios aspectos que no logran encajar perfectamente en esa dualidad y que es necesario explorar los vasos comunicantes y las dificultades que no se consigue abordar desde las explicaciones que se formulan para uno u otro opuesto pues no son dos mundos que existan con independencia necesaria el uno del otro.

19 En los resultados de la investigación se detalla la forma como se da la autogestión y autopromoción en los grupos entrevistados y en los dos géneros musicales escogidos.

20 Vale la pena mencionar que la posición del informe de la investigación precisamente es que en la actualidad lo que hay es una disolución de las estructuras como las únicas o las principales mediadoras de la producción musical (particularmente en las músicas que abordamos), pero la forma como se describe generalmente la industria musical (desde la década del noventa) es mediante la división entre independientes (indies) y majors, que son por lo tanto los actores que se ven reflejados en el informe de Jaramillo y Zuleta.

El derecho de autor. La perspectiva de los músicos entre lo abierto y lo cerrado

Una de las preguntas que fue objeto de especial atención en el marco de la investigación fue la de la *percepción cotidiana* de la ley entre los músicos y su relación con la creación de regímenes alternativos de circulación y de valor musical.

Fueron varios los aspectos jurídicos que se analizaron desde la perspectiva de los músicos: (a) ¿cómo entienden el derecho de autor y cómo lo gestionan? (por ejemplo frente a su relación con la piratería), (b) ¿cómo abordan aspectos prácticos del régimen jurídico? (como el registro de la obra o la gestión colectiva de derechos), e incluso aspectos más concretos como el que surge de (c) la complicada relación entre la creatividad y el uso de músicas folclóricas que son consideradas por la legislación como dominio público/patrimonio cultural de la nación²¹.

a) *¿Cómo entienden estos músicos el derecho de autor y cómo lo gestionan?*

Si bien los músicos que participaron en la investigación tienen alguna conciencia de la existencia de una institución jurídica que los afecta en forma muy directa, por motivos diversos ellos no se han preocupado por su alcance y tampoco dimensionan las posibilidades de las alternativas jurídicas que se han desarrollado en los últimos años (la idea de licencias libres y lo que ellas significan en el concepto de negocio abierto).

La posibilidad de usar licencias para contrarrestar los efectos restrictivos del derecho de autor nace como una idea revolucionaria del Software Libre²². En este contexto además de permitir a todos en forma expresa y previa lo que de otro modo les está prohibido por el derecho de autor (debido al esquema de control individual ya expuesto) se agrega una condición: quien modifica la obra debe relicenciar la resultante con las mismas características, esto es lo que se conoce como *copyleft*. Las obras que incluyen una licencia con elemento copyleft consiguen de este modo la complicidad de la ley para mantenerlas en una comunidad donde *compartir* es el interés principal. Con el elemento copyleft se evita que un tercero se apropie del componente creativo, obliga a que todos los que participan en esa creación la mantengan a disposición de los demás, en el *común*, sirviendo así a otro tipo de intereses.

21 Ley 23 de 1982, artículo 16.

22 STALLMAN, Richard. The First Software-Sharing Community. En: DIBONA, Chris, OCKMAN, Sam y STONE, Mark. Open Sources: Voices from the Open Source Revolution. O'Reilly, 1999, 280 páginas.

Esta idea parecería ser una respuesta apropiada para los intereses de quienes participan de la ideología anarco punk. Pero, como ya quedó dicho si bien los músicos del anarco punk han desarrollado como mecanismo de expresión un sistema abierto de producción y circulación de su música, incluso antes de la Internet, debido a compromiso ideológico, ellos no desean que sus actuaciones sean identificadas con algún tipo de institucionalización y en consecuencia rechazan cualquier esquema que los acerque al establecimiento y en forma especial a las instituciones vinculadas con la filosofía de propiedad privada. Para ellos lo lógico es compartir y la prioridad es difundir. No buscan remuneración económica de esta labor musical y consideran como normal ese comportamiento, lo anormal es una ley que asigna valor a lo contrario y, ¡lo impone!, por eso no ven la necesidad de hacer una manifestación legal en contra de una norma que para ellos es por propia naturaleza ilógica.

En el caso de las músicas de fusión la relación con el derecho de autor es mayor, sin embargo no es una preocupación inmediata. Como ya se mencionó al enmarcar la teoría con la realidad, los músicos de fusión desean reconocimiento, buscan espacios para presentarse, también deben autoproducirse y, aunque al principio no es prioritario, buscan vivir del oficio. Debido a estos elementos los músicos de fusión parecen moverse con una conciencia más clara en relación con las dos economías de las que hemos hablado, mientras estén en la economía “amateur” o segunda economía, indican que no tiene sentido utilizar el modelo legal y aplicar sus privilegios.

