

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 2008
Volumen LXV, N° 145

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

RECTOR

Alberto URIBE CORREA

DECANO

Hernán Darío VERGARA MESA

DIRECTOR

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Decana Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana
Olga Lucía LOPERA QUIROZ	Magíster en Lingüística Directora Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad de Antioquia
Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Elena LARRAURI PIJOAN	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona
Juan Antonio GARCÍA AMADO	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

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

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices:

Categoría C de COLCIENCIAS. Colombia

International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México

Sociological Abstracts (Soc-Abs). Estados Unidos

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:

Edwin Farfán Rodríguez. Adelantó dos semestres de estudios en artes plásticas en el Instituto de Bellas Artes. Es egresado de la Facultad de Artes de la Universidad de Antioquia. Realizó estudios de Maestría en artes plásticas en la Universidad de Antioquia, donde también cursó los seminarios “Imagen digital (Adobe Photoshop, Illustrator)” y “Dibujo como expresión artística”. En la Universidad Nacional cursó el seminario “Escultura Proyecto Sur-Sur”. Ha realizado múltiples exposiciones colectivas e individuales en diversos lugares como la Casa Museo Marco Fidel Suárez, el Instituto Colombo Americano, la Biblioteca Pública Piloto y la Biblioteca de la Universidad de Antioquia. También efectuó un trabajo mural en la Institución Educativa Juan de Dios Carvajal. Sobre la obra publicada en ESTUDIOS DE DERECHO dice el autor: “Hay, al menos, dos maneras de pensar la ciudad. Como un laberinto asimétrico de formas inanimadas, de bloques de cemento yuxtapuestos, o como un lienzo donde las personas que la habitan trazan sus existencias. En otras palabras, que quien tuviese la posibilidad de radiografiar una urbe podría detectar en las placas los trapos limpios y sucios de una comunidad. Esta metáfora simboliza la relación indisoluble que existe aquí entre el contenedor y el contenido, la sociedad. La ciudad se muestra así como un pentagrama dónde leer el estado de salud de las relaciones sociales; escenario por antonomasia de los vínculos humanos”.

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

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

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

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

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

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

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

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

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

Correo electrónico: lvieco@geo.net.co

MISIÓN

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



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza,
invicta en su fecundidad”

(Del Himno de la Universidad de Antioquia.
Letra de Édgar Poe Restrepo)

ÍNDICE

EDITORIAL

<i>Raúl Humberto Ochoa Carvajal</i>	11
Criminalidad y globalización	
<i>Luigi Ferrajoli</i>	15
Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional	
<i>Mario Alberto Montoya Brand</i>	31
Justicia y crisis moral en Colombia	
<i>Fernando Carvajal Sánchez</i>	67
El sueño de la razón produce monstruos	
<i>Adriana María Ruiz Gutiérrez</i>	81
La razón práctica y los valores característicos de la cultura moderna, cívica y democrática: la libertad, la igualdad, la dignidad y la solidaridad en el marco de la moralidad	
<i>Jorge Eliécer Cardona Jiménez</i>	107
“Métodos” para la investigación jurídica: ¡un cuentito más! Segunda parte	
<i>Enrique Pedro Haba Müller</i>	127
Cómo se contruye un sistema categorial	
<i>María Eumelia Galeano Marín</i> <i>María Nubia Aristizábal Salazar</i>	161
Discurso político y violencia en Colombia	
<i>Catalina María Puerta Henao</i>	189
Ética y derecho en la posmodernidad	
<i>Roberth Uribe</i>	221
Los “pájaros” del Valle del Cauca	
<i>León David Quintero Restrepo</i>	243
Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa	
<i>Carlos Andrés Gómez García</i> <i>Silvia Helena Muñoz Cortina</i>	259

EDITORIAL

A PROPÓSITO DEL SESQUICENTENARIO DE TOMÁS CARRASQUILLA

Estamos celebrando este año los ciento cincuenta años del nacimiento de Tomás Carrasquilla, hijo de Raúl Carrasquilla y Ecilda Naranjo, ocurrido en el municipio de Santo Domingo, en el nordeste antioqueño, el 17 de enero de 1858. “Este servidor de vosotros nació ha más de once lustros sin que hubiera anunciado el grande acontecimiento ningún signo misterioso ni en el cielo ni en la tierra. Fue ello en Santo Domingo, un poblachón encaramado en unos riscos de Antioquia. Según unos, se parece a un nido de águila; según otros, a un taburete. Opto por el asiento. En todo caso es un pueblo de tres efes, como dicen allí mismo: feo, frío y faldudo”.

Este acontecimiento que ha tenido tanto eco en el mundo de las letras, ha sido motivo de una extensa programación por parte de la Universidad de Antioquia, y en la agenda cultural Alma Máter se le dedicó un número. Para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, y en particular, para la Revista Estudios de Derecho, es una efeméride que nos hace sentir orgullosos pues Don Tomás fue de esta casa.

Consultados los libros de matrículas de la época, aparece una anotación en el año de 1874 que dice: “Carrasquilla Tomás: Presentado para su inscripción en el libro de matrículas del presente año por su acudiente, el señor Enrique Ramírez, con el fin de estudiar los siguientes cursos: gramática, francés, historia universal. El cursante es de 16 años, natural y vecino de Santo Domingo y corre a cargo del que lo presenta, el cual responde de su buena conducta y estricta subordinación a los institutos y a los superiores del establecimiento”. Se trataba de los cursos generales previos al ingreso a la Facultad propiamente dicha. En el año de 1876 aparece matriculado en Ciencia Constitucional, Legislación, Derecho Romano y Derecho Internacional. Aparecen algunas notas como 7 1/4 en Derecho romano y 7 2/3 en Código de Comercio. Sus comentaristas dicen que por causa de las guerras civiles se retiró de la Facultad en 1878 y regresó a su Santo Domingo. Pero veamos qué dice Eloy Gamboa, alter ego literario del autor, el personaje que en la trilogía denominada Hace Tiempos, formado por 3 novelas autobiográficas: Por aguas y pedregones, la primera; Por cumbres y cañadas, la segunda y la última, Del monte

a la ciudad, narra los acontecimientos: “Cursadas y habilitadas las que llamaban materias preparatorias, tomamos el año 76, bajo el rectorado del doctor Martínez Benítez, los primeros cursos en la carrera de derecho, interrumpidos varias veces por las revoluciones del 79 y del 80, lo completamos, no obstante, en el tiempo prefijado, debido a nuestros trabajos autodidactas. Al cumplir los veinticuatro años nos otorgaron el título de doctores en Jurisprudencia y Ciencias Políticas, sin tesis ni cosa parecida, porque no se exigían en tal carrera”. Dice Eloy Gamboa que entre sus profesores, estuvieron Manuel Uribe Ángel, Emiliano Isaza, Juan Pablo Restrepo, Luciano Cavallo, Joaquín Emilio Montoya, Eduardo Antonio Hoyos, Rafael Uribe Uribe (profesor de Legislación) y Fidel Cano (subdirector). Y agrega: “Tremenda prueba eran los exámenes del fin de año. Cuantos ganaban el curso en el privado tenían que presentarlo en público en la capilla, ante el Presidente del Estado y aristocrática concurrencia de damas y caballeros”. (La época en que Antioquia era uno de los Estados Federados).

Mucho se ha escrito sobre Tomás Carrasquilla en sus facetas de humanista, escritor, creador de personajes, sicólogo, sociólogo. Todas sus obras, fundamentalmente sus novelas, como Frutos de mi tierra, Grandeza, la trilogía mencionada: Hace tiempos, La Marquesa de Yolombó, Salve Regina (la más apreciada por él), Ligia Cruz y El Zarco, entre otras, han sido analizadas suficientemente. Lo mismo sus cuentos como Simón el mago, En la diestra de Dios Padre, El ánima sola, San Antoñito, Blanca, y Dimitas Arias, entre muchos otros. Pero nuestro objeto es mirarlo desde nuestra óptica de abogados. Allí inmediatamente lo asociamos con tres grandes de la literatura. Honorato de Balzac, en Francia; Benito Pérez Galdós, en España y Johann Wolfgang von Goethe, en Alemania. Balzac estudió en La Sorbona, y en 1819 recibe el diplomado en Derecho. Engels dice que quien quiera conocer las costumbres y las clases sociales en la Francia del siglo XIX, no encuentra mejor fuente que en Balzac. La verdad es que lo mismo ocurre con Tomás Carrasquilla: quien quiera conocer las costumbres de la Antioquia del siglo XIX y primera parte del XX, en éste encuentra plena la posibilidad. De Pérez Galdós se ha dicho que fue el mejor heredero de Balzac en España y su juventud muy parecida. Llegó a Madrid a estudiar Derecho a los 20 años. Varios ensayistas han relacionado también a Carrasquilla con Pérez Galdós, el autor de Fortunata y Jacinta. Se ha dicho que La novela Ligia Cruz es “una hermana psicológica” de “La desheredada” del autor madrileño.

Con respecto a Goethe, para muchos el mayor poeta alemán, sobre todo por su Fausto, hay que decir que se graduó de abogado y se conocen algunos expedientes en los cuales intervino en tal calidad. Su relación con Carrasquilla aparece nítida en el comentario que el abogado y filósofo, profesor de la Universidad de Antioquia,

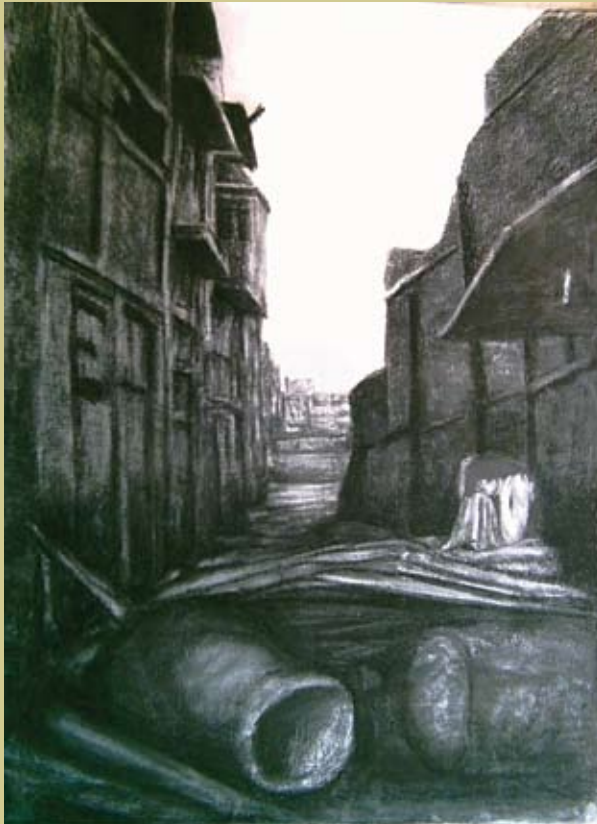
Juan Guillermo Gómez, hace al respecto: “Acaso sin exagerar ni mucho menos con el ánimo de acentuar el poco saludable regionalismo antioqueño, y guardando las proporciones histórico-culturales y literarias debidas, se puede afirmar que la obra de Carrasquilla guarda una afinidad con la gran autobiografía de Goethe y comparte su estilo entre “poesía” y “verdad”. Sin duda porque los dos autores no sólo representan para sus diversas patrias literarias –la de la lengua alemana y la de las letras antioqueñas– una magistral plenitud, sino porque ellas rinden cabal testimonio de la conciencia de esa circunstancia. Son ellos no sólo el despertar literario, con notas de una novedad pasmosa, sino a la vez la madurez de la identidad cultural, al contacto con la conciencia de una historia en el progreso. Ellos funden la historia con el yo, la prosa con la poesía. Evocan con una fuerza misteriosa el pasado y así lo hacen real y vívido. Historia y fantasía sellan una alianza en sus relatos autobiográficos. Se hace y nos hacen partícipes de un pasado que “se fue”, pero que no cabe olvidar. Hacen historia cuando hacen ficción no porque, como se suele decir, la historia es más inverosímil que la ficción, sino porque la poesía tiene algo más universal que la historia, conforme lo dictamina Aristóteles. La poesía da color, da carácter”. (Colombia es una cosa impenetrable. Editorial Diente de León, Bogotá, 2006, p. 167).

Carrasquilla vivió 82 años. El reconocimiento de su valor como escritor fue relativamente tardío, a propósito de su novela Frutos de mi tierra. Luego ejerció cierta maestría cultural en nuestro medio, tras ser contertulio de personajes como Guillermo Valencia, José Asunción Silva, José Eustasio Rivera, Rafael Maya, Aurelio Martínez Mutis, Ricardo Nieto, e inclusive, Miguel de Unamuno. Como de sus paisanos Marco Fidel Suárez, Carlos E. Restrepo, Luis López de Mesa, Baldomero Sanín Cano, Francisco de Paula Rendón (también de Santo Domingo), Efe Gómez, Gonzalo Restrepo, Fernando González, Fidel Cano, José Restrepo Jaramillo, Luis Tejada, León Zafir, Miguel Moreno Jaramillo, Rector de la Universidad de Antioquia y miembro de la famosa Corte de Oro, como fue llamada la Corte Suprema de Justicia, por las décadas del 30 y 40. A éste le hace un reconocimiento en su novela Hace tiempos. Ese magisterio lo comenta el gran cronista antioqueño, también del nordeste, el barboseño Luis Tejada, así: “El gran maestro espiritual de todos aquí es Tomás Carrasquilla. Hace días, sin embargo, que no se sienta en este cenáculo, ni está con sus discípulos... el Maestro ha resuelto ocultarse en el seno de una vida familiar y silenciosa... Cuando Tomás Carrasquilla habla aquí, muchos le tememos un poco, porque quizás somos demasiado débiles para seguirlo en sus aversiones impetuosas, y para identificarnos con sus ideales intransigentes de Vida, de Belleza, de Literatura. Sabemos que nuestras más caras adhesiones intelectuales y nuestras ingenuas creencias se van a disolver ante el ácido mordedor de su discurso. No tenemos el valor de la libertad espiritual suficiente para resignarnos a que el viejo

sublime arroje a golpes de látigo a los mercaderes de nuestros templos”. (Crónicas. Compilación de Miguel Escobar Calle, Universidad de Antioquia y Biblioteca Pública Piloto. Medellín, 1989. p. 257).

La Revista Estudios de Derecho se une a los actos conmemorativos del sesquicentenario del nacimiento de Don Tomás.

Raúl Humberto Ochoa Carvajal



Autor: Edwin Farfán Rodríguez

Título: Sin título

Técnica: Dibujo en carbón natural sobre lienzo

Dimensiones: 2 x 1.20 m

CRIMINALIDAD Y GLOBALIZACIÓN*

* Este es un artículo de reflexión derivado del ensayo publicado por el profesor Luigi Ferrajoli en Italia y traducido por el profesor Miguel Carbonell.

Fecha de recepción: Febrero 19 de 2008

Fecha de aprobación: Abril 7 de 2008

CRIMINALIDAD Y GLOBALIZACIÓN

*Luigi Ferrajoli***

Traducción de Miguel Carbonell

Revisada por Perfecto Andrés Ibáñez

RESUMEN

En este ensayo se analiza la crisis del papel del derecho que ha generado la globalización tal como se manifiesta en la ruptura de las dos funciones garantistas del derecho penal, a saber, la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias. Para comprender su naturaleza y profundidad debemos reflexionar sobre la doble mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas: una mutación que se refiere por un lado a la que podemos llamar cuestión criminal, es decir, a la naturaleza económica, social y política de la criminalidad; y por otro lado, a la que cabe designar cuestión penal, es decir, a las formas de la intervención punitiva y las causas de la impunidad.

Palabras clave: globalización, derecho penal, cuestión criminal, derecho penal mínimo.

CRIMES AND GLOBALIZATION

ABSTRACT

This essay examines the crisis that has generated globalization in the role of law such as gets manifested in the breakdown of the two functions of guarantee of the criminal law: the prevention of crimes and the prevention of arbitrary sentences. To understand their nature and depth we need to reflect about the double mutation brought by globalization in the phenomenology of the offences and penalties: in one hand, a mutation that relates to what we could call *criminal matter*; it means, the economical, social and political nature of the crimes, and secondly, one that we call *disciplinary matter*; referred to the forms of punitive action and causes of impunity.

Key words: globalization, criminal law, criminal matter, minimum criminal law.

** Autor florentino, ejerció como juez (1967 y 1975) y actualmente es profesor de Filosofía del derecho y de Teoría general del derecho en la Università degli Studi Roma III. Autor de, entre otros libros, *Teoria assiomaticizzata del diritto*, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, en colaboración con Danilo Zolo, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *Razones jurídicas del pacifismo y Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*.

CRIMINALIDAD Y GLOBALIZACIÓN

1. GLOBALIZACIÓN Y CRISIS DEL DERECHO PENAL

Uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad “global”, o “globalizada”, en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía: es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solamente en un único país o territorio estatal, sino, a la par de las actividades económicas de las grandes *corporations* multinacionales, a nivel transnacional o incluso planetario.

Las razones de este desarrollo han sido analizadas en muchas ocasiones: la mundialización de las comunicaciones y de la economía no acompañada de una correspondiente mundialización del derecho y de sus técnicas de tutela; el paralelo declive de los Estados nacionales y del monopolio estatal de la producción jurídica; el desarrollo de nuevas formas de explotación, de discriminación y de agresión a bienes comunes y a los derechos fundamentales. En pocas palabras, las nuevas formas de criminalidad transnacional son el efecto de una situación de general anomia, en un mundo cada vez más integrado e interdependiente y confiado a la ley salvaje del más fuerte: un mundo atravesado por desigualdades crecientes en el que, como señala el Informe de la ONU sobre Desarrollo Humano del año 2000, la diferencia de riqueza entre los países más pobres y los más ricos, que en 1820 era de 1 a 3 y en 1913 de 1 a 11, ha pasado a ser de 1 a 35 en 1950 y de 1 a 72 en 1992¹; y en el que el patrimonio de las tres personas más ricas del mundo es superior al producto nacional bruto de todos los países menos desarrollados y de sus 600 millones de habitantes.

Es claro que todo esto es efecto y causa de una crisis profunda del derecho. Bajo dos aspectos. Está en crisis, en primer lugar, la credibilidad del derecho. Disponemos actualmente de muchas cartas, constituciones y declaraciones de derechos estatales, continentales, internacionales. Los hombres son hoy, por tanto, incomparablemente más iguales, en derecho, que en el pasado. Y sin embargo son también, de hecho,

¹ UNDP. *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione*, Rosenberg e Sellier, Turin, 1999, p. 55.

incomparablemente más desiguales en concreto, a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctimas miles de millones de seres humanos, a pesar de lo que dicen esos textos. Nuestro “tiempo de los derechos”, como lo ha llamado Norberto Bobbio, es también el tiempo de su más amplia violación y de la más profunda e intolerable desigualdad.

Hay un segundo e incluso más grave aspecto de la crisis: la impotencia del derecho, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización. Si tuviera que aportar una definición jurídica de la globalización, la definiría como un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política.

Esta crisis del papel del derecho generada por la globalización se manifiesta en materia penal, como crisis, o peor aún como quiebra, de las dos funciones justificatorias del derecho penal y por tanto de sus dos fundamentos legitimadores. ¿En qué consisten estas funciones y estos fundamentos? Me parece, como lo he sostenido en otras ocasiones, que consisten en la minimización de la violencia, tanto la producida por los delitos como la generada por las respuestas informales a los mismos: no solo, por tanto, como se suele entender, en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de las penas informales y excesivas, o sea de las venganzas, así como de la arbitrariedad y de los abusos policiales que serían infligidos en su ausencia. Por ello he definido el derecho penal como *la ley del más débil*. Es decir, la ley –alternativa a la ley del más fuerte– instituida en tutela de la parte más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el del proceso es el imputado y en el de la ejecución de la pena es el condenado.

Pues bien, la crisis actual del derecho penal producida por la globalización consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y al mismo tiempo el sistema de las garantías penales y procesales. Para comprender su naturaleza y profundidad debemos reflexionar sobre la doble mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas: una mutación que se refiere por un lado a la que podemos llamar *cuestión criminal*, es decir, a la naturaleza económica, social y política de la criminalidad; y por otro lado, a la que cabe designar *cuestión penal*, es decir, a las formas de la intervención punitiva y las causas de la impunidad.

2. LA NUEVA CUESTIÓN CRIMINAL

Ha cambiado sobre todo la *cuestión criminal*. La criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la *criminalidad del poder*: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades².

Sería útil desarrollar la reflexión teórica, además de la investigación empírica, sobre la criminalidad del poder: analizar, descomponer, inventariar y clasificar sus diversas formas, identificar sus rasgos comunes y sus relaciones por un lado con los poderes legales, por otro con la criminalidad ordinaria. Aquí me limitaré a distinguir tres formas de criminalidad del poder, mancomunadas por su carácter de *criminalidad organizada*: la de los poderes abiertamente criminales; la de los crímenes de los grandes poderes económicos; y, finalmente, la de los crímenes de los poderes públicos. Por un lado, por tanto, los *poderes criminales*, por otro los *crímenes del poder*, tanto económico como político. No se trata de fenómenos criminales netamente distintos y separados, sino de mundos entrelazados por las colusiones entre poderes criminales, poderes económicos y poderes institucionales, hechas de complicidades y de recíprocas instrumentalizaciones.

La primera de estas formas de criminalidad del poder, la de los *poderes criminales*, es el crimen organizado: el terrorismo por un lado y la gran criminalidad de las mafias y las camorras por otro. La criminalidad organizada, obviamente, ha existido siempre. Pero hoy, como está ampliamente documentado, ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y un peso financiero sin precedentes, hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional³. Lo extraordinario es que el crecimiento de esta criminalidad es el efecto de un fenómeno paradójico en virtud del cual, como lo ha señalado Jean de Maillard, “el más conspicuo plusvalor económico tiene como origen la explotación de la miseria más absoluta”⁴. “Los mayores beneficios”, dice Maillard, “son generados por la capacidad de valorizar la pobreza a través de

² *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation*, (2001), traducción italiana de M. Guareschi, *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, Feltrinelli, Milán, 2002, p. 17.

³ *Ivi*, p. 11, donde se calculan las dimensiones de lavado de dinero en un volumen de negocios que va de los 800 a los 2000 billones de dólares al año. Véanse otros datos en *ivi*, p. 9.

⁴ *Ivi*, p. 25.

la transgresión social de las prohibiciones”⁵. Piénsese solamente en los beneficios colosales generados por el mercado clandestino y por el monopolio criminal de la droga, a través del reclutamiento masivo de pequeños traficantes y distribuidores, dentro de los grupos marginados. O bien en las asociaciones mafiosas destinadas a eludir las prohibiciones de inmigración, organizando el transporte e ingreso de inmigrantes clandestinos en las fortalezas occidentales. Pero piénsese también en el terrorismo internacional, que recluta su mano de obra sobre todo entre los grupos más pobres y fanatizados. En todos estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que trabaja para ellas. También la criminalidad organizada presenta, como ha demostrado Vincenzo Ruggiero, una estratificación de clase, pues la pequeña criminalidad empleada es a su vez explotada por la gran criminalidad integrada en los grupos dirigentes.

La segunda forma de criminalidad del poder es la de los grandes *poderes económicos* transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del ambiente. Es este el tipo de criminalidad que refleja el efecto más directo de la globalización. Justamente porque la globalización es un vacío de derecho público, y específicamente de derecho penal internacional, se manifiesta en el desarrollo de poderes des-regulados, que tienen como única regla el beneficio y la auto-acumulación. Por esta misma razón es cada vez más incierto el confín entre este segundo tipo de criminalidad y la de los poderes abiertamente criminales de tipo mafioso. También esta criminalidad se funda en la máxima explotación de la misma pobreza provocada o acentuada por la globalización. En ausencia de límites y reglas la relación entre el Estado y los mercados se invierte. No son ya los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino las empresas las que ponen a competir a los Estados, decidiendo colocar sus inversiones en los países que, por su estado de indigencia o por la corrupción de sus *elites* dirigentes, están mayormente dispuestos a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, explotación de los trabajadores y de los recursos naturales, ausencia de derechos y de garantías en materia laboral y ambiental.

Finalmente, la tercera forma de criminalidad del poder es la que, operando también ella organizada, se pone en acción por los *poderes públicos*. Aquí nos encontramos, por desgracia, frente a una fenomenología compleja y heterogénea. Existen sobre todo diversas formas de corrupción y de apropiación de la cosa pública, que parecen actualmente haberse convertido, como lo ha documentado ampliamente

⁵ *Ibidem* y pp. 41-46.

Jorge Malem, en una dimensión ordinaria de los poderes públicos⁶. El vínculo con la criminalidad de los poderes económicos es obviamente estrechísimo. Y existen además los delitos más específicamente públicos: en primer lugar los crímenes contra la humanidad –desde las detenciones arbitrarias hasta las torturas y las desapariciones forzadas- cometidos por fuerzas policiales, fuerzas armadas y servicios secretos desde dentro y fuera de los ordenamientos respectivos; en segundo lugar, la variada fenomenología de las subversiones desde arriba por obra de organizaciones ocultas, internas o internacionales, como las tristemente experimentadas en América Latina en los años 60 y 70, e intentadas también en Italia a través de asociaciones como Gladio, los servicios secretos, la P2 y similares; finalmente, las guerras y los crímenes de guerra promovidos, en abierto contraste con la Carta de la ONU y, por lo que respecta a algunos países como Italia, también en contra de sus constituciones nacionales. Está claro que, como todos los fenómenos criminales, este tipo de criminalidad es una manifestación no solo de desviaciones sociales, sino también de desviaciones institucionales. Es un signo de la patología del ordenamiento y, a causa de su carácter prevalentemente oculto, expresión degenerada de una crisis del Estado de derecho y de la democracia misma.

En todos los casos los elementos que hacen masivamente amenazadoras estas nuevas formas de criminalidad son su carácter organizado y el hecho de que sean practicadas, o por lo menos sostenidas y protegidas, por poderes fuertes, ocultos, a veces subversivos: no por sujetos débiles y marginados sino por sujetos potentes, en posición de dominio. Y esto apunta hacia un cambio profundo en la composición social del fenómeno delictivo. Al menos por lo que hace a la gran criminalidad, sus connotaciones de clase se han invertido. Las verdaderas “clases peligrosas” –como solía llamarse a los grupos marginados y proletarios por las leyes italianas de seguridad pública en la segunda mitad del siglo XIX⁷– no son ya las clases pobres, sino sobre todo las *elites* dirigentes, tanto económicas como políticas. La tradicional delincuencia de subsistencia de los marginados es cada vez más subalterna de la gran criminalidad organizada, que directa o indirectamente la alimenta o por lo menos la instrumentaliza y explota.

Hay además otra razón que convierte en gravemente peligrosa la criminalidad del poder: el hecho de que, en todas sus variadas formas, atenta contra bienes fundamentales, tanto individuales como colectivos, incluyendo la paz y la democracia. Al consistir en la desviación no ya de individuos aislados, sino de poderes des-

⁶ J. F. Malem Seña, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.

⁷ “Disposiciones relativas a las clases peligrosas de la sociedad” era el título III (artículos 82-108) de la ley número 6144 del 30.6.1889 que retomaba las disposiciones análogas de la ley número 294 del 6.7.1871.

enfrenados y absolutistas, se caracteriza por una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayor cuanto más potentes son las organizaciones criminales y sus vínculos con los poderes públicos. Pero es justamente esta mayor peligrosidad y relevancia política de la cuestión criminal la que vuelve más importantes que nunca las dos funciones de prevención y garantía del derecho penal ilustradas en el primer párrafo.

3. LA NUEVA CUESTIÓN PENAL

Paso a la otra gran cuestión que he mencionado al inicio: la *cuestión penal* que el cambio de la cuestión criminal nos debería hacer repensar radicalmente, tanto desde el punto de vista de la efectividad como del de las técnicas de tutela y de garantía. ¿Cómo ha reaccionado el sistema penal a la nueva carga de funciones y responsabilidad derivadas del cambio de la cuestión criminal? ¿Qué balance podemos hacer de la función penal hoy en día, en nuestros países? Me parece que el balance es decididamente negativo.

Una respuesta adecuada al cambio de la cuestión criminal debería ser una mutación de paradigma del derecho penal a la altura de los nuevos desafíos de la globalización. En otras palabras, un cambio que permitiera hacer frente a las nuevas formas de criminalidad del poder y a los peligros y atentados contra los bienes y los derechos fundamentales que la misma produce. En esta dirección, hay que reconocerlo, el único paso adelante ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad. Fuera de esa conquista, de enorme importancia, no se ha desarrollado ningún proceso, ni siquiera en forma de tendencia, de globalización del derecho o de los derechos, análogo o por lo menos a la altura de la globalización del crimen. Se ha producido, por el contrario, una acentuación de las tradicionales características irracionales y clasistas del derecho penal. Con el crecimiento de las desigualdades económicas se ha determinado un aumento de la criminalidad callejera y conjuntamente un endurecimiento de las características selectivas y anti-garantistas de la represión penal, que golpea, incluso más duramente que en el pasado, a los grupos más pobres y marginados, como los tóxicodependientes, los inmigrantes o los desempleados. Por el contrario, por ejemplo en Italia, tras la breve etapa de “Mani Pulite”, ha crecido la impunidad y a la vez la pretensión de impunidad de la criminalidad del poder, así como la corrupción y los delitos societarios (*falsi in bilancio*) y la criminalidad mafiosa de los poderes criminales.

Además ha continuado la deriva inflacionista del derecho penal, que actualmente está llevando –en Italia, pero creo que también en otros países– a la quiebra de la maquinaria judicial. Justamente en una fase de desarrollo de la criminalidad orga-

nizada, que hacía necesaria la máxima deflación penal y la concentración de las energías, la administración de justicia está colapsada por la sobrecarga de trabajo inútil, responsable al mismo tiempo de la ineficiencia y de la ausencia de garantías. Piénsese en la desconsiderada legislación sobre la droga, que se ha revelado como uno de los más potentes factores criminógenos por su alimentación tanto de la micro-criminalidad de subsistencia como de la macro-criminalidad mafiosa del tráfico. Pero piénsese también en todo el enorme derecho penal burocrático, generado por la tendencia a acompañar cada ley con sanciones penales, en parte por la bien conocida ineficiencia de otras formas de control, de tipo político o administrativo, y en parte por el carácter simbólico y declamatorio de la estigmatización penal.

Asistimos, en todos los países de Occidente, a una crisis de sobre-producción del derecho penal, o incluso del derecho en general, que está provocando el colapso de su capacidad regulativa. Las leyes se cuentan actualmente, en todos estos países, por decenas de millares, hasta el punto de que nuestros ordenamientos han regresado –a causa del caos normativo, de la multiplicación de las fuentes y de la superposición de las competencias- a la incerteza y a la arbitrariedad propias del derecho jurisprudencial pre-moderno. Y sin embargo, con aparente paradoja, a la inflación legislativa se corresponde la ausencia de reglas, de límites y de controles sobre los grandes poderes económicos transnacionales y sobre los poderes políticos que los alientan. La globalización, como he dicho, se caracteriza, en el plano jurídico, como un vacío de derecho público dentro del que tienen espacio libre formas de poder neo-absolutista cuya única regla es la ley del más fuerte.

El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación: el principio de taxatividad de las figuras del delito y con ello de certeza del derecho penal; el principio de ofensividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del contradictorio y el papel del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva; en fin, la eficiencia de la maquinaria judicial, inundada de procesos inútiles y costosos, cuyo único efecto es ofuscar el confín entre lo lícito y lo ilícito y quitar tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas cada vez más a esa forma de subrepticia amnistía que es la prescripción. Afortunadamente la mayor parte de este inútil derecho penal burocrático permanece inefectivo. Si por ventura todos los delitos denunciados fueran perseguidos y castigados, o incluso si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o en reclusión, o por lo menos encargada de una u otra forma de funciones policiales y carcelarias.

Hay un segundo efecto de la inflación penal, que es no menos devastador. Me refiero al colapso del principio de legalidad y, consecuentemente, a la quiebra de la capacidad regulativa de la ley. De aquél están en crisis todas las funciones políticas que le son propias en el Estado de derecho: 1) antes que nada la *certeza del derecho*, que es garantía de la igualdad frente a la ley, y la cognoscibilidad y credibilidad del sistema penal; 2) en segundo lugar la *sujeción del juez a la ley* que es garantía de inmunidad del ciudadano frente a la arbitrariedad y, conjuntamente, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de los poderes; 3) finalmente, la *primacía de la legislación*, y por tanto de la política y de la soberanía popular en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y en la exacta configuración de sus lesiones como delitos.

Es claro que una crisis como esa del derecho penal es el signo y el producto de una política penal coyuntural, incapaz de afrontar las causas estructurales de la criminalidad y dirigida únicamente a secundar, o peor aún a alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad.

El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica es el de la seguridad. En todos nuestros países –en Italia como en América Latina– la demanda de seguridad, alimentada por la prensa y la televisión, está acentuando las vocaciones represivas de la política criminal, orientándola únicamente a hacer frente a la criminalidad de subsistencia. El mensaje político que resulta es de signo descaradamente clasista, y está en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder en todas sus diversas formas. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que hay que prevenir y perseguir es únicamente la callejera y de subsistencia. No, por tanto, las infracciones “de cuello blanco” –las corrupciones, la falsedad en balance, los fraudes fiscales, el lavado de dinero, y mucho menos las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del ambiente y los atentados contra la salud– sino solamente los hurtos, los robos de coches y de viviendas, y el pequeño tráfico de drogas, cometidos por inmigrantes, desempleados, sujetos marginales, identificados todavía hoy como las únicas “clases peligrosas”. Es una operación que sirve para reforzar en la opinión pública el reflejo clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros y de los inmigrantes con los delincuentes y a deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el sentido común sobre el derecho penal: que la justicia penal deje de perseguir a las “personas de bien” –este es el sentido de la operación– y se ocupe por el contrario de los únicos delitos que atentan contra su “seguridad”.

Hay además un segundo mensaje, no menos grave, que se lanza en la campaña por la seguridad. Apunta al cambio en el sentido común del significado mismo de

la palabra “seguridad”. No quiere decir “seguridad social”, es decir garantía de la satisfacción de los derechos sociales, y por tanto seguridad del trabajo, de la salud, de la previsión social, de la supervivencia. Quiere decir únicamente “seguridad pública”, conjugada en las formas del orden público de policía en vez de las del Estado social. Y esto justamente porque la seguridad social ha sido agredida por las actuales políticas neoliberales y por ello se vuelve necesario compensar el sentimiento difuso de la inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente extracomunitario. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente las inseguridades, las frustraciones y las tensiones sociales no resueltas.

Con un doble efecto regresivo. Por un lado la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la intervención penal pudiera producir mágicamente una reducción de los delitos callejeros que requeriría por el contrario, más que políticas penales, políticas sociales; más que políticas de exclusión, políticas de inclusión. Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, de las políticas sociales dirigidas a remontar las causas estructurales de este tipo de desviación y de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que los experimentos de agravación de las penas.

Se sabe que los agravamientos punitivos no tienen ningún efecto disuasorio. Hay un principio teórico elemental, abonado por la experiencia, en el tema de la capacidad de prevención del derecho penal. El efecto disuasorio de las penas y de su agravamiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas: es máximo para delitos como el homicidio, la violencia sobre las personas, la corrupción y los delitos del poder, pero nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la tóxico-dependencia y a la marginación. Al ser una delincuencia originada por la pobreza, por la inseguridad en las condiciones de vida o peor aún por la necesidad de la droga, la delincuencia callejera no es seriamente prevenible con las penas, que aunque sean severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarles la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de hacerlo a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación. Al contrario, justamente su total ineficacia tiene el único efecto de acrecentar el malestar y la desconfianza en el derecho y en las instituciones.

4. EL FUTURO DEL DERECHO PENAL. UN PROGRAMA DE DERECHO PENAL MÍNIMO

Frente a esta crisis regresiva del derecho penal es hoy necesaria y urgente una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de *derecho penal mínimo*, debería intentar restituir del derecho penal su naturaleza de instrumento costoso, como *extrema ratio*, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales. En esta prospectiva me parece que se pueden formular, sumariamente, tres órdenes de indicaciones.

4.1. El primero se refiere a la necesidad de desarrollar, en la perspectiva de la dimensión hoy en día planetaria del “interés general”, una esfera pública mundial y por tanto un derecho penal a la altura de los nuevos fenómenos criminales que debe hacer frente. Precisamente, a la altura de la variada “criminalidad del poder” a la que la *deregulation*, es decir el vacío de derecho en que consiste la globalización, asegura la máxima impunidad. En esta línea, la principal indicación es la defensa, la concreta implementación y el reforzamiento de los medios y de las competencias de esa gran conquista histórica que ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, que todavía no ha entrado seriamente en funciones y que ya ha sido dura y fuertemente cuestionada e incluso sabotada. Las competencias de la Corte, además, deberían ampliarse a muchos otros crímenes, que comparten su carácter transnacional: como el terrorismo internacional, el narcotráfico y el tráfico ilícito de armas, las organizaciones mafiosas multinacionales, los delitos que afectan el ambiente o la salud, los golpes de Estado y las tentativas golpistas, y otros del género; siempre, naturalmente, que estos delitos no sean perseguidos en el territorio en que son cometidos.

4.2. El segundo orden de indicaciones se refiere al derecho penal sustantivo, y precisamente a su racionalización según el modelo del derecho penal mínimo. Es evidente el nexo indisoluble entre derecho penal mínimo, garantismo y eficiencia. Solo un derecho penal desburocratizado, limitado como *extrema ratio* únicamente a las ofensas a los derechos y a los bienes más fundamentales, puede de hecho asegurar el respeto de todas las garantías y a la vez el funcionamiento y la credibilidad de la maquinaria judicial.

No me detendré sobre las muchas propuestas en que se articula el programa del derecho penal mínimo: la introducción y la actuación del principio de ofensividad tanto en abstracto como en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como elemento constitutivo del delito; la extensión de la querrela de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las

contravenciones y de todos los delitos castigados con simples penas pecuniarias, por su escasa lesividad; la reducción de los máximos de las penas de arresto y la introducción de penas alternativas a la reclusión; la restauración, en fin, del modelo acusatorio y de las reglas del debido proceso⁸.

Hay sin embargo dos reformas que quiero señalar aquí porque son esenciales para reducir la ineffectividad y para aumentar la racionalidad del derecho penal. El primer orden de reformas se refiere al mercado de los que podemos denominar “bienes ilícitos”. Me refiero, en particular, a dos tipos de tráfico. Antes que nada, a la lógica prohibicionista en materia de drogas. Esta lógica, a causa de la incapacidad de los Estados para garantizar la observancia de las prohibiciones, tiene como único efecto dejar el monopolio del mercado de la droga a las organizaciones criminales e incrementar enormemente sus beneficios. La legislación prohibicionista en materia de droga es por ello típicamente criminógena: representa el principal alimento de la gran criminalidad mafiosa del narcotráfico y de la pequeña criminalidad dependiente de la pequeña distribución. El único modo de modificar de raíz este terreno de cultura de la criminalidad es la legalización y por tanto la liberalización controlada de las drogas.

Un discurso opuesto merece el comercio de las armas. Las armas están destinadas por su propia naturaleza a matar. Y su disponibilidad es la causa principal de la criminalidad común y de las guerras. No se entiende por qué no deba ser prohibido como ilícito cualquier tipo de tráfico o de posesión. Es claro que el mejor modo de impedir el tráfico y la posesión es prohibiendo su producción: no solo por tanto el desarme nuclear, sino la prohibición de todas las armas, excluidas las necesarias para la dotación de las policías, a fin de mantener el monopolio jurídico del uso de la fuerza. Puede parecer una propuesta utópica: pero es tal sólo para quienes consideran intocables los intereses de los grandes *lobbies* de los fabricantes y de los comerciantes de armas y las políticas belicistas de las potencias grandes y pequeñas.

Hay además otra reforma, a mi parecer urgente y previa a todas las demás, de la que quiero hablar aunque sea sumariamente: el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, que debe consagrarse a nivel constitucional, según el cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procedimientos penales si no es a través de una modificación de los códigos correspondientes aprobada por medio de procedimientos agravados. No se trataría de una simple reforma de los códigos. Se trataría más bien de una

⁸ Remito a mi trabajo “Crisi della legalità e diritto penale minimo” en *Diritto penale minimo*, edición de U. Curi y G. Palombarini, Donzelli, Roma, 2002, pp. 9-21.

recodificación del entero derecho penal sobre la base de una meta-garantía contra el abuso de la legislación especial y excepcional. La racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la “*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces” propia del viejo derecho común⁹, ha sido de hecho disuelta en una legislación caótica e incoherente, cuyo efecto es exactamente el de reproducir, a través del crecimiento de la discrecionalidad en la práctica jurídica, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo del derecho premoderno. Frente a esta regresión es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para poner al Código Penal y al de Procedimiento a salvo del arbitrio y de la volubilidad de nuestros legisladores. El Código Penal y el de Procedimiento se convertirían en textos exhaustivos y conjuntamente exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería hacerse cargo. Se acrecentaría su capacidad regulativa, tanto frente a los ciudadanos como frente a los jueces. La drástica despenalización así generada –comenzando por ese derecho penal burocrático representado por las faltas o contravenciones y, en general, las infracciones sancionadas con simples penas pecuniarias– sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y de la tasa de garantismo del conjunto.

Solamente la refundación de la legalidad inducida por la recodificación integral del derecho penal –acompañada de la restauración de todos los principios garantistas, comenzando por los de taxatividad de las figuras del delito y por el de lesividad de bienes y derechos fundamentales– puede por otra parte restaurar una correcta relación entre legislación y jurisdicción sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Con aparente paradoja, de hecho, en tanto que la legislación, y por ello la política, pueden asegurar la división de poderes y la sujeción del juez a la ley, realizando así la prerrogativa constitucional de reserva absoluta de ley, siempre que el legislador sepa hacer su trabajo, que es el de producir leyes respetuosas de las garantías, primera entre todas la de estricta legalidad, idóneas para limitar y vincular a los tribunales. En pocas palabras, en tanto la ley puede ser efectivamente condicionante siempre que esté jurídicamente condicionada. El hecho de que esta sea la vieja receta ilustrada no le quita ningún valor. Que todo esto fuera válido hace dos siglos, cuando la codificación hizo posible el paso del arbitrio de los jueces, propio del viejo derecho jurisprudencial, al Estado de derecho, no lo vuelve menos válido hoy en día, cuando la inflación legislativa ha hecho prácticamente regresar el sistema penal a la incerteza del derecho premoderno.

⁹ “No es por tanto esa *iuris prudentia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial, el Estado y su mandato, el que dicta la ley”, T. Hobbes, *Il Leviatano* (1651), traducción italiana de R. Santi, Bompiani, Milán, 2001, XXVI, p.439 (hay traducción al castellano de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1940).

4.3. El tercer orden de indicaciones se refiere al proceso y al ejercicio de la acción penal. El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Esta selectividad es el fruto, más que de una elección consciente, de la presión de los *media* y expresa también un reflejo burocrático de los aparatos policiales y judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que los cometidos por personas pudientes.

Creo que la toma de conciencia de esta sistemática discriminación debería, por un lado, orientar la política criminal, que, por el contrario, parece preocupada solamente por apoyar y alimentar con inútiles agravamientos de las penas la alarma hacia los delitos de los pobres. Y debería, por otra parte, entrar a formar parte de la deontología profesional de los jueces que han de garantizar la igualdad y los derechos fundamentales de todos, actuando en estos delitos con una mayor indulgencia equitativa para compensar la objetiva desigualdad y selectividad de la administración de justicia. Solo de esta forma la jurisdicción se abriría a los valores constitucionales de la igualdad y la dignidad de la persona, superando el tradicional formalismo y el pretendido tecnicismo que sirven en realidad para cubrir el reflejo burocrático e irresponsabilizador que es propio de todos los aparatos de poder.

Naturalmente, a corto plazo no cabe hacerse ilusiones sobre las perspectivas de una reforma del sistema penal a la altura de los nuevos desafíos, y ni siquiera sobre las políticas criminales racionales alternativas a las políticas demagógicas que actualmente prevalecen. Sin embargo, frente a la crisis de la razón jurídica, no podemos permitirnos ni siquiera un pesimismo resignado. Es verdad que en el estado actual, a causa de la sordidez de la política y de la cultura jurídica, una refundación racional del derecho penal parece sumamente improbable. Pero improbable no quiere decir imposible. A menos que se quiera ocultar las responsabilidades de (nuestra) política y de (nuestra) cultura jurídica, no hay que confundir inercia y realismo, descalificando como “irreal” o “utópico” lo que simplemente no queremos o no sabemos hacer. Al contrario, hay que admitir que de la crisis actual somos todos –legisladores, jueces y juristas– responsables; que el pesimismo “realista” y el desencanto resignado y “post-moderno”, del que en estos años ha hecho gala una parte de la cultura penalista, corresponden a peticiones de principio que se auto-verifican; que, sobre todo, de la superación de la falta de proyecto que aflige tanto a la política como a la cultura jurídica depende el futuro no solo del derecho penal, sino también del Estado de derecho y de la democracia misma.



Autor: Edwin Farfán Rodríguez

Título: Sin título

Técnica: Dibujo lápiz y carbón natural sobre lienzo

Dimensiones: 2 x 1.20 m

CONSTITUCIÓN DE 1991, CONFLICTO ARMADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL*

* El presente artículo es resultado parcial de la investigación adelantada en el marco de la Maestría en Ciencias Políticas del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia durante el año 2003, y revisado como parte de la Tesina del Doctorado en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, durante el año 2007.

Fecha de recepción: Abril 18 de 2008

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2008

CONSTITUCIÓN DE 1991, CONFLICTO ARMADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

*Mario Alberto Montoya Brand***

RESUMEN

La Constitución Política de 1991 entendida como parámetro de constitucionalidad de los hechos y actos jurídicos de la institución estatal que participa del conflicto armado en Colombia, presenta algunas características destacables para comprender las dificultades a las que se enfrentaría una pretensión de control por parte de la Corte Constitucional. En este artículo se efectúa una aproximación a esos rasgos, los cuales permiten sugerir que el texto constitucional no representa un instrumento jurídico político idóneo que pueda ser considerado como parámetro de control de las actuaciones del Estado irregular que libra un conflicto armado. Esto es así porque la Carta invisibiliza, trata excepcionalmente y subconstitucionaliza el tema de la guerra. Estas y otras condiciones han facilitado que en el ejercicio del control constitucional la Corte Constitucional haya contribuido a la aparición de sentidos constitucionales proclives al tratamiento belicista del conflicto armado interno, con las implicaciones que ello supone para la defensa de los derechos y para la conservación de una estructura estatal propia de los estados constitucionales contemporáneos.

Palabras clave: Colombia, conflicto armado, guerra, Corte Constitucional, control constitucional, Constitución Política de 1991, mutación constitucional.

POLITICAL CONSTITUTION OF 1991, ARMED CONFLICT AND CONSTITUTIONAL CONTROL

ABSTRACT

The Political Constitution of 1991, understood as the constitutional reference point of the practices and legal acts that the Government generates as an active part of Colombia's armed conflict, has certain special characteristics that have to be taken into account in order to understand the difficulties that the Constitutional Court has to deal with when it puts into effect its constitutional control. This article is intended to be an approximation to the understanding of those special characteristics.

These characteristics suggest that the constitutional text is not the ideal instrument that would serve as a controlling mechanism of the actions of an irregular Government that takes part in an armed conflict. This is due to the fact that the Constitution vanishes, treats as an exception or "under-constitutionalizes" the fact of war. These and other conditions have contributed, when the Constitutional Court carries out its controlling role, to the rising of constitutional conceptions that foster the bellicose treatment of armed conflicts, having huge implications to the defense of rights and the conservation of the structure of contemporary constitutional Governments.

Key words: Colombia, armed conflict, war, Constitutional Court, Constitutional Control, Political Constitution of 1991, constitutional mutation.

** Abogado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Candidato a Doctor del Doctorado en Transformaciones del Estado de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor investigador de la Universidad Eafit.

CONSTITUCIÓN DE 1991, CONFLICTO ARMADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

“El conjunto de normas constitucionales se convierte en una especie de arsenal que se emplea según el enemigo y según su situación.”

Ciro Angarita Barón

INTRODUCCIÓN

En el año 1987, el maestro Hernando Valencia Villa¹ se preguntaba por cuáles serían las características reales de la historia constitucional colombiana, y respondía acertadamente que las constituciones expedidas en Colombia hasta 1886 eran constituciones de guerra, y que la de 1886 era una Constitución por la que se había batallado en sus numerosas reformas. “Cartas de batalla” o “batallas por la Carta”, eran los términos con los que sintetizaba la historia constitucional colombiana hasta entonces. En el año 1997, en la segunda edición del mismo texto², agregó un capítulo sobre la Constitución de 1991, en la que se preguntó si esta podía ser calificada como otra Constitución enmarcada en las lógicas de la guerra y su respuesta varió significativamente: de acuerdo con él, su origen democrático y su contenido garantista no permitían incluirla dentro de la tradición guerrerista del constitucionalismo colombiano a pesar de contener dentro de su texto algunas instituciones en contravía de tal interpretación. Sin embargo, posteriormente, al examinar algunas de sus reformas consideró que “A la luz de este inventario, resulta hartamente difícil reconocer en la Constitución del 91, tan sólo cinco años después de su promulgación, el tratado de paz que los constituyentes negociaron y suscribieron en nombre y representación del pueblo colombiano”³, y finalmente auguró que “el pacto del 91 arriesga convertirse en otra carta de batalla”⁴.

¹ Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. 2ª ed. Santafé de Bogotá: Cerec: 1997.

² *Ibid.*, p. 177.

³ *Ibid.*, p. 197.

⁴ *Ibid.*, p. 199.

Pareciera que esta respuesta hay que tomarla hoy con algún cuidado pues es sólo parcialmente cierto que la Constitución Política de 1991 no es desde su origen un texto expedido por guerreros contra sus adversarios. En el fragmento agregado que se menciona, el maestro Valencia Villa abandonó la perspectiva metodológica con la que leyó todo el periodo constitucional hasta antes de 1991, es decir, el enfoque foucaultiano del poder político y lo sustituyó por una suerte de teoría democrática constitucional que desde luego modificó el resultado de sus análisis. Si el punto de partida teórico no es el del constitucionalismo⁵, sino la perspectiva foucaultiana del poder político⁶, de acuerdo con la cual los códigos, todo ellos, son sólo la sangre seca de antiguas batallas, o sea, formas jurídicas de hacer legal y legítimo un orden que necesariamente en su origen es injusto y violento, entonces el resultado varía diametralmente. Es decir, si se entiende, recurriendo a Foucault, que la Constitución Política de 1991 mantiene el orden de dominación que hace aceptable un cierto reparto de la propiedad privada –bastante asimétrico– que descansa en el Código Civil colombiano, y que por la Constitución no pasan las viejas luchas agrarias que configuraron el orden campesino en Colombia; o que, a manera de ejemplo, por la Constitución no pasa, no se resuelve, o se resuelve en cierto sentido, precisamente porque no se trata, el problema de la tributación y su vinculación al patrimonio que hace más fácil gravar a ciertos sectores y no a otros; o por último que, por ejemplo, el tratamiento prohibitivo penalizador acerca del tráfico de estupefacientes ilegaliza a buena parte de la población colombiana y un segmento importante de sus actividades, podría pensarse a partir de todo esto, que el texto constitucional (y en el fondo todo texto jurídico) sería necesariamente un orden propio de vencedores y de vencidos. Esto es así incluso si los códigos los escribieran los narcotraficantes, los marginados, los no propietarios o las víctimas, porque en el trasfondo de todo código descansa una violencia por lo pronto domesticada pero siempre latente.

Este texto se ocupa de dar respuesta al interrogante de Hernando Valencia Villa, aunque sin recurrir a su método en el que cobran mucha importancia los factores que rodearon la expedición de cada Constitución y sus consecuencias⁷, sino es-

⁵ Que es un modelo teórico fundamentalmente diseñado para la organización del poder en tiempos de paz, y por ello incapaz de explicar bien el orden de la guerra, aunque las naciones en que opera guardan en su seno instituciones profundamente belicistas, y además han acudido a todo tipo de guerras sin alterar significativamente sus principios y estructuras: guerras internacionales, guerras contra el terrorismo, guerras sucias, guerras antisubversivas, guerras colonialistas, y ahora intervenciones militares de corte dudosamente humanitario.

⁶ Foucault, Michel. *Defender la sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; 2001.

⁷ Los cuales ya por sí mismos permitirían al menos parcialmente reconsiderar la respuesta del autor citado acerca de la Constitución de 1991. Recuérdese que los actores que participaban más violentamente de la guerra en Colombia no se hicieron presentes o no fueron convocados, y por el contrario, algunos de ellos mantuvieron sus actividades e incluso una lucha encarnizada durante la Asamblea Nacional Constituyente: las Fuerzas

cuadrinando en los entresijos del texto constitucional pactado en 1991⁸, y también remitiendo a algunos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional referidos a la guerra que se vivió en Colombia hasta el año 2001. En particular este texto se motiva en la perplejidad que causa el examinar⁹ el conjunto de sentencias de la Corte Constitucional acerca del conflicto armado colombiano y la verificación de que más allá de sus razonamientos algunas veces garantistas fundados en ejercicios de contenido constitucional su actuación apenas ha constituido un límite en los asuntos decisivos sobre el tema.

El presente artículo se refiere a la falta de tratamiento de la guerra en la Constitución Política de 1991, y a los sedimentos que la Corte Constitucional ha ido dejando en su lugar por vía del control de constitucionalidad. En su desarrollo se ocupa de tratar los temas de constitucionalismo y guerra, algunos apuntes sobre el Estado colombiano en guerra, la Constitución de 1991 como parámetro del control constitucional, la invisibilización constitucional del conflicto armado, el tratamiento excepcional del conflicto armado, la infraconstitucionalización del conflicto armado, y la Constitución guerrerrista de la Corte Constitucional.

1. CONSTITUCIONALISMO Y GUERRA

El relato de la modernidad da lugar a una concepción según la cual la guerra y el derecho son dos cosas claramente diferenciadas, cuando no contrapuestas. El derecho, desde esta perspectiva, acotaría un campo en el que coinciden referentes de orden, paz, seguridad y legitimidad; la guerra, en cambio, evocaría el desorden, el caos, la violencia, la incertidumbre y la ilegitimidad. La formación estatal que sigue al absolutismo monárquico es la más recurrida expresión de uno de los extremos mencionados: es pensada y descrita como Estado de derecho.

Mirado desde el interior de sus propios enunciados, el modelo del Estado de derecho presupone que el Estado surge como consecuencia de un pacto social expreso o tácito que da lugar a los fundamentos de un orden social legítimo del cual, a su

Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), los narcotraficantes (haciendo la salvedad de algunos de los “extraditables”), los paramilitares, las bandas armadas, y esas figuras oscuras pertenecientes a sectores relevantes de la política, la economía y las Fuerzas Armadas, que alentaron, financiaron y contribuyeron a organizar y mantener las estructuras paramilitares, todos los cuales controlaban buena parte del país.

⁸ Como en algunos temas así lo han hecho Iván Orozco Abad, Gustavo Gallón, William Fredy Pérez y otros, según puede verificarse en la bibliografía anexada al final de este artículo.

⁹ Se utilizan los términos “guerra” y “conflicto armado” como términos intercambiables, más allá de sus diferencias establecidas en el Derecho Internacional y de las valiosas discusiones que se dan en nuestro país acerca de su naturaleza.

vez, derivan las normas jurídicas en que se concreta ese tal acuerdo. Así las cosas, el origen del Estado coincide con el abandono, si no de la guerra, sí por lo menos de la incertidumbre que provoca la ausencia de un acuerdo acerca de la continuidad de unas condiciones mínimas de paz. Para la modernidad entonces el Estado es el reverso de la guerra: ambos términos se excluyen mutuamente. Una vez aparece el Estado, desaparece la guerra. Y a la inversa, de aparecer la guerra se desarticula el Estado.

Este mismo relato implica que el constitucionalismo, y con él un control constitucional, sólo emergen en contextos en los cuales la guerra ha sido borrada, y ha hecho eclosión el Estado de derecho. Es decir, el constitucionalismo, y más precisamente el control constitucional, es posible una vez se conoce con claridad quién es el soberano y sólo cuando ese soberano se somete a reglas jurídicas emanadas del pueblo. En ese mismo instante teórico, el constitucionalismo que se ha venido construyendo al lado del Estado de derecho, del cual no siempre es posible distinguirlo (partiendo de una necesaria sospecha en relación con el desborde probado del poder estatal), supondría que el Estado debe tener límites no circunscritos exclusivamente a las normas jurídicas –derecho positivo–, sino establecidos a partir de nociones tales como la “dignidad humana” o la “naturaleza humana” las cuales impedirían el ejercicio de ciertas formas de poder más allá de los ordenamientos jurídicos expedidos por el propio Estado.

El constitucionalismo, y su concreción en el control constitucional, han heredado del liberalismo la concepción del Estado como *un mal necesario*, del que conviene proteger a la persona humana. Por eso surge un conjunto de elaboraciones teóricas que la convierten en una entidad intangible, y un cúmulo de herramientas institucionales que impiden al Estado, pero también a las decisiones mayoritarias o democráticas de la población o sus representantes, causarle daño alguno a aquella entidad que precisamente constituiría la razón de ser del orden.

Este modelo es concebido, desde luego, sobre el supuesto de “Estados exitosos” y consolidados que lograron pacificar una población definida dentro de un marco territorial y que han expulsado la guerra u otros órdenes alternativos desde su interior hacia fuera de sus fronteras. El enemigo del Estado ha sido controlado internamente o expulsado más allá de sus límites territoriales. Sólo en ese instante del relato teórico dominante en la modernidad, surge una jurisdicción estatalizada encargada de administrar justicia. Después, con el constitucionalismo, aparecerá la jurisdicción constitucional, cuyo objetivo central será proteger los derechos fundamentales de sus previsibles violaciones provenientes del Estado y de la sociedad misma.

El grueso de las constituciones modernas de los Estados de derecho –de los Estados constitucionales– da cuenta de este relato. Estas constituciones prescriben un modelo

de orden político y jurídico que representa la versión normativa de aquellos elementos de derecho, orden, seguridad, aquiescencia política, legitimidad y paz. Ciertamente que su contrapartida, la guerra, no es olvidada, pero apenas figurará en una sola y esotérica institución constitucional conocida como *el estado de excepción*, la cual se refiere, entre otras, a las escasas situaciones de guerra en relación con el Estado en dos sentidos: en el primero de ellos, el Estado libra una guerra con otro Estado. Se trata de una guerra externa o internacional; en el segundo, el Estado libra una guerra en su interior¹⁰, con enemigos internos. Se trata, en esta última posibilidad, de un conflicto armado interno, frecuentemente con rasgos irregulares.

2. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL ESTADO COLOMBIANO EN GUERRA

Salvo el gobierno colombiano actual, y sólo en sus declaraciones públicas, nadie duda de que en Colombia se vive un conflicto armado: ni los expertos¹¹, ni los anteriores gobiernos¹², ni los demás órganos de la institucionalidad estatal¹³, ni la iglesia católica¹⁴, ni la sociedad civil¹⁵, ni las agencias internacionales¹⁶, ni los gobiernos extranjeros¹⁷, ni tampoco los propios guerreros.¹⁸ Este conflicto armado presenta tres rasgos característicos: su larga duración, su irregularidad y su complejidad, los

¹⁰ Guerra de baja intensidad, conflicto armado interno, guerra civil, son algunos de sus nombres.

¹¹ Confrontar Gutiérrez Sanín, Francisco (Coordinador académico). *Nuestra guerra sin nombre*. Transformaciones del conflicto en Colombia. Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: Norma; 2005.

¹² Algunos de los cuales reconocieron explícitamente la existencia de la subversión y del conflicto armado, razón por la cual iniciaron diálogos de paz e hicieron uso de figuras tales como el indulto y la amnistía.

¹³ En numerosas leyes el Congreso hace referencia explícita a términos tales como “conflicto armado”, “paz”, “combatientes”, “Derecho Internacional Humanitario”, “desplazados”, en fin, figuras propias de este segmento jurídico; pero también el Gobierno actual, que ha impulsado diversas leyes sobre estas materias y ha expedido abundantes decretos, y cuyas intervenciones en los procesos de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, ordinariamente recurren a estos mismos términos.

¹⁴ Monseñor Luis Augusto Castro reconoce la existencia de un conflicto armado contrariando explícitamente la opinión del Presidente Uribe. Confrontar *El Colombiano*, 6 de febrero de 2005, Entrevista.

¹⁵ Con sus numerosas marchas pidiendo la salida política al conflicto armado, o con sus próvidas solicitudes ante los jueces para que a través de la tutela se resuelvan sus efectos: desplazamiento forzado, fumigaciones oficiales sobre cultivos ilícitos, omisión de conciencia por el servicio militar obligatorio, etcétera.

¹⁶ Confrontar los numerosos pronunciamientos sobre la materia efectuados por Human Rights Watch en www.hrw.org

¹⁷ Los recientes pronunciamientos de Venezuela, Ecuador y Nicaragua en la última conferencia de la OEA no son aislados.

¹⁸ En las entrevistas o comunicados presentados por los jefes paramilitares o guerrilleros la referencia inequívoca es al conflicto armado y a la guerra.

cuales han permitido la formación de un Estado que actúa como un guerrero y que en cuanto tal sería, paradójicamente, el objeto del control constitucional.

En este contexto de “guerra de larga duración”, la institucionalidad estatal colombiana ha ido adquiriendo algunos rasgos distintivos respecto de aquellos que han “tenido éxito” en su configuración: una cierta indefinición acerca de quién es el soberano; una sobrevaloración de las instituciones militares y sus funciones respecto del conflicto armado; una confusión entre algunos de los elementos binarios que definen los órdenes políticos constitucionales (normalidad-anormalidad, legalidad-legitimidad, factibilidad-idealidad, eficacia-validez, enemigo político-criminal); una cierta lectura internacional que percibe en ese contexto un factor de inestabilidad hemisférica y que ha propiciado intervenciones que disminuyen los índices de la soberanía externa; un régimen político presidencialista con rasgos autoritarios para responder a las condiciones de la guerra cuasipermanente; una experiencia política de derechos limitados, relativizados, o de hecho inexistentes; una dispersión política en la población y el territorio, que define las lógicas de la obediencia con base en agentes de control político distintos de las instituciones estatales; la coexistencia y yuxtaposición de dispositivos y prácticas sociales e institucionales que afrontan problemas propios de la convivencia política con base en soluciones que combinan la eficacia jurídica y militar.

2.1 La guerra irregular

La guerra interior ha sido una constante en la historia colombiana. Pero no sólo han sido guerras que se han extendido en la larga duración de la historia colombiana. Además de ello han presentado un rasgo decisivo a efectos del estudio del objeto del control constitucional: han sido guerras irregulares. En estas guerras el Estado ha compensado su debilidad orgánica, institucional y funcional con la adopción de prácticas irregulares. Difícilmente soberano, el Estado ha sido recursivamente irregular.

La irregularidad de una guerra puede ser calificada de acuerdo con las calidades del personal involucrado en ella, los métodos y medios para desarrollarla y los objetivos militares que se buscan dentro de la misma¹⁹.

Respecto del personal involucrado en las guerras irregulares, la primera característica radica en su indistinción con los civiles, pues los combatientes ponen en marcha actividades de camuflaje y combinación con la población civil, las cuales les permiten ventajas estratégicas tales como las de agrupación-dispersión-reagru-

¹⁹ Para una caracterización más precisa y extensa, véase: Franco, Vilma. Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral. *Estudios Políticos*. No. 19, Enero-Junio de 1998. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

pación, inteligencia militar y consecución de recursos. Estas actividades vinculan a la población civil al conflicto armado por medio de prácticas de complicidad y sentimientos de simpatía, lo cual puede llegar fácilmente a convertirla en objetivo militar de alguna de las partes. En cuanto a la población, no se la distingue de los guerreros, ella tiende a ser vista como sospechosa o como enemiga. Se la victimiza entonces, por ejemplo, por el hecho de no pertenecer a la zona de las operaciones militares, o por el desarrollo de actividades imprevistas para los guerreros.

Respecto de los métodos y medios empleados en este tipo de guerras, la característica más importante radica en que en ellas se evita el combate directo, la batalla abierta es relativamente escasa, mientras que se prefieren tácticas de ataque sorpresivo, tales como las emboscadas y los asaltos. Las guerras irregulares se desarrollan sobre espacios no definidos y circunscritos del territorio, el cual se usa de manera ocasional, o como territorio de paso, o para desarrollar circuitos propios de la dinámica de la guerra. Adicionalmente, la confrontación no es constante y sostenida, sino que se ejerce a través de actos de guerra puntuales, seguidos por periodos de normalidad. En las guerras irregulares los medios son especialmente crueles e indiscriminados, en razón de las vinculaciones anímicas que involucran la venganza, la disuasión, la ejemplarización y la crueldad.

Por último, los objetivos bélicos en las guerras irregulares comprenden objetivos no militares, es decir que la confrontación no se limita al ataque de guarniciones, tropas enemigas y edificaciones militares, sino que incluye como objetivos militares elementos puramente económicos y psicológicos, tales como los recursos y sus fuentes, las rutas de suministro de todo tipo de provisiones para sustentar los ejércitos, las actividades económicas, financiadoras y de consecución instaladas en la zona de control; o también, aquellos que impactan la moral militar, la lealtad, la unidad y la legitimidad del guerrero.

En Colombia se desarrolla una guerra que presenta estos perfiles y sus contendientes principales ofrecen rasgos que permiten calificarlos como partes involucradas en una confrontación de esas características. La insurgencia desarrolla una guerra de guerrillas, ejemplo típico de la irregularidad bélica; la contra insurgencia, sea estatal o paramilitar, también desarrolla actividades de esa índole para el combate de su enemigo.

2.2 El Estado irregular resultante

La noción de irregularidad a la que se hace referencia en este apartado y a lo largo del texto, remite al irrespeto por las reglas del Estado de Derecho y del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Es una irregularidad que se mira en relación con

las normas jurídicas que disciplinarían la forma y comportamiento del Estado en guerra interna y que involucra algunos elementos de debilidad y precariedad estatal. La noción de Estado irregular no debe ser restringida al nivel militar y mucho menos a los ejercicios de combate, pues el Estado recurre o se ha hecho irregular en –y a partir de– distintos ámbitos de su textura institucional, en los cuales desarrolla prácticas que pueden incidir directamente en la guerra.

- El tratamiento de excepción o de emergencia para los más diversos conflictos internos.
- Las continuas declaratorias de los estados de excepción y la incorporación de sus contenidos a la legislación ordinaria.
- La sujeción de la “obediencia debida” a criterios militares y no civiles.
- La indistinción jurídica y pragmática entre la Policía como cuerpo civil y el Ejército como cuerpo militar.
- La confusión entre el significado que se asigna a los conceptos de seguridad y de defensa nacional; seguridad ciudadana y seguridad del Estado; orden público y seguridad ciudadana.
- El sometimiento del orden público al criterio y las funciones de las Fuerzas Armadas.
- La extensión del fuero militar a los miembros de la Policía en acciones del servicio.
- El traslado de funciones judiciales a los cuerpos armados.
- El traslado al Gobierno de las más características funciones legislativas de configuración normativa en materias de la seguridad y orden público y las prácticas de diseño institucional encaminadas a concentrar poderes relativos a esas mismas materias en el Gobierno nacional.
- Difusas instituciones de responsabilidad política en razón de la guerra.
- El diseño institucional de una normativa presupuestaria y de planeación, que otorga márgenes de maniobra incontrolables al Gobierno para la determinación y destinación del gasto. Y una destinación creciente de recursos a la atención de la guerra.
- Las relaciones de subordinación estricta de autoridades regionales y locales en materia de orden público, insertadas en un programa constitucional que sin embargo procura la descentralización y autonomía territoriales.
- La formación de una Fiscalía de origen ejecutivo, estructura jerárquica rígida y dependencia gubernamental, pero con naturaleza y poderes judiciales.

- El diseño normativo de un complejo circuito de postulaciones y nominaciones que finalmente dejan el sistema de reclutamiento de miembros de las altas Cortes a merced de las mayorías parlamentarias oficialistas y del ejecutivo.

El desarrollo de las disposiciones constitucionales por parte del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, ha marcado un patrón de comportamiento de inhibición del Congreso para la expedición de normas jurídicas sobre estas materias (por lo menos con un enfoque democrático), y de eficiencia y disposición para el trámite de legislaciones surgidas del propio Gobierno. Por su parte, el Gobierno Nacional, en un tratamiento regresivo y de reacción frontal al conflicto y a la guerra, ha desarrollado prácticas a través de sus programas de seguridad nacional que incluyen aspectos como los siguientes:

- Una mayor autonomía para los militares en relación con la determinación del enemigo político, la manera cómo se le ha de tratar y las operaciones militares al respecto.
- Inclusión de civiles en la guerra a través del apoyo de los gobernantes para armar a los ciudadanos; el respaldo o impulso de las organizaciones privadas de seguridad, así como la concesión generosa de autorizaciones para el porte de armas a los particulares.
- Asunción y puesta en marcha de doctrinas extranjeras de lucha contra “enemigos internos” y “enemigos globales” (de la doctrina de la seguridad nacional, a los programas hemisféricos y universales de lucha contra las drogas o contra el terrorismo).
- El acople de las fuerzas armadas a poderes de hecho dominantes en localidades a partir de prácticas de privatización de su función pública.
- Distintas estrategias de seguridad nacional y orden público que no han incluido como eje central la defensa del ciudadano tanto como la de las instituciones.
- Políticas criminales basadas en la indistinción entre la prevención y el castigo del delito.
- Preferencia de la seguridad individualizada sobre la colectiva, pero justificación de la restricción a los derechos individuales de todos en nombre de la seguridad pública o más recientemente, “democrática”.
- Militarización del escenario de la política, y con ella, tratamiento de los conflictos inherentes a la democracia, por la vía de la fuerza.
- Obstaculización, frustración o impulsión de procesos de paz, en función de los intereses del Gobierno.

- Estrategias militares y policiales de dimensión preventiva con vinculación activa de la comunidad.
- Celebración de transacciones con los guerreros para obtener el control de ciertas zonas, así como también, permisividad con las uniones estratégicas entre narcotraficantes, militares y caciques locales, para definir algunos aspectos de la seguridad.
- Exclusión, en nombre de la unidad de mando en cabeza del Presidente, de las autoridades administrativas del orden departamental y municipal para el manejo del orden público.

Estas prácticas de construcción estatal han dado lugar a que los elementos con los cuales se suele caracterizar los Estados presenten rasgos bastante problemáticos de cara a la existencia de un presupuesto fáctico para el ejercicio del control constitucional: la soberanía, el territorio y la población.

En Colombia el proceso de construcción del monopolio bélico en cabeza del Estado no ha sido exitoso, pues múltiples actores detentan las armas y las fuerzas suficientes para disputar con éxito algunos aspectos de la soberanía, por lo menos en numerosos aunque dispersos e inestables territorios del adentro estatal y de sus candentes fronteras. La guerra persistente y en expansión, ofrece una imagen de inviabilidad en cuanto a la consolidación del Estado y construye formas de orden que se enfrentan, se yuxtaponen o negocian con los órdenes del Estado.

Así entonces el territorio no es, a la manera de los Estados exitosos, aquel espacio que denota la continuidad de una única dominación, producida, mantenida y reforzada por la presencia y la acción de una red burocrática que conecte los distintos espacios, y transforme el simple suelo físico como soporte de las actividades en territorio al adicionarle el sometimiento a un determinado orden político, el del Estado para este caso.

Por el contrario, el adentro del Estado parece corresponderse más con un archipiélago político, bajo el dominio continuado de fuerzas distintas a las del Gobierno institucional, trizado en espacios y microespacios inconexos, a los que el Estado no llega o no se le permite llegar, o que llega por medio de prácticas militares de invasión o conquista. Los instrumentos que hacen aparecer una continuidad, una apropiación y un imperio sobre el suelo para que este se transforme en territorio del Estado no figuran: no puede hablarse en plenitud de un mercado nacional, tampoco de unas redes de comunicación que interconecten los espacios y sus poblaciones, y menos de una presencia burocrática que confiera continuidad al dominio estatal.

Este archipiélago político ha sido objeto de nominaciones contenidas en rótulos muy diversos: “territorio de refugio”, “territorios bélicos”, “zonas de dominio variable”, “zonas en disputa”, “zonas de control de un actor”. Descriptores que evidencian la ausencia de un control estatal dentro de amplias zonas de las fronteras internas del país, al punto en que se invierte la lógica del ejercicio y el entendimiento que se tiene del control militar institucional, que es percibido cuando aparece, como un Ejército de ocupación o de conquista, para el que la población es sospechosa y el territorio desconocido y peligroso.

La sociedad colombiana está lejos de ser el elemento subjetivo del Estado, aquel en que descansa un sentido de unidad nacional o de identidad en un imaginario colectivo cuya reducida conflictividad se encuentra canalizada por las instituciones estatales. No es tampoco el espacio de la obediencia a una legalidad derivada del Estado, por el contrario, es el espacio de una fuerte conflictividad socioeconómica de choque, altamente militarizada por diferentes actores armados, uno de los cuales es el Estado. En efecto,

“La relación del Estado y lo social en Colombia se ha estructurado fundamentalmente a partir de la confrontación, la negación y la resistencia. Esta relación, enmarcada en la generalización del recurso a la violencia, es el producto de un proceso histórico que involucra la crisis de la legitimidad del Estado, la militarización y la privatización del Estado y la fragmentación, desarticulación y anomia de lo social”.²⁰

Adicionalmente, las relaciones entre el Estado y la población están lejos del ideal institucional de la representación directa o indirecta como lo imagina el relato del Estado de derecho. En sentido muy distinto, a lo largo de la historia colombiana, ha habido una práctica numerosa y variada de intermediarios que han estado negociando tanto el orden como el desorden político, en espacios semipúblicos y semiprivados en los distintos ámbitos y niveles del Estado y por fuera de él.

De otro lado, la legitimidad en el sentido de credibilidad y disposición a la obediencia se ve seriamente diezmada por el recurso a una violencia de expresión diversa ejercida por el Estado, la cual no está desconectada de un tipo de guerra irregular de larga duración. Esta violencia adopta formas y cobra víctimas variadas: como violación de los derechos humanos,²¹ como desplazamientos masivos de pobla-

²⁰ Uribe de Hincapié, María Teresa. “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”. *Estudios Políticos* No. 13, Julio-Diciembre de 1998. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín, p. 54

²¹ “Detenciones ilegales, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y detenciones arbitrarias a manos de determinados elementos de las Fuerzas Armadas y los demás organismos de seguridad del gobierno”. Comisión Andina de Juristas, Comisión Colombiana de Juristas. *Violencia en Colombia*. Lima,

ción,²² como ataques a movimientos sociales de protesta,²³ como acosos sobre las minorías étnicas, campañas de limpieza, entre otras. No obstante, el Estado insiste en un discurso constitucionalista de “defensa de la sociedad” que se yuxtapone a un reconocible “miedo al pueblo”.

En Colombia el “nosotros” como sustrato colectivo de lo nacional, como imaginario social que confiera sentido de pertenencia a un proyecto común representado en el Estado es muy débil, y no alcanza a ser el origen de la legitimidad que un Estado de derecho reclama. Con todo, el Gobierno formula constantes llamados a la solidaridad ciudadana²⁴ para con las autoridades, los cuales sin embargo no parecen tener mucho éxito pues buena parte de la sociedad nunca ha sentido que el Estado sea ni suyo ni su amigo. Esto se percibe en la tendencia cada vez mayor a premiar la colaboración con el Estado.

La población es menos la materialización subjetiva de los derechos que un factor decisivo en la guerra, es menos el límite en términos de garantías para el actuar militar del Estado, que un conglomerado clave activamente para contribuir con las labores de inteligencia, y pasivamente para justificar sus actos.

Es ciertamente difícil creer que los rasgos de un tal actor de la guerra permitan su control constitucional, pues este ejercicio, que es complicado en periodos de paz, es prácticamente imposible con la transformación del Estado en contextos de guerra irregular. Su condición refractaria al control constitucional puede sintetizarse en las siguientes reflexiones: se está frente a una incontrolabilidad constitucional por razón del objeto, en este caso determinada porque la guerra irregular de larga duración ha dado lugar a un tipo de Estado guerrero antes que Estado de Derecho y mucho menos Estado constitucional. Es decir, uno de los presupuestos de la con-

1990, p. 87. Para un material actualizado referido a los diferentes actores que participan de la guerra, véase: Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia 2002-2006: Situación de derechos humanos y de derecho humanitaria*. Bogotá, Colombia, 2007

²² “la principal causa del desplazamiento en Colombia tiene relación con la violencia política generada a partir del conflicto armado interno que enfrenta el Estado con grupos insurgentes, con la consiguiente violación de los derechos humanos y las transgresiones al derecho internacional humanitario”. (...) “Teniendo presente que en 32% el desplazamiento obedece a la acción de dos o más actores armados, se concluyó que la guerrilla era responsable del 31.87% de las migraciones forzadas, los paramilitares del 21.08%, las milicias populares del 3.84; y por parte de las fuerzas del Estado, que las Fuerzas Militares eran responsables del 19.56%, la Policía del 5.42 y el DAS del 1.58%”. Tomada de un estudio financiado por el Episcopado Colombiano citado en la Sentencia de Constitucionalidad (SC) 225 de 1995

²³ “gran número de las marchas y los paros trajeron como consecuencia la militarización de las regiones en que habían ocurrido. Por otra parte las propias movilizaciones se vieron acompañadas frecuentemente por bombardeos y ataques de artillería lanzados por las Fuerzas Armadas.” *Ibid.*, p. 88. Además el desplazamiento sistemático, las masacres colectivas, etc.

²⁴ Decreto legislativo 1793 de 1992, entre otros.

trolabilidad constitucional del Estado de derecho, aun si libra una guerra interna, no se cumple, pues el Estado se ha venido formando en obediencia a la lógica de la guerra antes que a la lógica de la paz.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1991 COMO PARÁMETRO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

En la creencia normativa del constitucionalismo, la Carta de 1991 funciona como el paradigma para el juzgamiento de las conductas de una realidad política que se ha construido en el marco de una larga guerra irregular interna. La Constitución Política de 1991 entendida como parámetro de constitucionalidad de los hechos y actos jurídicos de la institucionalidad estatal vinculada a la guerra, presenta algunas características destacables para comprender las dificultades a las que se enfrentaría una pretensión de control. Estos rasgos permiten sugerir que la Constitución Política de 1991 no representa un instrumento jurídico-político idóneo que pueda ser considerado como parámetro de control de las actuaciones del Estado irregular en guerra.

Ello es así por dos razones fundamentales: (a) Ni la guerra irregular ni el Estado guerrero son objeto de consideración por el texto constitucional, y ello significa que si no han sido tematizados por la Carta, (b) las opciones de construcción del paradigma del control para calificar las actuaciones del Estado irregular guerrero quedan de hecho sujetas a normas infraconstitucionales, es decir, legales y/o gubernamentales, y a la jurisprudencia; lo que sin duda es problemático en tanto esa construcción –del paradigma– se fijará en asuntos que tendrían que ser propios del soberano y no de los órganos constituidos, es decir, en la determinación de si existe un enemigo, en la manera de tratarlo y si es el caso, de combatirlo²⁵.

Dicho en otros términos, respecto del tema del conflicto armado interno y del Estado irregular guerrero, la Constitución Política no es propiamente un paradigma de control sino algo diferente, un conjunto de normas y disposiciones que se ocupan de *otro mundo*. La inexistencia normativa de la guerra en el nivel constitucional y del tratamiento que se ha de dar a la misma atendiendo a sus características irregulares y de larga duración, defiere el asunto más importante de la política y el supuesto mismo para que se pueda hablar de Estado moderno en Colombia, a los órganos constituidos de un Estado guerrero con rasgos irregulares, particularmente al Gobierno Nacional. En ausencia de disposiciones constitucionales explícitas

²⁵

Siguiendo parcialmente a Carl Schmitt en *El concepto de lo político*. Versión española de Rafael Agapito. Alianza Editorial, 1991.

dirigidas a definir qué es la guerra, quién es el enemigo y cómo se le ha de tratar, la respuesta sobre la materia, esto es, el paradigma del control de constitucionalidad, deviene en un conjunto amorfo de disposiciones infraconstitucionales o supraconstitucionales que poco útiles son si se las piensa desde una función limitativa del guerrero institucional, como correspondería al control constitucional, pero que en la práctica han resultado valiosas para un tratamiento permanente del conflicto armado por las vías militares, en razón de las propias condiciones de formación de esos órganos.

Dado que la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que da lugar a la Constitución de 1991 no es el resultado de un proceso de paz construido por la totalidad de los guerreros, y en un sentido más amplio, los partícipes determinantes de la guerra, que desde luego no se agotan en la figura de los simples combatientes, en la Constitución no se encuentran normas jurídicas dirigidas a establecer el contenido de acuerdos que se correspondan con esos procesos y los mecanismos para asegurar su permanencia así como las disposiciones necesarias para el tránsito de la guerra a la paz. Sin embargo, tampoco aparecen las normas que reconocerían el conflicto armado interno, los enemigos, los rebeldes, las organizaciones político-militares alternativas o sustitutivas y el tratamiento que se les habría de dar. Las que sí figuran allí son las que podrían denominarse disposiciones facultativas para guerrear, las normas que facilitan y autorizan al Estado a recortar o desconocer derechos y garantías en el marco del conflicto armado no reconocido. Pero claro, estas últimas difícilmente pueden ser presentadas como paradigmas de un control de constitucionalidad sobre la materia pues no están diseñadas para decir no, esto es, no constituyen propiamente barreras o límites al guerrero institucional.

Sólo de manera aproximativa, en este acápite se ofrecerán las líneas gruesas acerca de la ausencia del tratamiento constitucional de la guerra, su sustitución por las voces infraconstitucionales y ciertas consecuencias del fenómeno.

3.1 La invisibilización constitucional del conflicto armado

Para probar la inexistencia del tratamiento de la guerra interna en la Constitución, podría decirse inicialmente que no hay cláusula alguna que efectúe siquiera una aproximación que permita formular un juicio en relación con lo que el constituyente pensó sobre la materia. Esto por supuesto no significa que en la Constitución no se hayan consignado algunas disposiciones dirigidas a regular algunos aspectos relativos a la guerra, seccionando el tema en la división clásica de guerra exterior y conmoción interior (la expresión “guerra interior” no es usada).

La Constitución Política alude a la guerra exterior: con el fin de autorizar al Gobierno para declarar la guerra a otra nación (artículo 173 numeral 5); para autorizar la expropiación en caso de guerra exterior (artículo 59); para establecer que el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación excepto en caso de guerra exterior o por razones de seguridad nacional (artículo 350); en materia de descentralización fiscal, de manera que “los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior” (artículo 362); para señalar en el artículo 88 numeral 6, que corresponde al Presidente proveer a la seguridad exterior para lo cual podrá declarar la guerra con permiso del Senado (artículo 188); para sancionar la traición, en caso de que un colombiano participe en guerra exterior contra Colombia (artículo 97).

Las disposiciones constitucionales que tendrían que ver con el tema de la guerra interna, bajo la forma de conmoción interior, son los artículos 213 y 214. Allí, la guerra asume la forma del “estado de excepción”. Esta figura supone la existencia de un fenómeno episódico, sobreviniente y extraordinario, por lo cual su tratamiento no se dirige tanto a la descripción del acontecimiento específico que da lugar a la declaratoria, como a la delimitación de las funciones correspondientes al Gobierno Nacional para conjurar su advenimiento extraordinario. Tampoco allí se encuentra entonces tematizada la guerra.

En el texto constitucional, pero con carácter transitorio, se encuentran algunas disposiciones que se ocupan de la materia, pero desde una perspectiva de próximo final de las confrontaciones armadas que se sostienen por más de cuatro décadas con las guerrillas. Por ello, allí se creaban instituciones y facultades necesarias para dar por finalizado el conflicto con los subversivos. El artículo 8° transitorio, extendía hasta por noventa días la vigencia de los decretos de estado de sitio expedidos bajo el régimen de la Constitución de 1886, y facultaba al Gobierno Nacional para convertirlos en legislación permanente, lo cual poco contribuyó a lograr la paz pues se trataba de normas fuertemente inspiradas en el belicismo propio de los estados de sitio²⁶; el artículo 12 transitorio facultaba al Gobierno Nacional para que hiciera uso de algunas instituciones que facilitarían la reincorporación a la vida civil de los grupos guerrilleros que se encontraran vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección de aquél, lo cual nunca resultó aceptable para los alzados en armas; el artículo 13 transitorio, facultaba al Gobierno para disponer lo necesario a fin de mejorar las condiciones económicas y sociales de las zonas en las que dichos grupos guerrilleros desmovilizados pudieran reincorporarse a la

²⁶ Los decretos legislativos expedidos en desarrollo de esta facultad fueron: 2252, 2253, 2254, 2265, 2266, 2270, 2271 y 2273 de 1991.

vida civil; el artículo 30, autorizaba al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos o conexos cometidos por grupos guerrilleros que se reincorporaran a la vida civil;²⁷ y el artículo 47 transitorio, que confería facultades para que la ley organizara para las zonas afectadas por aguda violencia, un plan de seguridad social de emergencia.