En las entrevistas se puede leer *“en este momento proteger los derechos y controlar la piratería es un error que uno hace con su producto porque la piratería ayuda más a los independientes que lo que los afecta. Igual en cuanto a protección de los derechos porque en realidad nosotros no vivimos sino de las presentaciones y de los demás productos que no se pueden quemar, una camisa no se puede quemar”*, esta percepción implica que saben que si alguna vez consiguen entrar en la economía tradicional de la remuneración deberán lidiar con el esquema legal y será entonces que se ocuparán de él.

Esto se confirma con su percepción de la piratería. Ellos mencionan que la piratería no los afecta porque en Colombia hay conciencia de comprar el producto local y porque en los mercados en que ellos se mueven la piratería no funciona ya que la gente no consume de ese modo. En palabras de los músicos *“no estamos hablando del público masivo sino de estos pequeños nichos que uno maneja, hay una conciencia de no quemar la música hecha en Colombia. Creo que existe una noción de eso. La gente quema a Shakira, es más, casi no, en este pequeño nicho de gente, que es muy pequeño, hay una conciencia”*. De hecho estos artistas añoran la piratería, pues consideran que el día que tengan problemas por este motivo sería por que han hecho la transición y son famosos.

Finalmente, hay un tema común a los músicos de uno y otro género en relación con el derecho de autor; se puede concluir que la mayoría de estos artistas *amateur* no dimensionan que el derecho de autor se aplica en forma automática desde la creación, por el contrario, consideran que simplemente no registrando la obra están haciendo manifiesta su posición contraria a este sistema y su vínculo con la propiedad privada o simplemente dejando su obra por fuera de la lógica legal del control.

Las percepciones de los autores hacia la legislación parecen describir un entorno que no se interesa por ella, ya que no la necesita porque funciona con lógicas diversas que asume como naturales. Se corrobora con estas percepciones la existencia de dos espacios diversos, que a pesar de la generalización de la ley funcionan con lógicas diversas.

b) *¿Cómo abordan aspectos prácticos en los que se sustenta el derecho de autor? (como el registro de la obra o la gestión colectiva de derechos).*

En relación con los músicos anarco punk dado que no les interesa estar vinculados con un esquema que los institucionalice mucho menos desarrollan temas tan específicos como estos. Los ignoran completamente.

En cambio, en relación con los músicos de fusión entrevistados, dado que ellos reconocen en el derecho de autor un instrumento para cuando pasen a la primera economía, existe al menos la intención de ajustarse a sus formalidades aunque no necesariamente tienen claridad sobre los detalles del sistema. Ellos en ocasiones *registran* su música (con la idea de protegerla de un posible *robo*), pero el método de registro que usan no es el esquema previsto por la norma del derecho de autor, me refiero al trámite ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, sino que, por ejemplo, llevan la composición a una notaría para que sea autenticada de modo que sirva como método de prueba a futuro.

Entre los músicos de fusión la visión de las sociedades de gestión es complicada. Las sociedades de gestión son un elemento clave en el concepto legal del derecho de autor puesto que son las que pueden garantizar la eficiencia en la gestión económica de los privilegios del derecho de autor, pero, cuando el autor no está en esa economía de escala, la relación no es tan sencilla. De hecho, como se puede ver con mayor detalle en el informe de la investigación, las percepciones de los músicos de fusión varían en cuanto a las prácticas reales de remuneración que reciben de Sayco Acinpro (sociedades de gestión colectiva en Colombia). Para unos, la relación resulta ser beneficiosa porque cuando han aceptado que estas sociedades les gestionen sus obras han empezado a recibir un recaudo que no anticipaban que recibirían, sin embargo, esta percepción es excepcional. Lo normal es que se perciba

una poco clara relación entre vincularse a la sociedad (para que les administre los derechos patrimoniales de su obra) y recibir recaudos.

En relación a este tipo de aspectos prácticos nuevamente el no estar inscritos en un sistema económico, que aprovecha los privilegios legales, hace que los autores que se desenvuelven en esta segunda economía no hayan dimensionado la reglamentación y la forma como se aplica. La ambigüedad con que los músicos de fusión afrontan estos aspectos denota ese puente en el que se mueven muchos de ellos que hace que intenten jugar de uno y otro lado de la dualidad (en relación con las economías) en un complicado sistema de relaciones.