Finalmente, y sólo para subrayar los rasgos más relevantes, la Constitución no menciona a los grupos paramilitares, a los grupos de narcotraficantes, las numerosas bandas armadas, ni la guerra sucia adelantada desde fuerzas oscuras del Estado, entre otros, lo cual denota la unidimensionalidad y simpleza del concepto de la guerra propio de la ANC y que subyace a estos textos.

Pero otras formas de dar respuesta al conflicto armado colombiano sí han sido consideradas desde el texto original de 1991 y en algunas reformas constitucionales: residuos de la lucha contra el comunismo nacional o internacional, la lucha contra el narcotráfico y la guerra contra el terrorismo, actualmente todas ellas puestas en un mismo plano y usadas para enfrentar el conflicto armado. Se trata de textos fugaces y dispersos, que dan respuesta desde concepciones gubernamentales a las imágenes de la guerra que se han ido forjando o haciendo usos políticos del concepto “paz”, y que muy poco tienen que ver con establecer límites o controles al Estado y en especial al Gobierno: el artículo 345 autoriza que en tiempos de guerra, de conflicto armado o de “no paz” como ha dicho la Corte Constitucional -aprovechando la distancia que el Gobierno ha encontrado entre el estado de guerra interna o externa y el de paz- se perciban contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas, o hacer erogaciones con cargo al tesoro que no se hallen incluidas en el de gastos, así mismo, pueden hacerse gastos públicos no decretados por los órganos representativos, o incluso, pueden transferirse créditos a objetos no previstos en el respectivo presupuesto; el artículo 35, modificado por medio del Acto Legislativo 01 de 1997, autorizó la extradición de nacionales colombianos por nacimiento por delitos cometidos en el exterior considerados como tales en la legislación penal colombiana, fundamentalmente por narcotráfico en la práctica; el artículo 347 ha sido adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2001 a fin de que durante los años 2002 a 2008 el monto total de las apropiaciones autorizadas por la ley anual de presupuestos para gastos generales no puedan ser incrementadas en un determinado porcentaje, salvo los de defensa o aquellos que se generen bajo estados de excepción; los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución han sido modificados en nombre de la guerra contra el terrorismo, a través del Acto Legis-

27

En relación con esta norma, es evidente que su transitoriedad constitucional no riñe con la permanencia legislativa ordinaria de un tema como ese: indulto, amnistía, reinserción, son lógicamente fenómenos constantes en una historia de guerras continuadas y procesos de paz permanentes.

lativo 02 de 2003, a fin de reducir derechos y garantías fundamentales y a extender poderes del Estado. Y menos evidentes, pero igualmente eficaces, la autorización de la reelección inmediata de Presidente, que para el caso de Álvaro Uribe Vélez, significa la continuidad de una manera belicista de enfrentar el conflicto armado colombiano a través de la Política de Seguridad Democrática.

En suma, las disposiciones referidas a la guerra interna en Colombia se caracterizan por ser indirectas, dispersas, excepcionales y transitorias. Están lejos de constituir un texto unitario consistente, que dé cuenta de los rasgos más importantes del conflicto armado colombiano: su larga duración, su complejidad, su irregularidad y la manera como se involucra el Estado.

Como puede observarse, y considerado en términos generales, el lenguaje constitucional dista mucho de la descripción y prescripción de la guerra, especialmente de la interna. Y, desde luego, no se trata de que un texto normativo como el constitucional se convierta en un mapa sociológico de la confrontación. Esa no es la naturaleza de las normas. Lo que se dice es que la descripción del mundo ideal que el orden normativo tiene en *mente* (la descripción de un deber ser del orden), no parte de un reconocimiento de la confrontación, no involucra el tema; y como el texto constitucional no supo ni sabe de *esta* guerra, sino que sabe de *la* guerra conjurada por el relato liberal moderno, entonces no puede controlar o disponer la manera de ejercer control sobre *este* guerrero. No prescribe formas efectivas de control del guerrero estatal.

En síntesis, la lectura de la Constitución Política de 1991, no permite la constatación del más grande problema que una organización política con pretensiones de configuración estatal pueda afrontar: la guerra interna. La guerra no pasa por la Constitución, por lo menos en el sentido explícito y por ello público de un fenómeno que afecta a la casi totalidad de los asuntos de la vida colectiva y privada de los colombianos. Leer la Constitución equivale a hacerse a la idea de un contexto de paz, que casi en nada se corresponde con la realidad.

En el texto constitucional se refleja el espíritu hermético de reconciliación nacional asumido por la Asamblea Nacional Constituyente; es el lenguaje de los derechos fundamentales, es el lenguaje del constitucionalismo, el de la convivencia, y el respeto por las formas plurales de vida individual; es el lenguaje de la unidad nacional, de la redefinición y viabilidad de un único proyecto de vida política, el reconocimiento del otro, los canales institucionales, los valores compartidos.

La Carta Fundamental inspirada en el pensamiento constitucionalista de los Estados exitosos simplemente se ocupó de describir y prescribir lo que sería una sociedad pacificada, en orden y progresista. El estado ideal de cosas que el texto constitucional

colombiano tiene en mente, es el estado ideal de cosas que el constitucionalismo como programa de las organizaciones políticas occidentales se trazó.

Y sin embargo, como se ha dicho atrás, el presupuesto histórico fáctico para la emergencia de esos Estados no se ha logrado ni es objeto de reflexión importante en términos de sus condiciones de posibilidad: la guerra resuelta; es decir, lo que en aquellos Estados exitosos sería su eliminación a través del Estado absoluto por vías de la monopolización de los recursos militares, o por medio de transacciones, alianzas y acuerdos dirigidos a acabar con los enfrentamientos internos y fronterizos.

El silencio sobre la materia se explica –aunque no se justifica²⁸ en parte por el contexto, la estructura y forma en que operó la Asamblea Nacional Constituyente. Por el contexto, en cuanto el momento histórico estuvo invadido por aquel espíritu de reconciliación nacional mencionado, que hizo perder de vista la evidencia de la continuidad de la guerra, confirmada inclusive en esa misma época por el acontecimiento de Casa Verde en el Meta²⁹, por la consecuente negativa de la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar a participar de la ANC, por la persistencia de las muertes numerosas de los miembros de la Unión Patriótica, por las presiones en contra por parte de los militares y paramilitares.

²⁸ No es común encontrar en las constituciones referencias suficientes acerca de los estados de guerra interior. Eso puede explicarse porque los más influyentes modelos constitucionales florecen una vez el acontecimiento de la guerra ha sido conjurado, y en consecuencia no es necesario disponer sobre su tratamiento sino sobre su prevención. No obstante, este desajuste entre derecho y realidad, a su modo, sí es objeto de censura por parte de los más grandes constitucionalistas y teóricos del Estado en la historia. Confrontar García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado. Capítulo Cuatro*. Madrid: Alianza; 1999. p. 79-98. Una segunda razón, sin duda relevante para Colombia, consiste en que estos modelos suelen ser condiciones establecidas por poderes externos. Los modelos exportados por supuesto no incluyen el acontecimiento de la guerra (interna o externa) que frecuentemente es adverso a los intereses del Estado dominante usualmente colonizador o neocolonizador. Confrontar Díaz Arenas, Pedro Agustín. *Estado y Tercer Mundo. El Constitucionalismo*. Santa Fe de Bogotá: Temis; 1997.

²⁹ Sobre este episodio comenta el constituyente Augusto Ramírez Ocampo: “Pero el día mismo en que nos estaban eligiendo miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, el presidente Gaviria resolvió bombardear Casa Verde. No he podido todavía llegar a una explicación lógica de este absurdo acontecimiento. Cuando se estaba planteando la Asamblea Nacional Constituyente como el sistema para llegar a un “pacto de paz”, porque así la describimos, así la buscamos y así la escribimos, con ese ataque irreflexivo la sepultaron en el tiempo e hicimos imposible la presencia, en esa magna Asamblea, de la Coordinadora Nacional Guerrillera Simón Bolívar, entonces representante de todos los grupos insurgentes. No contento con ello, el presidente Gaviria decidió declarar la “guerra integral” y la aplicó. Cuando se hace el balance de la administración Gaviria, se da uno cuenta de que en el momento en que comenzó su mandato, dentro de la geografía de la guerra había 178 municipios que de manera directa o indirecta estaban contaminados de la guerra. Y después de la “guerra integral”, cuando entrega el presidente Gaviria su mandato, lo hace dejando 560 municipios con influencia directa o indirecta de la contaminación de la guerra.” Tomado de Ramírez Ocampo, Augusto: “La comisión de conciliación nacional y la construcción de la paz en Colombia”. En: *Colombia, democracia y paz*. Alfonso Monsalve Solórzano y Eduardo Domínguez Gómez (editores). Tomo II., Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía del CSIC, Medellín; 1999. p. 360 y 361.

Porque la tradición de los procesos constituyentes propios de los estados de derecho occidentales no incluye las fuentes del poder real, y para este caso, las múltiples fuentes de poder bélico que inciden en la configuración de la guerra colombiana.

Y finalmente, aquel silencio sobre la guerra se explica por la forma en que operó, porque condujo a que ella fuera tematizada como un asunto “sectorial” o de menor nivel en relación con muchos otros que llamaban la atención de los miembros de la ANC. A la guerra no se la vio como el asunto a resolver de manera previa y estructural que permitiese definir y trazar el futuro político del Estado y sus instituciones, ni tampoco como el asunto a resolver para dar lugar al surgimiento de un orden civil, sino como un tema similar al de los servicios públicos, o al del libre desarrollo de la personalidad. El gran acontecimiento permanente de la guerra, que paradójicamente dio lugar a la constituyente, y que incluso retrasó su funcionamiento, resultó subvalorado por sus delegatarios.

A pesar de todo ello, algunos autores apuntan en tono crítico, que en la Constitución Política es posible leer ciertas expresiones de la guerra. Iván Orozco Abad, por ejemplo, señala “por lo menos” cuatro peligros asociados a la instrumentalización autoritaria y represiva de la Constitución:

1) La elevación, en condiciones de guerra y de violencia generalizada, de la idea de la eficiencia militar, policiva y punitiva a la condición de fin en sí mismo, y la instauración, con ello, de una suerte de dictadura del ejecutivo (...). 2) el disfrazamiento de la eficiencia militar, policiva y punitiva con la túnica sagrada del nuevo principio del Estado social de derecho y en general, la instrumentalización de este al servicio de la violencia estatal (...) 3) la utilización del método interpretativo jurisprudencial del sopesamiento de principios para favorecer la prevalencia general de la eficiencia militar, policiva y punitiva sobre la vida y los demás derechos y garantías individuales de libertad, e instaurar un gobierno de jueces, o una dictadura del ejecutivo legitimada por los jueces (y) 4) la transformación de la Constitución y del derecho penal en un credo religioso, político o moral para separar a los ciudadanos en buenos y malos;³⁰ y de cara a la guerra, para apuntalar la distinción entre amigos y enemigos

Por su parte, William Fredy Pérez, refiriéndose a las cláusulas y prácticas de excepción anteriores a la Constitución de 1991 y ahora consolidadas en ella, afirma que:

³⁰ Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. Los Peligros del nuevo constitucionalismo en Materia criminal. Santa Fé de Bogotá: Temis; 1999. p. 26.

Una práctica prolongada de producción normativa de excepción no puede menos que impregnar finalmente el eje jurídico político del sistema, con el sabor de esos contenidos y las formas de aquellos canales. Nos referimos a la afección de estructuras y espacios institucionales fundamentales y a la consecuente proliferación de prácticas subordinadas, inspiradas o autorizadas desde el centro y la cúspide del sistema; es decir, desde una Constitución que se perfila de emergencia.³¹

Gustavo Gallón Giraldo, de otro lado, advierte la existencia de disposiciones constitucionales referidas a la preponderancia del poder militar sobre el civil en un contexto que en la larga duración ha mostrado esta tendencia. A su juicio: “La Constitución de 1991 dejó incólumes: el principio de obediencia debida, el fuero militar y la permanencia de la policía dentro del Ministerio de Defensa”.³²

Sin duda reflexiones pertinentes cuya potencia crítica deriva de los desarrollos constitucionales y de un examen de lo “poco” que la Constitución dijo en relación con la guerra. Y son sin duda aquellas consideraciones importantes para este trabajo, aunque en el mismo ahora importe, más que lo poco que dice el texto constitucional, lo mucho que no dice respecto de la guerra. Y no porque la Constitución Política no sea también una “carta de batalla”, sino porque la forma de involucrarse con la guerra, esa que debe analizarse, consiste en no tratarla, en delegarla, en invisibilizarla, en callarla. Desde luego que estas omisiones no son simplemente olvidos o silencios sino grandes posibilidades de maniobra gubernamental y también jurisdiccional.

Se dirá que este problema no existe por cuanto la normatividad sobre el conflicto armado interno sí se encuentra establecida en el orden internacional, y que algunas disposiciones constitucionales remiten a aquélla, y que en la actualidad se han incorporado a la legislación nacional tratados y convenios sobre los conflictos armados internos³³. Son normas jurídicas de gran importancia, que incluso han demostrado su valor al servir de fundamento a algunas de las sentencias de la Corte Constitucional para limitar el poder del Estado, y en particular el del gobierno, con respecto a la guerra interna; así como también han permitido a la Corte Interame-

³¹ Pérez Toro, William Frey, Vanegas Yépes, Alba Lucía y Álvarez Martínez, Carlos Mario. Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia. Medellín: Diké, Universidad de Antioquia; 1997. p.105.

³² Gallón Giraldo, Gustavo. “Fuerza pública y Constitución de 1991”. En: *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA; 2002. p.251

³³ En efecto son muchas normas hoy vigentes y se les asume a veces como parte del “bloque de constitucionalidad” precisamente para construir el paradigma: El Protocolo II de Ginebra, es el principal.

³⁴ Confrontar Sentencias de la Masacre de La Rochela, Mapiripán y Pueblo Nuevo. Disponible en: www.corteidh.org.cr

ricana de Derechos Humanos expedir algunos de las más significativas condenas contra el Estado colombiano por la violación de derechos humanos en el contexto de la guerra interna³⁴.

Con todo, y para lo que se indaga este texto, tales normas resultan insuficientes y no alcanzan a llenar adecuadamente el vacío atrás señalado acerca de las normas constitucionales que debería incluir una Constitución que supiera de la guerra: en primer lugar, porque son normas muy amplias en cuanto se refieren a todos los conflictos armados internos, pero no a las particularidades del conflicto armado colombiano; en segundo lugar, por el valor que representa para una organización política determinada la inclusión de normas precisas en su texto constitucional, que actuarían como un referente más claro, visible e inmediato que el de normas expedidas por fuera del país, en niveles normativos múltiples, referidas a temáticas muy variadas, altamente complejas y bastante extensas.

Desde una perspectiva inspirada en la estricta dogmática del constitucionalismo, pareciera que las lógicas del control serían distintas si la Constitución Política se ocupara del tema de la guerra interna, es decir, de establecer límites propios de un modelo constitucional para el Gobierno y no de exacerbar sus poderes. Quizá la fórmula constitucional escrita aportaría seguridad, demostrabilidad temática y estabilidad en el tratamiento de la guerra; de esta manera la excepcionalidad con la que suele darse respuesta a los conflictos armados internos, para bien o para mal, adquiriría, ahora sí, un carácter excepcional o, en el peor de los casos, normal... pero certero, predecible, referencial. Además, la Constitución sería intangible y menos contingente que la normatividad subconstitucional que rige el tratamiento actual de la guerra.

Una Constitución Política que supiera de la guerra interna en Colombia, y que se propusiera por lo menos controlar al guerrero tantas veces mencionado, podría ser explícita y precisa en el control de prácticas ampliamente recurridas tan sólo si contuviera disposiciones con textos como los siguientes: “Artículo g1: Se prohíbe la conversión de normas extraordinarias en normas ordinarias”; “Artículo g2: Habrá responsabilidad penal y civil por el manejo del conflicto armado interno en cabeza del Presidente de la República y el Ministro de Defensa”; “Artículo g3: En ningún caso el gasto público social podrá destinarse a atender necesidades militares o de orden público”; “Artículo g4: La búsqueda de la paz por medios no violentos será una política de Estado prioritaria en Colombia”; “Artículo g5: Los gastos en que se incurra para el financiamiento del conflicto armado interno serán atendidos con el impuesto sobre la renta. En ningún caso, podrán contratarse créditos para atender los gastos del conflicto armado interno”, “Artículo g6: Por enemigo interno se entenderá...”; “Artículo g7: Por conflicto armado interno se entenderá...”;

“Artículo g8: El contenido del derecho a la paz consiste en...”, “Artículo g9: El fuero militar se circunscribirá a los delitos típicamente militares...”; “Artículo g10: La Policía será una institución civil de carácter municipal...”; “Artículo g11: La obediencia debida no será causal de justificación de crímenes cometidos en violación del DIH...”; “Artículo g12: se prohíbe la extradición de nacionales al exterior...”; etcétera.

Desde luego que quien propulse estas enmiendas constitucionales confiado en que operarán como “verdaderos” límites al poder gubernamental, está afectado de un fuerte fetichismo jurídico constitucional, en cuanto supone que el sistema jurídico puede resolver los graves problemas políticos y económicos del país que subyacen al conflicto armado colombiano, pero sin duda ese tal fetichismo es menos grave que el de aquellos que confían en que una legislación contraria, esto es, para enemigos y de guerra, es la salida, entre otras cosas porque la experiencia histórica sirve de contraprueba a esta desgastada fórmula³⁵. De todos modos hay que decir que ni la política suele adecuarse a los preceptos normativos, ni puede eliminarse el riesgo de que la inclusión de esas disposiciones dé lugar a la existencia de normas todavía más útiles a las actuales maniobras de los sectores más guerreristas del país, pero prevalidas del rótulo de ser normas realmente orientadas a buscar la paz.

3.2 El tratamiento excepcional del conflicto armado

El recurso al estado de excepción para conjurar las situaciones de guerra, especialmente las que se libran en el interior del Estado, constituye una paradoja según la cual el restablecimiento del orden sólo es posible si se abandona el orden mismo; esto es, si por lo menos transitoriamente se está dispuesto a excepcionar las normas jurídicas que orientan la normalidad del orden político (renunciar parcialmente al Estado de derecho) y con el fin de restaurarlo. Se instaura la excepcionalidad jurídica para responder a la anormalidad política. En términos metafóricos: el estado de excepción sería algo así como una cláusula constitucional que permitiría desatar al Leviatán para conjurar un peligro de tal magnitud que lograra poner en juego el orden político constitucional que consiste precisamente en atar a ese Leviatán.

Ahora bien, el papel central del control constitucional en estas materias parece ser el de diluir la paradoja señalada, pues tal control media entre la excepcionalidad jurídica y la anormalidad fáctica, de tal manera que busca controlar el poder gubernamental impidiendo sus desbordes, pero no la guerra. El control constitucional no actuaría sobre la guerra, sino sobre la participación de una de las partes en ella.

³⁵ Confrontar Caballero, Antonio. Patadas de ahorcado. Caballero se desahoga. Una conversación con Juan Carlos Iragorri. Bogotá: Planeta; 2003. p. 57, 63 y 91.

La tarea no es fácil obviamente, pues el estado de excepción acerca con peligro –si no es que cruza e invierte– la razón jurídica propia del Estado de derecho a la denostada razón política –o de Estado– propia de los regímenes autoritarios; o mejor, la excepción presenta y usa razones políticas –y de fuerza– como razones de derecho.

Aunque en Colombia la guerra de larga duración que se ha desarrollado dentro de las fronteras no permite hablar de un Estado plenamente consolidado, está creada y opera la jurisdicción constitucional. Se tiene entonces una institución estatal en guerra interna permanente y un control constitucional –sin una referencia fáctica de soberanía– que opera en el marco de un estado de excepción normalizado. Tres contradicciones: *Estado en guerra interna permanente*, es decir, conflicto armado de larga duración que involucra al Estado y que se desarrolla como una disputa por los elementos que lo caracterizan: territorio, población y soberanía. *Control constitucional en un marco de soberanías múltiples*, es decir, jurisdicción sin un único referente político-jurídico al cual adscribir un modelo de justicia en un contexto medianamente homogéneo que confiera notable validez y eficacia a sus fallos. *Estado de excepción normalizado*, es decir, dispositivo constitucional de emergencia vertido en prácticas cuyo orden referencial no descansa en una situación de pacificación previa que dé razón a su declaratoria, sino en circunstancias de crisis permanente.

A la guerra de larga duración, irregular y compleja se responde desde el punto de vista constitucional con normas de excepción. Esto es por lo menos problemático dadas las siguientes razones:

En primer lugar porque el estado de excepción es incompatible con el Estado de derecho, es decir, el estado de excepción no es la cláusula o institución que en último término salva al Estado de derecho en riesgo sino aquella que lo contradice. Más allá incluso de la paradoja anunciada antes, simplemente cuando éste aparece ya no es posible hablar de Estado de derecho. No se trata, como lo presenta la teoría del Estado y la teoría constitucional, de una *suspensión parcial y transitoria del*

36

“La incompatibilidad entre estado de derecho y derecho penal de excepción. La insanabilidad del contraste entre la razón de estado y razón jurídica propia del estado de derecho depende de las lógicas opuestas en las que se basan una y otra. “La razón de estado”, escribió expeditiva pero eficazmente Voltaire, “no es más que una palabra inventada para servir de excusa a los tiranos”. Más analíticamente, en el sentido en que puede ser usada de Maquiavelo en adelante, la expresión designa dos cosas: ante todo, una “norma de la acción política”, esto es, un principio de autorregulación de la política como actividad incondicionalmente destinada al “bien” o a la “potencia” del estado y por tanto independizada de otros valores o criterios relativos a intereses o necesidades distintas, tanto individuales como sociales; en segundo lugar, y correlativamente, una fuente de legitimación autónoma -extralegal, extramoral, extrasocial, extrarreligiosa o específicamente “política”- de las decisiones y los medios adoptados para tal fin. (...) Se comprende la contradicción entre la “razón de estado” así entendida

Estado de derecho para recuperar el Estado de derecho. El estado de conmoción interior, de sitio, sin importar que se encuentre o no constitucionalizado, es el reverso del Estado de derecho.³⁶

En segundo lugar porque la declaratoria de una conmoción interior encaminada a conjurar un conflicto armado interno de las características arriba reseñadas denota dos tipos de dificultades que escapan a su posible solución por estas vías: o el sistema político al cual está referida la respuesta extraordinaria presenta deficiencias graves en materia de legalidad, legitimidad o efectividad, o bien, el Estado de Derecho al cual está referido el ordenamiento jurídico que se excepciona, tiene problemas serios en materia de justicia, validez o eficacia. En Colombia hay un acumulado de tales deficiencias³⁷ y es imposible que se resuelvan recurriendo a la violencia estatal como primer recurso, pues la respuesta violenta como recurso último jamás se ha ensayado, y parece difícil que en Colombia tenga lugar dada la inexistencia de condiciones estructurales propiciadoras de la paz³⁸ a lo largo de la historia. En un contexto de violencia estructural que coexiste con un modelo de Estado constitucional estrictamente formal, la respuesta de excepción no resulta adecuada para el tratamiento de los problemas de origen, sino que, por el contrario, se configura como un mecanismo para el refuerzo del paradigma constitucional cada vez más distante de la realidad a la que el estado de excepción responde.

En tercer lugar, el estado de excepción despoja de la posibilidad decisiva de enfrentarse a la complejidad del mundo político, y elitiza el tratamiento de la si-

y el “estado de derecho”. El criterio regulativo de la primera es la subordinación de los “medios”, de por sí indeterminados y no regulados, a la consecución de “fines” políticos cuya formulación se confía, realista o históricamente, a la persona del soberano o, en todo caso, a los titulares del poder estatal; el principio guía del segundo es en cambio la subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente preestablecidos, esto es, no abiertos ni indeterminados, sino vinculados a la ley. De este modo, mientras para las teorías de la razón de estado el Estado es un fin, no fundando sino sobre sí mismo y fundamento a su vez de los medios jurídicos que resultan indiferentes, flexibles, cambiantes y manipulables según arbitrio, para las del estado de derecho, de Locke en adelante, el Estado es un medio justificado para sus fines de tutela de los derechos “fundamentales” de los ciudadanos y vinculado a aquéllos mediante la sujeción de todos sus poderes a reglas constitucionales rígidas y fundadas. Y se entiende, además, la contrariedad de las tesis que en años pasados, tanto en Italia como en otros países europeos, han justificado las leyes de excepción con el fin de la “defensa del estado de derecho y la democracia”. Formulada así, el principio de la razón de estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor que en las teorías del estado absoluto o totalitario: bien porque el estado para cuya tutela se invoca es estado valorado como “democrático”, “constitucional” o “de derecho”, bien porque el cambio de los medios legales se presenta no ya como práctica ordinaria de gobierno sino como medida excepcional para afrontar el riesgo de su subversión.” Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta; 1997. p. 813-814.

³⁷ Sobre el uso de estos términos de manera combinada véase Bobbio, Norberto. “Sobre el principio de legitimidad”. En: Ruiz Miguel, Alfonso (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate; 1990. p. 297-306.

³⁸ Galtung, Johan. Sobre la paz. Traducción de Celedonio Martínez. Barcelona: Fontamara; 1985.

tuación muchas veces invisibilizándola. En el estado de excepción no hay mundo político, ni razones políticas, hay todo lo contrario, la privatización de aquello que corresponde a todos. En este sentido, el estado de excepción, concretamente la conmoción interior, debe desaparecer de los órdenes constitucionales, pero no para circunscribir las razones políticas en la racionalidad jurídica, sino para abrirlas al debate público constante, a través de instituciones de la normalidad que afronten la fatalidad inherente a la vida política³⁹.

Los estados de excepción, concretamente el estado de conmoción interior referido a la confrontación interna, no constituye una tematización de la guerra sino una referencia a propósito de la reacción respecto de la misma y a precarios límites impuestos al poder político institucional. Por ello el estado de excepción, en su versión de conmoción interior, no puede operar como paradigma de constitucionalidad respecto de las actuaciones del Estado irregular en guerra, pues a lo sumo puede ser presentado como la refrendación constitucional de hechos de guerra, de decisiones políticas irreversibles; o como la simulación constitucional de un control sobre los efectos residuales de unas acciones consumadas, o como autorización de mínimos que sin controles no tienen ningún empacho en concretarse en máximos.

Precisamente en Colombia se confirman estas posturas críticas relativas al estado de excepción como fórmula equivocada para el tratamiento de los problemas políticos en el análisis de algunos autores que destacan resultados funestos tales como que agrava las condiciones del precario orden público, amplían peligrosamente el margen de maniobrabilidad gubernamental, especialmente en cuanto a la puesta en peligro de los derechos, tienden a normalizar las respuestas de emergencia para conflictos de policía, nunca sus declaraciones contribuyeron a resolver ninguno de los problemas que enfrentaron sino, por el contrario, ayudaron a agravarlos⁴⁰.

Puede concluirse con el propio Ferrajoli que: [Así] se entiende, además, la contrariedad de las tesis que en años pasados, tanto en Italia como en otros países europeos, han justificado las leyes de excepción con el fin de la “defensa del estado de derecho y la democracia”. Formulado así, el principio de la razón de estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor que en las teorías del estado absoluto o totalitario: bien porque el estado para cuya tutela se

³⁹ Del Águila, Rafael. *La senda del mal. Política y razón de Estado*. Madrid: Taurus; 2000.

⁴⁰ Confrontar García Villegas, Mauricio. “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, p. 317-370. En: Santos, Boaventura, García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre. Conciencias; 2001; Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yépez, Alba Lucía y Álvarez Martínez, Carlos Mario. *Estado de derecho y sistema penal*. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín: Diké; 1997; Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis. IEPRI; 1999.

invoca es estado valorado como “democrático”, “constitucional” o “de derecho”, bien porque el cambio de los medios legales se presenta no ya como práctica ordinaria de gobierno sino como medida excepcional para afrontar el riesgo de su subversión⁴¹.

4. LA INFRACONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO

Ya se ha insistido en que la guerra parcialmente transita a través de normas jurídicas de la más diversa índole, y que una parte mínima de ellas es del orden constitucional. También, se ha dicho que ella se expresa principalmente en hechos o actos de guerra. Curiosamente, una gran cantidad de normas jurídicas infraconstitucionales, es decir, leyes, decretos y pronunciamientos judiciales se ocupan de la materia, además de que se trata de uno de los segmentos jurídicos más dinámicos.

El recurso a la normativa infraconstitucional para el tratamiento de la guerra, motivado en buena parte por las razones antes expuestas, se ha efectuado a través de leyes aprobatorias de tratados y convenios internacionales, de leyes estatutarias y aun ordinarias, de decretos legislativos y de ciertos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Subconstitucionalizada la guerra interna, aparecen problemas tales como la dispersión normativa que da lugar a la pérdida del valor de unidad en el tratamiento de materias fundamentales –por ello bastante delicadas para el orden político–, que genera a su vez un grado de inseguridad jurídica (en materia de fuentes normativas, competencias sobre las materias, temáticas a tratar, alcances de las normas y vigencia) y de incertidumbre política que bien pueden ser tenidos como característicos de estos archipiélagos normativos.

Esta pérdida de jerarquía temática hace muy difícil desarrollar prácticas de control no sólo constitucional, sino en general el que se debería desarrollar desde los diferentes órganos de control jurídico y político, y aun dificulta y casi impide el control social sobre las actividades gubernamentales, pues invisibiliza por el recurso a la dispersión y confusión de microdecisiones normativas sin referentes claros. Esta estrategia de subconstitucionalización desplaza el centro de interés ciudadano profundizando la tradicional debilidad democrática y dando lugar a la uniformidad de criterio propia de la producción de imágenes gubernamentales acerca de la guerra y su relación con el derecho. Tal desplazamiento se produce cuando se pierde el interés en una

41 Ferrajoli, Luigi. Op. cit., p. 813-814.

matriz configurada por los conceptos de Constitución, soberanía, conflicto armado interno, derechos y pacificación democrática, y se centra el interés en una matriz cuyos elementos son lo reglamentario, lo gubernamental, el terrorismo, los deberes del ciudadano y la respuesta militar exclusiva.

Con ello, todo el gran asunto de la guerra queda sometido al acceso del guerrero estatal directo, que moldeará la política pública sobre la materia desde la perspectiva del adversario militar, estableciendo de esta manera sus propios límites, y eliminando las jerarquías y la división de poderes para articular políticas acerca del conflicto armado interno. Esto ayuda a comprender la centralidad que el Gobierno Nacional ocupa en el tema de la guerra interna en Colombia: casi todas las normas jurídicas expedidas sobre el tema son de su iniciativa o promovidas por sus parlamentarios y se concretan por medio de facultades extraordinarias, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, trámites de urgencia, selectividad en ciertos tratados y convenios internacionales. Así las cosas, ya no se puede hablar propiamente de paradigma sino de autorremisión.

Considerada en términos generales la Constitución Política de 1991 es lejana con respecto al tema central de la política en un país como Colombia en cuanto no se ocupa del tema de la guerra sino que lo aborda a partir de sus reversos; con ello da lugar a un tratamiento subconstitucional sobre la materia y faculta para la confrontación excepcional de la misma. El resultado es la conversión del ordenamiento jurídico colombiano en un arma para enfrentar al enemigo y no para regular la vida en sociedad ni controlar a los poderes públicos.

Este es el ordenamiento jurídico que establece el núcleo esencial de los derechos fundamentales como la barrera última para controlar guerreros; es el ordenamiento de la sobrevaloración de los deberes por encima de los derechos; es el ordenamiento de los reclamos de solidaridad ciudadana con las autoridades públicas, especialmente con las Fuerzas Armadas; es el ordenamiento de los falsos positivos; el ordenamiento del estado de cosas inconstitucionales en materia de desplazamiento forzado; el de las recompensas por la muerte; el de los allanamientos masivos; el de armar a los civiles; el de la refundación del Estado por los paramilitares, en fin.

5. LA CONSTITUCIÓN GUERRERISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En este contexto constitucional en el que la guerra es invisibilizada, tratada excepcionalmente y subconstitucionalizada no extraña que por efectos de las maniobras y presiones gubernamentales, las debilidades en la formación de los propios jueces

constitucionales, o por simple convicción personal, la Corte Constitucional vaya perfilando su propia Constitución Política de la guerra y para la guerra. Se trata de una Constitución basada en el recorte de derechos y garantías de las personas, en el robustecimiento de los poderes presidenciales en el marco de los estados de excepción, en la defensa de la tesis militarista para dar fin al conflicto armado. La Corte Constitucional, lamentándose⁴², ha construido a lo largo de estos últimos nueve años un texto que está lejos de ser la imagen y medida del constitucionalismo:

El artículo 20 de la Constitución Política contendría un nuevo párrafo con el texto: “Habrá censura a los medios masivos de comunicación. Atendiendo a la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión y de información será limitado. Se prohíbe a los medios masivos de comunicación la transmisión de mensajes, comunicados y entrevistas de los grupos subversivos. Esta limitación no aplica cuando la información se refiera a los paramilitares y narcotraficantes que conformen grupos armados”⁴³.

Algunas normas relativas al derecho a la paz y al monopolio de las armas por parte de la fuerza pública lucirían así: “Artículo 22: La paz es un deber y un derecho de obligatorio cumplimiento. Para lograrla, el Gobierno Nacional podrá delegar en los ciudadanos la prestación del servicio público de seguridad y vigilancia, y así estos últimos podrán armarse colectivamente a fin de autodefenderse de las agresiones propias de un país en condiciones de conflicto armado. No habrá principio de distinción entre combatientes y civiles”⁴⁴.

⁴² “Es, ciertamente, doloroso y trágico que haya sido necesario recurrir a medidas de esta clase, que están tan distantes de los principios clásicos y de las instituciones tradicionales del derecho penal, pero que son, por un desgarrador sino – respuesta a una crisis aterradora”. Corte Constitucional, SC 052 de 1993, Magistrado Ponente (MP) Jaime Sanín Greiffenstein. El aparte citado se refiere a la lamentada exequibilidad del decreto 1833 del 13 de noviembre de 1992, “Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia”, con la cual el Gobierno se compromete a no investigar ni acusar a los “testigos”, realmente partícipes de hechos criminales.

⁴³ Se trata del Decreto N° 1812 del 9 de noviembre de 1992, “Por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones”, MP Alejandro Martínez Caballero, básicamente referido a la prohibición a los medios masivos de comunicación de transmitir mensajes, entrevistas y pronunciamientos de la guerrilla, para cuya declaratoria de exequibilidad la Corte usó la teoría del núcleo esencial de los derechos para limitar la libertad de información y el derecho de expresión. Confrontar la SC 033 de 1993, el Salvamento de Voto (SV) de Ciro Angarita es ejemplar en la crítica desde el constitucionalismo; también la SC 045 de 1996 puede ser ilustrativa.

⁴⁴ Confrontar la Sentencia de Tutela (ST) 102 de 1993, MP Carlos Gaviria. Se trata del caso en el cual la población del municipio de Santo Domingo, teme que las FARC ataquen de nuevo la estación de policía y pongan en riesgo a la población civil. La Corte deniega la tutela, hace un llamado a la solidaridad con las autoridades de policía, y decide mantener la estación dentro del casco urbano. Véase también el pie de página 49 sobre la SC 572 de 1997

Los ciudadanos que cumplan funciones transitorias propias del servicio público también verán seriamente modificadas sus responsabilidades y en riesgos sus derechos por las decisiones del Gobierno y la Corte, de este modo: “Artículo 123, literal n: Los jurados de votación que por razón de su cargo resultaren amenazados por grupos subversivos deberán cumplir con el deber que les corresponde aun si hay riesgo para su vida e integridad personal, en razón del principio de prevalencia del interés estatal sobre el individual y por la solidaridad que inspira las relaciones entre la sociedad y el Estado”⁴⁵.

La Constitución Política también podría sufrir importantes modificaciones en materia de derechos y competencias referidos al desplazamiento de población como consecuencia de las decisiones gubernamentales en contextos de conflicto armado, así: “Artículo 189 bis: El Gobierno nacional contará con una competencia de pronóstico para ordenar el desplazamiento interno de población civil, cuando las condiciones del conflicto armado interno así lo aconsejen. Esta competencia podrá ejercerse en cualquier tiempo. Su ejercicio no se entenderá en ningún caso como violación de derecho alguno”⁴⁶.

El artículo 213 de la Constitución Política, referido a la conmoción interior, sufrirá cambios significativos que a primera vista lo harían irreconocible, así, por ejemplo:

“Las perturbaciones ordinarias del orden público que en la larga duración presenta Colombia, que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y las necesidades del Gobierno Nacional, y que puedan ser conjuradas mediante el uso de las atribuciones ordinarias de policía, podrán ser enfrentadas mediante el recurso al estado de conmoción interior, declarado por el Presidente, ... por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Una vez vencido este término, el Gobierno Nacional podrá declarar una nueva conmoción interior de inmediato y así sucesivamente, si lo considera necesario.

⁴⁵ Sentencia de Unificación (SU) 747 de 1998. Referencia: Expediente T-152455. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, que exige a los jurados de votación prestar su servicio aún bajo amenazas, violando con ello el artículo 95 de la Constitución por exigir actos de heroísmo a las personas y por sobreponer el interés estatal a los derechos fundamentales. Se transcribe el texto de la amenaza de la FARC pero en palabras de la Corte: “Semanas antes de las elecciones, apareció en la localidad un volante, fechado el 15 de septiembre de 1997, supuestamente originado en el estado mayor del bloque sur de las FARC-EP, en el que se amenaza a los jurados de votación, en los siguientes términos: “El Bloque Sur de las FARC-EP le exige la renuncia a los jurados de las próximas elecciones; Quienes no lo hagan y se presenten a las mesas de votaciones, deberán responder ante la justicia popular; Esto es válido para los jurados del Sur del Huila, Caquetá y Putumayo; Estado Mayor del Bloque Sur, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP; Montañas del Caquetá, Septiembre 15 de 1997”. Véase el interesante SV correspondiente en contravía de esa nefasta postura.

⁴⁶ Confrontar la ST 227 de 1997, que paradójicamente cita el artículo 13 – 2 de la Constitución para fundamentarse.

“Los decretos legislativos que dicte el gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más, y de considerarlo necesario, podrá incorporar esta legislación de excepción a la legislación ordinaria.

“El gobierno nacional no requerirá determinar las leyes que resultan suspendidas con los decretos de conmoción interior. Corresponde a los demás poderes, órganos del Estado y ciudadanos imaginarlas.

“En caso de considerarlo necesario, el Gobierno Nacional podrá declarar dos estados de conmoción interior simultáneos”⁴⁷.

“Artículo 216: La fuerza pública estará integrada exclusivamente por las fuerzas militares, la policía nacional y los ciudadanos armados en organizaciones colectivas. . . .

“Párrafo: La defensa y la seguridad serán una sola. Las fuerzas militares y la Policía Nacional podrán cumplir funciones de defensa y seguridad simultáneamente”⁴⁸.

“Artículo 217: La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. En nombre del principio de solidaridad con la fuerza pública y de los deberes para con la Nación, los ciudadanos serán autorizados por el Gobierno Nacional para conformar cuerpos

⁴⁷ Se integran en este texto supuesto varias sentencias, así: SC 556 de 1992 que en Sala Plena (SP) declara exequible el Decreto 1155 de julio 10 de 1992, “Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior”; SC 153 de 1996 que declara la exequibilidad del Decreto 208 del 29 de enero de 1996, “Por el cual se proroga el Estado de Conmoción Interior”. MP Jorge Arango Mejía; SC 135 de 1996 que declara la exequibilidad del Decreto 2238, del 21 de diciembre de 1995, “Por el cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones”, MPs Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; y demás sentencias que declaran exequibles los estados de excepción, sus prórrogas y decretos legislativos que los desarrollan.

⁴⁸ En la SC 453 de 1994, la Corte acepta la existencia de una “zona gris” entre seguridad y defensa, y con ello entre Policía y Ejército, con la cual tales funciones y órganos han perdido la distinción propia de un Estado de derecho.

⁴⁹ Confrontar SC 572 de 1997, por medio de la cual se declara la exequibilidad del Decreto 356 del 11 de febrero 1994 cotidianamente conocido como el que legalizó las Convivir. Un aparte ciertamente amedrentador y que contribuye poco a materializar el principio de distinción entre población civil y combatientes, es este: “Por todo lo anterior, carecen de razón quienes sostienen que la sociedad civil debe mantenerse al margen de la lucha entre las diversas organizaciones delictivas y las autoridades de la república”, o también “Pues bien: para hacer frente a esa agresión colectiva, organizada y permanente, la comunidad ejerce su derecho a la legítima defensa también en forma colectiva, organizada y permanente. Colectiva, porque, al basarse en la solidaridad social, se ejerce por todos los miembros de la comunidad atacada o amenazada; organizada, porque supone un entendimiento entre los miembros de la comunidad, a fin de cumplir coordinadamente los deberes que impone la solidaridad, en lo que tiene que ver con la prevención y la represión de los delitos. Y permanente, porque solamente así es eficaz para responder a la agresión que también lo es.”

armados de naturaleza colectiva, los cuales se coordinarán con la fuerza pública para el cumplimiento de labores de vigilancia y seguridad”⁴⁹.

Los ejemplos son abundantes y variados y no es necesario continuar este ejercicio, pero están referidos a materias de todo tipo: no se salvan de la mutación constitucional respaldada por la Corte los principios de división, equilibrio y colaboración armónica entre los poderes públicos, por ejemplo, a propósito de la independencia y autonomía judicial, cuando la Corte autoriza al Gobierno Nacional para hacer concesiones penales por colaboración con la “justicia” (decir “con el Gobierno”, sería más preciso), a los “testigos” (debe entenderse “cómplices” en ese contexto normativo particular) quienes no serán sometidos ni a investigación ni a acusación. Se trata ni más ni menos de una supresión de funciones judiciales en franca violación de los artículos 252, 150 - 17 y 201 de la Constitución, así como también de las normas relativas a las concesiones de amnistía e indulto, pues estas últimas están referidas a delitos políticos⁵⁰.

Lo propio acontece con las contrarreformas en materia de impuestos,⁵¹ en lo relativo a la adjudicación de baldíos cerca de las empresas de exploración y explotación

⁵⁰ Confrontar el SV de José Gregorio Hernández a la SC 052 de 1993

⁵¹ Impuesto para empresas que celebran contratos de obra pública, para financiar a los militares, SC 083 de 1993, MP Fabio Morón Díaz, que revisa el Decreto Legislativo 2009 del 14 de diciembre de 1992, “Por el cual se crea una contribución”, el cual viola evidentemente los artículos 213, 215 y 338 de la Constitución.

⁵² Prohibe adjudicar baldíos cerca de empresas petroleras porque ello facilita las acciones subversivas. La Corte no logra encontrar mecanismos alternativos a una decisión tan lesiva para los derechos de grupos en estado de debilidad manifiesta y marginalidad ostensible. SC 060 de 1993, MP Fabio Morón Díaz.

⁵³ La SC 072 de 1993 que declara la exequibilidad del Decreto Legislativo 2006 del 14 de diciembre de 1992, “Por el cual se dictan normas de conmoción interior sobre asunción por parte de la Nación, de pérdidas ocasionadas por actos terroristas al sector transportador”. MP José Gregorio Hernández. No será la única vez en la que el Gobierno cuente con la aquiescencia de la Corte en sus dificultades presupuestales. Precisamente, en el SV Ciro Angarita dice que la conmoción interior se usa para resolver problemas presupuestales gubernamentales, violando el artículo 345 constitucional.

⁵⁴ La SC 032 de 1993 constituye un antecedente clave en la monopolización (más que concentración o dirección) del tema del orden público en cabeza del presidente, desconociendo la inspiración descentralizadora de la Carta. De nuevo el SV de Ciro Angarita evidencia estas impropiedades observando que la concepción gubernamental y el manejo del orden público desconocen la construcción de una descentralización y una autonomía territorial, con lo cual la Corte favorece con ello una visión rígida del orden público más que de la paz. En un sentido diametralmente opuesto concluye la Corte en otro fallo que “En este orden de ideas, la conservación del orden público, según la preceptiva constitucional, no es una tarea exclusiva de la nación sino de todo el Estado en su conjunto, el cual la debe desempeñar de manera coordinada”, se trata de la SC 075 de 1999, MP Alejandro Martínez, correspondiente a la Revisión de constitucionalidad del Decreto 2008 de 1992, “Por el cual se dictan medidas presupuestales referentes a las entidades territoriales”, que se dirige a que las entidades territoriales financien la guerra a cuya solución por medios pacíficos, paradójicamente, no pueden contribuir. De otro lado, la sentencia en la que no se concede ningún efecto jurídico (ni político) al “Mandato por la paz” es útil para confirmar esta posición. Confrontar la SC 339 de 1998, MP Carlos Gaviria Díaz.

petrolera,⁵² en la resolución de *impasses* presupuestales del Gobierno o de un sector particular de la actividad económica,⁵³ el desconocimiento de la descentralización y la autonomía territorial para la búsqueda de la paz,⁵⁴ en nombre de una concepción centralizada, autoritaria y guerrerrista del Gobierno,⁵⁴ o la facilidad con la que admite el traslado de recursos del gasto público social para atender las necesidades militares del Gobierno⁵⁵.

Así las cosas, la Corte muy próxima al Gobierno Nacional, ha ido construyendo una Constitución Política con un objetivo que apenas aparecía explícito en el texto original, y en un ejercicio de mutación constitucional a través del método de la interpretación, ha modelado un articulado dirigido a la derrota jurídica, política y militar de un enemigo indefinido en la Constitución, para lo cual ha desconocido los más elementales principios del constitucionalismo en los que se fundaría su propia existencia y ha favorecido el desconocimiento de los derechos de la población.

Es verdad que no todo el material jurisprudencial de la Corte Constitucional presenta estos contenidos, pues también es posible construir una Constitución pacifista de la Corte Constitucional, pero es precisamente esta última la que presenta mayores obstáculos para incidir positivamente en la realidad: el caso de las numerosas sentencias a favor de los derechos de los desplazados vale como ejemplo⁵⁶. Sin embargo, el estado de cosas actuales en materia de la guerra colombiana, si se examina el papel de las instituciones estatales encargadas de controlar al Gobierno Nacional, sin duda se encuentra más emparentado con esta Constitución guerrerrista que con la de los frenos, los contrapesos, los balances y las barreras constitucionales. Perspectivas constitucionales concretadas en las posturas de magistrados como Ciro Angarita Barón, sin duda habrían permitido construir un modelo diferente de Constitución progresista, si se quiere, incluso las de magistrados tales como Alfredo Beltrán, Clara Inés Vargas o Jaime Araujo Rentería, pero estas posturas suelen ser minoritarias y con las tendencias del país actual quizá tiendan a desaparecer.

Así las cosas, puede terminarse este texto con las palabras del propio Hernando Valencia Villa: “Hasta hoy, las armas han proliferado y las leyes han sido empleadas como armas. Y la herencia de los colombianos es violencia. Para librarnos de nosotros mismos y de nuestras necesidades, para evitar otros cien años de soledad

⁵⁵ La SC 073 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero, relativa a la revisión constitucional del Decreto 2094 de 1992, “Por medio del cual se modifica el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁶ Véase a manera de ejemplo la ST 563 de 2005 en la cual la Corte Constitucional sintetiza su doctrina sobre la materia. En otros temas, véase el balance favorable presentado por Gustavo Gallón en materia de obediencia debida, fuero militar y estados de excepción. Op. cit., p. 252 y ss.

⁵⁷ Ibid., p. 173

y tener una segunda oportunidad sobre la tierra, debemos luchar por la imaginación política en lugar del reformismo constitucional, por la democratización y el cambio en lugar de la continuidad y el orden a cualquier precio⁵⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. “Sobre el principio de legitimidad”. En: Ruiz Miguel, Alfonso (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate; 1990.
- Caballero, Antonio. *Patadas de ahorcado. Caballero se desahoga. Una conversación con Juan Carlos Iragorri*. Bogotá: Planeta; 2003.
- Comisión Andina de Juristas, Comisión Colombiana de Juristas. *Violencia en Colombia*. Lima; 1990.
- Del Águila, Rafael. *La senda del mal. Política y razón de Estado*. Madrid: Taurus; 2000.
- Díaz Arenas, Pedro Agustín. *Estado y Tercer Mundo. El Constitucionalismo*. Santa Fe de Bogotá: Temis; 1997.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta; 1997.
- Foucault, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; 2001.
- Franco, Vilma. “El Mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente”. *Estudios Políticos* No. 21. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Julio-Diciembre de 2002. Universidad de Antioquia. Medellín.
- “Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”. *Estudios Políticos* No. 19. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Enero-Junio de 1998. Universidad de Antioquia. Medellín.
- Galtung, Johan. *Sobre la paz*. Traducción de Celedonio Martínez. Barcelona: Fontamara; 1985.
- Gallón Giraldo, Gustavo. “Fuerza pública y Constitución de 1991”. En: *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA; 2002.
- García Villegas, Mauricio. “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”. p. 317-370. En: Santos, Boaventura, García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre, Colciencias; 2001.
- García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Capítulo Cuatro. Madrid: Alianza; 199. p. 79-98.
- Gutiérrez Sanín, Francisco (Coordinador académico). *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: Norma; 2005.

- Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. Los Peligros del nuevo constitucionalismo en Materia criminal. Santa Fe de Bogotá: Temis; 1999.
- Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yépes, Alba Lucía y Álvarez Martínez, Carlos Mario. Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia. Medellín: Diké, Universidad de Antioquia; 1997.
- Ramírez Ocampo, Augusto: “La comisión de conciliación nacional y la construcción de la paz en Colombia”. En: *Colombia, democracia y paz*. Alfonso Monsalve Solórzano y Eduardo Domínguez Gómez (editores). Tomo II., Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía del CSIC, Medellín; 1999.
- Schmitt, Carl. El concepto de lo político. Versión española de Rafael Agapito. Alianza editorial, 1991.
- Valencia Villa, Hernando. Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Cerec; 1997.
- El Colombiano, 6 de febrero de 2005. Entrevista a Monseñor Luis Augusto Castro.
- Human Rights Watch. Disponible en: www.hrw.org

Decretos

Decreto 1812 del 9 de noviembre de 1992.

Decretos legislativos 2252, 2253, 2254, 2265, 2266, 2270, 2271 y 2273 de 1991 y Decreto legislativo 1793 de 1992.

Sentencias

Sentencias de la Corte Constitucional: SC 556 de 1992; SC 032 de 1993; SC 033 de 1993; SC 052 de 1993; SC 060 de 1993; SC 072 de 1993; SC 073 de 1993; SC 083 de 1993; ST 102 de 1993; SC 453 de 1994; SC 225 de 1995; SC 045 de 1996; ST 227 de 1997; SC 572 de 1997; SC 339 de 1998; SU 747 de 1998; SC 572 de 1997; SC 075 de 1999; ST 563 de 2005.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.org.cr



Autor: Edwin Farfán Rodríguez

Título: Sin título

Técnica: Dibujo al carbón natural sobre lienzo

Dimensiones: 2 x 1.20 m

JUSTICIA Y CRISIS MORAL EN COLOMBIA*

* Este artículo está emparentado con una ponencia presentada en el Congreso “Las formas del derecho en Latinoamérica: Democracia, Desarrollo, Liberación”. Oñati, País Vasco (18-20 Julio 2007).

Fecha de recepción: Marzo 4 de 2008

Fecha de aprobación: Abril 29 de 2008

JUSTICIA Y CRISIS MORAL EN COLOMBIA

*Fernando Carvajal Sánchez***

RESUMEN

Este texto se construye a partir de una articulación entre un nivel micro de la Justicia Reparadora, la mediación; y un nivel macro, los mecanismos de tratamiento para un conflicto político como el colombiano. Procediendo de esta manera se respeta la filosofía restauradora que podría sintetizarse en tres de sus objetivos: reparar todos los daños, facilitar la participación efectiva de todas las personas implicadas y sanear el vínculo social.

Aquí se exploran, desde un punto de vista moral, las condiciones de aplicación de la llamada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), promulgada como marco legal para la desmovilización de paramilitares en Colombia.

Palabras clave: justicia restauradora, mediación, cambio de paradigma, moral, crisis, emancipación.

JUSTICE AND MORAL CRISIS IN COLOMBIA

ABSTRACT

This text makes a linkage between a micro level of *Restorative Justice* : mediation, and a macro level : the mechanisms of treatment for a political conflict such as the Colombian. This way restorer philosophy is respected and could be summarized in three of its goals: make reparation for all damage, facilitate the effective participation of all persons involved and clean up the social bond.

Here are explored, from a moral standpoint, the conditions for applying the so-called Justice and Peace Law (Law 975 of 2005), enacted as a legal framework for the demobilization of paramilitaries in Colombia.

Key words: restorative justice, mediation, paradigm shift, moral crisis, emancipation.

** Abogado y magíster en Ciencias de la Educación. Se encuentra finalizando un doctorado sobre Justicia Restauradora y Mediación Penal en la Universidad de Ginebra. Auxiliar docente encargado en la Facultad de Psicología y Ciencias de la Educación de la Universidad de Ginebra. Responsable de los cursos de Delincuencias y Desviaciones Juveniles y Sistemas de Asistencia Social, y del Seminario de Investigación Interactivo: Crisis del Vínculo Social. Responsable de la Formación en metodología de la investigación para mediadores en el programa del “Groupement Pro Mediation” en Suiza Francófona.

JUSTICIA Y CRISIS MORAL EN COLOMBIA

“No me satisface ni me alegra, haber perdido con Mara muchos años en la búsqueda de la justicia, y que los militares que segaron la espiga de mi hijo y de mi nuera estén en la cárcel, pero mentiría si dijera que eso no me alivia de alguna manera. En los países nuestros la justicia nunca llega o llega tarde, y en la Argentina y en el Uruguay tardó tres décadas.”

*Juan Gelman
(Campos, 2007)*

INTRODUCCIÓN

Según el paradigma restaurador, la justicia va a centrarse sobre la reparación de todos los perjuicios, sociales y personales, producidos por un acto y no sobre la punición de quien lo ha cometido, como es el caso de la justicia retributiva. Pires (2001) sostiene que para la racionalidad penal moderna la sanción penal debe, como el crimen, derivar de un acto voluntario que busca directa e intencionalmente ocasionar un mal, un sufrimiento. Es precisamente ese el paradigma cuestionado por la justicia restauradora (JR).

Las palabras del poeta citadas como epígrafe, sirven para ilustrar la tensión permanente entre la justicia punitiva y la JR y muestran cómo aún en la justicia punitiva pueden hallarse elementos restauradores para la víctima que no deben desconocerse. La primera condición para aplicar la idea restauradora en una perspectiva emancipadora, consiste pues en evitar todo dogmatismo y reconocer la imbricación tanto funcional como “sicológica” de las lógicas restauradora y punitiva.

Este texto se construye a partir de una articulación entre un nivel micro de la JR, la mediación y un nivel macro, los mecanismos de tratamiento para un conflicto político como el colombiano. Procediendo de esta manera se respeta la filosofía restauradora que podría sintetizarse en tres de sus objetivos: reparar todos los daños, facilitar la participación efectiva de todas las personas implicadas y sanear el vínculo social.

Aquí se exploran, desde un punto de vista exclusivamente moral, las condiciones de aplicación de la llamada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), promulgada como marco legal para la desmovilización de paramilitares en Colombia.

JUSTICIA RESTAURADORA, MORAL Y DERECHO

La justicia tiene un parentesco estrecho con la moral, según Rawls y Kohlberg (citados por Vainio, 2003. p.12) es incluso el principio máximo de toda sociedad. En el mismo sentido Karniol y Miller afirman que desde Aristóteles hasta Rawls, la justicia es la base de toda moralidad (1981. p.73).

Todas las técnicas normativas de control (religión, moral, derecho) utilizan el mecanismo de la sanción para hacerse obedecer. El derecho monopoliza la coerción exterior. Así, el Estado puede utilizar la fuerza para obtener el respeto de las normas. La moral es incoercible pues no posee un aparato institucional que imponga sus sanciones físicamente cuando fuera necesario. El único garante de la moral sería la voz interior de conciencia individual (Piaget, 1967) a la cual se agrega la presión de la opinión de los otros. La JR es una instancia de regulación híbrida situada en la intersección entre el derecho penal con su formalismo ineludible, y la moral informal, a priori.

La mediación, institución emblemática de la JR, sería un ejemplo de nivel “micro” en el que por lo general una institución penal (juez o procuraduría) delega una situación para que sea tratada por un mediador neutral que facilitará el diálogo entre las partes. A nivel “macro” el funcionamiento de la “South African Truth and Reconciliation Commission”, instancia compuesta de “notables” de reconocida probidad moral, permite ilustrar la articulación entre derecho y moral. Articulación ausente, como demostraremos ulteriormente, en la aplicación de la Ley 975 de 2005.

Los mecanismos híbridos utilizados por la JR otorgan mucho peso a la expresión de sentimientos morales como la vergüenza, la culpa o el perdón. Harris (citado por Braithwaite, 2006), muestra cómo esos sentimientos se traducen en empatía hacia la otra parte y contribuyen a la reducción de la delincuencia y a la creación o al saneamiento de vínculos sociales.

ORÍGENES Y UNIVERSALIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURADORA

El fracaso de la justicia en la resolución de problemas como la impunidad, la sobrepoblación carcelaria, la sobrecarga de los tribunales, las dificultades en la reinserción de los ex detenidos, la ineficacia para prevenir y evitar la reincidencia, la ausencia de respuestas adecuadas frente a los delitos de corrupción, de cuello blanco y frente a las incivildades, todo eso, puso en evidencia la legitimidad y la necesidad de investigar y de concebir otro tipo de respuestas.

Una multiplicidad de factores favoreció la emergencia de la JR, notablemente los movimientos a favor de los derechos de las víctimas; igualmente, las corrientes críticas de las instituciones represivas originados en Norteamérica en los años sesenta (Faget, 1997), que tuvieron un eco en Europa a partir de los trabajos de Foucault (1975).

La emergencia de la JR en Occidente comenzó en los años 80, a partir de países como Nueva Zelanda y Australia (Mestitz, 2005; Walgrave, 2002b). Walgrave afirma que las costumbres aborígenes contribuyeron enormemente a la emergencia de respuestas participativas frente a la criminalidad, orientadas hacia el reestablecimiento de la paz social (2002b). En el mismo sentido, Mestitz (2005), citando a Zehr (1990), piensa que los pueblos originarios de los países colonizados, contribuyeron también a la emergencia de la JR al reivindicar sus culturas jurídicas frente a la justicia punitiva de los colonizadores.

EL ROL EMANCIPADOR DEL PARADIGMA RESTAURADOR

La mayoría de los teóricos de la JR suelen afirmar que la aparición de este tipo de justicia constituye un cambio de paradigma (Beristain, 1991; Cartuyvels, 2003; Jacoud, 2007; Johnstone, 2002; Walgrave, 2002a; 2002c). Un examen epistemológico riguroso de la noción de cambio paradigmático aplicado a la justicia sobrepasa el ámbito de este artículo, basta señalar que en principio una mutación de paradigma toma varias generaciones en realizarse (Morin, 1991; 2001; Santos, 2002).

Santos (2002) postula que la modernidad se asienta sobre un pilar de la regulación, que asegura la estabilidad, y un pilar de la emancipación que permite las innovaciones para construir una sociedad mejor en el futuro. Según él, es necesario reestablecer el equilibrio entre los dos pilares pues hace mucho que la regulación domina y frena las innovaciones. En igual dirección, Pires señala que “la racionalidad penal moderna constituye un obstáculo epistemológico al conocimiento de la cuestión penal y, al mismo tiempo, a la innovación, o sea a la creación de una nueva racionalidad y de otra estructura normativa” (2001, p.184)¹. Según Santos, el primer paso para reestablecer el equilibrio entre la regulación y la emancipación en el dominio jurídico consiste en aceptar que la elaboración legítima del derecho no incumbe únicamente al Estado. Igualmente algunos partidarios de la justicia restauradora piensan que la noción de justicia puede ser mejor conjugada por la sociedad civil que por el Estado, lo que permitiría, según ellos, el desarrollo de innovaciones. (Braithwaite, 2006).

¹ Las citas *textuales* provenientes del francés han sido traducidas por el autor.

CONDICIONES PARA QUE EL PARADIGMA RESTAURADOR SIRVA A LA EMANCIPACIÓN

Para que la disociación entre el Estado y el derecho pueda ser emancipadora se requiere el cumplimiento de ciertas condiciones. Así, la propuesta que aquí se defiende no debe ser entendida como una liberalización de la política penal a la manera en que USA ha venido privatizando sus prisiones (Christie, 2003). No proponemos la mercantilización de la cuestión penal, todo lo contrario, reivindicamos la posibilidad para todos de tener una influencia real sobre la gestión de los conflictos interindividuales o con la colectividad, incluso para los más graves, disminuyendo progresivamente la influencia del Estado y, sobre todo, emancipándose progresivamente del mercado. En los sistemas liberales impuestos en la mayoría de los países, el acceso a la salud, a la vivienda, al empleo, a la educación (Bourdieu, 1998; Bourdieu, Passeron, 1970) y a la justicia, depende de la posición social y del dinero del que dispone la persona. En efecto, no es lo mismo tener un defensor de oficio que poder pagarse la vedette del Colegio de Abogados. El papel emancipador del paradigma restaurador podrá ser realizado plenamente solamente después que se haya instaurado una *cultura restauradora*, lo que a su vez requiere un cambio en las representaciones sociales que la población tiene de la justicia. Es pues, en última instancia, un asunto de educación, lo que a su turno ilustra bien porqué un cambio paradigmático tarda varias generaciones.

La mediación es una de las instancias privilegiadas para activar la separación entre Estado y derecho propuesta por Santos (2002). Cartuyvels afirma que desde hace unos treinta años el derecho occidental ha vivido un movimiento de deformalización y de relegalización, que a su turno han favorecido la aparición de formas alternativas de regulación de conflictos a través de la negociación. La mediación aparece en occidente simultáneamente con la disminución del papel del Estado como creador del derecho. Ese movimiento puede ser portador de consecuencias regresivas en términos de libertades, como lo piensa Jaccoud (2007), o tener un desarrollo emancipador. Un análisis del funcionamiento de la mediación, servirá para mostrar de qué manera la JR puede constituirse en un instrumento emancipador. El trabajo teórico y político y no la fatalidad definirán si la JR será liberadora o si será instrumentalizada en aras de aumentar el control social y para tratar de justificar proyectos de dudosa legitimidad.

INSTITUCIONALIZACIÓN HORIZONTAL O VERTICAL

La institucionalización de la mediación es un instrumento emancipador en la medida en que, por lo general, es consecuencia de iniciativas de la sociedad civil

buscando una mayor participación. Mestitz recuerda que al revés de lo que sucede con los procedimientos habituales de reforma de los sistemas judiciales, introducidos a través de procesos verticales, la mediación “*was almost always introduced by spontaneous bottom-up processes promoted by social and professional groups and/or movements*” (2005, p.17)². De esta manera, por su origen, la mediación se acerca más de los procedimientos de la democracia directa que de aquellos de la democracia representativa, constituyendo entonces un ejemplo de disociación entre el Derecho y el Estado. La mediación representaría “el duelo de una cierta concepción normativa sustancial de la verdad (social, jurídica y judicial) y del mecanismo vertical de imposición de normas que le fue asociado”. (Cartuyvels, 2003. p.53-54).

En el caso de Colombia la institucionalización de las prácticas restauradoras más notorias no tiene origen en los movimientos sociales o académicos sino en la voluntad del Estado³ de instrumentalizar esas prácticas para legitimarse y aumentar el control social. Es pertinente preguntarse cómo impactaría una disminución de la presencia del Estado allí donde tradicionalmente este se ha notado sobre todo por su ausencia. El proceso de institucionalización de la JR en Colombia es en general vertical⁴. Esto no implica que se deba descartar su aplicación. Sin embargo, ese origen autoriza una postura crítica epistemológica y moralmente.

EQUILIBRIO RELATIVO ENTRE LAS PARTES

A diferencia del procedimiento restaurativo, el proceso penal clásico es muy técnico, nada democrático y no deja mucho lugar a las intervenciones del denunciante o del acusado, pues concentra la palabra y el poder en los abogados y en el juez. Así, las condiciones no son propicias para la participación de los *profanos*. La JR puede ser emancipadora cuando permite una participación activa de todos los actores, fundada en la argumentación moral. Durante un procedimiento de mediación, el Estado suspende la acción penal lo que permite a las partes reapropiarse de su conflicto, darle la salida que crean conveniente y representarse a sí mismas sin recurrir a un abogado. Cabe recordar que en las sociedades liberales, donde el dominio de la palabra depende también del estatus social, las personas no están igualmente equipadas para ese tipo de ejercicio. (Bentolila, 2000).

² Mestitz parte de estudios empíricos sobre la introducción de la mediación en Europa.

³ Existen en Colombia programas de inspiración privada, como el de Aguablanca – Cali, que en su aplicación distan también de los principios restauradores. (Maca, Echeverri, 2006).

⁴ Excepto en las comunidades indígenas y afrocolombianas.

Tyler (2006) muestra cómo personas reputadas por su severidad, plantean que la educación puede ser el medio más eficaz para controlar el crimen. La educación y los cambios políticos hacia una participación y una democratización de nuestras sociedades, podrían permitir que el paradigma restaurador sea emancipador y desplace al paradigma punitivo. Es pertinente recordar aquí que algunos partidarios de la JR la consideran como una utopía. (Walgrave, 2002b, p.291), es decir como una construcción imaginaria y rigurosa de un ideal tipo que se quiere alcanzar. Igualmente Braithwaite (2006) tendría una concepción utópica de la JR. Este autor considera que la filosofía de la JR está orientada por una perspectiva holística que engloba la justicia social y la justicia legal. En el mismo sentido, Ewald sostiene que en el Estado Social de Derecho la justicia está en la manera como se reparte el bien común, es decir la justicia social (1986).

Pensado de esta manera, un buen nivel educativo en general y en lo que a la socialización jurídica se refiere, sería necesario para que la utopía restauradora progrese y tenga un impacto emancipador.

La mediación debería hacer posible la realización de un verdadero pluralismo jurídico y moral en la medida en que admite las distintas maneras de aplicar una norma. (Carbonnier, 1972, citado por Pires, 2001. p.180). Ese pluralismo es activado para que las partes encuentren en sus costumbres, en sus historias de vida y en su creatividad, los recursos necesarios para afrontar pacíficamente el conflicto.

La resolución de un conflicto a través de la JR moviliza ciertas competencias de las partes involucradas, que no se inscriben en el derecho producido por el Estado. En lugar de aplicar una regla general y abstracta, predeterminada por la ley, a un contexto particular, los actores elaboran una norma apropiada a su situación. (Salberg, 2002). Esas normas emanan de las partes y no pueden reducirse a un cuadro normativo único. Es decir, las partes deben crear otro espacio en el cual ellas puedan confrontarse pacíficamente. Younes habla de un “espacio de reconocimiento” (2002, p.59). En el mismo sentido, Habermas piensa que toda disensión sobre normas, incluso cuando esta se expresa utilizando los medios de la conversación, tiene raíz en “la lucha por el reconocimiento” (1986, p.127). La JR debería ofrecer a las partes de un conflicto, el espacio necesario para que “se reconozcan” mutuamente, busquen la satisfacción de sus intereses pacíficamente y puedan incidir realmente en la resolución de su conflicto.

Así planteada, la JR requiere de un cierto equilibrio entre las partes. El Estado debería ser el garante para evitar una disparidad ostensible y proteger a la parte más débil del conflicto.

Volviendo al caso colombiano, es legítimo preguntarse en qué medida en la aplicación de la Ley 975 de 2005 se está reequilibrando el poder de la partes para que participen del procedimiento en igualdad de condiciones. ¿Tienen las víctimas realmente la libertad y la seguridad para participar? ¿Ejercen realmente el derecho a la palabra?

COMUNICACIÓN Y EMPODERAMIENTO

La mediación como mecanismo de gestión de conflictos puede presentar un equilibrio entre una filosofía política de carácter teleológico y una de carácter deontológico. La primera favorecería el fin perseguido, es decir la restauración de todos los perjuicios producidos por un delito. Entre tanto la segunda destacaría la búsqueda de la negociación y con ella la comunicación y la explicación de las causas que han producido el conflicto para finalmente tratar de resolverlo.

Algunos estudios empíricos (Braithwaite, 2006, p.395) muestran que ciertos procedimientos restauradores tienen un efecto de “empoderamiento” que acrecienta el rol de los actores marginados. Al apropiarse su conflicto, los participantes evitan la tutela del Estado y se vuelven actores y creadores de derecho. Para el acusado, las implicaciones emancipadoras son evidentes en la medida en que a través de la negociación y de la disposición a reparar, puede evitar la pena u obtener una muy benigna. Psicológicamente, el acusado puede eventualmente liberarse de la culpa mientras que la víctima puede elaborar su duelo y liberarse del rencor.

¿Se da en Colombia un “empoderamiento” de las víctimas? ¿Están estas transitando un camino que les permita elaborar el duelo y obtener la reparación? ¿Existe cuando menos una dinámica de *comunicación* transparente entre la sociedad, victimarios y víctimas?

LA MORAL COMO HIPÓTESIS PARA ABORDAR LOS INTERROGANTES PLANTEADOS

El orden moral no recubre al jurídico pero muchas de las normas de los dos sistemas normativos coinciden en proteger los mismos valores. Así, la moral prohíbe matar al tiempo que el derecho penal condena con severidad el homicidio. La moral sostiene, completa y refuerza la protección jurídica de la sociedad evitando su disolución o un funcionamiento caótico donde reina la arbitrariedad.

Pires (2001) afirma que las diferentes modalidades del hurto o el homicidio, ya no constituyen delitos que puedan poner en cuestión las bases de la sociedad. Pires

señala que la sociedad enfrenta riesgos más agudos que él llama “los peligros socioeconómicos decididos.” Ejemplo de estos riesgos son la pauperización de los excluidos, la fragilización del vínculo social, la inseguridad objetiva, el sentimiento de inseguridad y los daños ecológicos. El derecho penal no ofrece respuestas apropiadas para este tipo de problemas. Valga destacar que Pires desarrolla su teoría desde el *primer mundo*. Sociedades donde el homicidio no reviste el carácter masivo y endémico que tiene en Colombia.

La opción restauradora puede tener un impacto emancipador, únicamente si la moral como orden normativo tiene una vigencia y una eficacia mínimas. La moral es eficaz, cuando la inmensa mayoría de los miembros de una sociedad se comporta de acuerdo a sus prescripciones y les reconoce legitimidad.

Colombia vive una crisis de sociedad en la cual los aspectos morales tienen un componente significativo. Esta situación tiene raíces remotas y se prolonga en la saga de atrocidades que hacen que Colombia esté entre los países menos pacíficos del mundo⁵.

Para ilustrar la prolongada decadencia moral de la sociedad colombiana recurriremos a la cultura popular y a una mirada al llamado proceso de sometimiento de los paramilitares. Postulamos que la mayoría de las políticas del gobierno son inmorales, como es inmoral toda política que pretenda que el fin justifique los medios.

En mayo de 2007 escuchas telefónicas filtradas a la prensa, confirmaban que los paramilitares recluidos continuaban delinquiendo desde la prisión. En lugar de preocuparse por la continuidad de los crímenes, el gobierno se ocupó de establecer la responsabilidad por las escuchas. Que estas fueran ilegales no le inquietaba pues días antes el Presidente se había jactado ante el país de espiar a la oposición⁶, él aprendió el adagio de infancia y lo aplica: “*Consiga la plata hijo, consígala honradamente, y cuando no lo vea la gente... consiga la plata hijo*”⁷.

Se podrían evocar muchos argumentos para afirmar que el gobierno colombiano no es democrático. Para los efectos de este artículo, basta con citar uno solo: “Un régimen democrático puede ser reconocido como tal en la medida en que responde

⁵ Colombia ocupa el puesto 116 entre 121 países estudiados en el **Global Peace Index**. Ese estudio utiliza 24 indicadores incluyendo: niveles de violencia al interior de cada país, crimen organizado, número de personas en prisión y compras de armas. Para elaborar ese índice se tuvieron en cuenta otros indicadores de desarrollo social como: democracia, transparencia, educación y bienestar.

⁶ Por un delito como ese tuvo que renunciar Nixon en un país no muy democrático que se ubica en el puesto 96 en el Global Peace Index.

⁷ Utilizado como un dicho o como un chiste, este consejo de padre hace parte de la socialización temprana en la región de origen del autor de esta contribución, que es también la del actual Presidente

moralmente a la exigencia de un derecho igual a la consideración y al respeto para todos sus ciudadanos” (Veca, 1999, pp.104-105).

Pero no solo el gobierno actúa inmoralmente, todos los actores del conflicto lo hacen, lo grave es que esa manera de proceder parezca normal para tantos. También en mayo de 2007, luego de que el máximo jerarca paramilitar confesara cientos de crímenes al tiempo que denunciaba que el paramilitarismo era una política de Estado, muchos lectores del semanario más leído saludaban sus declaraciones calificándolo como “un verdadero líder”, “un ejemplo para el país”, “un berraco”. No por casualidad la misma revista publicaba una encuesta revelando que alrededor del 30% de los colombianos aprueba el modo de actuar de los paramilitares. Peor aún, el 6 de junio de 2007 la edición digital del único periódico de tirada nacional, reportaba que 370 personas habían ovacionado un líder paramilitar, al tiempo que intimidaban a sus víctimas, cuando este debía confesar sus crímenes delante de los tribunales.

En el mismo sentido puede interpretarse el caso de un cantante del popular “valle-nato”. Este hombre asesinó una de sus amantes⁸ y fue condenado por ello a 12 años y medio de prisión, pena que le fue reducida a 32 meses. Cuando salió de la prisión fue recibido como un héroe. Ahora sus discos y conciertos se venden mejor que antes de su breve estadía en la cárcel. Si en casos como los citados, sentimientos morales como la vergüenza o la presión social no existen o están muy atenuados, la moral se queda sin instrumentos para afirmar sus normas. A los altos índices de impunidad colombianos se agrega la falta de sanción moral.

El moralista Freeman Clarke decía: «*un político piensa en las próximas elecciones; un estadista, en la próxima generación*”. Los limitados logros de la “South African Truth and Reconciliation Commission”, real proyecto de unidad nacional y de reconciliación que fue bastante más que un compromiso político (Roche, 2006), muestran la necesidad de reorientar el proceso colombiano. En Sudáfrica muchos criminales, no todos, fueron amnistiados porque demostraron que sus delitos eran de naturaleza política lo que para la mayoría de los líderes paramilitares es imposible de probar. Con impunidad no habrá estabilidad jurídica ni política, no habrá restauración ni paz. Se dirá que Colombia no es Sudáfrica y que no se puede comparar un dirigente de la estatura ética de Mandela con un enano moral. Precisamente por eso en Colombia no basta con que se hunda el capitán. Salir de la crisis de sociedad

⁸ Una búsqueda en Google con el nombre de esta persona propone 360'000 entradas. Ninguna de las primeras hace referencia al crimen. Entre ellas, una señala la pena que le fue impuesta pero no el delito, habla de él como ¡un hermoso ejemplo de superación! Se dice con un lenguaje abiertamente adulator que este señor, además de héroe, es un semental: “Tiene 11 hijos legales y otros 14 sin reconocer”.

tomará por lo menos una generación, quizá más. Para ello habrá que *rehacer* el país prescindiendo de quienes ejercieron el poder hasta ahora. “Que se vayan todos”, fue el grito casi unánime de la sociedad argentina que no aceptaba más la impunidad y las políticas que redujeron a la miseria franjas importantes de la población de un país próspero⁹, políticas que ahora aplica el gobierno colombiano.

Con el golpe de Estado, Argentina vivió un proceso traumático y atroz que, con todo, cualitativa y cuantitativamente no fue tan espantoso y tan largo como lo es el colombiano. ¡Una generación! Eso tardó Argentina para empezar a dar vuelta a la página más triste de su historia. El primer paso fue comenzar a depurar las fuerzas armadas, seguiría la anulación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Luego, vendría la decisión de La Cámara en lo Criminal Federal de Argentina que declaró inconstitucionales los indultos de Menem. Decía este fallo de los jueces: “existe obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y que consiste en investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos” (Calloni, 2007).

¿Cuánto tardará Colombia en sancionar a sus criminales? El conocimiento pleno de toda la verdad histórica y no solamente procesal y la atribución de todas las responsabilidades son condiciones necesarias para que pueda haber restauración y reconciliación. Operacionalizar la JR de una manera eficaz y durable requiere tener en cuenta el “sentimiento de justicia”. En las representaciones sociales es muy fuerte la imbricación entre el paradigma punitivo y el incipiente paradigma restaurador, lo que hace intolerable la impunidad para los crímenes de lesa humanidad. Esos delitos requieren reconocimiento, reparación y una sanción ejemplar, moral y penalmente.

BIBLIOGRAFÍA

- Bentolila, A. *Le propre de l'homme. Parler, lire, écrire*. París: Plon; 2000.
- Beristain, A. *La médiation pénale : entre répression, réparation et création*. En: Cario R., Ed. *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. París: L'Harmattan.; 1991. p. 135-154.
- Bourdieu, P. *L'essence du néolibéralisme*. 1998. Disponible en: <http://www.monde-diplomatique.fr/1998/03/BOURDIEU/10167>. Consultada el 13 de febrero de 2006.
- Bourdieu, P., Passeron, J.C. *La reproduction : éléments pour une théorie du système d'enseignement*. París: Les Éditions de Minuit; 1970.

9 A principios del siglo XX, era popular en Francia el dicho “rico como un argentino”.

- Braithwaite, J. 2006, Doing Justice Intelligently in Civil Society. *Journal of Social Issues*. 62 (2): 393-409.
- Calloni, S. Inconstitucionales, los indultos de Menem. 2007. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx>. Consultado el 26 de abril de 2007. En: México D.F. La Jornada.
- Campos, M. Caminando con Juan Gelman. 2007. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx>. Consultado el 20 de marzo de 2007. En: México D.F. La Jornada.
- Cartuyvels, Y. Comment articuler «médiation» et «justice réparatrice»? En: Jaccoud, M. Ed. *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Paris: L'Harmattan; 2003. p 51-74.
- Christie, N. *L'industrie de la punition*. Condé-sur-Noireau (Calvados, France): Autrement; 2003.
- Ewald, F. *L'Etat providence*. Paris: Bernard Grasset; 1986.
- Faget, J. *La médiation. Essai de la politique pénale*. Ramonville Saint-Agne (France): Érès; 1997.
- Foucault, M. *Surveiller et punir, Naissance de la prison*. Paris: Gallimard; 1975.
- Habermas, J. *Morale et communication*. Paris: Éditions du Cerf; 1986.
- Jaccoud, M.. *Justice réparatrice et réforme de l'action pénale*. En: Noreau, P., Rioux, M., Rocher, G., Laborier, P. Ed. *Les réformes en santé et en justice: le droit et la gouvernance (título provisional)*. Québec: Presses de l'Université Laval; En prensa 2007.
- Johnstone, G. *Restorative Justice. Ideas, values, Debates*. Devon (UK): Willan Publishing; 2002.
- Karniol, R., Miller, D. *Morality and the Development of Conceptions of Justice*. En: Lerner, M.L.S. Ed. *The Justice Motive in Social Behavior*. New York: Plenum Press; 1981. p. 73-95.
- Maca, D., Echeverri, M. *Representaciones sociales de Justicia Restaurativa en una comunidad marginal*. *Papers on Social Representations*, 15, 2.1-2.19; 2006.
- Mestitz, A. *A comparative perspective on Vicim-Offender Mediation with youth offenders throughout Europe*. En A. Mestitz, S. Ghetti Ed. *Victim-Offender Mediation with Youth Offender in Europe*. Dordrecht (Netherlands), Springer. 2005. p. 3-20.
- Morin, E. *La méthode. Les Idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*. Vol. 4. Paris: Seuil; 1991.
- _____. *La méthode. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*. Vol. 5. Paris: Seuil; 2001.
- 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; 1967. p. 32, 172-203.

- Pires, A. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et Sociétés*. XXXIII, 1; 2001. p. 179-2004.
- Roche, D. Dimensions of Restorative Justice. *Journal of Social Issues*. 2006; 62(2): 217-238.
- Salberg, A.C. Médiation, de la rupture au lien. *Praxis Juristische Aktuelle*; 2002. p.12, 1401-1409.
- Santos, B.D.S. *Toward a New Legal Common Sense*. East Kilbride (Scotland): Butterworths LexisNeris; 2002.
- Tyler, T. Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking. *Journal of Social Issues*. 2006; 62 (2): 307-326.
- Vainio, A. *One Morality – Or Multiple Moralities ?* Helsinki, Departement of Social Psychology, University of Helsinki; 2003.
- Veca, S. *Ethique et politique*. Paris: PUF; 1999.
- Walgrave, L. From community to dominion: in search of social values for restaurative justice. En: Kerner, E.W.A.H.J. Ed. *Restorative Justice. Theoretical foundations*. Capítulo 5. Cullompton, UK: Willan Publishing; 2002a. p. 71-89.
- _____. La justice restaurative et la justice pénale : un duo ou un duel ? En: Cario, R., Ed. *Victimes: du traumatisme à la restauration*. Paris: L'Harmattan / École Nationale de la Magistrature; 2002b. p. 275-303.
- Walgrave, L., *Restorative justice and the law: socio-ethical and juridical foundations for a systemic approach*. En: Walgrave, L. Ed. *Restorative Justice and the Law*. Cullompton, UK: Willan Publishing; 2002c. p. 191-218.
- Younes, C. Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet. En: Younes, C., Le Roy. Ed. *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ?* Paris: Karthala; 2002. p. 51- 65.



Autor: Francisco de Goya y Lucientes
Título: Capricho Nº 43,
El sueño de la razón produce monstruos
1793-1796

EL SUEÑO DE LA RAZÓN PRODUCE MONSTRUOS*

***Placer, dolor y razón en la
teoría política de Tomás Hobbes***

* Artículo de grado para optar al título de abogada.

EL SUEÑO DE LA RAZÓN PRODUCE MONSTRUOS

Placer, dolor y razón en la teoría política de Tomás Hobbes

*Adriana María Ruiz Gutiérrez***

RESUMEN

Este artículo se centra en la descripción que del hombre realiza el pensador inglés Tomás Hobbes, quien aplicando la teoría del movimiento a las pasiones humanas y el papel de la recta razón, afirmó la necesidad imperante de instaurar un poder capaz de reprimir las pasiones permanentes, violentas e intensas del hombre, a través de la Ley y el castigo, con el fin de preservar y proteger la vida humana.

Palabras clave: teoría del movimiento, hombre, pasión, razón, estado de guerra, Ley natural, Estado-Leviatán, sociedad civil, Ley civil, castigo.

REASON'S DREAM PRODUCES MONSTERS

ABSTRACT

This article focuses on the description that the English philosopher Thomas Hobbes makes about the man. He applied the theory of movement and the role of straight reason to human passions, and from there, affirmed the need to establish a prevailing power capable of suppressing the permanent, violent and intense passions of the man, through the law and punishment, in order to preserve and protect human life.

Key words: theory of movement, man, passion, reason, state of war, natural law, state-Leviathan, civil society, civil law, punishment.

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

EL SUEÑO DE LA RAZÓN PRODUCE MONSTRUOS

Placer, dolor y razón en la teoría política de Tomás Hobbes

INTRODUCCIÓN

“Yo no discuto sino que calculo”¹, anticipa Tomás Hobbes en su tratado sobre el ciudadano. En efecto, con una extraordinaria rigurosidad lógica, el pensador inglés arma lenta y cuidadosamente su diseño político. Como un reloj mecánico, que al montarlo y desmontarlo revela su funcionamiento sin que sobren piezas y sin introducir nuevas, así opera la estructura política diseñada por Tomás Hobbes.

Para comprender las causas del Estado hobbesiano como cuerpo artificial, creado por la necesidad de los hombres, es preciso disolverlo para hallar su materia: los individuos que lo componen. Éstos, a su vez, han de ser disgregados para encontrar sus propiedades fundamentales: razón, pasiones, poder. Al mismo tiempo, la figura del Estado puede recomponerse desde las propiedades de la naturaleza humana, reconstruyendo deductivamente las partes hasta encontrar las causas del Estado.

El primer método de comprensión del Estado, es acogido en este escrito, pues permite rastrear el pensamiento hobbesiano develando la profundidad argumentativa del pensador inglés. Desde la teoría del movimiento de Galileo aplicada a las pasiones humanas, Hobbes presenta al hombre como un ser en constante lucha por la obtención de las pasiones placenteras y la inhibición de dolores, que sólo cesan con la muerte, así como el deseo incontenible de poder.