- c) *La complicada relación entre la creatividad y el uso de músicas folclóricas que son consideradas por la legislación como dominio público/patrimonio cultural de la nación.*

Una preocupación especial que surgió en el desarrollo de la investigación fue la de dar visibilidad a una problemática específica que se da en el caso de las músicas de fusión. Las músicas de fusión debido a su cercana relación con las músicas tradicionales generan puntos de tensión en los que el derecho de autor tiene especial protagonismo.

Las músicas tradicionales han sido excluidas de la lógica legal del derecho de autor pues forman parte del dominio público o del patrimonio cultural de la nación, pero en ocasiones (también por esa vía) han ingresado al régimen de derechos de autor en cabeza no propiamente de sus originales *autores* sino a través de su compleja inscripción en un sistema autoral que frecuentemente genera acusaciones históricas de robo y plagio, y que denota las dificultades de pasar de una lógica comunitaria a una lógica autoral.²³

El tema queda sugerido en la investigación y se presenta como una veta que podrá continuarse en el futuro porque precisamente constituye un verdadero foco de análisis de las problemáticas que se dan entre esas lógicas autorales y comunitarias o, por decirlo de otro modo, la economía cerrada y la abierta, la primera y la segunda economías.

23 Tal ha sido el caso por ejemplo con la historia del vallenato. Se parece un poco a los casos de “robos” de samba en Brasil cuando el género entra formalmente al mercado musical.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El informe de los resultados de investigación del proyecto “Las Músicas de Fusión y el Anarco Punk en Bogotá y Medellín” abarca una gran cantidad de información, diversas temáticas interesantes de análisis y propone unas sugerencias iniciales para políticas culturales públicas que servirían de base para continuar una ruta de investigación y, sobre todo, con el fin de cumplir una función propositiva de cultivar e incrementar espacios que propicien el crecimiento de la producción cultural colombiana con un impacto humano más amable.

Ahora bien, en relación con este documento considero importante mencionar a modo de conclusión algunos detalles del trabajo de investigación y algunas reflexiones posteriores de la forma como las piezas encajaron cuando se presentaron los resultados a los otros equipos de investigación en Latino América y a quienes organizaron la investigación:

- a) La descripción de la industria musical cultural en Colombia y la forma como los músicos que formaron parte de la investigación producen y circulan sus productos culturales evidencian la existencia de dos economías y la necesidad de profundizar en el análisis e impacto de la segunda hasta ahora ignorada.

Aunque en el espacio cultural de la segunda economía no sea tan sencillo identificar *el negocio*, porque éste se asocia normalmente con remuneración económica, esto se debe no a que no exista (aunque se mida de otra forma o suceda en forma subsidiaria) sino a que lo desconocemos. Lo que evidencia la investigación es que no hay datos sobre esta segunda economía de producción musical. Normalmente nos limitamos a intuir su importancia y a imaginar su relevancia como espacio cultural, sin embargo, esto no significa que no tenga valor económico y que no genere riqueza; sólo que no podemos medirla.

Esta ignorancia impacta otros aspectos, por ejemplo, si los estudios de un lado sirven para medir el impacto de la piratería, del otro no existen para medir la difusión que unas prácticas aceptadas socialmente, que algunos catalogarían como *piratas*, tienen en la difusión cultural de un género o un grupo determinado.

Lo que se deduce de los resultados de la investigación es que los músicos fuera de las lógicas de la industria cultural son productivos, hacen inversiones y circulan bienes, lo que hace falta es cuantificar el impacto para fortalecer las justificaciones de políticas y regulaciones que favorezcan también estos espacios creativos como espacios económicos.

- b) Si bien la visión dualista de la economía explica la situación de los músicos que se encuentran fuera de los esquemas tradicionales de producción musical, como es el caso de los músicos que participaron en la investigación, afortunadamente para el proceso que adelantamos la visión interdisciplinaria del equipo permitió que los resultados del análisis no se quedaran en conclusiones tan simples y se logró reflejar puntos de tensión que se deberán seguir analizando para completar y fortalecer esa mirada de dos opuestos teóricos.

Por una parte no siempre los artistas quieren verse identificados en uno u otro costado de la dualidad descrita, como lo evidencia la posición de los artistas del anarco punk, o también sucede que esa dualidad no es tajante, como lo muestran los músicos de fusión que en ocasiones logran hacer cosas en la primera economía e incluso lo que buscan es el tránsito. Por otra parte, las prácticas de los artistas denotan una realidad social en la que hay normas y respeto a formas de participación en la comunidad que no han sido trasladadas a lo legal, a pesar de las posibilidades de los desarrollos jurídicos en ese sentido como quedó expuesto en relación con las licencias libres. Adicionalmente, en algunos aspectos de las prácticas de los artistas, se comprueba en forma más tangible la problemática de la lógica autoral aplicada en forma generalizada y la dificultad, incluso, de materializarla en dos espacios exclusivamente, como es el caso de las tensiones que se empiezan a denunciar en las relaciones entre los músicos de fusión y las músicas tradicionales.