La lucha por una vida feliz que no encuentra éxito, dada la competencia permanente de los hombres por los objetos producto de deleite, ocasionan la muerte, las heridas y otras formas de degradación del hombre en el estado de guerra, provocando el apareamiento de la recta razón que obliga al hombre a buscar la paz y conservación, a través de la instauración de un poder irresistible capaz de asegurar la vida de los hombres en la sociedad civil.

El Leviatán, gran cuerpo artificial creado por el miedo de los hombres a perecer en el estado de guerra y por la necesidad de obtener la satisfacción de sus apetitos, ostenta el poder de crear la Ley y con ella el castigo, para repeler toda acción

¹ Hobbes, Tomás. Tratado sobre el ciudadano. Madrid: Trotta; 1999. p. 10.

producto de las pasiones de los hombres en su eterna búsqueda por la felicidad. De esta manera, el dios mortal utiliza la espada reprimiendo al hombre que se encuentra igualmente apetitoso, como en el estado de guerra, pero más temeroso por el poder del gran Leviatán.

La felicidad es una utopía según Hobbes, porque el hombre se halla en permanente movimiento, en que sus pasiones mutan, se transforman, desaparecen, regeneran, sin que puedan existir causas finales. Con la esperanza de obtener la felicidad, el hombre es capaz de matar, sojuzgar, repeler a otros hombres, sin obtener ningún éxito dada la igualdad respecto a la consecución de armas y estrategias de los demás hombres para conquistar el mismo objeto de placer.

Temiendo por la vida, el hombre se abandona a la autoridad del gran Leviatán que le protegerá a cambio de su incondicionada obediencia, y aun de la constante represión a sus pasiones. El hombre, por ende, no será feliz ni en el estado de naturaleza ni en el estado civil, al contrario, estará presto al mismo dolor producto de su insatisfacción y del mismo terror frente a la vida en el estado de guerra y frente al castigo en la sociedad civil que incluso podrá provocar su muerte.

El hombre vanidoso, orgulloso, imponente, irreverente, que se vanagloria con su poder, desaparece de la sociedad civil, en que por virtud de la Ley, es atemorizado, horrorizado, cesando por lo tanto, en su pretensión de obtener la eterna felicidad.

Fijadas las premisas anteriores, este escrito se ocupará, en primer lugar, de la teoría del movimiento aplicada por Hobbes a las pasiones humanas, en segundo lugar, de las pasiones y razón del hombre, tanto en el estado de guerra como en la sociedad civil. En este segundo apartado, asuntos como el placer y el dolor, la lucha incesante por el poder, la construcción del Leviatán y la forma de represión a las pasiones y acciones de las mismas a través de la Ley y el castigo, se asumen como ejes de reflexión; por último se esbozarán unas breves conclusiones.

1. FUNDAMENTACIÓN ANTROPOLÓGICA HOBBSIANA: ENTRE LA INTROSPECCIÓN Y EL MOVIMIENTO

Hobbes sugirió dos vías —como únicamente accesibles— para conocer la naturaleza humana: la introspección “socrática” y la física mecanicista. La primera, se obtiene por el conocimiento de sí y el examen de sí², esto es, de la introversión

² Strauss, Leo. La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; 2006. p.32.

de los propios pensamientos, opiniones, razonamientos, esperanzas, deseos y temores. “[...] los hombres pueden aprender a leerse fielmente uno al otro si se toman la pena de hacerlo; es el *nosce te ipsum, léete a ti mismo*”³, “Quien ha de gobernar una nación entera debe leer, *en sí mismo*, no a este o aquel hombre, sino a la humanidad entera”⁴.

El ensimismamiento desvela, según Hobbes, los caracteres del corazón humano, borrosos y encubiertos por el disimulo, la falacia, la ficción y las erróneas doctrinas⁵. Quien investiga su corazón, descifra con clave y sin error, sus pensamientos y pasiones, así como de los demás hombres:

[...] por la semejanza de los pensamientos y de las pasiones de un hombre con los pensamientos y pasiones de otro, quien se mire a sí mismo y considere lo que hace cuando *piensa, opina, razona, espera, teme*, etc., y porqué razones, podrá leer y saber, por consiguiente, cuáles son los pensamientos y pasiones de los demás hombres en ocasiones parecidas. Me refiero a la similitud de aquellas pasiones que son las mismas en todos los hombres: deseo, temor, esperanza, etc.; no la semejanza entre los objetos de las pasiones, que son las cosas deseadas, temidas, esperadas, etc. [...] y aunque, a veces, por las acciones de los hombres descubrimos sus designios, dejar de compararlos con nuestros propios anhelos y de advertir todas las circunstancias que pueden alterarlos, equivale a descifrar sin clave y exponerse al error, por exceso de confianza o de desconfianza, según que el individuo que lee sea un hombre bueno o malo”⁶.

Por consiguiente, el hombre no conoce a los otros y al mundo exterior sino a través de su propio reflejo. Él se constituye en la medida del otro y de lo otro⁷. Esta premisa no exige, según Hobbes, la consideración de ningún principio universalmente establecido, sino exclusivamente de la rigurosa observación⁸ de lo que los hombres conocen o pueden conocer por su propia experiencia⁹. La conclusión de la premisa hobbesiana no admite otra demostración.

³ Hobbes, Tomás. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 6ª ed. México: Fondo de Cultura Económica; 1994. p. 4.

⁴ *Ibid.*, p.5.

⁵ *Ibid.*, p.4.

⁶ *Ibid.*

⁷ Protágoras, gran sofista griego, se había anticipado al planteamiento hobbesiano al establecer que los hombres se constituyen en la medida de todas las cosas. Esta premisa fundamental, esgrimida por el Sofista, rebatió a Sócrates, quien aparece por primera vez derrotado en los diálogos platónicos. PLATÓN. *Protágoras o el Sofista, Teetetes o de la ciencia*. México: Porrúa; 1978.

⁸ Hobbes, Tomás. *Elementos de derecho natural y político*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1979. p. 99-100.

⁹ Hobbes. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 5.

La segunda vía de comprensión de la naturaleza humana, se logra a partir del conocimiento de los principios generales de la física mecanicista y, a través de ésta, de la teoría general del movimiento aplicada al hombre como resultado de la materia y del movimiento que le anima¹⁰. En otros términos: Hobbes no reconoce más realidad que los cuerpos a los que aplica de manera inflexible los principios de la física, en particular, la teoría del movimiento de Galileo.

Guillermo Fraile, explica la teoría corporalista admitida por Hobbes, en los siguientes términos:

No hay más realidad que los cuerpos. Cuerpo es todo lo sensible y experimentable, lo componible y divisible, lo que puede sumar o restar. Los cuerpos son la única sustancia real, y el movimiento es la única explicación de los fenómenos naturales. Los cuerpos y el movimiento bastan para explicar todos los fenómenos y todas las cosas. Lo que llamamos espíritu no es más que un resultado o una manifestación de los movimientos corpóreos¹¹.

Para Hobbes la filosofía tiene por objeto todo cuerpo que se forma y posee alguna cualidad. Fuera de los cuerpos no existe ciencia real. Lo suprasensible no entra en la ciencia. Los espíritus pueden ser objetos de fe, pero no de ciencia. Dios, por ende, queda excluido del campo de la filosofía, porque, siendo eterno, no puede formarse, esto es, componerse ni dividirse. Lo mismo sucede con los ángeles y las almas. O son vanas imágenes, como las que se ve en sueños, o son incorpóreos, lo cual indica que no son sustancias, porque toda sustancia es cuerpo¹².

El movimiento del cuerpo hace del mismo un cuerpo *animado* y, si al mismo tiempo habla, se percibe como un *cuerpo animal racional*, es decir, *un hombre*. De esta manera, van agregándose lógicamente las propiedades distintivas y genéricas del

¹⁰ En términos de Vallespín, a Hobbes se le reconoce haber intentado fundamentar el estudio de la política en el nuevo método mecanicista de la ciencia natural moderna. “En este sentido, al menos para la interpretación convencional, la obra hobbesiana se halla gobernada por un sistema filosófico unitario anclado en los presupuestos de la nueva ciencia. [...] Filosofía y ciencia no van a concebirse así como saberes separados, y no hay por qué pensar que Hobbes pretendiera otra cosa cuando —como en el *Leviatán*— se ocupa esencialmente de una de sus partes —la filosofía civil— en este caso”. Vallespín, Fernando, et al. *Tomás Hobbes y la teoría política de la revolución inglesa*. En: *Historia de la teoría política*, 2. Estado y teoría política moderna. Madrid: Alianza; 1994. p. 267-268.

La interpretación convencional, admitida por Vallespín, es cuestionada por Leo Strauss, bajo el entendido de que Hobbes, era consciente de las diferencias fundamentales entre Filosofía política y Ciencia natural, en cuanto a su contenido y método. “La filosofía política es independiente de la ciencia natural porque sus principios no son tomados de ésta, ni, de hecho, de ciencia alguna, sino que son provistos por la experiencia que cada uno tiene de sí mismo”. STRAUSS, Op. cit., p. 28.

¹¹ Fraile, Guillermo. *Tomás Hobbes*. En: *Historia de la Filosofía III: del Humanismo a la Ilustración*. Madrid: BAC; 1978. p. 724.

¹² *Ibid.*

animal racional. Y, a la inversa, si se sustraen las propiedades de animal y racional, sólo resta un *cuerpo*¹³.

El hombre es para Hobbes, un agregado de materia en movimiento, que participa de ciertas características *ontológicas*, diferenciables de otros cuerpos. Es un receptor de estímulos externos que conoce a través de los órganos propios de cada sensación, ya sea de modo inmediato, como en el gusto o en el tacto, o mediatamente como en la vista, el oído y el olfato —tal como lo había propuesto Aristóteles en oposición a Platón¹⁴—.

La sensación es el principio del conocimiento. De ella deriva todo saber. Los sentidos son la puerta que permiten la invasión del mundo exterior al mundo íntimo del animal racional: “No existe ninguna concepción en el intelecto humano que antes no haya sido recibida, totalmente o en parte, por los órganos de los sentidos. Todo lo demás deriva de ese elemento primordial”¹⁵.

Las sensaciones obtenidas como resultado del influjo en los sentidos, hacen tránsito por medio de los nervios y otras fibras y membranas del cuerpo, hasta adentrarse al cerebro y al corazón¹⁶ causando allí una resistencia, reacción o esfuerzo del corazón para libertarse: esfuerzo que dirigido hacia el exterior, parece ser algo externo¹⁷. Esta *fantasía* o *apariencia* se denomina *sensación*, y consiste en una luz o color figurado para el ojo; en un sonido para el oído, en un olor para la pituitaria, en un sabor para la lengua o el paladar; en calor, frío, dureza, suavidad para el resto del cuerpo. El hombre hobbesiano es absoluta e irredimiblemente un hombre sintiente, sensual.

Todas estas cualidades sensibles, señala Hobbes, no son más que distintos movimientos en la materia, mediante los cuales actúa sobre los órganos sensoriales.

¹³ Idéntico procedimiento de adición y sustracción puede aplicarse a todas las realidades naturales o artificiales: Leyes, política, hombre, Estado, espacio, tiempo, movimiento, figuras.

¹⁴ De acuerdo con Aristóteles, la sensación produce alteración en el individuo, porque es una sensación de los objetos exteriores en el individuo. La sensación sólo existe en *potencia* y no en *acto*, debido a que los sentidos son activados cuando el mundo exterior ejerce su influjo sobre ellos. Tales sensaciones se arraigan en el alma de la cual se desprenden las pasiones: enojo, molestias, venganza, disgusto, salud, riqueza, amigo, arte, ciencia, apetito.

¹⁵ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Op. cit., p. 6.

¹⁶ *Ibid.*, p. 6-7. Puede afirmarse que en la teoría hobbesiana, el corazón representa tanto en el cuerpo artificial —Leviatán—, como en el cuerpo natural —animal racional: hombre— el miembro fundamental, — incluso por encima del cerebro— que produce vida y muerte. En el primero simboliza la *soberanía*, en el segundo, el colmo de placer y dolor.

¹⁷ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Op. cit., p. 7. Hobbes, Tomás. *Elementos de derecho natural y político*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1979. p. 141-142.

Cuando el hombre es influido por ese efecto no hay tampoco otra cosa sino movimiento, “porque el movimiento no produce otra cosa que movimiento”¹⁸.

Significa lo anterior, que todo cuerpo natural —vg. hombre: animal y racional—, artificial —vg. Leviatán— estará sujeto a un continuo, incesante, permanente y eterno movimiento, que no cesará sino hasta su extinción, a menos que algo lo detenga paulatinamente: “[así como acontece con] el agua, cuando el viento cesa, las olas continúan batiendo durante un espacio de tiempo, así ocurre con el movimiento que tiene lugar en las partes internas del hombre, cuando ve, sueña, etc.”¹⁹, “[...] aunque la sensación haya pasado, la imagen o concepción permanece; pero más confusamente cuando estamos despiertos porque un objeto u otro se presenta continuamente y atrae nuestros ojos y oídos, manteniendo la mente con un movimiento más fuerte, mientras el más débil no aparece fácilmente”²⁰.

El cerebro procesa las sensaciones que son producto de los influjos sensoriales, y los convierte en representaciones (*fantasmas*), que puede conservar a manera de huellas debilitadas, y reproducirlas por medio de la imaginación, que es una percepción oscura y confusa, una sensación debilitada, aunque continua, que representa los fantasmas en cuanto presentes en el tiempo; o por medio de la memoria, que los representa en cuanto ausentes o pasados en el tiempo.

Tiempo, espacio, órganos sensitivos y memoria son imprescindibles: no pueden percibirse las cosas sin el fluir del instante, es decir, sin el tiempo. Para percibir el tiempo, hace falta la memoria. Así mismo, se requiere del espacio aunque lleno o vacío, pues un objeto aislado al órgano sensorial, no podrá ser conocido, guardado, ni organizado como fantasma en la memoria.

¹⁸ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 7. Esta conclusión, había sido advertida por Sócrates a Teetetes en los siguientes términos: “[...] el reposo pudre y pierde todo [...] el movimiento produce el efecto contrario [...] por la cadena de oro de que habla Homero, no entiende ni designa otra cosa que el sol, porque mientras que éste y los cielos se muevan circularmente, todo existe, todo se mantiene, al paso que si esta revolución llegara a detenerse y a verse en cierta manera encadenada, todas las cosas perecerían [...] Todo es movimiento en el universo y no hay nada más. El movimiento es de dos clases, ambas infinitas en su número, pero en cuanto a su naturaleza una es activa y otra es pasiva, de su concurso y de su contacto mutuo se forman producciones infinitas en número, divididas en dos clases, la una de lo sensible, la otra de la sensación, que coincide siempre con lo sensible y es engendrada al mismo tiempo. Las sensaciones son conocidas con los nombres de vista, oído, olfato, gusto, tacto, frío, caliente, y aún placer, dolor, temor, dejando a un lado otras muchas que no tienen nombre o que tienen uno mismo. La clase de cosas sensibles es producido al mismo tiempo que las sensaciones correspondientes, los colores de todas clases corresponden a visiones de todas clases: sonidos diversos son relativos a diversas afecciones del oído, y las demás cosas sensibles a las sensaciones. [...] fíjate en la conclusión a la que conduce. Significa que todo está en movimiento. PLATÓN. *Teetetes o de la Ciencia*. México: Porrúa; 1978. p. 304-307.

¹⁹ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 9.

²⁰ HOBBS. *Elementos de derecho natural y político*. Op. cit., p. 111.

Ahora, el movimiento de los cuerpos según su naturaleza, puede ser activo o pasivo, lento o rápido, pero siempre en movimiento como Ley universal. El reposo o debilitación de las sensaciones en el hombre, no indica, por lo tanto, la negación del movimiento: “más bien es una obnubilación de ese movimiento, algo análogo a como la luz del sol oscurece la de las estrellas. En efecto: las estrellas no ejercen menos en el día que por la noche la virtud que las hace visibles”²¹.

En consecuencia, sólo lo que acontece en el cuerpo es real. El hombre hobbesiano es un hombre mecanicista, es una máquina de movimiento perfectamente articulada; eternamente sensual; sujeta a continuos influjos del universo exterior, conocidos a través de los órganos sensitivos, transformados en sensaciones, que recorren el íntimo universo individual de cerebro a corazón, encargado de procesar la información proveída por los sentidos. Luego, estas informaciones son transformadas en representaciones, apariencias o fantasías. Finalmente el hombre percibe una fantasía elaborada por el cerebro, de manera que los fenómenos mentales son meras apariencias provocadas por el cuerpo material.

2. EL HOMBRE: ENTRE LA PASIÓN Y LA RAZÓN

2.1 La mecánica de las pasiones y acciones hobbesianas: el movimiento vital entre el placer y el dolor

Las sensaciones, tal como se indicó en el acápite anterior, son resultado de los influjos exteriores que actúan sobre los órganos sensitivos del cuerpo. Las sensaciones son causa de *placer* o de *dolor*. El movimiento, mediante el influjo de la imaginación, produce en el alma dos clases de efectos: *pasiones* y *acciones*. Las pasiones son reacciones incompletas que permanecen en el interior²², son movimientos o agitaciones del cerebro que se transmiten al corazón²³. Las acciones se

²¹ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 11.

²² Ver al respecto: FRAILE. Op. cit., p. 733.

²³ HOBBS. *Elementos de derecho natural y político*. Op. cit., p. 172. Existe una estrecha coincidencia entre Hobbes y Descartes, en lo que refiere al significado de pasión. En la correspondencia enviada por Descartes a Elizabeth el 06 de octubre de 1645, éste define la pasión como “todos los pensamientos que son excitados de ese modo en el alma sin el concurso de su voluntad, y por consiguiente, sin ninguna acción que provenga de ella, sólo por las impresiones que están en el cerebro, pues todo lo que no es acción es pasión”. Descartes, René. *Obras escogidas*. Buenos Aires: Sudamericana; 1967. p. 347-348.

A Héctor Pierre Chanut, el 1º de febrero de 1647, le enumera las cuatro pasiones principales: alegría, amor (el cual puede ser de benevolencia o concupiscencia), odio y tristeza. Según él, estas pasiones “han sido las primeras en nosotros y las únicas que hemos tenido al nacer; [...] y no han sido más que sentimientos o pensamientos muy confusos porque el alma estaba tan sujeta a la ametría que no podía todavía dedicarse a otra cosa sino a recibir las diversas impresiones de aquella”. DESCARTES. Op. cit., p. 455.

entienden como una reacción o rebote completo del movimiento en el alma, que emerge hacia el mundo exterior, a través de ciertos movimientos como hablar, andar, moverse, etc.

Las pasiones. La permanencia de las pasiones en el cuerpo del hombre no encuentran fijación, al contrario, transitan del interior de la cabeza al corazón, donde necesariamente deben ayudar o estorbar a ese movimiento que Hobbes denomina como *movimiento vital*²⁴. Éste es el movimiento continuo de la sangre por las venas y las arterias, que puede verse alterado por una cadena causal o por una única causa, que produzca el debilitamiento o acrecentamiento del impulso vital y, en tanto actúa también sobre el corazón, esto sería suficiente para producir el efecto sobreviviente de placer o dolor.

En términos de este sistema universal, tal como lo concibe Hobbes, ningún instante de la vida podría privarse de dolor o de placer²⁵. Sólo la cesación de la vida detiene el movimiento vital, y con éste el placer o el dolor. El placer y el dolor, son dos enemigos mutuos de la cadena que gobierna al hombre.

El movimiento específico presente en el hombre reside precisamente en su intento de conservar la potencia vital, evitando ser detenido por medio de un impulso dialéctico de atracción de lo deleitoso y, repulsión de lo corrupto²⁶. En otros términos, la vida del hombre se halla sujeta a batallar entre el placer y el dolor optando por la primera en vía de acrecentar su impulso vital.

²⁴ Ibid., p. 141.

²⁵ Idéntica concepción precede en Platón, para quien: “[...] el placer y el dolor no se encuentran nunca a un mismo tiempo, y sin embargo cuando se experimenta el uno, es preciso aceptar el otro, como si un lazo natural los hiciese inseparables. PLATÓN. Fedón o del alma. México: Porrúa; 1978. p. 389.

Así mismo para Aristóteles quien afirma que: “[...] el ser, que tiene sensibilidad, tiene también pena y placer, según que el objeto sea agradable o penoso; y los seres que tienen estas cualidades, tienen además el deseo, porque el deseo es el apetito de lo que causa placer”. ARISTÓTELES. Obras: Psicología, Tratado del alma. Tomo I. Madrid: Medina y navarro, s.f. p. 159- 160.

Para Descartes “El tránsito de una pasión a otra se realiza por medio de las pasiones próximas. A menudo, sin embargo, hay un tránsito más violento a partir de las pasiones contrarias: por ejemplo, si se anuncia bruscamente una noticia triste en un alegre festín”. DESCARTES. Op. cit., p. 20. “[...] pues viendo que el amor, por desordenado que sea, siempre tiene como objeto el bien, no me parece que pueda corromper tanto nuestras costumbres como hace el odio, que sólo se propone el mal [...] el odio siempre está acompañado de tristeza y pesar; y cualquiera que sea el placer que encuentre cierta clase de gente en hacer el mal a los demás, creo que su voluptuosidad es parecida a los demonios que, según nuestra religión, no dejan de estar condenados aunque se imaginen continuamente que se vengan de Dios al atormentar a los hombres en el infierno. Al contrario, el amor, por desordenado que sea, produce el placer. DESCARTES. Op. cit., p. 462.

²⁶ El movimiento dialéctico entre atracción y repulsión es similar al principio de la inercia de Galileo y la primera Ley del movimiento de Newton, según la cual, todo objeto en reposo tiende a permanecer en reposo, y un objeto en movimiento tiende a continuar moviéndose en línea recta, a no ser que actúe sobre ellos una fuerza externa.

Existen en los animales, según Hobbes, dos clases de mociones o movimientos peculiares a ellos, conducentes a conservar el impulso o movimiento vital. Las primeras, se denominan estrictamente *vitales*; comienzan en la generación, continúan sin interrupción alguna a través de la vida entera. Tales son: la *circulación* de la *sangre*, el *pulso*, la *respiración*, la *digestión*, la *nutrición*, la *excreción*, etc. Estas mociones o movimientos no requieren de la ayuda de la imaginación. Las segundas, a diferencia de las primeras, demandan de la imaginación, son *mociones animales*, con otro nombre, mociones *voluntarias*, como por ejemplo, *andar*, *hablar*, *mover* uno de los miembros, de modo que antes haya sido imaginado por la mente²⁷.

Las mociones o movimientos animales, que habitan al interior del cuerpo, exigen *voluntad* y *acción* para ser ejecutados de manera exterior, en la marcha, en la lucha, en la conservación y en otras acciones perceptibles, que reciben el nombre de *esfuerzos*²⁸. Este esfuerzo, cuando se dirige hacia algo que lo causa recibe en términos hobbesianos, el nombre de *apetito* o *deseo*; cuando el esfuerzo supone alejamiento, se denomina *aversión* si se refiere al desagrado actual y, *miedo*, cuando se refiere al futuro. Las nociones de *apetito* y *aversión*, suponen aproximación y alejamiento, atracción y repulsión respectivamente.

Cuando los objetos causan goce y por ende atracción, aumentando la vitalidad del cuerpo y del corazón, se denominan *agradables* o *placenteros*, y producen *deleite*, *contento* o *placer*. El deleite mismo con referencia al objeto se llama *amor*, y es producido por todo aquello que los órganos sensoriales asimilan como experiencias agradables, y que tienden a acercarse con mayor regularidad al objeto producto del placer, lo que se denomina *apetito*, mas cuando tal movimiento debilita o estorba al impulso vital, se llama *dolor* y, relacionado con la causa, *odio*²⁹, y es provocado por sensaciones molestas, evitando el objeto de molestia, de desagrado, lo que se denomina *aversión*.

De este modo, el *placer*, el *amor*, el *apetito*, llamado también *deseo*, son nombres diversos para distintas consideraciones de la misma cosa, así como *aversión*, *miedo*, *dolor*, *odio*. Las diversas pasiones del hombre, pueden reducirse desde la teoría hobbesiana, a estos dos movimientos básicos: el placer o el amor, que es la tendencia al bien y el dolor u odio, repulsión al mal. Lo apetecido, como objeto

²⁷ HOBBS. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Op. cit., p. 41.

²⁸ HOBBS. Elementos de derecho natural y político. Op. cit., p. 141. HOBBS. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Op. cit., p. 41.

²⁹ Ibid., p. 142.

estimulante a la vitalidad del hombre, se vincula a la idea de *bien*, lo aborrecido y repulsivo, a la idea de *mal*³⁰.

Placer o amor y dolor u odio, continentes de innumerables pasiones y de actuaciones incontables; algunas nombrables y otras innombrables, derivan a su vez, de un tronco común: el *honor*³¹, esto es, el *reconocimiento* que el hombre obtenga de su poder por parte de sus semejantes. Honrar, significa “admitir o reconocer que ese hombre posee superioridad o exceso de poder por encima de quien le trata o se compara con él”³².

El hombre hobbesiano es, pues, un hombre enormemente vanidoso, narcisista, que sustenta su superioridad sobre el reconocimiento que obtiene de los otros hombres, debiendo ser el más bello, vigoroso, valiente y heroico, persuasivo, rico, dadivoso, noble, sabio, fuerte, próspero. En el placer o desagrado que encuentran los hombres en los signos de honor o deshonor que se les hace, consiste según Hobbes, la naturaleza de las pasiones en particular.

De acuerdo a la teoría de las pasiones hobbesianas, las pasiones derivadas del placer se pueden agrupar de la siguiente manera: *gloria*, procede de la imaginación o de la concepción del propio poder por encima de los competidores; *valor*, es la ausencia de miedos ante cualquier peligro; *esperanza*, es la expectativa de un bien futuro; *confianza*, procede del crédito de aquel de quien se guarda o espera bien; *compasión*, es el dolor que causa una calamidad ajena; *emulación*, es la imitación positiva; *risa*, es el entusiasmo repentino; *sensualidad*, es el placer de los sentidos por un objeto presente; *amor*, es la necesidad que siente un hombre de la persona deseada; *caridad*, es la ayuda de otros hombres; *admiración*, es la alegría por la aprehensión de un novedad; *vergüenza*, es el pesar causado por el descubrimiento de cierto defecto de capacidad; *curiosidad*, es el deseo de saber el porqué y el cómo; *magnanimidad*, en el peligro de muerte o heridas; *liberalidad* es la magnanimidad en el uso de la riqueza.

Las pasiones derivadas del dolor, son: *humildad*, es la propia pobreza de espíritu aprobada por todos los demás; *vergüenza*, es el defecto o debilidad que humilla; *cólera*, es el apetito o deseo de superar una oposición momentánea; *venganza*, es la idea o esperanza de devolver a otro el daño recibido; *arrepentimiento*, es el conocimiento de que la acción realizada se aparta del fin a lograr, produce pena y al mismo tiempo alegría; *desesperación*, es la privación de la esperanza, siendo un

³⁰ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 42. HOBBS. *Elementos de derecho natural y político*. Op. cit., p. 142.

³¹ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 151.

³² *Ibid.*, p. 150.

grado mismo de la *desconfianza*; *dureza*, es la opinión exagerada de que estamos exentos de padecer calamidades, o bien el odio a todos o la mayoría de los hombres; *indignación*, es la tristeza que sobreviene al conocer el éxito de una persona que se considera no lo merece; *envidia*, es el placer de imaginar la desgracia del rival; *llanto*, es la distorsión del rostro mediante lágrimas, producidas por una repentina sensación de debilidad o el súbito reconocimiento de un defecto; *pusilanimidad*, es la duda de conseguir poder³³.

Las pasiones mencionadas permiten a Hobbes, anticipar con una admirable retórica —comparada con la de Aristóteles³⁴— su teoría del poder y de la política. En efecto, parte de comparar la vida pasional del hombre con una carrera, en la que no existe otra meta ni recompensa que la de llegar primero, obteniendo el placer en contraposición al dolor, generando así, la anhelada potencia vital. En la carrera por el placer y el impulso vital:

Esforzarse, es apetito. Ser negligente, sensualidad. Anteponerse a otros, es gloria. Considerarse detrás de ellos, humildad. Perder terreno mirando atrás, vanagloria. Contenerse, odio. Retroceder, arrepentimiento. Estar animoso, esperanza. Desanimarse, desesperación. Esforzarse en sobrepasar al próximo, emulación. Suplantarlo o derribarlo, envidia. Decidirse a superar un obstáculo previsto, valor. Superar un obstáculo imprevisto, cólera. Superar un obstáculo con facilidad, magnanimidad. Perder terreno por pequeños percances, pusilanimidad. Caer repentinamente, disposición al llanto. Contemplar la caída de otro, disposición a la risa. Ver cómo sobrepasamos a otro contra nuestra voluntad, equivale a compasión. Verse indebidamente sobrepasado por otro, es indignación. Ser retenido estrechamente por otro, es amor. Llevar a otro de las riendas, caridad. Herirse por precipitación, vergüenza. Ser continuamente adelantado, humillación (misery). Adelantar siempre al que está delante, es felicidad. Y abandonar la carrera, morir³⁵.

Acciones. Las pasiones son el principio motor de las acciones, que generan repulsión o deseo en el hombre. Ningún acto del hombre, a excepción de las mociones vitales, se halla exento del influjo de las pasiones. Éstas, entre placer y dolor, habitan simultánea y continuamente en el mismo cuerpo; luchando entre sí, con fin de obtener el bien apetecido o evitar el mal que se teme, así como en la carrera de la vida propuesta por Hobbes.

³³ Ibid., p. 154-169.

³⁴ Leo Strauss ha demostrado que Hobbes fue fuertemente influenciado por la *Retórica* de Aristóteles, donde éste alude a las pasiones del alma. Sostiene que Hobbes, no sólo transcribe pasajes paralelos de la *Retórica*, sino que expresa su deuda a la misma en temas, modos de presentación y aún en los detalles. STRAUSS. Op. cit., p. 57-73.

³⁵ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 169.

Entre placer y dolor, la generalidad de hombres *desean* la primera. La experiencia y memoria del hombre adulto, expresa Hobbes, supone el movimiento incesante en la búsqueda de objetos placenteros, dudando y huyendo de aquellos que le despiertan dolor o incertidumbre respecto a la sensación de placer. La adaptación al medio natural le hace capaz para conocer lo que debe buscar y evitar, así como el uso de los órganos y miembros para huir y acercarse.

Cuando un hombre desea un objeto, ese mismo objeto determina su voluntad. De ahí que, la causa del querer no está en la misma voluntad, sino en el objeto que la determina a quererlo:

El apetito, el miedo, la esperanza y el resto de las pasiones no se llaman voluntarias; pues no proceden de la voluntad, sino que la constituyen, y la voluntad no es voluntaria. En efecto, un hombre no puede decir ni quiero querer, ni quiero querer querer, y repetir así infinitamente la palabra; lo cual es absurdo y carece de significado³⁶.

No existe en Hobbes la libertad de indiferencia para el hombre, son los objetos que se contraponen en el mundo exterior, los que generan en aquél los sentimientos de atracción y repulsión, venciendo el más fuerte, y determinando así la voluntad. El hombre está en continuo movimiento, así mismo los objetos exteriores y, por ende, las pasiones que causan los mismos. Constante y eternamente se provocará el estímulo placentero y doloroso.

El hombre hobbesiano lucha incesantemente por obtener el objeto de deleite, que *determina* sus apetitos y deseos, con la esperanza de alimentar y saciar sus pasiones interiores, producidos por los estímulos exteriores. Para obtener las cosas objeto de deseo, se requiere de acciones de *poder*; concretadas en distintas formas: *reputación*, es poder, porque con ella se consigue la adhesión y afecto de quienes necesitan ser protegidos; *éxito*, es poder, porque da reputación de sabiduría o buena fortuna, lo cual hace que los hombres teman o confíen en él; *afabilidad* de los hombres que todavía están en el poder, es aumento de poder, porque engendra cariño³⁷.

Estas acciones de poder, no son las mismas en todos los hombres, varían de acuerdo a la constitución del cuerpo y a la distinta educación³⁸, unos requerirán un mayor o menor deseo de poder, de riqueza, de conocimiento y de honores, todo lo cual puede ser reducido a lo primero, es decir: al *afán de poder*. Porque las riquezas, el conocimiento y el honor no son sino diferentes espacios de poder³⁹.

³⁶ Ibid., p. 189-190.

³⁷ Ibid., p. 69-71.

³⁸ Ibid., p. 59.

³⁹ Ibid., p. 59.

Independientemente de las diversas manifestaciones de acciones de poder en los hombres, éstas por sí mismas, se constituyen en la única vía para asegurar la consecución de los deseos placenteros en orden a estimular el impulso vital. En cuanto a los medios para obtener poder y por ende placer, señala Hobbes, cómo éstos difieren en cada hombre, de acuerdo a su consideración sobre lo bueno y lo malo y a sus propias pasiones y pensamientos humanos, que les orientan a seguir un camino, y a otros, otro; reteniendo y observando de modo diferente las cosas que pasan a través de la imaginación de los hombres⁴⁰.

Sin embargo, el hombre se engaña desde la comprensión hobbesiana de las pasiones, pues la satisfacción de sus deleites a través del poder que conduce a la felicidad, es producto del eterno movimiento y alcanzarla es una utopía tan estéril como avocada al fracaso.

El éxito continuo en la obtención de aquellas cosas que un hombre desea de tiempo en tiempo, es decir, su perseverancia continua, es lo que los hombres llaman felicidad. Me refiero a la felicidad en esta vida; en efecto, no hay cosa que dé perpetua tranquilidad a la mente mientras vivamos aquí abajo, porque la vida raras veces es otra cosa que movimiento, y no puede darse sin deseo y sin temor, como no puede existir sin sensaciones⁴¹.

La felicidad, para Hobbes, no se agota en propósitos finales, pues la vida puede resultar tan insoportable para aquel cuyos deseos se hallan en estado de parálisis, como para aquel cuyos deseos están ya satisfechos: “no tener deseos es estar muerto”⁴², dormido, en reposo absoluto, donde los fantasmas pasionales cesarán de conspirar en el interior del hombre, que angustiado y desesperado en vigilia, se orienta a la búsqueda de un poder incontenible e incontrolable que le asegure la tranquilidad, la satisfacción y equilibrio de su cuerpo y mente.

Así como los deseos sólo hallan reposo a través de la muerte, como forma violenta de paralizar el movimiento, así mismo el deseo de poder cesará con el aniquilamiento del hombre: “De este modo señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte”⁴³, “Porque la naturaleza del poder es, en este punto, como ocurre con la fama, creciente a medida que avanza; o como el movimiento de los cuerpos pesados, que cuanto más progresan tanto más rápidamente lo hacen”⁴⁴.

⁴⁰ Ibid., p. 55-56.

⁴¹ Ibid., p. 50.

⁴² Ibid., p. 59.

⁴³ Ibid., p. 79-80.

⁴⁴ Ibid., p. 69.

Argumentado de esta manera, es posible concluir que las pasiones de placer y dolor, ambas gemelas; la felicidad y el poder como medio de obtenerla, no cesarán jamás, estarán en permanente generación, cambiando, aumentando, disminuyendo, desapareciendo, regenerando y reposando. Satisfecho un apetito y por ende un instante de felicidad, aparecerá otro en forma diversa, y así sucesivamente, por lo que la felicidad nunca será obtenible y las acciones de poder aunque cada vez mayores fracasarán en su intento de conseguirla.

La felicidad es en Hobbes una cadena indefinida de deseos, en que la consecución de uno se constituye en el peldaño del otro y así repetidamente, exigiendo cada vez más acciones de poder, para obtener la pretendida felicidad. Por esta razón el poder adquirido jamás será suficiente para satisfacer la interminable cadena de apetitos, pues mientras el hombre viva, en el entendido hobbesiano, tendrá deseos y el deseo presupone un fin ulterior.

2.2 Estado de guerra o de dolor: entre la desesperante infelicidad y miedo al tiempo futuro

De acuerdo con las premisas hobbesianas, es posible afirmar, entre otras cosas, que el hombre se halla eternamente sujeto a las pasiones placenteras y dolorosas, así como a las acciones de poder, requeridas para satisfacer el apetito de aquello que causa deleite. Placer, dolor y poder, no encuentran reposo sino movimiento, en consecuencia, el hombre será insaciablemente deseoso y exigirá paulatinamente un aumento de poder, que no cesará sino hasta su muerte, así como su anhelada felicidad.

El estado de guerra descrito por Hobbes, lejos de la lucha armada por el bien común objeto de deseo, representa el reino de instintos y de pasiones ilimitadas. El hombre batalla no sólo con sus semejantes por el placer del objeto competido y por su pretendido reconocimiento de poder respecto a los otros hombres, sino *consigo mismo* por la ansiedad y angustia que le produce la insatisfacción inagotable de sus deseos.

El hombre se representa en el estado de naturaleza, como un ser condenado a existir con las pasiones que transitan a su corazón, y que luchan, se extinguen, aparecen y renuevan íntima e interminablemente. La *desesperación* causada por la cadena inagotable de apetitos lo hace combativo, con la *esperanza* de obtener la tranquilidad de su mente perturbada y de su corazón insatisfecho. Las pasiones de amor y de odio, confluyen simultáneamente al mismo escenario de guerra, prevaleciendo las últimas sobre las primeras.

El hombre batallará, en el estado de guerra, por su equilibrio corporal a través de la guerra con otros hombres, aun a sabiendas de que la misma no será definitiva

pues deberá hacerlo nueva y perpetuamente por el objeto de deseo que requiere su propio estímulo vital cambiante. Los apetitos placenteros del hombre, lo arrastrarán eternamente a la competencia por el poder que le asegure la satisfacción de los mismos sin encontrar reposo mientras viva.

En semejante situación se hallarán los otros hombres, quienes dominados por la *esperanza*, combatirán por el mismo objeto de placer. La desafiada competencia genera la guerra, donde el dolor se muestra como el telón que habrá que desvelar para conquistar el amor, el deleite, el placer, el deseo. La preeminencia del dolor, con todas sus pasiones contenidas, se muestra como el escenario donde se desarrolla la existencia del hombre en estado de naturaleza.

Dispuestos a luchar por la felicidad y deseo de reconocimiento, inhibiendo el dolor propio del estado de guerra, los hombres utilizarán medios diversos para conquistar sus apetitos, “atacando”, “sojuzgando”, “repeliendo”, “suplantando”⁴⁵ a todo aquel que dispute el mismo banquete.

Cada uno busca su felicidad por las mismas cosas y el goce de los mismos bienes, prescindiendo de los demás, de aquí que cada uno se convierta para el otro en enemigo al cual procura destruir: *Homo homini lupus*. Cada hombre es para los demás un enemigo que le disputa el banquete de la vida.

Sin embargo, frente a este panorama de dolor y aniquilación colectiva, está proscribida toda forma de valoración. Los deseos y demás pasiones del hombre, “no son pecados”⁴⁶; tampoco lo son las acciones que de las pasiones procedan, pues no existe la justicia o la injusticia, no existe la Ley, tampoco la maldad o bondad de los hombres.

La astucia, la competencia, la igualdad, el deseo ilimitado de colmar los apetitos, la búsqueda incesante por el poder, la utilización de diversas formas de ataque, la lucha de pasiones de todos los hombres, no sólo ponen en riesgo la satisfacción y alcance de deseos placenteros, sino incluso la preservación de la vida misma. El hombre aturdido por las pasiones dolorosas que colman su existencia en el estado

⁴⁵ Ibid., p. 80.

⁴⁶ Ibid., p. 103. Al respecto indica Hobbes: “[...] pero que los hombres sean malos por la naturaleza no se sigue de mi principio [...] porque aunque por naturaleza, esto es, desde su nacimiento, por nacer animales, inmediatamente deseen todo lo que agrada y hagan lo posible, ante los males inminentes, por huir con miedo por rechazarlos con ira, no por ello se les suele tener por malos; ya que las afecciones del ánimo que provienen de la naturaleza animal no son en sí malas, pero a veces las acciones que de ellas provienen, a saber, cuando son nocivas y contrarias al deber [...] Pues a menos que se diga que los hombres han sido hechos por la naturaleza malos por el hecho de que no tengan por naturaleza la educación ni el uso de la razón, se deberá reconocer que los hombres tienen pasiones, miedo, ira y demás afecciones animales por naturaleza sin que, a pesar de ello, sean por naturaleza malos. HOBBS, Tomás. Tratado sobre el ciudadano. Op. cit., p. 8-9.

de guerra, deberá competir por la *carrera de la vida* aludida por Hobbes: “adelantar siempre al que está delante, es felicidad. Y abandonar la carrera, morir”⁴⁷.

Pero al igual que sucede con el movimiento de las pasiones y las acciones de pasiones, con la felicidad y el poder, la victoria obtenida en la batalla es momentánea, no perdura, pues el hombre deseará mayor poder y luchará nuevamente así como los demás hombres quienes disputarán y triunfarán, estos a su vez serán derrotados y así continuamente.

La guerra por la felicidad y por la conservación tanto del género humano como de cada hombre es perpetua: “es perpetuo por su misma naturaleza lo que, por la igualdad de los combatientes, no puede terminar con ninguna victoria; ya que a los vencedores les acecha el peligro, de tal forma que habría que tener por milagro el que alguno, por muy fuerte que fuera, muriera en avanzada vejez”⁴⁸.

La conservación de la vida y el tiempo, en el estado de guerra, son dos elementos de espanto continuo para el hombre. El tiempo así como los cuerpos, se encuentra sujeto al movimiento, no es un tiempo “parmenídeo”, siempre igual a sí mismo, que no cambia ni se agota, al contrario, es un tiempo en movimiento, heterogéneo, cambiante. El presente no existe para el hombre en el estado de guerra o de dolor, éste se representa con suma de ayeres, de pasados que provocan grave nostalgia en el hombre, por el instante de felicidad que ha perdido. El futuro, se avizora como el temor continuo producto de los acontecimientos pasados: la lucha por el poder, la felicidad, el reconocimiento y la vida.

La reflexión por el porvenir conduce al hombre a inquirir por las causas de las cosas⁴⁹, convirtiéndole en un ser anhelante y temeroso, dada su condición de dolor en el estado de guerra. Al respecto Hobbes señala “cuando se está seguro de que existen causas para todas las cosas que han sucedido o van a suceder, es imposible para un hombre, que continuamente se propone asegurarse a sí mismo contra el mal que teme y procurarse el bien que desea, no estar en perpetuo anhelo del tiempo por venir”⁵⁰.

El tiempo y la vida del hombre en el estado de naturaleza, son perfectamente ejemplificados por Hobbes, a través de la figura de Prometeo a quien Zeus hizo encadenar a una roca en el Cáucaso, mientras un águila se alimentaba de sus entrañas, devorando en el día lo que era restituido por la noche. Así mismo, señala el

⁴⁷ HOBBS. Elementos de derecho natural y político. Op. cit., p. 168.

⁴⁸ HOBBS. Tratado sobre el ciudadano. Op. cit., p. 20.

⁴⁹ HOBBS. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Op. cit., p. 18.

⁵⁰ Ibid., p. 88.

pensador inglés, “el hombre que avizora muy lejos de sí, preocupado por el tiempo futuro, tiene su corazón durante el día entero amenazado por el temor de la muerte, de la pobreza y de otras calamidades, y no goza de reposo ni paz por su ansiedad, sino en el sueño”⁵¹.

Por consiguiente, el estado de naturaleza, de guerra o mejor llamado de dolor, provoca en el hombre ciertas pasiones de tristeza que hacen decrecer el impulso vital. El estado de guerra descrito por Hobbes, figura un espacio que excita un tremendo horror, en que el hombre se halla sometido a la perpetua lucha con los otros hombres por los objetos de placer que conducen a la felicidad y estimulan el impulso vital; en el que se encuentra tremendamente cansado por el éxito momentáneo de la victoria, por el peligro para la vida que precede al triunfo, por la nostalgia del tiempo pasado y el recuerdo placentero de las experiencias vividas y, temeroso, horrendamente temeroso por el futuro en que fácilmente perderá su vida arrastrado por el determinismo incansable de sus pasiones.

2.3 La mecánica de la razón hobbesiana: del cuerpo animal y racional: hombre, al cuerpo artificial: leviatán

El amor —placer, deleite—, se constituye en el *fin último* del hombre, para salvaguardar la condición de miseria producida por el estado de guerra. Como un cuerpo enfermo⁵², asechado por el dolor que causa la lucha interna de sus pasiones, la incontenible insatisfacción de sus apetitos, la guerra permanente con los otros hombres por el objeto deseado; el hombre necesita una salida que le permita lograr el equilibrio de las pasiones discordantes que se manifiestan permanentemente en su corazón; entre las sensaciones dolorosas y placenteras que lo acompañan íntimamente.

Penoso y fatigado por su esfuerzo en el estado de guerra para obtener los apetitos requeridos, frecuentemente amenazado en su vida e integridad personal por sus congéneres, la razón⁵³ le ordena al hombre superar el estado de barbarie y de dis-

⁵¹ Ibid., p. 88.

⁵² Al respecto, es posible comparar el cuerpo “enfermo” de la política hobbesiana, con el descrito por Eriximaco en el Banquete de Platón, donde el *amor* se convierte en la Idea que sana y armoniza lo discordante. En Hobbes, es la Ley de la naturaleza y luego la instauración del gran dios mortal el que permite lograr el equilibrio del animal racional.

⁵³ Luego de la descripción hobbesiana sobre el estado de guerra, en que las acciones son movidas por las pasiones, aparece como un *chispazo* la razón en el hombre hobbesiano. A propósito expresa Carl Schmitt: “[...] el terror del Estado de naturaleza hace que los hombres, poseídos por el miedo, se reúnan; su miedo aumenta hasta el extremo; resplandece una chispa de la razón y de improviso se levanta ante nosotros el nuevo Dios”. Schmitt, Carl. *El Leviatán en la doctrina del estado de Thomas Hobbes*. México: Universidad Autónoma Metropolitana; 1997. p. 74.

placer. Las pasiones de dolor y placer unidas a la razón, a través de una estrategia concertada, convienen liberar al hombre del estado miserable de dolor. En el mismo sentido lo indica Hobbes: [...] esa miserable condición en que [...] se encuentra por obra de la simple naturaleza, si bien tiene una cierta posibilidad de superar ese estado, en parte por sus pasiones, en parte por su razón⁵⁴.

Las pasiones de dolor, en especial, de aversión a la muerte aunada a las pasiones de placer, alarman a la razón humana, que a partir de un ejercicio de “adición” y “sustracción”⁵⁵ de las causas y consecuencias de la guerra, *descubre las Leyes de la naturaleza*:

Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo. La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso. Estas normas son las que, por otra parte, se llaman Leyes de la naturaleza⁵⁶.

El caos permanente en el estado de guerra, provocado por el combate del hombre consigo mismo y sus congéneres, repugna según Hobbes, con la recta razón, y lo que va en detrimento de la misma, se hace contra derecho, esto es, contradice alguna verdad obtenida de principios verdaderos establecidos mediante un raciocinio correcto⁵⁷. Es la Ley natural, según él, una cierta recta razón que (al formar parte de la naturaleza humana, no menos que cualquier otra facultad o afección del ánimo), se llama también natural⁵⁸; es “un dictamen de la recta razón acerca de lo que se ha de hacer u omitir para la conservación, a ser posible duradera, de la vida y de los miembros”⁵⁹.

⁵⁴ HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Op. cit., p. 104.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁷ HOBBS. *Tratado sobre el ciudadano*. Op. cit., p. 23.

⁵⁸ Hobbes entiende por recta razón en el estado natural de los hombres, “no una facultad infalible, como hacen muchos, sino el acto de razonar, esto es, el raciocinio propio de cada uno y verdadero en lo que se refiere a las propias acciones, que pueden redundar en beneficio o en daño de los demás hombres. Digo propio porque aunque en la sociedad civil la razón de la misma sociedad, esto es, la Ley civil, haya de ser tenida como justa por todos y cada uno de los ciudadanos, sin embargo, fuera de esa sociedad, donde nadie puede discernir la recta de la falsa razón a no ser comparándola con la suya, se ha de juzgar la propia razón como medida de la ajena, no sólo respecto a las propias acciones, que se realizan por cuenta y riesgo de cada uno, sino también en las que se realizan por cuenta de los demás. Digo verdadero, esto es, que se deduce de principios verdaderos y rectamente contruidos. Ya que toda violación de la Ley natural consiste en el raciocinio falso o en la necesidad de los hombres que no ven que sus obligaciones para con los demás son necesarias para la propia conservación”. *Ibid.* p. 23.

⁵⁹ *Ibid.*

La Ley natural es definida en el Leviatán, como “un precepto o norma general establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada”⁶⁰.

Por ende, la razón se mecaniza a partir de las Leyes de la naturaleza, al limitarse a cumplir una función informativa o inferencial (de causas a efectos), al servicio del bien mayor para el hombre: la vida. Hobbes, considera que el hombre puede superar las sensaciones de dolor, producidas por sus iguales en el estado de guerra, mediante el acatamiento a las Leyes de la naturaleza, que le conducen a la paz, y por ende al reposo de su vida.

De lo dicho, se deduce que Hobbes considera al hombre como una sustancia compuesta de pasión y razón. En el estado de guerra que conduce a la sociedad civil, el hombre, según el pensador inglés, se halla dominado por la fuerza de sus pasiones; y sin embargo, es al mismo tiempo racional y está sometido a las normas de la recta razón o sea al raciocinio propio y verdadero que cada hombre realiza sobre sus propias acciones, en cuanto que pueden serle útiles o perjudiciales para sí mismo o para otros hombres. Y ante los horrores del estado de naturaleza, la recta razón le impone la salida y el paso al Estado civil.

Ahora, el imperativo de conservar la vida como dictado por la recta razón, unido al afán de tranquilidad y de placeres sensuales y de inhibición de dolores y miedos producto de las pasiones humanas, dispone a los hombres, según Hobbes, a obedecer a un poder común⁶¹, porque tales deseos les hacen renunciar a la protección que cabe esperar de su propio esfuerzo o afán.

La esperanza y el temor son las pasiones que causan todas las acciones humanas, así como de la constitución del gran dios mortal Leviatán, cuerpo artificial, constituido por la voluntad de todos los hombres menesterosos de seguridad, placer y tranquilidad para sus vidas. En palabras de Schmitt: “El Leviatán no fue otra cosa que una gran máquina, un mecanismo gigantesco al servicio de la seguridad de la existencia física terrenal, de los hombres que él domina y protege”⁶².

El Leviatán de Hobbes, es el Dios-hombre extendido; animal y máquina, gigante, artificial, poseedor de las mismas apetencias y patologías que ostenta el cuerpo humano, pero de forma ampliada y gigantesca. También posee cabeza, venas, arterias y corazón. Requiere del mismo impulso o potencia vital que exige el cuerpo

⁶⁰ HOBBS. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Op. cit., p. 106.

⁶¹ Ibid., p. 80.

⁶² SCHMITT. Op. cit., p. 79.

humano, y que en su caso se traduce en la obediencia incondicionada de los cuerpos humanos que lo componen.

El dios mortal puede mandar, ejercer poder y autoridad, castigar, tener voluntad, razón y voz. Pero ¿puede acaso satisfacer las inagotables pasiones apetitosas de los hombres, inhibiendo su dolor frente al fracaso?, ¿el Leviatán acaso se instaura, exclusivamente, para proteger la vida de aquellos que, determinados por sus pasiones, se arrastran a la consecución de los mismos, sin satisfacer las demás pasiones humanas?

La satisfacción de los apetitos del hombre y la anulación de los dolores, nunca es lograda a través de los beneficios obtenidos viviendo en un Estado. Ni la paz, ni los artículos proporcionados por una sociedad de mercado pueden satisfacer totalmente el deseo infinito del hombre hobbesiano. El hombre está condenado eternamente al acecho incesante del deseo, que reproduce en la mente del hombre los fantasmas que le orientan, y de los cuales no podrá libertarse más que con la muerte.

La respuesta a las preguntas planteadas, exigen pensar el hombre apetitoso y temeroso, en la profundidad del Estado civil propuesto por el pensador inglés. Es imperioso desvelar lo ocurrido con el hombre y sus pasiones dentro de la sociedad civil, máxime cuando las mismas son la fuente generadora de la guerra.

Siendo las pasiones las manifestaciones humanas, que constituyen el *conatus* que anima todas las cosas –el movimiento primario de todo animal–, puede afirmarse que las pasiones humanas son anteriores al estado civil e incluso al estado natural. Así las cosas, aquellas no se desvanecen mágicamente por el acaecimiento de las Leyes de la naturaleza y por el establecimiento del dios Leviatán, al contrario, permanecen espionando de día y de noche al hombre.

Ante la presencia de las pasiones en la sociedad civil, se exige el reposo de las mismas, en orden a conservar la vida. Así como la recta razón obliga al hombre a abandonar la condición miserable del estado de guerra, así mismo, la Ley civil detiene violentamente el movimiento de las pasiones, sometiendo al hombre en absoluto reposo. La Ley civil se expresa mediante el castigo que reprime las acciones pasionales del hombre hobbesiano, pues las pasiones como tal son incontenibles.

Hobbes define las Leyes civiles como las *cadena*s artificiales⁶³ que los mismos hombres por pactos mutuos han fijado fuertemente, en un extremo, a los labios de aquel poder soberano; y por el otro extremo, a sus propios oídos. La Ley prohíbe y el castigo reprime todas aquellas pasiones que atenten contra la seguridad del Estado y sus súbditos.

⁶³ HOBBS. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Op. cit., p. 172.

El derecho a castigar se constituye, así, en el fundamento necesario para el movimiento vital del Estado, permitiéndole anular las acciones provenientes de las pasiones humanas, que debilitan su corazón, es decir, su soberanía. Las pasiones humanas, como mociones animales son incontenibles e incontrolables, dominan al Hombre, y por ello el pacto constitutivo del Estado debe ser mediado por la espada: “sin la espada, los pactos no son sino palabras, y carecen de fuerza para asegurar en absoluto a un Hombre”⁶⁴, “cuando no existe poder visible que los tenga [a los Hombres] a raya, y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las Leyes de la naturaleza”⁶⁵.

De esta manera, el temor a morir violentamente por designio de otro hombre se transforma en temor a un poder autorizado a castigar las transgresiones a la Ley. Con ello disminuyen tanto la extensión como la intensidad del temor: la extensión porque sólo el actual o potencial transgresor de la Ley se vería amenazado; la intensidad, porque el mal sería proporcionado a la magnitud de la ofensa.

El Leviatán se irroga, por ende, un poder coercitivo que a través de la Ley, es decir, de lo permitido y prohibido, ofrece una seguridad razonable para los que han suscrito el pacto, permitiendo mantener a salvo el corazón del dios mortal y de la vida de los hombres. Al respecto señala Hobbes: “donde no existe poder coercitivo, no existe temor, la voluntad de la mayoría de los Hombres seguirá sus pasiones de codicia, sensualidad, cólera y similares, hasta el punto de romper esos convenios; de modo que el resto, que en otro supuesto lo respetaría, quedará en libertad y no tendrá más Ley que la suya propia”⁶⁶.

En definitiva, el dios mortal no produce la vida feliz anhelada por los hombres, sólo reprime a través de la Ley y del castigo toda acción que pueda derivarse de las pasiones, con el propósito de libertar al hombre de su propia anulación y la de sus congéneres. El Leviatán permanece vigilante de día y de noche, esperando detener violentamente a través de la Ley y el castigo, el movimiento pasional del hombre.

CONCLUSIONES

El hombre es presentado por Hobbes como un ser anhelante de felicidad. Su aversión al dolor y la búsqueda permanente del placer le aseguran una vida confortable, que en el entendido del pensador inglés, es una utopía tan estéril como inalcanzable.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Op. cit., p. 137.

⁶⁶ HOBBS. Elementos de derecho natural y político. Op. cit., p. 258.

Exhausto de luchar con sus congéneres en el estado de guerra, halla la salida a través de la presencia intempestiva de su razón, que le obliga a cesar en la lucha por la felicidad, dado el peligro que enfrenta para su propia vida. La razón le enseña al hombre, según Hobbes, que sus medios para conservar la vida y para disfrutar de la tranquilidad de su mente, son inalcanzables a través de sus propios medios, debiendo pactar con los otros hombres la constitución de la gran máquina estatal.

Sin duda, el Leviatán se presenta como la salida a la conservación de la vida física, pero no de la vida feliz y placentera. El hombre se halla aterrorizado de la gran máquina de poder, que le observa y le reprime todo movimiento animal, con el fin de asegurar su reposo. El movimiento de las pasiones, desde la comprensión hobbesiana genera una interminable lucha interna en el hombre, así como externa con los demás hombres. Movimiento que no cesará sino hasta la muerte, o en vida con la Ley y el castigo.

Reprimir la inevitable condición humana y su propensión a lo placentero, en búsqueda por la paz, exige un inconmensurable poder del Estado, que sólo logrará éxito a partir de la difusión del dolor ocasionado por el castigo. En el estado civil, nuevamente aparece la sensación de displacer, que a toda costa evitará el hombre, pues el poder del Leviatán es mayor al de cualquier contenedor habido en el estado de guerra. De esta manera el poder del Leviatán es absoluto, conoce las pasiones y controla las mentes de los hombres. Instauro la Ley civil para domesticar al hombre, cercenando su imaginación y orientando su pensamiento hacia la devoción del soberano que impide su destrucción, así como la satisfacción de los bienes deleitosos por parte de los otros hombres.

La Ley civil y el castigo, se constituyen en el punto fijo que evita el movimiento pasional en el hombre. Le indica a éste lo que puede hacer y lo que debe esperar de sus buenas y malas acciones, pues el hombre pasional, apetitoso, sí ostenta la categoría de hombre malo en el estado de civilidad, a diferencia del estado de naturaleza, y por lo tanto podrá ser gravemente castigado, reprimido, expiado.

El estado de civilidad, no sana al hombre del dolor producido por la lucha interna de sus pasiones que permanece en movimiento, sólo evita que las mismas lo arrastren a dañarse a sí mismo o a los otros, así ocurre con la Ley, que propende por la paz castigando, pero que no libera al hombre de sus propias cadenas, esto es, de sus pasiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. Obras: Psicología, Tratado del alma. Tomo I. Madrid: Medina y navarro, s.f.
- BOBBIO, Norberto. Tomás Hobbes. 2ª edición. México: Fondo de Cultura Económica; 1995. 186 p.
- DESCARTES, René. Obras escogidas. Buenos Aires: Sudamericana; 1967.
- HOBBS, Tomás. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Madrid: Fondo de Cultura Económica; 1994. 618 p.
- . Elementos de derecho natural y político. Madrid: Centro de estudios constitucionales; 1979. 432 p.
- . Tratado sobre el ciudadano. Madrid: Trotta; 1999. 205 p.
- . Tratado sobre el cuerpo. Madrid: Trota; 2000. 394 p.
- FRAILE, Guillermo. Historia de la Filosofía III: del Humanismo a la Ilustración. Madrid: BAC; 1978. 917 p.
- MOSQUERA BRAND, Fernando Abilio. Relación de continuidad y de discontinuidad entre la antropología y la física política hobbesianas. Medellín, 2002. 337 p. Tesis (Doctor en Filosofía Eclesiástica). Universidad Pontificia Bolivariana. Escuela Eclesiástica de Filosofía. Escuela de Formación Avanzada.
- PLATÓN. Diálogos. México: Porrúa; 1978. 733 p.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres. 3ª. ed. Barcelona: Península; 1976. 157 p.
- STRAUSS, Leo. La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; 2006. 21 p.
- TÖNNIES, Ferdinand. Hobbes vida y doctrina. Madrid: Alianza editorial; 1988. 345 p.
- VALLESPÍN, Fernando, et al. Tomás Hobbes y la teoría política de la revolución inglesa. En: Historia de la teoría política, 2. Estado y teoría política moderna. Madrid: Alianza; 1994. 444 p.



Autor: Edwin Farfán Rodríguez

Título: Sin título

Técnica: Mixta sobre lienzo

Dimensiones: 1 x 1.50 m

***LA RAZÓN PRÁCTICA Y LOS VALORES
CARACTERÍSTICOS DE LA CULTURA
MODERNA, CÍVICA Y DEMOCRÁTICA:
LA LIBERTAD, LA IGUALDAD,
LA DIGNIDAD Y LA SOLIDARIDAD
EN EL MARCO DE LA MORALIDAD****

* Trabajo ganador del “Concurso de ensayo José María Valle Jaramillo”, celebrado en las jornadas realizadas con ocasión del décimo aniversario de su asesinato.

Fecha de recepción: Abril 7 de 2008

Fecha de aprobación: Mayo 6 de 2008

**LA RAZÓN PRÁCTICA Y LOS VALORES CARACTERÍSTICOS
DE LA CULTURA MODERNA, CÍVICA Y DEMOCRÁTICA:
LA LIBERTAD, LA IGUALDAD, LA DIGNIDAD
Y LA SOLIDARIDAD EN EL MARCO DE LA MORALIDAD**

*Jorge Eliécer Cardona Jiménez***

RESUMEN

Este ensayo, en homenaje a Jesús María Valle, reclama para los órdenes de concreción de lo social la humanización y la ampliación de horizontes en dirección a una ética democrática. Esta forma de entender la unidad de los ciudadanos en un sentido alternativo sustentado en valores y con alcance universal es, sin duda, una virtud de la razón. Se trata pues de vindicar una teoría de la razón práctica y la ética pública fundada en un discurso racional inscrito en los valores de la moralidad. Para ello se traza un camino que brilla con una plétora de enseñanzas que van desde la cultura occidental, pasando por los presupuestos filosóficos roussonianos y kantianos de *la dignidad humana*, hasta los más diversos autores que reivindicán “el proyecto emancipador moderno” y nos hacen evocar el siguiente imperativo: debemos apoyarnos en “la fuerza de la razón” y no en “la razón de la fuerza”.

Palabras clave: Jesús María Valle, ética democrática, ciudadanos, razón práctica, valores universales o derechos humanos, moralidad, cultura y modernidad.

**PRACTICAL REASON AND THE CHARACTERISTIC VALUES OF MODERN,
CIVIC AND DEMOCRATIC CULTURE:
FREEDOM, EQUALITY, DIGNITY AND SOLIDARITY WITHIN THE
FRAMEWORK OF MORALITY**

ABSTRACT

In honour of Jesús María Valle, this essay claims for the horizons humanization and broadening towards a democratic ethics for the orders of realization of the social field. This way of conceiving the unity of citizens in an alternative value-supported and universal sense is, without question, a virtue of reason. It is then about vindicating a theory of practical reason and public ethics based upon a rational discourse registered on morality values. To achieve this, it is drawn up a path shinning with a plethora of teachings which goes from the occidental culture, not forgetting the rousseauian and kantian assumptions about *human dignity*, to a wide range of authors who restore the “modern emancipating project” and make us to evoke the following imperative: we must not lean on “the reason of force” but on “the force of reason”.

Key words: Jesús María Valle, democratic ethics, citizens, practical reason, universal moral values or human rights, morality, culture and modernity.

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

LA RAZÓN PRÁCTICA Y LOS VALORES CARACTERÍSTICOS DE LA CULTURA MODERNA, CÍVICA Y DEMOCRÁTICA: LA LIBERTAD, LA IGUALDAD, LA DIGNIDAD Y LA SOLIDARIDAD EN EL MARCO DE LA MORALIDAD

In memoriam del insigne maestro de la moral, Jesús María Valle, y de aquellos hombres voceros de la razón, que han hecho de su vida un monumento de lucha e intensa esperanza desde los Derechos Humanos y por la justicia: algo tan valioso para el ser humano en una sociedad, que sin ello se padece la falta de una sólida moral democrática.

PLANTEAMIENTO LIMINAR: ¿LA FUERZA DE LA RAZÓN O LA RAZÓN DE LA FUERZA?

La dinámica misma del cambio social asincrónico característico de la sociedad colombiana, tras haber provocado el debilitamiento de la moral, o mejor aún “la crisis de los valores”, ha hecho resurgir la necesidad de plantear de nuevo un *ethos socio-cultural* definido por los valores propios de la cultura moderna, no tanto como un compromiso histórico, sino como una tarea de construir un proyecto ético de raigambre política y pedagógica que haga del individuo, con todos sus valores, un fin en sí mismo, capaz de darse sus propios códigos de conducta para una sociedad como la colombiana que está enquistada en la tradición y el continuismo de vicios políticos y morales, los cuales le restan identidad cultural y, sobre todo, legitimidad a las instituciones democráticas.

Así, en el horizonte de las sociedades democráticas, ante una cultura sumida en la anomia y la violencia generalizada, transgresora de los *derechos humanos*, se afirma la necesidad de reactivar la vigencia de unos auténticos valores cívicos capaces de determinar para los miembros de esta sociedad una especie de ideales compartidos, favorables a la integración y la cohesión social.

Por lo demás, la razón de ello, sin duda, se encuentra en el hecho de que en el plano cultural y sociológico actual la referencia a tales valores se ha convertido en algo meramente nominal, ante el debilitamiento constante de dichos valores y la dificultad de dar cabida a ellos en un ambiente de fenómenos multidimensionales

como la globalización, cuyos imperativos entrañan transformaciones profundas en la organización humana, a tal punto que se llega a poner en cuestión la posibilidad de que el retorno de la *razón práctica* sea naturalmente prolífico.

Aceptar tal afectación sería dejar de lado la perspectiva kantiana de la racionalidad práctica y, correlativamente, ello significaría la mutilación de la razón al no tener sentido hoy su objetividad práctica. Ahí sí que adquiriría vigencia la conceptualización de la razón defendida por Pascal: “La razón no puede poner precio a las cosas”¹.

Hoy en día no podemos excluir a la razón de todo acceso a los fines o valores de una sociedad determinada, pues sería considerar el consenso y los *derechos humanos* como una utopía, generándose como consecuencia la reducción de los mismos al de propiedad como lo pretende la cultura neoliberal a través de la lógica del poder adquisitivo y la idea de que la fuerza o la violencia diriman nuestros dilemas morales o las ineluctables controversias motivadas por nuestra posición acerca de los valores.

Por ello, según la hermosa enseñanza de Jesús María Valle, resulta un principio fundamental apoyarnos en la “fuerza de la razón y no en la razón de la fuerza”². Este es un imperativo inalterable de toda sociedad civilizada.

Es así como se pretende con este texto, en homenaje al gran maestro de la moral Jesús María Valle –cuya existencia estuvo orientada al enriquecimiento de aquellos valores colectivos que sustentan la convivencia social y la existencia del hombre– hacer nuestro tal imperativo moral, cautivante de esperanza por la justicia y el respeto por los derechos para vindicar o justificar la imperiosa necesidad de la existencia de un *sistema jurídico-político* basado en los dictados propios de *razón práctica* en cuanto directiva de la acción del hombre en un mundo contingente a fin de que se mantengan las “instituciones”, entendidas como “disposiciones estructuradas para cumplir con tareas sociales específicas”³, y un amplio grado de racionalidad que contribuya de alguna manera tanto a su desarrollo orgánico como al progreso moral y político de la sociedad.

Desde esta perspectiva, las instituciones deben expresar y realizar una serie de valores democráticos como *la libertad, la igualdad, la solidaridad y la dignidad*,

¹ Citado por ALAIN, Renault. El futuro de la ética. España: Galaxia Gutenberg, 1998, p. 32.

² RUIZ O, Carlos. Perfil sociopolítico de Jesús María Valle Jaramillo: vigencia histórica de la defensa por la lucha de los derechos humanos. s.c: s.e, s.a, p. 17.

³ HAROLD J, Berman. La formación de la tradición jurídica de occidente. México: Fondo de cultura económica, 2001, p. 15.

cuya estructura articulada permite el despliegue de la *razón práctica*, la cual implica tanto *deliberar* como *juzgar*.

La estructura formal de la racionalidad práctica está caracterizada por una heterogeneidad acorde con el ámbito universal de la razón y con el particular propio del obrar humano en el mundo situacional. De ahí que como esas situaciones-tipo desbordan lo universal, debe acudirse al *juicio* para subsanar esa distancia sideral y permitir así que la razón se contextualice ante las diferentes circunstancias particulares que se presentan en la realidad social⁴.

Dado que la *razón práctica* ha de operar vinculando lo universal y lo particular, *el obrar deliberativo* se constituye en un modo propio de operar de aquélla en la praxis, permitiéndole a los miembros de la comunidad establecer un *test mínimo de moralidad* en sus acciones, que apunta y reafirma de manera directa el respeto por los valores de la cultura moderna, conforme a los cuales se debe deliberar prudentialmente en la esfera pública o en la gran plataforma de participación ciudadana -la opinión pública- donde las personas como interlocutores validamente reconocidos por los otros, forman sus referentes ético-sociales intangibles, y expresan mediante el ejercicio de su *autonomía moral y política* sus diversas apreciaciones respetables.

El resultado de ese reconocimiento de la autonomía moral de los individuos se concreta en la democracia con *el pluralismo de los valores*. Este es el presupuesto básico de una ética cívica sin el cual todo proyecto de vida es inaceptable y de contera, la moralidad no es pensable ni vivible; y con ello el ideal filosófico de incorporar la moral al ámbito institucional no sería más que una utopía traducida en una estrecha noción de racionalidad.

Planteadas de esta manera las cosas, y a efectos de establecer en este texto el asunto que nos ocupa, que no es más que *vindicar una teoría de la razón práctica y la ética pública* fundada en un discurso racional inscrito en los valores de la racionalidad y de la concepción positiva de la democracia, se abordarán (i) a grandes rasgos algunas ideas aportadas por *la tradición filosófica de occidente* para luego (ii) arribar a la época de la diosa razón, *la modernidad*, la cual propende hacia el ideal del racionalismo moral, el problema de la igualdad y la libertad.

En este punto entra inevitablemente el presupuesto filosófico roussonian y kantiano de *la dignidad humana*, girando en torno a la racionalidad y la autonomía moral y política. Asunto éste que nos pone en la base de la concepción kantiana de *la razón*

⁴ Para este tema ver CARRASCO, María. Adam Smith. Liberalismo y razón práctica. En: Pensamiento. Revista de investigación e información filosófica. Madrid. Vol. 62, No. 232 (Enero- Abril 2006), p.45.

práctica, puesto que se trata, en último término, de una regla de largo alcance que aspira a la *universalidad*: una regla reflexiva –mueve a elegir y actuar– que lleva implícita la necesidad de estar siempre a prueba y dando buenas razones frente a las objeciones de una u otras personas, asegurando a cada uno la igualdad y la libertad⁵. De esta manera, en el contexto propuesto, se le da aplicación a la regla de justicia del *iusfilósofo* Perelman y se da por sentada “la base normativa de la teoría del discurso racional”⁶.

Igualmente, se adoptará un enfoque crítico-constructivo respecto de la actual situación colombiana, de tal manera que podamos (iii) contrastar esa situación-pesadilla con un preclaro fundamento ético racional, el cual no sólo pone en evidencia y reconoce las prácticas moralmente inaceptables -que visibilizan nuestra modernidad como un proceso desigualmente desarrollado-, sino que también nos hace fraternizar en esperanza los ideales democráticos.

Por último, con este camino trazado en dirección a la racionalidad y la democracia se plantea, (iv) tomando como referente el caso colombiano, una *ética democrática* en la que el ciudadano racional, crítico y éticamente comprometido oriente sus acciones hacia *la recomposición del sentido de lo público*, bajo la égida de los valores de *la solidaridad, la libertad y la igualdad*.

A la postre tal situación demanda un mayor derecho a la instrucción y una mayor presencia de personalidades morales e íntegras en la gran plataforma de participación ciudadana, con el fin de restaurar los valores morales y asegurar un mayor compromiso público de los ciudadanos con el propio orden social; demanda a su vez de las universidades e instituciones educativas un proceso de aprendizaje en el que ocupe un lugar trascendental una *educación en fines, valores y actitudes* o, si se quiere, “un esclarecido discurso crítico valorativo justificado”⁷ al servicio de los intereses y demandas sociales.

La universidad como institución para “transmitir la educación superior y preparar a profesionales”⁸ enfrenta hoy el reto de mantener ciertos valores o ideales propios de la academia y de la cultura moderna, los cuales han sido cuestionados por corrientes del pensamiento contemporáneo dirigidas a criticar el papel preponde-

⁵ MENDOZA MEGÍA, Carlos. La función de la “razón práctica” en la argumentación kantiana. En: Revista de Filosofía. México. No. 102 (Sep-Dic 2001), p. 388.

⁶ Véase ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. México: Fontamara, 1993-1998, p. 32.

⁷ PEREZ LLEDO, Juan Antonio. “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. España: Universidad Autónoma de Madrid, 2002, p. 258.

⁸ HAROLD J, Berman. *Op.cit*, p. 15.

rante que ocupa la razón en la cultura respecto al conocimiento y la moral. Por consiguiente, si la universidad quiere mantener la vigencia de los grandes ideales de *universalidad, racionalidad y creación de conocimiento en bruto*, asociados al *progreso* científico y moral, debe enfatizar y estimular *una educación eficaz en valores justificados* como exigencia institucional y educativa de preservar cierta actitud de compromiso hacia la moralidad moderna.

Además, la vanguardia del conflicto y la barbarie en las circunstancias que vive Colombia exige de la institución educativa asumir una serie de compromisos mínimos que la integren institucional y políticamente con una visión emancipatoria de la vida orientada a la promoción, defensa y cumplimiento de los *derechos humanos*, así como de “los mandatos de la democracia”, de suerte que se constituyan en un paradigma del hacer institucional que guíe a la sociedad en su máxima exaltación de la condición humana.

1. EL LEGADO DE LA CULTURA OCCIDENTAL: LA RECIPROCIDAD Y LA IGUALDAD (VALORES HORIZONTALES)

Resulta provechoso dirigir nuestra mirada al horizonte de la cultura de Occidente, para caminar así sobre hombros de gigantes que han dado forma y sentido a la vida de los seres humanos con las ideas forjadas bajo su dominio.

Primeramente, resaltemos la idea de que fueron los griegos quienes hicieron patente *la tradición de la argumentación racional*, mediante la cual todo hablante está en igualdad para tomar parte en un diálogo racional, merced a su capacidad de elaborar argumentos que son sopesados por destinatarios dispuestos a oírlos y a sustentar sus propias posiciones, sin perjuicio de la existencia de las diferencias.

Uno de los grandes aportes de esa cultura racionalista fue la idea de la argumentación como un lugar común en el que los participantes se igualan, a pesar de sus diferencias, sin que se de pie a la dominación, pues sólo se trata de demostrar a un igual en orden a que acepte o no las razones aducidas porque ha comprendido la validez de la motivación y no por el hecho de que el otro pueda utilizar la fuerza coactiva.

Otra idea que se asocia con la anterior, y que también es necesario reconocer aquí, es la que alude a *un principio revolucionario signado por el pensamiento del cristianismo* que está encarnado en *el reconocimiento y la existencia del otro*; se trata en último término del principio de *universalidad* y de *la dignidad de los seres humanos*.

Esta *toma de conciencia real sobre el valor de cada individuo* fue la que posteriormente sirvió para cimentar el oleaje universal de los *derechos humanos* y, asimismo, se constituyó en una premisa subyacente a toda *la teoría del discurso racional*.

2. LA IDENTIDAD DE LA CULTURA MODERNA: LOS VALORES UNIVERSALES DE MORALIDAD

Las ideas aludidas devinieron trascendentes para aquellos filósofos rehabilitadores de la razón práctica, que buscaron afinar criterios con presupuestos para la acción, en orden a fundamentar el pluralismo de valores característico de la cultura moderna.

Evidentemente con Descartes se tomó conciencia de la *subjetividad o el Yo humano*. Masa bien que, esta idea del sujeto moral adquirió su máxima expresión en Rousseau y Kant, quienes a diferencia de Descartes acudieron a los juicios de valor y no de existencia.

Dichos filósofos, Rousseau y luego Kant, abogaron por la existencia de un tipo de *racionalismo moral*, es decir, postulados para la acción en el marco de la libertad como autodeterminación o autonomía del ser humano, forzosamente de carácter filosófico y moral.

Recordemos, por de pronto, que Rousseau en su *Profesión de fe del Vicario Saboyano (Libro IV del Emilio)* asentó la espontaneidad del “Yo” en el campo de la voluntad, haciéndose palpable a través del *juicio*, pues, como dijo el ginebrino, el ser humano no sólo siente y percibe sino que es capaz de comparar y establecer relaciones.

De este modo, se afirmó la actividad propia del “Yo”, constitutiva del principio de la libertad en clave racionalista; y esa actividad fue la que apareció en el ámbito moral, permitiéndole a Kant salir de la minoría de edad, pues sólo en la mayoría de edad el sujeto tiene capacidad de relativizar su deseo, ya que reconoce que el deseo particular no se puede absolutizar. Eso sólo lo piensa un déspota o un niño, a quien se le ocurre denigrar los objetos como portadores de una voluntad adversa a la de él.

La reflexión crítica de Kant lo llevó a una ley moral universal y necesaria, la cual no es más que *un factum de la razón práctica*, cifrado en la unificación de unos principios básicos de moralidad que informan la praxis política y jurídica.

La tarea que emprendió Kant fue la de buscar y examinar los fundamentos racionales del Derecho, que reivindicaran la fuerza objetiva del Derecho a partir del

discurso racional e hicieran abstracción de todos aquellos criterios que desdican de la civilidad por estar sustentados en la intimidación o la amenaza.

“Los principios o valores de la racionalidad”⁹, de los que habla Kant para fundar un orden jurídico democrático, son pensados en forma general y deben ser actuales. De este modo, se legisla según el respeto a la universalidad de la norma y en defensa de la *dignidad humana*, que se constituye en el motor de la voluntad del sujeto moderno.

En este sentido, es la racionalidad del Derecho lo que reclama que éste sea moral, es decir, que cada persona pueda quererlo como reconocimiento del otro, no sólo por una pretensión de universalidad sino, en último término, por la salvaguardia de la dignidad humana y la justicia. Sólo así el Derecho sustancia los *derechos humanos*, sin los cuales la fundamentación de la validez de un orden jurídico-político interno se vaciaría de sentido. Por ello, es una lástima que en nuestro país todavía estemos lejos de entender y adoptar verdaderamente las bases filosóficas del pluralismo de valores, que afirma la dignidad de la persona sin discriminaciones ni exclusiones.

La situación de alarma en nuestro país no es gratuita, pues los actores en medio del escenario problemático han optado por la representación de un conflicto ciego en donde se pierde el individualismo democrático y, en consecuencia, el respeto a la ley moral y política.

Es hora de interpelar la virtud moral, en la cual el hombre reconoce la pasión por la igualdad: el reconocimiento de que el interés propio o la mera conveniencia y el cálculo no priman sobre una acción moralmente recta –*el bien común*– que de suyo permite y asegura no sólo el “acuerdo” de los miembros de la comunidad –que les permite tomar decisiones de manera colectiva y aplicarlas de manera seria–, sino que también garantiza *la dignidad moral del ciudadano* en tanto sujeto activo de autodeterminación política en el seno de un *sistema jurídico-político pluralista*.

Es necesario un espíritu de comunidad en donde sus miembros a través de la racionalidad apunten hacia unas coordenadas actuables de moralidad. Los ciudadanos las reclamamos, pues de lo contrario, el mal en sus diferentes formas continuará socavando la base de la cultura moderna: *los valores universales de moralidad o los derechos humanos*.

Esto nos indica que los actores colombianos están en deuda de afinar sus ideas con base en la actual situación del país; puesto que no han comprendido que el ámbito

⁹ Ver ZULETA, Estanislao. Colombia: violencia, democracia y derechos humanos. Bogotá: Altamir, 1998, p.64.

propio de valores como la *libertad*, la *igualdad*, la *solidaridad* y la *dignidad* no es la fuerza, la violencia o la imposición –que excluyen de los beneficios de una construcción participativa y de las posibilidades del ejercicio de las libertades democráticas–, sino la *racionalidad comunicativa* en tanto ámbito que amplía las libertades de los ciudadanos y posibilita su inclusión participativa en el entorno social e institucional a través de las prácticas democráticas.

De ahí, la imperiosa necesidad que tenemos de poseer un sistema resplandeciente de *racionalidad práctica* que trascienda a la *racionalidad comunicativa* en términos de Habermas, para que los ciudadanos libres, y de manera conjunta, construyan un juicio reflexivo sobre la pluralidad de valores, cuyo reconocimiento demanda la cultura moderna y, más aún, ante las múltiples dimensiones de exclusión social, inequidad, y el sombrío entorno social e institucional ostensibles en los vastos niveles de discriminación, intolerancia, opresión política e injusticia del aquí y el ahora como en nuestro enfermo país.

3. LA MODERNIDAD: ¿UN SUEÑO POSTERGADO EN COLOMBIA O UN PROCESO DESIGUALMENTE DESARROLLADO?

Ante el estado de crisis y confusión moral en el que nos encontramos hoy los colombianos, deberíamos mirarnos, como dijo Cassirer en su época, en el claro y luminoso espejo de la ilustración, un período de floreciente herencia cultural que representa el mayor auge de la modernidad y que tiene mucho qué decirnos para comprender lo que somos y el tipo de sociedad que deberíamos construir de acuerdo al “proyecto emancipador moderno”¹⁰.

Es en esta dirección que el espíritu optimista y la *actitud crítica de la ilustración* debería contagiarnos individual y colectivamente para abandonar responsablemente nuestro estado de inmadurez, y poder así encaminar voluntariamente nuestras acciones en la dimensión de la crítica permanente y el pensamiento minucioso en cuanto atributos intelectuales que permiten la confrontación de ideas y el respeto a lo que es capaz de pasar por el tamiz de la justificación racional, sin caer en “un verdadero abismo de la acción”¹¹.

¹⁰ Véase a este respecto ARANGO, Iván Darío. El enigma del espíritu moderno. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2002, p.156.

¹¹ ZULETA, Estanislao. El elogio de la dificultad y otros ensayos. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2005, p.14.

De este modo, se instala la razón en el mundo para que el hombre como ser social “se haga digno de la humanidad”¹² a través de ese faro luminoso, que guía felizmente al hombre hacia los ideales que queremos alcanzar: *la libertad, la igual dignidad, la solidaridad, y la justicia*.

El ámbito de reflexión y actitud filosófica que aquí se articula se sitúa en la frontera de la racionalidad práctico-comunicativa: contorno en el cual se orienta la vida humana en función de procurar innovar el ámbito social a partir de la argumentación racional y los ideales de la razón. Es ese *uso práctico de la razón* el que nos permite dar cuenta de la libertad en tanto condición de posibilidad de moralidad, cuya fuente y presupuesto irrenunciable es el reconocimiento de los seres humanos en su identidad individual como *sujetos morales*, es decir, como sujetos racionales poseedores de libertad de elección y, de contera, capaces de formular sus proyectos de vida y orientar su existencia a la consecución de aquel o aquellos que hayan elegido con la debida responsabilidad moral.

Todo este marco moral o *dinamismo de la libertad* como lo caracteriza Peces-Barba desde la suposición humanista previa de “la idea del ser humano como centro en el mundo y centrado en el mundo”¹³ se traduce en un deber ser básico y fundante del que emana todo valor democrático: *la dignidad humana*. En ella encontramos el más preclaro fundamento racional de la ética pública de la modernidad y el punto de partida para enjuiciar moralmente nuestra sociedad.

En efecto, si realizamos el contraste de este referente moral con el proceso histórico de modernización y el estado de cosas actual de la sociedad colombiana, de inmediato se constata un *malestar en la modernidad* signado por el desorden y la descomposición social y ética, los desarrollos desiguales, la irrealización de la justicia, la desterritorialización cultural, y las prácticas extensivas de corrupción y violencia de la dominación características de un estado de guerra permanente y prolongado que va corroyendo la dignidad humana y los ideales democráticos en los cuales se plasma *la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica*.

Por todo ello, la tardomodernidad en Colombia debe leerse en clave de “la frustración de la acción civilizatoria”¹⁴ expresada en la barbarie y las lógicas del capitalismo, que visibiliza nuestra ilustración o modernidad no como un proceso inconcluso o

¹² MACEIRAS, Manuel. Sobre la práctica de la razón. En: Anales del seminario de historia de la filosofía. Madrid: Editorial Complutense, 1992, p.157.

¹³ PECES-BARBA, Gregorio. Dignidad humana. En: 10 palabras clave sobre derechos humanos. España: Editorial Verbo Divino, 2005, p.56.

¹⁴ BARBERO, Jesús Martín. Nuestra excéntrica y heterogénea modernidad. En: Estudios Políticos. No. 25. Medellín (Julio- Dic de 2004), p.116.

postergado¹⁵, sino más bien como un proceso desigualmente desarrollado e híbrido como puede leerse en los escritos de María Teresa Uribe: “El advenimiento de los tiempos modernos en Colombia se vive bajo una forma particular de anudamiento entre aperturas y cierres, en unas lógicas cruzadas que pueden dar cuenta de las crisis de valores y de la descomposición del orden público”¹⁶.

A ese albor, los valores tradicionales han perdido su cometido *político-social* para la conservación de una sólida moral democrática: proveer de una estructura coherente al conjunto social en sus diversos subsistemas, de tal manera que se adecúe el funcionamiento de las instituciones a la identidad social y moral del hombre.