- c) Finalmente una conclusión necesaria se hizo evidente cuando se presentaron las diferentes investigaciones que se desarrollaron en Latino América: en algunos lugares dentro de los espacios culturales que asociamos con la segunda economía, paralela a la idea de aplicar herramientas legales (licencias libres que ajustan las normas del derecho de autor a las características de estos espacios), se desarrollan prácticas sociales que cumplen funciones similares a las de las licencias libres. En estos espacios culturales la comunidad, de hecho, considera como normal la posibilidad de compartir libremente y permitir la circulación de los contenidos fuera del ámbito legal y lo materializa a través de prácticas sociales o alternativas legales.

De este modo estamos describiendo lo que Ronaldo Lemos, profesor de la Universidad Getulio Vargas, nos expuso en ese momento como algo que sucede en los países en desarrollo y que él llama *legal commons* y *social commons*, respectivamente.

En este marco se dice que el social commons se desarrolla en entornos en los que el derecho de autor es una idea extraña para muchos, aparece en situaciones donde la tecnología llega antes que la ley permitiendo el surgimiento de

industrias creativas autónomas. ¿Es esto lo que sucede en la producción musical que abordamos en la investigación?, ¿estamos frente a social commons?, ¿qué significa esto?, y ¿cómo podemos aprovecharlo para beneficio de la comunidad, de la producción cultural y de los artistas?

Lo que está sucediendo hoy en términos de producción y circulación musical y los nuevos conceptos que se desarrollan para apoyarlos nos obligan a ver más allá de un esquema de economía dual. A pesar de que el esquema dual facilita el abordaje y comprensión de los datos que se recogen y que logra explicar apartes de la crisis del modelo de derecho de autor que no es aplicable a todos los escenarios, también la misma investigación comprueba que hay muchas situaciones que se salen de la dualidad. Por eso la posibilidad de profundizar en conceptos como éstos, social commons/legal commons, puede ayudar a continuar el análisis, dar respuestas y diseñar nuevas sugerencias en materia de políticas culturales.

BIBLIOGRAFÍA

- BENKLER, Yoshai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- BOTERO CABRERA, Carolina. *LibreDerecho para una LibreCultura*, Revista TEXTOS de la CiberSociedad, 10, 2006. Temática Variada. Disponible en <http://www.cibersociedad.net> (última visita el 12 de mayo de 2007).
- JARAMILLO, Lino y ZULETA, Luis Alberto, *Impacto del sector fonográfico en la economía colombiana*. Bogotá: Ministerio de Cultura de Colombia, 2003, http://www.cab.int.co/media/libro_impacto_fonografico.pdf (última visita el 12 de mayo de 2007).
- LESSIG, Lawrence, “on the economies of culture”, Weblog de Lessig, Septiembre 2006, Disponible en <http://www.lessig.org/blog/archives/003550.shtml> (última visita el 12 de mayo de 2007)
- LESSIG, Lawrence, “CC Values”, texto que corresponde a una serie de textos semanales escritos por Lessig para Creative Commons, octubre 2006, puede consultarse en <http://creativecommons.org/weblog/entry/6118> (última visita el 12 de mayo de 2007).
- STALLMAN, Richard. *The First Software-Sharing Community*. En: DIBONA, Chris, OCKMAN, Sam y STONE, Mark. *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*. O'Reilly, 1999, 280 páginas.
- THOMSON, Stacy. *Punk Production. Unfinished Business*. Albany: State University of New York, 2004.
- VERCELLI, Ariel, “Pensando los modelos de negocios abiertos: entre la innovación y la gestión estratégica de los bienes intelectuales”, *Negocios Abiertos*, Febrero 2007.

Puede consultarse en <http://www.negociosabiertos.com/?p=12> (última visita el 12 de mayo de 2007).

VERCELLI, Ariel, "Bibliografía: Open Business Models de Henry Chesbrough", *Negocios Abiertos*, Febrero 2007. Puede consultarse en <http://www.negociosabiertos.com/?p=26>, (última visita el 12 de mayo de 2007).

WEBER, Steven. *The Success of Open Networks*. Cambridge, London: Harvard University Press, 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 junio de 2007