En realidad, Colombia es un país bastante paradójico y contradictorio en todos sus niveles en relación con los derechos humanos, pues al mismo tiempo en que el *sistema jurídico político* los afianza formalmente, asistimos a un recrudecimiento de prácticas extensivas y múltiples de “abusos a los derechos humanos”. Pero, ese vacío funcional se debe, como afirma William Restrepo Riaza, a que el ámbito antropológico y social de este país está rubricado “por una cultura política pasiva, por la ausencia de unos referentes mentales definidos en la racionalidad moderna y subjetiva y, a la vez, carente de elementos identitarios que sean resultado de una generalización que parta de la universalización de valores intersubjetivos”¹⁷.

Por todo ello, en nuestro país, es necesario reivindicar una cultura política activa con una sociedad civil fuerte arraigada en su particular heterogeneidad e identidad social, moral y política, donde cada ciudadano participe conscientemente en la creación racional responsable de *nuevas representaciones colectivas de articulación social*, que respondan a los grandes logros de la era moderna, y del pensamiento ilustrado y se introyecten en la cultura en un proceso transformador de la sociedad de agregación e integración configurador de un *sistema democrático*.

Ahora bien, ese hacerse colectivo que parte del hecho de que los sujetos actúan por deber y no por interés en el uso de su *razón práctica* es el que nutre la acción política y da sentido a la moral en sus ideales democráticos. Y como dice Victoria Camps: “La única forma de mantener viva la moral como motor de cambio y de aplicación de los principios de la justicia es llevando la moral al terreno del *ethos*, de la formación del carácter, de las virtudes”¹⁸.

¹⁵ FERRO MARTÍNEZ, Hernán. Kant: una ética para la modernidad. En: Revista Diálogos de Saberes. Bogotá. No.24 (Enero-Junio de 2006), p. 182.

¹⁶ URIBE, María Teresa. De la ética en los tiempos modernos o del retorno a las virtudes públicas. En: Estudios Políticos. Medellín, N° 02 (Jul-Dic de 1992), p. 20.

¹⁷ RESTREPO RIAZA, William. Derechos humanos, cultura política y ciudadanía. En: Estudios políticos. Medellín. No. 07-08 (Dic 1995-Jun 1996), p. 156.

¹⁸ CAMPS, Victoria. Teoría y práctica de la ética en el siglo XXI. En: Isegoría. Madrid. No. 28 (Jul.2003), p. 126.

4. EL DESPLIEGUE Y LA ASIMILACIÓN CONTEXTUALIZADA DE LOS VALORES DENTRO DE UNA ÉTICA DEMOCRÁTICA (ÉTICA PARA CIUDADANOS)

La reflexión que hemos hecho nos permite asentar la situación colombiana en los sombríos límites de la violencia reaccionaria, cuya carencia de sentido moral le impide ser grande; razón por la cual los ciudadanos tenemos el gran reto de asimilar en nuestra cultura una ética ilustrada que responda a los grandes logros de la modernidad.

Pero, para tal propósito, no basta únicamente con la existencia de un marco legal y jurídico sino, sobre todo, *una actitud ética crítica de los ciudadanos* y la creación efectiva de unas condiciones materiales que nos permitan llevar una vida digna; pues en nuestra sociedad se maneja la paradoja de necesidades insatisfechas más que el derecho social y las políticas de bienestar, y como dice Papacchini, “la autonomía moral resulta muy difícil sin la autonomía en cuanto a medios y formas de vida”¹⁹.

Si el Estado quiere de verdad cumplir con un rol de integración social vinculando en sus políticas los valores morales, sin los cuales la gobernabilidad de la sociedad se hace mucho más beligerante, en vez de tolerante y consensuada, no puede simplemente garantizar la *libertad negativa*; se trata de las garantías de la ley, de no ser impedido por el Estado y los demás ciudadanos, pues se requiere *la solidaridad* para alcanzar los fines más elevados de la cultura: “Su política debería orientarse hacia una redistribución equitativa de bienes y propiedades, con el fin de asegurar el derecho a una vida digna, provista de los medios para la subsistencia y de un trabajo no alienante”²⁰.

Hoy, más que en otros momentos, en una sociedad de mercado signada por la “insociable sociabilidad”²¹, los ciudadanos debemos buscar y reclamar la adopción de políticas de acuerdo con principios éticos que apunten hacia una sociedad más igualitaria y al desarrollo integral de todo ser humano, sin ninguna clase de distingos, para que así todos tengamos la posibilidad real de realizar nuestros proyectos vitales en un contexto social con sentido democrático. De lo contrario, los valores morales se ahogan en el marasmo burocrático, se reducen a un mero goce distribuido

¹⁹ PAPACCHINI, Ángelo. Un mapa orientativo acerca de los valores éticos de la modernidad. En: UIS Humanidades. Bucaramanga. Vol. 27, No. 1 (Enero- junio de 1998), p.39.

²⁰ PAPACCHINI, Ángelo. Los derechos humanos, un desafío a la violencia. Bogotá: Altamir Ediciones, 1997, p.66.

²¹ KANT, Emmanuel. Idea de una Historia Universal desde el punto de vista cosmopolita. Paris: Editorial Montero, 1964, p.64.

a partir de expresiones; por ello, si los ciudadanos no queremos constituirnos en un vacío abstracto con los procesos de modernización dominados por la razón técnica; y si queremos comprometernos con la cultura moderna debemos esforzarnos, como dice Guillermo Hoyos, por *la autenticidad propia del ciudadano*.

Aquí el sujeto moral se contextualiza: “*responsable de...y con respecto a...*”²² proyectando su autonomía en términos de participación hacia fines sociales compartidos mucho más justos, ecuanímenes y democráticos. Por su parte, esta participación en la dinámica sociopolítica, que exige un compromiso moral y político de los ciudadanos con el sentido propio orden social, nos remite a los fundamentos racionales de la cultura moderna: la perspectiva reflexiva del diálogo y el poder de la argumentación, los cuales tienen como corolario básico *la comprensión y el reconocimiento del otro*.

Quisiera insistir en la idea de que la argumentación debe descansar en valores como *la autonomía, la igualdad, la dignidad y la justicia*. Puesto que este campo de la racionalidad no hace distinciones arbitrarias entre los participantes ni mucho menos conduce a forzar la voluntad de todo ser racional.

Este terreno de lo razonable lo que hace es un llamado a la libertad espiritual, apuntándose así al *ideal propuesto por la razón práctica*: un uso razonable de la libertad que inclina al ser racional hacia la decisión mejor justificada²³.

Es aquí donde Rawls y Habermas enfatizan la diferencia entre la fuerza o coerción y la persuasión, pues como aducen ellos, una cosa son los principios surgidos de la amenaza de la fuerza y otra son los principios surgidos de una *razón comunicativa*, mediante la cual todo ser racional, sobre la base de “una ética procedimental discursiva”, emprende la actividad de justificar ante un igual ciertos cursos de acción entre las posibles alternativas con el fin de resolver asuntos o problemas prácticos concretos²⁴.

Es esta toma de posición a favor del racionalismo la que promueve tratar a todo ser racional “con justicia, de la manera más igualitaria posible”²⁵, a fin de que una comunidad reconozca la fe en la unidad racional, aceptándose así, que “puedo estar

²² HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. Ética para ciudadanos. En: Filosofía del derecho: ética, cultura y constitución. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 138.

²³ PERELMAN, Chaim. La teoría pura del derecho y la argumentación. En: Estudios de Derecho, Vol. 056, No. 128 (Sept. 1997), p. 304.

²⁴ Cfr. Gil, Francisco Javier. La razón práctica y el principio del discurso en Jürgen Habermas. En: Revista de Filosofía. Maracaibo. No. 50 (May- Ago 2005), p. 48.

²⁵ GÓMEZ GIRALDO, Adolfo. *Op. Cit.*, p. 14.

errado y usted puede estar en lo cierto, y con esfuerzos podemos acercarnos a la verdad”²⁶ o a *la aceptabilidad racional* en términos de Habermas.

Ahora bien, este accionar humano, cuya esencia está en el terreno del diálogo y la libertad, debe asumir *la opción ética de la solidaridad* como la divisa que le da sentido a la participación ciudadana en la medida en que va afinando y renovando ciertas actitudes propias de los ciudadanos que les permite, en medio de la interacción comunicativa, fijar una unidad de fines o propósitos, por encima de los meros deseos egoístas propios de una “cultura narcisista”.

Esta cuestión la podemos ilustrar trayendo a colación un fragmento elemental de la Profesión de Fe: “Se dice que cada uno concurre al bien público por su interés; pero ¿de dónde viene que el justo concorra en su perjuicio? ¿Qué significa ir a la muerte por propio interés?”²⁷.

Aquí se afirma a favor de *la moralidad* porque si en la acción humana no se acepta un bien moral como la virtud moral las personas que actúan en forma desinteresada serían entupidas. Así pues, el justo es el único entupido, mientras los otros sacan provecho; en consecuencia, tendría sentido la acción estratégica y una acción desinteresada no tendría sentido. Así, si a la conducta humana se le despoja de *la solidaridad*, del amor al bien, y queda reducida a la sequedad del amor propio, la vida social perdería su aguijón poderoso para el desarrollo de *una cultura del reconocimiento igualitario* o de *la igualdad de respeto*.

A pesar de la maldad que acarrea lo social y de la cruda, violenta y agreste realidad, los valores de la dignidad, la autonomía y la solidaridad continuarán siendo la carta de navegación de los ciudadanos, que por cierto la tenemos embolatada y esquilmada en estos momentos en cuanto a las necesidades vitales de la sociedad; pero tal situación hace que el ciudadano de nuestro tiempo tenga ahora más que nunca el gran reto de constituir “el proyecto de la modernidad” como uno de los pilares de la convivencia que nos ayudarán a sortear el modelo oscurantista de violencia sobre el que está esculpida la historia colombiana.

Por ello, se requiere *restaurar el sentido de lo público*, ya que es en su dimensión intangible, como dice Andrés Nanclares, donde se forma el peculio ético de un país: “Es allí en lo colectivo y lo común, donde se forma el llamado tejido social, donde se construye una vida en comunidad. Es allí donde se cuecen los sentidos de pertenencia, las entidades, los referentes simbólicos y éticos y los espacios políticos

²⁶ *Idem*, p.15.

²⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo. Profesión de Fe del Vicario Saboyano. Barcelona: Montecinos, 1990, p. 83.

y culturales. Es éste en síntesis, y no lo privado y lo estatal, el terreno propicio para que germine una ética pública”²⁸.

El ciudadano en su condición de *homo moralis* debe ser consciente de que para construir una “ética de la democracia” que prescriba el respeto, la igualdad, la libertad y la solidaridad debe dejar el miedo a ejercer la libertad, atreviéndose a participar en lo público que es donde se ejercen los referentes ético sociales con una moral alta. De lo contrario, los valores continuarán siendo un *metadiscurso* impuesto desde arriba a unos habitantes espectadores extraviados en la anomia y el sinsentido de la vida; hecho sociológico que evaluado desde el punto de vista moral da como resultado “la falta de una sólida moral democrática”.

Es en esa dirección en donde hay que buscar las raíces de la denominada desmoralización de la sociedad colombiana. De ahí que sea objetivo prioritario extender el ejercicio de los valores democráticos en el complejo campo de la vida social; de manera que el ciudadano con su rol protagónico los interiorice críticamente en su cultura como una experiencia ética imprescindible que le permite salvaguardar su propia identidad colectiva.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Todas estas revisiones nos llevan a destacar la importancia del ciudadano y el goce de sus derechos y valores en la cimentación de sociedades dignas de ser vividas, pero también las limitantes del hombre para el despliegue de sus posibilidades en todas sus dimensiones. No es sino que miremos a nuestro alrededor para visualizar la situación de pobreza en la que se mueve cerca del 60% de la población colombiana, o las circunstancias aberrantes de miles de desplazados por la violencia o secuestrados que se ven obligados a dejar sus proyectos de vida.

Ante una situación como esta, que atenta contra las bases de la cultura cívica, cabe plantear la necesidad de que realmente nos tomemos en serio *la autonomía moral*; lo cual implica que como ciudadanos asumamos un fuerte compromiso ético en la esfera privada y pública, y que se establezca una dialéctica constante entre la autonomía individual y la promoción de los derechos sociales como uno de los elementos de perfeccionamiento social que posibilitan la recomposición del *Estado Social de Derecho*.

²⁸ NANCLARES ARANGO, Andrés. Para que la ética se convierta en fuerza orientada al perfeccionamiento social. En: Berbiquí. Medellín. No. 21 (Abril de 2002), p. 8.

Como sabemos, esta última idea ha sido objeto de críticas por el (neo) liberalismo. Pero, a estas alturas y después de la problemática social, ética y política que ha ido jalonando la vida de los colombianos desde hace mucho tiempo acá, cabe preguntarnos al hilo de los escenarios que se han ido viviendo si: “¿está incluido el Estado Social de Derecho Democrático en las inculpaciones que ameritan las políticas paternalistas y clientelistas? O, por el contrario, ¿queda mucho de la modernidad por realizar en el ámbito social y político, una herencia de solidaridad y equidad, de libertad, ética y humanismo, que puede inspirar, animar y renovar a un Estado Social de Derecho Democrático y a la sociedad civil en su conjunto?”²⁹. “¿Bajo qué principios es posible establecer un orden social en el que individuos con concepciones irreconciliables del bien pueden vivir juntos sin acudir a la guerra ni caer en la intolerancia?”³⁰.

Lo que cabe también, entre otras cosas, es reflexionar a fondo sobre las siguientes cuestiones: ¿qué tipo de educación se nos está dando? ¿qué clase de educación queremos tener? ¿será que no deseamos que se nos imparta una *educación para la Democracia y el ejercicio de los Derechos Humanos* desde donde podamos contribuir a una práctica política, ética y social distinta?

BIBLIOGRAFÍA

- ALAIN, Renault. El futuro de la ética. España: Galaxia Gutenberg, 1998, 118 p.
- ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. México: Fontamara, 1993-1998, 73 p.
- ARANGO, Iván Darío. El enigma del espíritu moderno. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2002, 372 p.
- BARBERO, Jesús Martín. Nuestra excéntrica y heterogénea modernidad. En: Estudios Políticos. Medellín. No. 25 (Julio- Dic 2004), p. 115-134.
- CAMPS, Victoria. Teoría y práctica de la ética en el siglo XXI. Undécimas Conferencias Aranguren, 2002. En: Isegoría. Madrid. No.28 (Jul.2003), p. 115-142.
- CARRASCO, María. Adam Smith: liberalismo y razón práctica. En: Pensamiento. Revista de investigación e información filosófica. Madrid. Vol. 62, No. 232 (Enero-Abril 2006), p. 43-69.
- FERRO MARTÍNEZ, Hernán. Kant: una ética para la modernidad. En: Revista Diálogos de Saberes. Bogotá. No. 24 (Enero-Junio de 2006), p. 181-194.

²⁹ HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. Derechos humanos, éticos y morales. Bogotá: Editorial Gazeta Ltda, 1996, p.48.

³⁰ Ver MONSALVE MEDINA, Luisa. Moralidad y tradición: la modernidad en cuestión. En: Logos. Revista de la Facultad de Filosofía y Letras. N° 11 (Enero- Junio de 2007), p. 10.

- GIL, Francisco Javier. La razón práctica y el principio del discurso en Jurgen Habermas. En: Revista de Filosofía. Maracaibo. No.50 (May-Ago. 2005), p. 47-84.
- GÓMEZ GIRALDO, Adolfo León. El primado de la razón práctica. Cali: Universidad del Valle, 1991, 149 p.
- HAROLD J, Berman. La formación de la tradición jurídica de occidente. México: Fondo de cultura económica, 2001.
- HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. Derechos humanos, ética y moral. Bogotá: Editorial Gazeta, 1996, 90 p.
- HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. Ética para ciudadanos. En: Filosofía del derecho: ética, cultura y constitución. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 127-152.
- KANT, Emmanuel. Idea de una Historia Universal desde el punto de vista cosmopolita. Paris: Editorial Montero, 1964.
- MACEIRAS, Manuel. Sobre la práctica de la razón. En: Anales del seminario de historia de la filosofía. Madrid: Editorial Complutense, 1992.
- MENDOZA Mejía Carlos. La función de la “razón práctica” en la argumentación kantiana. En: Revista de Filosofía. Departamento de Filosofía de la Universidad Iberoamericana. México, N° 102 (Sep-Dic 2001), p.383-397.
- MONSALVE MEDINA, Luisa. Moralidad y tradición: la modernidad en cuestión. En: Logos. Revista de la Facultad de Filosofía y Letras. No. 11 (Enero-Junio de 2007), p. 5-11.
- NANCLARES ARANGO, Andrés. Para que la ética se convierta en fuerza orientada al perfeccionamiento social. En: Berbiquí. Medellín, No. 21 (Abril de 2002), pp.7-10.
- PAPACCHINI, Ángelo. Los derechos humanos, un desafío a la violencia. Bogotá: Altamir Ediciones, 1997, 587 p.
- PAPACCHINI, Ángelo. Un mapa orientativo acerca de los valores éticos de la modernidad. En: UIS Humanidades. Bucaramanga, Vol. 27, No. 1 (Enero-junio de 1998), p. 25-42.
- PECES-BARBA, Gregorio. Dignidad humana. En: 10 palabras clave sobre derechos humanos. España: Editorial Verbo Divino, 2005, 394 p.
- PERELMAN, Chaim. La teoría pura del derecho y la argumentación. En: Estudios de Derecho. Medellín, Vol. 056, No. 128 (septiembre de 1997), p. 298-304.
- PÉREZ LLEDO, Juan Antonio. “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. España: Universidad Autónoma de Madrid, 2002, p. 258.
- RUIZ O, Carlos. Perfil sociopolítico de Jesús María Valle Jaramillo: vigencia histórica de la defensa por la lucha de los derechos humanos. Sc: Se, sa, 215 p.
- RESTREPO RIAZA, William. La violencia: un problema histórico de cultura y civilización política. En: Estudios políticos. Medellín, N° 01. (Enero-Junio de 1992), p. 77-90

ROUSSEAU, Juan Jacobo. Profesión de Fe del Vicario Saboyano de J.J Rousseau. Barcelona: Montecinos, 1990, 139 p.

URIBE, María Teresa. De la ética en los tiempos modernos o del retorno a las virtudes públicas. En: Estudios Políticos. Medellín, N° 02 (Jul-Dic. 1992), p. 7-25.

ZULETA, Estanislao. Colombia: violencia, democracia y derechos humanos. Bogotá: Altamir, 1998, 334 p.

ZULETA, Estanislao. El elogio de la dificultad y otros ensayos. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2005, 126 p.



Autor: Edwin Farfán Rodríguez
Título: Sin título
Técnica: Carbón sobre papel
Dimensiones: 1 x 1.50 m

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

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

Fecha de recepción: Julio 24 de 2007

Fecha de aprobación: Agosto 15 de 2007

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

Segunda parte

*Enrique Pedro Haba Müller***

RESUMEN

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

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

“METHODS” FOR LEGAL INVESTIGATION: ANOTHER LITTLE TALE!

Second Part

ABSTRACT

It exists no “method”, in own sense, to perform investigations (seriously) decisive on questions of the legal. Nobody can learn to investigate in some special courses with such names as: “Technical of investigation” or signs like that. It is not useful but being pleased in pretenses “academic labyrinthes” or to be distracted in learning formalistic repertoires about some procedure rules. The capacity to investigate is above all a result acquired INTUITIVELY, along many years, by the inhabit of “to be burned the eyelashes” with readings of high academic level (¡ones that be really difficult!), prompted by not obliging professors. Besides, to avoid the falling in very common errors, is fundamental not to ignore certain HEURISTICS orientation precautions (applicable as “ideas to keep in mind”, nothing formalistas) : the mental attitude antifacilista, to be notified on the obstacles epistemológicos originating from the “ambushes” linguistic in general and of the normativismo legal particularly, not to accept hastily the dominant opinions and not to be pleased with assemble some join of copiandinas bibliographical (“put on file”) taken of the Standard.

Key words: methods, teaching, heuristics, mystifications, investigator profile, science, antifacilismo, democratization, law.

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

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

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

S. Andreski

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

C. Láscaris

IV. OBSERVACIONES COMPLEMENTARIAS

11. Caminos erróneos (*ej., exigencias absurdas para las tesis de grado*)

Voy a considerar un ejemplo de cómo se trabaja en serio, y también de lo que hay que evitar, para hacer una verdadera investigación por primera vez. Es el caso de las tesis de grado. Me llega algún estudiante, de vez en cuando (aquellos masoquistas que se animan a que les dirija yo la tesis), y dice que en el Área de Investigación de la Facultad le piden que presente un detallado plan de trabajo para que se le acepte la inscripción del tema para su tesis. Me pregunta cómo hacer eso, pide que le suministre las indicaciones necesarias. Bueno, ¿y yo qué puedo contestarle ante semejante disparate: pretender que el estudiante pueda elaborar todo un plan de investigación, sensatamente, *antes* de haber empezado a investigar? Cuando alguien se propone una investigación, lo único que sabe, por lo general, es que le interesa cierto tema, tiene apenas una idea bastante vaga de por dónde puede andar el asunto. Frente a aquel requisito, descabellado, a ese estudiante no puedo aconsejarle nada mejor que poner lo que sea en el papel exigido: algún acopio de meras apariencias que, según la mentalidad burocrática de quien tiene esa autoridad para revisar el plan, no vaya a resultar rechazable por contradecir vaya a saber qué prejuicio anidado en su visión oficinesca de lo que es investigar. Le digo al estudiante,

entonces: “No voy a perder tiempo en examinar el contenido de semejante bobada, formalismos que no sirven para nada inteligente; salga usted del paso tratando de remedar más o menos algún plan que la burocracia haya aceptado para otra tesis y yo se lo firmo, sea cual sea”.

Para hacer un plan adecuado, usted *primero* tiene que haber investigado *ya* en parte. ¿Cómo va a hacer el plan de una tesis *antes* de haber leído bastante sobre el tema mismo que piensa abordar? El plan no se hace al comienzo de la investigación, sino tiempo después de haberla iniciado, cuando ya se tiene un buen caudal de lecturas al respecto, que a uno le permitan visualizar verdaderamente las cuestiones por examinar. Antes de eso, cuando está arrancando simplemente, lo más que el estudiante puede tener en ese momento son unas indicaciones bibliográficas que le haya proporcionado algún profesor o que haya llegado a conocer de alguna otra manera; en el mejor de los casos, acaso tenga ciertas ideas muy elementales (y probablemente bastante vagas) acerca de algunos puntos que tal vez va a tratar... ¡eso es todo!

Le digo al pobre estudiante, sometido a esa burrocraatada de traer el plan previamente: “Ponga ahí cualquier tontería; sólo que, eso sí, hágalo de modo tal que sea lo suficientemente absurdo como para convencer al burócrata de turno encargado de autorizarle el tema central como tesis de grado [será algún funcionario que, por lo demás, conoce muy poco o nada del tema mismo proyectado, pues nadie puede saber realmente acerca de todas las demás materias de las cuales no es profesor uno mismo]. Luego olvídense de todo eso, no se preocupe por aquel plan, y empiece a trabajar *en serio* el tema en sí. ¿Cómo hacerlo? Ante todo, tómese su buen tiempo para leer bastante sobre el asunto. Sólo después, cuando tenga ya una cierta perspectiva *en profundidad* al respecto, puede hacer un plan provisorio y tratar de empezar a redactar parte de las ideas que se haya ido formando, basado en esas lecturas y lo que al respecto reflexione usted mismo”. Sobre todo eso, el estudiante podrá ir conversando conmigo en la medida en que lo considere necesario. En determinado momento, cuando tenga redactado el borrador de un capítulo de la tesis, sólo entonces podré apreciar cómo va adelantando. A esa altura le haré tal vez algunas sugerencias, que muy posiblemente sean aplicables también al resto de la tesis, para ayudarlo a completarla adecuadamente; y así, paso a paso, va adelantando en su investigación hasta concluir la.

En todo esto, pues, antes que nada hay que ingeniárselas para superar las trabas burocráticas. Sólo después viene lo verdaderamente importante, ponerse a estudiar *en serio*. Para esto último hay que saber olvidarse de esos requisitos de pura apariencia que le piden en el Área de Investigación u otras exigencias meramente formalistas, es decir, saber concentrarse en el propio fondo de las cuestiones. Así,

habrá que hacer caso omiso también de otro disparate más, lo de presuponer que la elaboración de una monografía jurídica ha de encasillarse en el molde de las ciencias naturales: hipótesis-demostración. En el Área de Investigación se pide, en efecto, esa reverenda tontería como eje del plan de la tesis, como también les piden señalar unos supuestos “métodos” (copiados de las ciencias de la naturaleza) para obtener las “pruebas” capaces de efectuar tal diz-que-“demostración”. Si semejante bobada –¡perdónenme la franqueza!– hubiera sido contemplada como exigencia para elaborar las grandes obras de la literatura jurídica, nunca hubieran llegado a nacer. Por ejemplo: ¿cuál es la “hipótesis”, y cuáles las “pruebas” para “demostrarla”, en *El sistema del derecho romano actual* de Savigny o en la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen o en la ejemplar monografía de Engisch sobre *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*? No digo que en esas obras, u otros estudios jurídicos muy valiosos, no pueda acaso detectarse algo así como una idea predominante; mas eso no es lo mismo que una hipótesis propiamente dicha y suponer que la obra está ahí nada más o sobre todo para “demostrar” –si es que tal posibilidad cupiera en estas materias– aquella idea. Una tesis de grado es, salvo excepción, para recopilar y organizar información sobre un tema, no para fundar alguna nueva hipótesis científica al respecto¹.

Si se me dice que pueda haber ahí alguna idea central o algunas ideas recurrentes, naturalmente es muy probable que así sea. Se encuentran, desde luego, en cualquier obra. Empero, una cosa es la idea central y otra cosa es la función lógica de una hipótesis propiamente dicha para estudios destinados específicamente a demostrar en particular dicha idea particular. Los estudios sobre el derecho no funcionan así por lo general, aunque también hay excepciones. Es básicamente incorrecto, y muy engañoso, asimilar el pensamiento jurídico al de la demostración de una hipótesis. Si fuera así, tendría que funcionar más o menos como en el modelo siguiente. Por ejemplo, si usted quisiera probar o disprobar la afirmación de que cuando las ratas hacen el amor proceden igual que los seres humanos, eso es una hipótesis (no

¹ “En ocasiones también se hace referencia a hipótesis, aunque no quede demasiado claro en *qué* consiste una hipótesis en el terreno jurídico” (C. Courtis) [*supra*, § 2 *in fine*: Suplemento]. Pero sí, a pesar de todo, no se quiere prescindir de usar el término “hipótesis” para señalar unas ideas jurídicas, ha de tenerse muy presente que esto tiene bastante poco que ver con lo que se denomina con esa misma palabra en las ciencias empíricas, sean las de la naturaleza o inclusive las sociales: “Si consideramos que en el derecho nos encontramos en busca de una solución práctica, que pretende adecuarse a las reglas aplicables [mejor dicho, a unas u otras interpretaciones de ellas] al caso en aquel tiempo y lugar, el proceso no es inductivo-deductivo, sino deliberativo. *No se trata de dar, al final del proceso, una explicación, una descripción o la causa natural [o social] de alguna cosa.* (...) Lo que ahí se busca conocer, es una regla para la acción –un criterio sobre qué hacer en el futuro– o una regla de juicio –una regla de evaluación sobre lo que se hizo [para un caso determinado o con respecto a un tipo general de situaciones]–.” (José Reinaldo de Lima Lopes, “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”. En: Courtis, *Observar la ley...* [ref. *supra*], pp. 41-67: véase allí § 5, “La hipótesis en un trabajo jurídico –la cita proviene de la p. 58 s., cursivas añadidas–).

importa, aquí, si es o no es una hipótesis interesante, sino simplemente la *manera* de tratarla, pues vale para las hipótesis en general). Después que usted puso la hipótesis, tendrá que presentar experimentos con algunas pobres ratitas, en donde las ha filmado haciendo el amor, y ahí entonces usted dice: "Para demostrar mi hipótesis de que las ratas hacen el amor de tal forma, acá tengo la prueba de tantas ratas que han hecho el amor de esta manera precisamente". Eso es una prueba. En cambio, ¿qué prueba va a tener usted, en general, cuando se trata de elegir entre posiciones doctrinarias en cuestiones jurídicas? Lo más que puede dejar sentado, es que algunas de las ideas que usted maneja encuentran respaldo en ciertos textos de autores, en fragmentos de la legislación, jurisprudencia, etc., o que ellas son razonables en virtud de tales o cuales consideraciones; mientras otros juristas, probablemente, piensen distinto al respecto. Además, en cuanto al contenido mismo de una monografía jurídica, justamente lo más interesante no va a ser que usted le ponga alguna idea central bajo la estricta forma de hipótesis, sino el *variado* conjunto de informaciones y reflexiones que consiga traer a colación ahí.

Sin embargo, en el Área de Investigación le exigen: "¡Ponga ahí, en el plan, la *hipótesis* y también el *método* con que procederá a 'demostrarla'!". Entonces, cuando el estudiante viene a mí para que le ayude a cumplir con esos requisitos absurdos, mi consejo es: "Mire, yo no puedo indicarle ningún 'método' sensato al respecto, no tengo noticia de que existan. No puedo señalarlo, pues no los hay de veras. Sólo que, como el burócrata cuya autorización se requiere no va a aceptar esto, ni mucho menos entender la cuestión misma, habrá que ingeniárselas para cumplir con lo que el bur(r)ócrata exige. Como dicen, 'París bien vale una misa' —¿verdad?—". Para evitar que le impidan producir algo que sea un poco inteligente, no hay más remedio que hacerle "trampa" al burócrata. ¡Así es la cosa! — Pues bien, todo eso es la consecuencia ni más ni menos que del cuentito del "método".

[Dicho sea de paso, el entramamiento es aún infinitamente peor para los profesores que inscriben un plan de investigación en la Vicerrectoría de Investigación. Ese plan debe ajustarse a la más delirante galaxia de hueros formalismos en la presentación. Le exigen rellenar el papeleo consignando ahí una abultada pléyade de requisitos hipócritamente detallistas, del todo inservibles para fomentar la valía de una investigación en cuanto tal, como tampoco son aptos para establecer alguna posibilidad de control sensato en este último respecto (si es que la mente de unos burócratas pudiera dar para tanto). En definitiva: ¡... "paja" y más "paja"...! Todo ello, pura y exclusivamente en aras de reafirmar el ejercicio burocrático del poder por el poder mismo, ahí desplegado como avasallamiento de la cultura académica en sí .]

² Sobre el sempiterno conflicto entre "administración" y "cultura", véase *Pedagogismo...* [cit. n. 3]: cap. II.11 (nueva ed.: cap. III.10.a).

12. POSIBILIDADES DE AYUDA (*pero son secundarias*)

Pregunta un estudiante: “¿Usted nos puede seguir dando este curso?”.

... Pero, ¿para qué? ¡Es que no hay tales cursos que valgan la pena, no existen! Ni yo ni nadie puede proporcionárselos. Son cuentos, para evitarse la pena de tomar conciencia sobre las dificultades de fondo que es necesario agarrar por las astas para emprender investigaciones en serio. Sí, usted puede entrenar a alguien con un libro de esos: “Primero haga tal cosa, luego tal otra, después la de más allá...”; pero le servirá de muy poco o nada. En el mejor de los casos, acaso podría servirle para acomodar algún detalle secundario; solo que, en definitiva, aun esto será superfluo si no hay el antecedente del aprendizaje intuitivo previo y bastante talento personal.

Lo que sí puede ser de ayuda importante para un investigador novato son algunas pocas advertencias preliminares y ciertas correcciones sobre la marcha que reciba personalmente de un investigador más experimentado, *específicamente* relacionadas con el trabajo de que se trate. Cuando usted va a hacer por primera vez un trabajo de esos, o la segunda o la tercera, lo colocan bajo la dirección de quien es –se supone– un profesor experimentado, alguien que conoce mucho de la materia. Si él le efectúa unas buenas sugerencias iniciales, digamos sobre cómo limitar mejor su tema y le indica algunas obras importantes para empezar a estudiarlo en profundidad, y más adelante le hace ver defectos que se puedan corregir durante la elaboración, esto puede ayudar de veras. Eso sí, constituirá una ayuda efectiva sólo si el investigador novato posee las habilidades mentales como para valerse básicamente por sus propios medios. Pues si este mismo no tiene eso *ya*, es como dije antes: tratar de enseñarle ballet a quien viene como adulto por primera vez a una academia de danzas clásica: ¡tiempo perdido! (tanto para el alumno como para el profesor).

A menudo a uno le llegan exámenes con respuestas donde el estudiante hace unas oraciones interminables (coma, coma, coma, por todos lados... no sabe poner un punto y seguido, mucho menos punto y aparte), faltas de ortografía elementales (ni siquiera conoce la diferencia entre “si” y “sí”, entre “a” y “ha”, entre “ves”

y “vez”, etc.), no coordina el número del sujeto gramatical con el del respectivo predicado, y menos que menos la idea A con la idea B, etcétera. Esos son casos perdidos, casi siempre.

A veces (no muchas) sucede que un estudiante muestra, a pesar de sus notorios defectos de expresión, poseer alguna habilidad de razonamiento, pues no simplemente repite sino que ha entendido básicamente lo que puso por escrito aún torpemente. Ahí sí hay una posibilidad de ayudar (claro, si él quiere poner de su parte). Uno le señala: “Trate de hacer oraciones no muy extensas, poner punto cada vez que sea posible, etc.”; pues para hacer oraciones extensas que sean correctas e inteligibles, es necesario tener un señalado dominio del idioma (lo cual se ve más bien poco en nuestra Facultad). También se le pueden corregir algunos otros detalles: “Mire, aquí le hace decir a cierto autor determinada idea, pero usted ha omitido señalar dónde él lo dice, ni tampoco aclara si es una transcripción literal o una manera cómo usted mismo entiende lo escrito por aquel. No se puede hacerle decir a alguien esto o aquello, sin ofrecer como prueba la referencia bibliográfica puntual respectiva, es decir, indicar la obra y la página respectivas; o bien, aclarar que se trata de una interpretación suya al respecto, pero también entonces necesita indicar cuáles son específicamente los pasajes que ha interpretado así. Sí, puede tener ciertas dificultades de interpretación ese texto, y entonces usted aclare: ‘las dificultades son estas o aquellas, sobre lo cual yo [el estudiante] pienso que, por tales o cuales razones del contexto de elucidaciones donde está inmerso ese pasaje, o en virtud de las circunstancias históricas u otras, creo que eso se debe entender así’...”. Bueno, aspectos como esos se pueden corregir. O bien, si usted integró un capítulo con apartados cuyas respectivas temáticas aparecen como un tanto inconexas entre sí: “Fíjese, más bien conviene que las divida en dos capítulos, o acaso distinguir las por secciones dentro de ese mismo capítulo”.

Naturalmente, vale la pena recibir indicaciones como esas. Ello no quita que todas estas sean, en verdad, cuestiones bastante secundarias; como también es cierto que no se necesita, ni hay, ningún libro capaz de preverlas específicamente de antemano. Observaciones como las que he señalado pueden servir para algo, a veces, siempre y cuando usted tenga el “fosforito” y ya viene entrenado poco a poco desde mucho antes. Si no, tampoco ellas le servirán de nada: ¡mala suerte, el “ballet” no es para usted!

Supongamos (¡y ya es mucho decir!) que usted ha llegado a saber redactar correctamente –es lo menos que cabe exigirle a un investigador en ciencias sociales–. Aun con tal base, es perfectamente posible que no se le ocurra nada relativamente nuevo que valga la pena sobre el tema investigado. ¿Qué se puede hacer? ¡Poco o nada! Usted pone todos los capítulos en perfecto orden, hace montones de citas

con todos los detalles pertinentes, también elabora unos resúmenes por su cuenta, etc., o incluso llena su trabajo con toda suerte de detalles requeridos por alguno de esos manuales, pero resulta que ahí no se encuentra nada importante que no sea ya archiconocido en la materia. Todo ese esfuerzo suyo, ¿para qué? ¿Cuál es la diferencia con una investigación que valga la pena? La diferencia es, justamente, lo que a esta altura del partido (en la vida de cada uno de ustedes) *NO* pueden aprender así como así, lo que no puede enseñarles manual alguno, ni tampoco ningún otro investigador en particular: ¡la condición de saber *pensar* por sí mismo!

V. DISCUSIÓN (OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE UN MANUAL, COMO “PRUEBA”)

13. Primera “prueba”: el contraejemplo ofrecido por las investigaciones reales

Como han podido apreciar ustedes mismos (¡espero!), lo que he señalado es bastante sencillo; no hacen falta formulaciones muy complicadas para explicarlo. En fin, ¿quién tiene razón: el autor de este manual puesto en mis manos –o los de tantos otros señores que se promocionan (y consiguen vender tales productos) como supuestos *metodólogos* del diz-que “aprender a aprender”– o lo que les he dicho yo? Si ustedes se guían por un mero argumento de autoridad (lo dice el eminente Fulano de Tal), o si lo resuelven tirando una moneda al aire, pueden creerle a cualquiera, a quien sea. En cambio, si se animan a examinar este asunto con su propia cabeza, me parece que están en condiciones de calibrar unas “pruebas” al respecto, por así llamarlas, para saber quién está en lo cierto. Voy a servirme como elemento de “prueba”, o en todo caso como ejemplo, ni más ni menos que del propio libro señalado por nuestro Decano³.

Tenemos aquí, pues, una obra conformada por diez capítulos (164 numerales en total), trescientas cuatro páginas (densas), que consignan una plétora de detalles uno tras otro. El Índice General abarca, por sí solo, diez páginas y media (xxix-xxix). Los grandes temas, destacados como tales en la carátula de ese libro, son: “Etapas de la investigación. Planificación de la obra. Relevamiento y clasificación del material erudito. Fuentes del conocimiento. Recursos informáticos. Redacción

³ Enrique Herrera, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1998, xxxii-304 p.

del texto. Perfeccionamiento". Se supone que precisamente así, digiriendo ese pantagruélico menú de indicaciones, es como se lograría aprender a investigar adecuadamente en materia de derecho.

Pues bien, veamos si de veras hace falta detenerse a aprender todo eso para ponerse a investigar adecuadamente. ¿Cómo saber si es o no es así? La piedra de toque, para eso como en tantas otras cosas, es la práctica misma del asunto en examen: en este caso, pues, la de los investigadores mismos, máxime si se trata de unos que sean exitosos como tales. Fijémonos, sin ir más lejos, en lo que tenemos más cerca, en nuestra propia Facultad de Derecho. Aquí hay algunos profesores que son conocidos por ustedes como investigadores. Puede que sean buenas, malas o regulares sus investigaciones –cada quién sabrá–, mas son personas con respecto a quienes es bien reconocido que investigan. Por ejemplo, para nombrar a unos que están desde hace muchos años acá: ahí tienen a Víctor Pérez, a Jorge Enrique Romero, a Walter Antillón, a mí mismo (si les parece). Asimismo, puedo mencionar a alguien que ya no se encuentra ya entre nosotros, quien en nuestro medio es considerado como ejemplo por excelencia de jurista del más alto nivel, el siempre recordado Eduardo Ortiz Ortiz. Yo lo conocí bastante bien, por eso puedo decir lo siguiente: ¡me moriría de asombro si me entero que alguna vez él se haya preocupado por leer una obra como esa y luego seguirla puntillosamente! Los otros profesores que he mencionado están vivos, pregúntenles si leyeron esta obra o una similar, para saber investigar⁴.

En cuanto a mí mismo, puedo asegurar que el estudio de ningún mamotreto de esos me hubiera servido para mejorar ni en un ápice lo que he publicado. Antes bien, es probable que si me hubiera preocupado por hacerle caso a semejantes lecturas, ello me hubiera distraído de los aspectos principales expuestos respectivamente en cada una de aquellas. Habré escrito bien o mal esos estudios, bastante numerosos, que me han publicado en distintas partes del mundo; sólo que, eso sí, no los hubiera hecho nada mejor si antes me hubiera aprendido todo o buena parte de lo que dice

⁴ He aquí otro ejemplo, por demás significativo. Me refiero a la tesis de Doctorado del Prof. Minor Salas en Alemania, sobre Derecho Procesal Penal, allí publicada en la prestigiosa editorial C.H.Beck, *Kritik des strafprozessualen Denkens. Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*, Munich, 2005, xiv-391 p. Esa tesis había recibido la máxima calificación (*Summa cum Laude*) en la Ludwig Maximilians Universität-München; después galardonada por la Walburga-Riedl Stiftung, con el "Preis für wissenschaftliche Arbeiten (Fakultätspreis 2004)". (No sé si hará falta aclarar que premios como esos no se obtienen mediante "patas" o en virtud de unos intercambios de simpatías y eventualmente hasta de premiaciones con los propios jurados.). Lo interesante para nuestro asunto es que, por cierto, tampoco el Prof. Salas debe sus calidades como investigador, y mucho menos la elaboración de dicha tesis, a su familiaridad con libros como el de marras. Por lo demás, claro que la monografía del Prof. Salas no está conformada de acuerdo con ningún plan de exigencias absurdas como el formalismo "hipótesis"/"métodos" demostrativos requerido por nuestra Área de Investigación (y no sólo por ella, tengo entendido) [*supra*: § 11].

aquel libro. Tal vez entonces los hubiera escrito en una forma más pedante, con más citas o con otros detalles complementarios –eso es posible–; pero que esto me hubiera ayudado en algo para elaborarlos un tanto mejor... ¡jamás! Ni creo que sirva para mejorárselo substancialmente a nadie.

No es, tampoco, que lo detallado en tales manuales sean unos disparates propiamente. Sólo que, insisto, las puntos que valen más la pena, entre ese infinito montón de detalles, los asimila uno de forma intuitiva, progresivamente, en la propia práctica del estudio de secundaria y el universitario, sobre todo si tiene profesores que sean *exigentes* (vale decir, no de esos con los que aprueba todo el mundo “a como haya lugar...”, y hasta con altas calificaciones, aun presentado exámenes donde es patente que el alumno no sabe ni redactar). Leyendo y leyendo, leyendo mucho y bueno, así es como uno se pone a escribir con un mínimo de seriedad, llegado el momento. Digo eso por mi propia experiencia; por lo que sé, es más o menos la misma también para los colegas que he mencionado, y no solo ellos.

Uno leyó su buena cantidad de textos de primera calidad (entre otros), entonces de ahí se le grabaron ciertas cosas. Hay textos que al estudiante, si es inteligente e interesado, le impresionan por la manera –organización de ideas, forma de redacción, etc.– como están elaborados. Después uno tiende a imitar esos textos, por lo menos al comienzo; no tanto a imitar el propio contenido específico de ellos mismos, porque supuestamente ustedes lo que van a escribir es una investigación propia, pero sí se tiende a asimilar el estilo, el rigor, la organización de la bibliografía, etc. Si uno admira un libro de esos, el cual, por ejemplo, tiene una bibliografía al final consignada con todos los detalles, incluso señalando el traductor (si lo hay), la editorial, el número de páginas, la fecha de la primera edición, etc., ¿qué hace usted cuando llegue el momento de consignar la bibliografía de un trabajo propio, sea grande o pequeño?: la pone del mismo modo que en aquel libro, no necesita ir a buscar algún manual para aprenderlo. Y si usted ve, por ejemplo, que dicho libro (y otros) está bien dividido, ordenado en capítulos, subcapítulos, párrafos, etc., ¿qué hace usted?: trata de proceder de manera análoga. Si ve que el autor discute de ciertas maneras a otros autores, así trata de hacerlo usted también, valiéndose de patrones de argumentación análogos, asimilados mediante la lectura de distintos libros. ¡De *esa* manera es cómo se aprende de veras!

En síntesis: las anotaciones reunidas en este manual tomado aquí como ejemplo, o en otros por el estilo, si bien no son unas equivocaciones, en general, empero resulta prácticamente inútil, o poco menos, pasar por el gran esfuerzo de venir a aprenderlas de un libro que reúna toda clase de ellas específicamente o en un curso especial. No hace falta. Simplemente, porque las estructuras mentales y los mínimos detalles de forma que en realidad constituyen lo *decisivo* para hacer un

investigador en serio, las aprende usted intuitivamente... o no las aprenderá nunca. ¡Lo demás, es *lo de menos!*

Si alguien se toma la molestia de tratar de estudiar dicho manual, el resultado será que, después de haber cargado con la enorme pena de concentrar su atención en ese infinito montón de detalles, en la práctica va a suceder que, cuando se siente a escribir él mismo, lo que tendrá es un glorioso mareo de minucias en la cabeza, las cuales más bien le desviarán la vista de lo principal para una investigación, esto es: conseguir darse cuenta de por dónde tomar en cuanto *al fondo* mismo de los temas en consideración y, por encima de todo, cómo *reflexionar* sobre ellos. No sabrá cómo hacerlo si es que su mente no está en buena medida orientada, ya, hacia unas vías intelectual-intuitivas asimiladas de *otros* lados. Ningún manual puede enseñar, este mismo, a investigar. No, así no se puede, el verdadero aprendizaje al respecto no se toma de *ahí*.

Vayan a averiguar ustedes mismos, pues, si algún investigador de primera línea en materia jurídica, ya afuera de nuestro medio, se puso a estudiar un libro como esos antes o durante la elaboración de sus obras más destacadas. Por lo demás, aunque lo hubieran estudiado, les hubiera servido de muy poco en caso de no haber leído todo lo otro que estudiaron y sobre lo cual pensaron con su propia cabeza. Lo destacado en sus investigaciones es lo que *NO* se puede incorporar a la mente de uno mediante ningún manual de esos. Por ejemplo, para mencionar uno de los libros más célebres del pensamiento jurídico, tomemos la *Teoría pura del Derecho*. ¿Ustedes creen que Kelsen perdió el tiempo preocupándose por estudiar algún libro (o varios) como ese al que me estoy refiriendo, antes de escribir dicha obra? ¡Jamás!. Y si acaso lo hubiera hecho, no se ve en qué podría haberla mejorado, por aprenderse semejante montañón de recomendaciones, que bajo un mundo de detalles vienen a disimular lo principal.

Es verdad que la inmensa mayoría de las investigaciones, aun las valiosas, no van a desembocar en la elaboración de unas obras fundamentales, ni tampoco están a cargo de los grandes investigadores. Hay buenos libros y buenos artículos de toda naturaleza, también los provenientes de autores de segundo o tercer rango. Muchos estudios son apenas informativos; otros, que son más bien de reflexión, tampoco es que aporten ideas básicas novedosas, sino que recogen ideas conocidas, aplicándolas entonces en relación con aspectos no suficientemente dilucidados ya.

En todos los casos, lo fundamental es que uno sepa adónde entiende dirigirse, adónde quiere llegar en cuanto al fondo con la investigación emprendida, aunque esta misma sea de importancia secundaria. También puede ser que en el curso de la misma investigación corrija esa meta; y está muy bien que lo haga si en el camino encuentra buenas razones para ello, pues precisamente para eso es la investigación,

para *investigar* si por determinado camino de conocimientos se marcha bien o no tan bien. De todas maneras, el investigador ha de tener claro que no le conviene distraerse en desviar su atención hacia infinitos detalles porque sí⁵.

14. Segunda “prueba”: cómo “investiga” el propio metodólogo

Bueno, tengo aquí otra “pruebita” más. La primera, recuerden, consistió en invitarles a que pregunten a conocidos investigadores si ellos mismos necesitaron estudiarse primero un libro como el de marras, para conseguir un resultado de investigación valioso. La segunda, esta que traeré a continuación, consiste en lo siguiente: voy a presentarles un ejemplo, no poco sintomático, suministrado (involuntariamente, desde luego) por la manera *cómo* supo “investigar” el propio autor de ese libro, en cuanto a unas afirmaciones que él efectúa allí mismo. Me explicaré:

He insistido en subrayar que lo decisivo para una investigación es *estudiar* (en serio) los materiales del asunto examinado y luego *reflexionar* (en serio) sobre ellos. Vamos a ver si al propio señor que escribió este libro le sirvió verdaderamente la pléyade de requintos que ahí nos propone como “método” para investigar. Les voy a mostrar cómo él se refiere nada menos que a un autor tan célebre como Kelsen, cómo “investigó” el pensamiento de este mismo. Pues bien, nuestro metodólogo le hace decir a Kelsen unos disparates mayúsculos, como para que Kelsen se vuelva a caer de espaldas allí donde esté ahora (cielo o infierno, vaya uno a saber). Me queda poco tiempo para examinar esto, mas las pruebas de que lo que yo voy a decir es como es, puedo suministrarlas aquí mismo.

A propósito de la “teoría pura” de Kelsen se efectúa generalmente una afirmación que, en verdad, es uno de los más rotundos disparates sobre el pensamiento kelseniano; y nuestro metodólogo recoge eso como si tal cosa, sin someterlo a verificación en los propios textos de dicho autor. Se imagina más o menos lo siguiente al respecto: “Esa es una teoría ‘pura’ del derecho; por tanto, lo que Kelsen propuso es que el jurista no se ocupe para nada de cuestiones *políticas*”. Entonces, es como si el jurista fuera o debiera ser un señor “puro”, que está como en un limbo, ocupándose simplemente de un cielo de nociones que permiten resolver las cuestiones sin contaminación alguna de decisiones políticas. Eso es lo que muchos dicen, también en esta Facultad (según me han contado los estudiantes). Pues bien, tal afirmación no tiene ni pies ni cabeza. Kelsen no sostenía eso, él mismo afirmó todo

⁵ “Para decirlo con una imagen de [Jesús] Mosterín, la obsesión del alpinista por llevar buenas botas no debe hacerle olvidar que su meta es llegar hasta la cumbre” (Santiago Sastre Ariza. En: Courtis, *Observar la ley...* [ref. *supra*, § 2 *in fine*: Supl.]: 165). Como decía Hermann Lotze, hace muchísimos años: “... afilan más y más sus cuchillos [métodos], pero no se preocupan de qué puedan cortar” (cf. E. P. Haba, “Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?”. En: *Doxa-7*, 1990: 231).

lo contrario. Si usted se guía simplemente por el nombrecito –teoría “pura”– de la obra, si no la *estudia* verdaderamente, o sea, si no presta suficiente atención a lo que está escrito en ella misma y se conforma simplemente con dejarse llevar por lo que otros (no menos desatentos que usted) “rumoran” al respecto, entonces sí puede entenderla –mejor dicho, creerse que la ha entendido– de tal manera. Les voy a leer las palabras del propio Kelsen, para ver si es o no es así.

Primero reproduzco lo que dice este señor, nuestro metodólogo, y después lo compararemos con palabras del propio Kelsen. El metodólogo dice lo siguiente, imputándole a Kelsen semejante punto de vista:

“... el análisis político en sentido estricto quedaría vedado al jurista, quien debería limitar sus estudios a los mecanismos impuestos por el propio Estado, como creador y ‘aplicante’ de normas, *sin entrar* en consideraciones ‘extrajurídicas’, como las ideológicas y las políticas”.

Un poco más adelante agrega, siempre como si fuera el pensamiento de Kelsen:

“... *todo* lo relacionado con el orden político y más precisamente con las ideologías se configuraría como un terreno *vedado* al jurista”⁶.

O sea, que el jurista profesional no podría ocuparse de nada de eso.

Sí, eso es lo que corrientemente se oye por ahí. Ahora bien, ¿es lo que Kelsen sostuvo efectivamente? ¡No, todo lo contrario! Paso a citar de sus textos. Escribe Kelsen (y esto es en la obra más famosa de él, no es que simplemente lo haya dicho alguna vez de paso o en algún texto escondido):

“Pero, *sobre todo*, corresponde *distinguir* de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la *ciencia* jurídica y la interpretación realizada por *órganos* jurídicos [jueces, administración, etc.]”⁷.

Es de suponer que a un lector atento, máxime si se proclama como experto en metodología de la investigación jurídica, ni más ni menos, tendría que empezar por llamarle la atención semejante afirmación. ¿Cómo es eso, de que por un lado esté la “*ciencia* jurídica” y por el otro lado los “*órganos* jurídicos”? ¡Qué afirmación tan extraña! Imagínense, todo lector de esas líneas debiera asombrarse un poco de ver afirmada semejante diferencia. ¿Por qué Kelsen habrá dicho eso? Si la ciencia jurídica es una cosa y lo que hacen los órganos jurídicos es otra, significa que los

⁶ Herrera [ref. n. 17]: 66 y 71 (curs. agr.).

⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2a. ed. alem. 1960, por Roberto J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, § 47: 355 (curs. agr.).

órganos jurídicos (jueces, etc.) *NO* hacen ciencia jurídica, hacen *OTRA* cosa. Entonces, ¿cuál? Kelsen lo aclara así:

“El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal *una* de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única ‘correcta’, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-*política*. Naturalmente, ello *no* les puede ser negado [como tampoco al juez]”⁸.

Vale decir, que tanto el abogado como la doctrina jurídica hacen *política*, ni más ni menos, aunque sea un tipo de política especializado. Y también el juez (“órgano”) hace política, no puede evitarlo, pues elige entre distintas interpretaciones posibles.

En cambio, ¿a qué le llama Kelsen “ciencia jurídica”? Él denomina *ciencia* jurídica, no a lo que hacen ni el abogado, ni la doctrina jurídica, ni el juez, ni los asesores parlamentarios, etc.; en fin, no es la actividad profesional habitual de los juristas, la interpretación y aplicación del derecho en la práctica. *Ciencia* jurídica es un pensamiento de *otra* especie, como se aclara en ese mismo texto:

“Es aquella pura determinación *cognoscitiva* del sentido [múltiple] de las normas jurídicas. No es, a diferencia de la interpretación de los órganos jurídicos, una *producción* de derecho. (...)”⁹. “La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles [varios] de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar *ninguna decisión* entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión [política] al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar derecho”¹⁰.

Quiere decir que cuanto sea “ciencia” jurídica consiste, pues, en un orden de reflexiones efectuadas *más allá* de la propia práctica jurídica corriente. Son consideraciones a propósito de cuestiones de derecho, pero aquellas no constituyen la práctica jurídica *misma*. Es lo que llaman Teoría General del Derecho o la Filosofía del Derecho o la Metodogmática; hay una serie de nombres para ello. Ahora bien, tal orden de reflexiones no es el trabajo del propio juez como tal, ni el de la dogmática jurídica profesional. El del juez es un pensamiento de tipo político, aunque especializado, pues consiste en adoptar *decisiones valorativas*; no es un puro conocimiento (“ciencia”). Sí, los discursos desempeñados en la práctica profesional

⁸ *Op. cit.* [n. 20]: 356.

⁹ *Op. cit.* [n. 20]: 355 (curs. agr.).

¹⁰ *Op. cit.* [n. 20]: 356.

del derecho (abogados, doctrina, “órganos”) son, y no pueden sino ser, funciones eminentemente *políticas*. He aquí otra cita de Kelsen, leo textualmente:

“La *despolitización* que la teoría pura del derecho exige, se refiere a la *ciencia* del derecho: no a su objeto, el derecho. El derecho **no puede ser separado de la política**, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor. (...) Pero la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho; no la teoría de un *derecho puro*, como erróneamente sus críticos han afirmado a veces”¹¹.

Significa que el derecho, en sí mismo, tanto los textos de las disposiciones jurídicas oficiales como la manera de ser entendidas por la doctrina y los órganos encargados de aplicarlas, es algo muy distinto que un pensamiento de rigor científico. Aquello es, necesariamente, “impuro”. Lo que sí puede ser “puro”, entiende Kelsen: en el sentido de ser objetivo, científico, no sujeto al vaivén subjetivo de valores contrapuestos, es cierto orden de reflexiones *externas* a la práctica misma del derecho. Reflexión que cumplen, no los juristas prácticos, cuyo pensamiento es por fuerza político, sino que ella consiste en cierto esfuerzo intelectual “puramente” teórico llevado a cabo por una disciplina especial, lo que actualmente suele llamarse (meta)Teoría del Derecho.

Pues bien, ¿cómo es posible que un señor que escribe un manual mediante el cual pretende enseñar metodología para aprender a investigar, hable de un autor y no se tome la molestia de empezar por leerlo con atención? Quiere decir que cuanto aquel aprendió para después consignarlo en ese manual, ni siquiera a él mismo consiguió servirle, en definitiva, para lo decisivo: saber leer los textos en serio, o sea, con suficiente atención y con un mínimo indispensable de inteligencia. No digo que este señor no podría haberlo hecho así, acaso; más bien me siento tentado de creer que sí, que eso no le era en principio imposible, ni mucho menos. Posiblemente hasta él podría haberse ocupado en serio del pensamiento de Kelsen, aplicando con verdadera meticulosidad algunas de las recomendaciones contenidas en ese libro sobre metodología. Pero aun tal eventualidad no cambia para nada el asunto en lo sustancial. Si él hubiera leído bastante y con toda atención a Kelsen, es probable que hubiera llegado a entenderlo, sí... ¡pero *no* por conocer bien el contenido de su propio manual! Entonces hubiera entendido, en el mejor de los casos, sobre todo por contar con *otras* bases: simplemente, por tener también él –como tantos otros

¹¹ Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad. Ernesto Garzón Valdés) [or. al. 1953], Universidad Nacional de Córdoba R.A. (Biblioteca de Filosofía del Derecho y Ciencias Sociales vol. 3), Córdoba (Arg.), 1958: 31-32 (cursivas del autor + negritas agregadas).

que nunca perdieron su tiempo con algún manual por el estilo— una formación intelectual *general* intuitiva que le permite comprender textos como esos.

En las pocas citas que nuestro metodólogo aporta para justificar dicha interpretación descuidada del pensamiento kelseniano no aparece para nada ese requisito de “extra jurídica” que, según aquel, Kelsen habría postulado para la profesión de jurista. Por añadidura, las citas que hace pertenecen a la traducción de una versión francesa publicada en 1953. Mas resulta que en 1960 Kelsen publicó la última edición, definitiva y mucho más amplia, de su *Teoría pura de Derecho*. Es verdad que ahí no rectifica substancialmente lo de las ediciones anteriores. Así y todo: ¿qué ejemplo de rigor investigativo nos ofrece alguien que en 1998¹² escribe sobre Kelsen, adjudicándole que sostiene esto y aquello, mas en vez de consultar la edición integral de esa teoría, muy difundida y hasta publicada en español años atrás (1979 con reediciones), en cambio se conforma con hacer referencia a una versión más antigua del autor comentado? Si el comentarista hubiera dicho: “Yo me estoy refiriendo a lo que Kelsen escribió en dicho texto [el de 1953], *nada más*, y si acaso este autor puso algo distinto en otro lado, no es de eso que me importa hablar aquí”... ¡vaya y pase! Claro, nadie tiene la obligación de leerse las obras completas de un autor, para hacer referencia a algo que este haya escrito efectivamente. Pero si uno dice, sin restricciones: “El célebre autor Equis afirma esto”, la mínima obligación de probidad intelectual es tomarse el cuidado de buscar la obra más famosa de ese autor en su edición definitiva. (Por lo demás, repito, tampoco es que en el texto de unos años antes hubiera sostenido Kelsen aquello mismo que se le imputa.)

¿Qué conclusiones sacar en cuanto a para qué sirva este manual de investigación, prolijamente detallista, nada menos que a su propio autor? Si vemos que, de hecho, el haber escrito todo eso no le fue útil ni para conocer pasablemente a un escritor tan célebre como Kelsen... ¡imagínense! No le sirvió ni siquiera para tomar la precaución de considerar la edición definitiva, publicada años atrás, de la obra más conocida del autor así “investigado”. Nuestro metodólogo se conformó con tomar en cuenta una versión anterior y, para colmo, hasta leyó mal lo poco de ella que ahí nos aporta como testimonio. Y aunque hubiera leído bien a Kelsen, igual no hubiera demostrado que esto se debiera precisamente a la circunstancia de conocer bien las instrucciones de su propio manual.

Vayan dos aclaraciones, por las dudas. Primera: yo no digo que todas, y ni siquiera la gran mayoría, de las observaciones efectuadas en ese manual (o en otros por el estilo) sean igualmente insostenibles que la referencia a Kelsen. No sostengo que la

¹² *Supra*: n. 16.

generalidad de ellas sean pura tontería o llanamente falsas, sino que, aunque puedan ser aplicables (si uno quiere), lo cierto es que resultan prácticamente superfluas, de hecho, para aprender *realmente* a investigar. Segunda: tampoco pretendo afirmar que todos o la mayoría de quienes se dedican a confeccionar semejantes catálogos de instrucciones tienen que ser análogamente descuidados en sus propias investigaciones (si las hacen) que en el ejemplo aquí traído a colación. Lo interesante es que, seanlo o no, el valor que puedan tener sus investigaciones no podrá deberse a su específico conocimiento de ningún manual por el estilo

15. Conclusión: esos manuales resultan ser superfluos y hasta engañosos

Entonces, ¿qué pasa con ese manual y la cantidad de otras publicaciones para “aprender a investigar”? Es lo que les advertí desde el principio. En ellos se habla de muchos aspectos, pero, aun cuando no esté mal en sí lo de mencionarlos, al fin de cuentas esto viene a significar, en la práctica, un gran engaño. A ustedes les hacen creer que ahí está lo fundamental, en *esos* detalles mismos, mientras que, en realidad, lo principal para saber investigar afinsa en lo que allí *no se dice*; o en todo caso, resulta que esto último, lo más decisivo, allí se señala apenas de paso, mientras que el grueso de la obra está dedicado a detalles secundarios, cuando no superfluos. Por ejemplo: en el libro examinado se habla de la cuestión de definir los términos (§ 114), mas para nada se mencionan los problemas fundamentales de las definiciones. El autor se da por satisfecho con dejar estampadas unas vaguedades como las siguientes, entre otras:

“... se identifica un concepto con una fórmula *dialéctica* [¿¿??] que representa su significado mediante la *adecuada* tipificación [¿cómo se sabe si es o no es ‘adecuada’?] de las notas que le son *inherentes* [¿cómo se determina cuáles lo son y cuáles no?]; “...debe procurarse que la definición se haga siempre en función de las propiedades, naturaleza o caracteres *esenciales* [¿cómo se sabe cuáles son? – ¿tal vez, esencialismo como metodología?] que hacen a la cosa, es decir, *objetivamente* [¿en qué consiste esa ‘objetividad’? – ¿sería cuestión de re-conocer unas ‘esencias’, y cómo; o es de otra manera, y entonces cuál?]”¹³.

¹³ *Op. cit.* [n. 16]: 211 y 212 (los énfasis mediante cursivas y las digresiones entre corchetes se agregan aquí). — Todo el cap. VIII, en especial, constituye un ejemplo bien paradigmático de cómo *NO* se deben tratar esos asuntos. Allí aparecen despachadas en cuatro o cinco líneas, para cada uno de esos puntos, cuestiones tan complejas como los ítems siguientes: “La descripción – La conceptualización – La explicación ontológica – La abstracción – El análisis – La inducción”, etcétera. Como si todo esto fuera dable aprenderlo, y saberlo aplicar provechosamente después, con sólo saber recordar lo que ahí se dice en esas veinte páginas (pletóricas de conceptos multívocos, por lo demás). Al parecer, el aspirante a investigador sabrá cómo hacerlo si consiente en dedicar la hora u hora y media necesarias para leerse ese capítulo... ¡qué bueno!

Por supuesto, esas preguntas que he agregado por mi parte [entre corchetes] no son sencillas de contestar. ¡Pero de *eso* se trata, justamente! Lo engañoso del texto, es que presenta el asunto como si ello fuera algo bastante sencillo, que se puede captar mediante una explicación en apenas una página; y que, así, cualquiera que haya leído esa página estará en condiciones de salir adelante al respecto para cuanto concierna a la investigación jurídica específica que vaya a emprender. Se pasa por encima, olímpicamente, de las cuestiones que son las verdaderamente decisivas, esto es: por qué tomar una definición en vez de otra igualmente convencional, y en general lo de estar advertido sobre las trampas de lenguaje que son frecuentes al presuponer determinadas definiciones; el asunto de las definiciones persuasivas; la diferencia entre las supuestas definiciones reales y las definiciones estipulativas; etcétera. Todas estas cuestiones fundamentales han sido detenidamente analizadas, y debatidas, en la amplia literatura que sobre ello existe en los estudios de epistemología del discurso de las ciencias sociales. Sin embargo, para la “práctica metodológica” propuesta en este manual, pareciera que la problemática examinada en esos trabajos tiene poca o ninguna incidencia con vistas a resolver las cuestiones jurídicas. El novel investigador seguirá, entonces, completamente en el limbo acerca de todo ello.

Efectivamente, dicho libro trata sobre toda suerte de aspectos, menos las dificultades de fondo más importantes que acechan para el *razonamiento* en estas materias. Se supone que es una obra sobre “técnicas” de la investigación jurídica, mas en ningún lado ustedes hallarán ahí un capítulo fundamental de análisis sobre cómo se conforman de hecho los discursos de los juristas: aquello que yo les decía en cuanto a las “trampas” del lenguaje jurídico (no les puedo explicar aquí en qué consisten estas, son aspectos muy numerosos; en otros sitios me he referido extensamente a ello¹⁴). Todo eso, los principales escollos con que el pensamiento *mismo* topa REALMENTE en la investigación jurídica, ¡he ahí lo que en ese libro brilla por su ausencia!

En síntesis. No digo que el contenido de tales obras sea propiamente falso, sino que en la práctica eso resulta: ya sea SUPERFLUO o INEFICAZ, en general, como guía *efectiva* para promover investigaciones jurídicas en serio.

¹⁴ Véase: *El espejismo...* [cit. n. 4], cap. II; o *Axiología I* [cit. n. 4], sec. D. II.

VI. BASES REALES PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA (Puntualizaciones antipopulares)

16. Seis condiciones previas

Ahora bien, si semejantes manuales no sirven, de hecho, para impulsar el pensamiento investigativo propiamente dicho, corresponde preguntarse: ¿cuáles son las condiciones *reales* para posibilitar la investigación jurídica (en serio)? Las hay, en efecto. Son unas condiciones previas, al menos las seis que paso a señalarles sintéticamente.

PRIMERO. Ante todo —¡parece mentira tener que venir a decirlo!— es necesario saber leer y escribir. Por muy elemental que semejante requisito sea, lamentablemente no es posible dar por descontado, ni mucho menos, que tal condición la tengan quienes se supone van a “investigar” aquí, o en general los alumnos obligados a simular que lo hacen para conseguir aprobar un curso corriente de la licenciatura. Sí, ¿cuántos estudiantes de la Facultad de Derecho saben *verdaderamente* leer y escribir? Porque leer, dicho propiamente, como actividad de la *inteligencia* humana, no es lo mismo que la conducta tipo-loro de simplemente saber vocalizar (más o menos) unos signos alfabéticos que se ven estampados en un papel. Es mucho más, se trata sobre todo de la capacidad adquirida para *comprender* la lectura en cuestión. No basta con tomar un texto y alcanzar a reproducirlo en voz alta. ¿Cuántos estudiantes de nuestra Facultad son capaces de *entender* un texto relativamente complejo? ¡Hay que ver! Según lo que he podido comprobar en mis alumnos (y otros profesores me dicen lo mismo), no son muchos los estudiantes capaces de llegar hasta tanto ¹⁵. ¿A qué se debe eso?

¹⁵ En el año 1984 se celebró el simposio ANFE/CINDE sobre “El modelo educativo costarricense”... En lo que toca al idioma, se oyó a don Francisco Álvarez referirse a las “deficiencias monstruosas en redacción y ortografía” en algunos recién salidos de la enseñanza media. Se oyó a don Alberto Cañas citar una investigación hecha en Estudios Generales, en la cual se detecta que al ingresar a la Universidad, un estudiante maneja apenas un vocabulario de 500 palabras, cuando el mínimo requerido para comunicarse es de cinco mil. Se oyó a don Faustino Chamorro citar entre las deficiencias idiomáticas del costarricense, la incapacidad para la lectura, la redacción y la expresión oral, la crasa ignorancia ortográfica, la pobreza de léxico, el descuido de la articulación fonética. Se oyó a doña Virginia Sandoval manifestar que en su experiencia docente de casi cuarenta años, ha podido escuchar cíclicamente las mismas quejas: del liceo, porque le llegan alumnos que no saben ni escribir sus nombres, ni separar bien las palabras y traen conceptos erróneos y anticuados; de la universidad, por la pobreza de vocabulario, las dificultades en redacción y ortografía, la incapacidad para comprender lo que leen y la falta de hábitos de lectura. (...) Y algo más grave y que se sabe menos: el maestro aspirante, cuyo número tiende a incrementarse aproximadamente en 600 por año, sometido a pruebas de dominio cognitivo en Comprensión de lectura, Matemática, Ciencias y Estudios Sociales, sobre la base del programa de sexto grado, no supera, en su mayor parte, un 60% de los conocimientos que se le exigen a un niño al concluir la escuela primaria. Las pruebas en que menor dominio muestran son precisamente Matemática y Comprensión de lectura. [Extractado (con algunos leves cambios en la puntuación) de una ponencia perteneciente a Yadira Calvo: <http://www.uaca.ac.cr/acta/1988may/ycalvo.doc>.] — Véase también *Pedagogismo...* [cit. n. 3], cap. I.1, punto 4: 53-54 (nueva ed. cap. II.1, punto d).

El lenguaje de cada quien es el resultado de lo que se ha escuchado frecuentemente y de lo que se ha leído; en nuestro caso, viene a ser igualmente el resultado de lo que *no* se ha leído. A la gran mayoría de los estudiantes no les fue exigido, tanto en la escuela como en la enseñanza secundaria, destrezas superiores que el entrenarse para simplemente repetir lo que venga. Es muy bajo su nivel en el orden de la comprensión intelectual, el pensamiento abstracto (la clave por excelencia del razonamiento científico); y menos que menos, por cuanto hace a las habilidades de expresión lingüística. Oyéndolos conversar, por lo general no se nota mayor diferencia entre un estudiante de Derecho y un cantinero: son las mismas quinientas palabras, más o menos, algunas de ellas repetidas a cada toma de respiración (“mae”, “huevón”...).

En fin, lo primero es saber leer y escribir. Eso no se aprende en cinco días. Sin embargo, teniendo el dominio básico de las estructuras idiomáticas de una lengua, como cualquiera lo tiene para su idioma materno, se puede aprender a escribir por lo menos con un mínimo de errores (muchos menos que los comunes en los estudiantes de Derecho), si uno no es del todo analfabeto y si resuelve dedicarle a eso atención especial durante pocos meses —un curso básico de redacción— aunque ya sea un adulto. Para lo de la lectura inteligente, en cambio, posiblemente sea ya demasiado tarde (como aquello del ballet), cuando ello no ha sido practicado en buena medida ya desde años antes de entrar a la Universidad.

SEGUNDO, TERCERO. *Base + altura*. ¿Qué quiero decir con esto? En la época en que yo estaba a punto de entrar a la Universidad, en el Uruguay, un compañero mío (Brun Canet), quien pensaba seguir allí la carrera de Ciencias Económicas, le fue a preguntar a nuestro profesor de Matemáticas en el Liceo de Mercedes¹⁶, si haría falta mucha “base” en matemáticas para poder seguir dicha carrera. El interrogado, mi recordado profesor Washington Lockhart, respondió: “¡Sí, base y altura...”. Efectivamente, he ahí lo que hace falta para estar capacitado con vistas a investigar, en cualquier materia: bases y también la altura. La base: amplia cantidad y buena calidad de lecturas efectuadas a lo largo de años, vale decir, estar acostumbrado *ya* a leer mucho y de buen nivel intelectual (¡dedicarle poco, muy pero muy poco tiempo por lo habitual a la televisión!). Y la altura es el “fosforito” (aquello de que les hablé antes), lo que no se recorta de Internet.

CUARTO. *Voluntad*: la “mística” por investigar de veras. Vale decir, poseer el gusto por “quemarse las pestañas” y el de pensar en cabeza propia, durante esfuerzos prolongados de estudio. Si a uno lo ponen a investigar por obligación, aunque usted sea supercapaz, no va a salir de ahí nada que valga la pena. Sólo el pensamiento que

¹⁶ Ciudad capital del Departamento de Soniano, en dicho país.

se siente a sí mismo en libertad para crear, puede tal vez –nunca es seguro– llegar a producir algo que tenga valor intelectual propiamente.

QUINTO. Posibilidades *materiales*: para investigar, se necesita contar con ciertos elementos de infraestructura. Actualmente hay que disponer de una computadora, con los “softwares” adecuados; poder consultar una biblioteca bien surtida y disponer de un lugar relativamente cómodo para leer; además, recibir cierto beneficio económico (si no como estudiante, en todo caso después), para no tener que consumir la mayor parte de su tiempo en otras actividades rentables (el investigador “de corazón” puede, acaso, hacer el sacrificio de aceptar ganar menos que en otras labores profesionales a su alcance, pero aun así requiere una retribución no magra del todo).

SEXTO. Es fundamental también la existencia de cierto *clima* colectivo, y en particular el de la propia institución, favorable a otorgar cierto reconocimiento público, con buena difusión (por lo menos entre unos círculos especializados), para las investigaciones de valía. Esto es, que la dedicación a investigar reciba verdadero aliento –en vez de toda suerte de trabas burocráticas primero y la indiferencia después– por parte del medio académico donde el investigador se mueve. Así, en cuanto a tener posibilidad efectiva de publicar sus estudios y que estos cosechen el eco de verdadera discusión académica en los círculos respectivos.

* * *

Es verdad que estos seis renglones, si bien constituyen condiciones necesarias (al menos algunas de ellas), tampoco pueden –ni ellas mismas, ni cualesquiera otras– *asegurar* la calidad de las investigaciones así emprendidas. En este plano no caben “garantías”, únicamente condiciones más propicias o condiciones frustrantes, en grados mayores o menores. Por lo demás, y aun si efectivamente logran darse en buena medida tales condiciones propicias, no menos cierto es que, siempre, los investigadores en serio no constituirán sino una *élite* muy reducida. No pueden ser, ni aproximadamente, muy numerosos como los profesionales en general de la disciplina investigada. Es así, quiérase o no, sobre todo por dos motivos capitales. De un lado, está lo que dije antes: “No es pa’ todos la bota ‘e potro”... (aquello del “fosforito”). Por lo demás, y aunque no sé por qué milagro resultara que los talentos necesarios para investigar (en serio) fueran muy abundantes, no se ve dónde haya lugar y financiamiento disponible para colocar a multitud de gente en tales actividades.

17. El enorme fraude (*contra la inteligencia y contra los propios estudiantes*) llamado “democratización” de la enseñanza universitaria

Pero estamos inmersos en la demagogia de la llamada “democratización”¹⁷. Esta consiste, al menos por cuanto concierne a la enseñanza universitaria y a la academia en general, en dos descomunales imposturas: partir de la base de que “todos” tienen las condiciones mentales como para poder seguir una carrera universitaria y que para *todos* los titulados (sea cual fuere su número) habrá buen sitio en el mercado laboral. Como nada de eso es cierto, resulta que a muchísima gente se le hace perder tiempo en obtener títulos que luego les servirán de poco o nada. De hecho, la democratización va de la mano con la imposición del facilismo/aprobismo como política principal de la enseñanza universitaria; y como directa consecuencia de esto mismo, gran abundancia del ejercicio irresponsable y hasta entrada fácil para las corrupciones, en el ejercicio profesional de los *así* graduados¹⁸.

Las consecuencias *prácticas* de la “democratización” son funestas, ante todo para muy buena parte de los propios “democratizados”. El estudio facilongo, la aprobación “a como haya lugar” para todos o casi todos los que se inscriben en cualquier materia de la Facultad de Derecho (por ejemplo), no elimina y ni siquiera reduce el resultado de que, en los hechos, apenas cierta parte de los egresados podrá sacarle buen provecho al título así obtenido. Entonces, en vez de operarse la selección por la vía del rigor académico de los cursos universitarios –con lo que nada más una parte de los estudiantes, aquellos verdaderamente capaces y esforzados, podrían obtener ese título–, en la realidad son otras las circunstancias que obrarán como *filtro*, solo que este operará libremente fuera de las aulas universitarias. En estas mismas, al fin de cuentas cualquiera puede aprobar, si tiene constancia, conozca o no conozca de veras lo que piden –¡solo en el papel!– los minuciosos programas estampados en los currículos oficiales. Entonces son los factores *extra*-académicos, *no* la medida de capacitación adquirida (si acaso) mediante los estudios universitarios –¡mas tampoco ninguna otra clase de vías verdaderamente democráticas!–, cuanto opera para *seleccionar*, de hecho, quiénes sean los privilegiados en lograr ejercer la carrera provechosamente.

El embuste del “todos pueden” para las aulas universitarias, *en la práctica* hace que lo verdaderamente decisivo para ubicarse bien como profesional, en la amplia mayoría de los casos, sean principalmente los contactos personales (las “patas”) y en general ciertas contingencias completamente azarosas del mercado (p. ej., a usted le cayó por casualidad un asunto muy “jugoso” y a partir de ahí se le abren puertas

¹⁷ Cf. *Pedagogismo...* [cit. n. 3]: cap. II.9 [nueva ed.: cap. III.8].

¹⁸ Cf. *Pedagogismo...*: [cit. n. 3]: Epil., sec. B (nueva ed.: cap. V.2); véase también “El desafío...” [cit. n. 3].

inesperadas). La selección para integrar una *élite* profesional siempre tiene lugar, quiérase o no. Sólo que, en vez de realizarse primordialmente (no digo exclusivamente) por la vía del factor calidad-exigencia en los estudios universitarios, ella se impondrá mediante los factores reales –“patas” económico-familiares o políticas, inescrupulosidad y demás– operantes en el mercado de trabajo capitalista o por padrinazgos políticos. En síntesis: raquílicas exigencias en el estudio y predominio generalizado de la baja calidad en los servicios profesionales, junto con mucha mayor libertad de los azares extraacadémicos para seleccionar las respectivas élites, he ahí los resultados *reales* de la “democratización”.

Por cuanto se refiere específicamente al asunto de la investigación en la Facultad de Derecho, la “democratización” se traduce en dos grandes falsedades: a) presuponer que todos los estudiantes tienen capacidad como para aprender, incluso rápidamente, a realizar investigaciones (que no sean de “mentirilla”); b) y que en el mercado laboral habrá sitio para que después sigan investigando todos (o al menos buena cantidad) de los que, habiendo aprendido eso así, quieran dedicarse a ello.

18. Unas sugerencias heurísticas (¡... Para equivocarse un poco menos!) Conclusiones fundamentales

Por todo lo que he venido señalando, ¿habrá que sacar la conclusión, simplemente, de que en verdad no existe nada que valga realmente la pena estudiar en cuanto a metodología, para mejorar la investigación sobre temas de derecho? No, no es exactamente eso lo que trato de hacer ver. Digo, sí, que no es cuestión de aprenderse unos manuales de métodos (mejor dicho: *pseudométodos*) para saber investigar. No quita que, en cambio, haya algunos conocimientos básicos, habitualmente ignorados por los juristas (y hasta pasados por alto también por la gran mayoría de los científicos sociales), que si bien no constituyen ninguna clase de métodos propiamente dichos, ayudan a *equivocarse un poco menos* al examinar la dinámica propia de cualesquiera discursos jurídicos, como también ante los de las ideologías sociales en general. Pero son apenas unas *pistas heurísticas*, su rol es simplemente como “ideas a tener en cuenta” (Vaz Ferreira)¹⁹.

Se trata, sobre todo, de estar suficiente alerta en general a las celadas que nos tiende el lenguaje, para no dejarse “seducir” tan fácilmente por sus “encantamientos” (palabras de Wittgenstein). Ellas se hacen presentes, en forma por demás abundante, también en los razonamientos jurídicos: la “Superstición del Único Significado

¹⁹ Cf. *El espejismo...* [cit. n.4], t. II: § 87.b y p. 302

Verdadero”²⁰ (así, el mito de que cada disposición jurídica no admite más que una sola interpretación correcta), variadas formas del esencialismo (así, la creencia en unas “naturalezas” jurídicas), conceptos jurídicos muy indeterminados y hasta “fórmulas vacías” (p. ej.: “sana crítica”, “bien común”, etc.), faltas de distinción entre enunciados normativos y enunciados empíricos, etcétera .

Aquí no puedo detenerme a explicar mejor esto último. Lo cierto es que los pocos que puedan y quieran dedicarse a la investigación jurídica (en serio) obtendrán muchísimo más provecho de, por ejemplo, unos libritos como la *Lógica viva* de Vaz Ferreira²² y los *Apuntes* de Carrió²³ sobre cómo funcionan los razonamientos reales, o aun mi propia compilación de “Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas” de los discursos jurídicos²⁴, que poniéndose a perder su tiempo en tratar de memorizar unos supuestos “métodos” de investigación, sean cuales fueren. Sólo comprendiendo cuál es la verdadera *dinámica* lingüística que mueve a los razonamientos de los profesionales del derecho, únicamente así es posible corregir –hasta cierto punto– estos discursos, para permitirles resolver más adecuadamente, con vistas a la *práctica* misma, los intrínquilos jurídicos que sea. Para estos efectos, es fundamental darse cuenta de los vicios de fondo del *normativismo* como forma de pensamiento sobre el derecho²⁵, cuestión de evitar caer en estos mismos, bajo una u otra forma, igualmente al investigar las cuestiones jurídicas planteadas. Esos vicios suelen pasar desapercibidos en el razonamiento jurídico, debido justamente a la “inocencia” lingüística que caracteriza al pensamiento de sus operadores en general. La creencia de que todo es cuestión de aprenderse unos “métodos”, no es sino otra manifestación más de esa vertebral inocencia con respecto a las dinámicas

²⁰ “...la *Superstición del Único Significado Verdadero* –tal como la ha denominado I. A. Richards–, lo cual puede tener consecuencias muy serias en cualquier campo del saber, y es fatal para cualquier pretensión de adelanto en el campo de la ética” (Charles L. Stevenson, *Ética y lenguaje*, trad. Eduardo A. Rabosi. Buenos Aires: Paidós, 1971: 86). En los discursos doctrinarios y jurisprudenciales del derecho, justamente esa misma Superstición es pilar clave en el tipo de pensamiento que constituye lo que es el *normativismo* jurídico [*infra*: n. 39].

²¹ Véase E. P. Haba, *Axiología jurídica fundamental (Axiología II). Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*. Editorial de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C.R.), 2004, xxi-367 p.: *passim*.

²² Carlos Vaz Ferreira, *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica; Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. IV, Montevideo, 1963. [Ed. or. 1910; hay también eds. en Losada, Buenos Aires.]*

²³ Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965 [con el mismo título hay una ed. de 1990, donde se incluyen también otros estudios de ese autor].

²⁴ *Supra*: n. 34.

²⁵ Cf. *Axiología II* [cit. n. 35]: sec. G.II, esp. § 1. Para un tratamiento más completo de esa cuestión, véase E.P. Haba, *Metodología jurídica intransigente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, (Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson Madrid 2006: sección C.II.

básicas que mueven al *lenguaje* jurídico, es decir, a los discursos de los operadores del derecho tal como funcionan *realmente*.

* * *

Para finalizar, sintetizo mis conclusiones fundamentales:

- Por encima de todo, ¡**ANTIFACILISMO!**!: en vez tratar de procurarse unas formulitas para “investigar” por machotes, primero es cuestión de quemarse las pestañas **LEYENDO MUCHO**, principalmente estudios en serio. Y después, ¡a **REFLEXIONAR** (si es que el “fosforito” propio da)!
- Además, ¡aprender a superar las estrecheces inmanentes al pensamiento normativista!: prepararse para advertir las **CELADAS DEL LENGUAJE** dominantes en la doctrina jurídica.

Estas dos elementales ideas heurísticas, no ningún “método” o conjunto de “métodos” formalistas, acaso puedan abrirles a algunos de ustedes las puertas hacia caminos por transitar para la realización de investigaciones jurídicas en serio. Si esas puertas no logran ustedes abrirlas de tal manera, tampoco van a poder conseguirlo de ningún otro modo. Eso sí, ninguna puerta es el camino mismo. Llegar a abrirla, o entreabrirla, nos pone apenas ante cierta *posibilidad* de tratar de tomar por él. El camino en sí ha de transitarlo, o mejor dicho hacerlo, cada quien por sí mismo... ¡si es que el “fosforito” y también las ganas le dan para tanto!

Ojalá que mis observaciones puedan haber despertado, en algunos de ustedes, no solo la desilusión indispensable con respecto a unos supuestos “métodos” que tal vez les sean señalados por ahí, sino también las ganas —¡a pesar de todo!— de aventurarse por la **INCÓMODA** senda de “hincarle diente” a todo el esfuerzo mental que se requiere para efectuar una investigación en serio.

VII. SUPLEMENTO

Cuestiones metodológicas de la investigación jurídica *en serio* (pero básicamente ilusa)

Comentario bibliográfico crítico

Las puntualizaciones efectuadas a lo largo de este trabajo libro podrían acaso suscitar la impresión de que, para efectuar investigaciones jurídicas valiosas, basta contar con unas destrezas intelectuales de orden *general* y la actitud básica de estar dispuesto a ponerlas *esforzadamente* al servicio del estudio sobre un tema en especial. Por tanto, la *metodología* jurídica en sí misma tendría nada o muy poco que enseñar al investigador para guiarle en su trabajo. Me importa salir al paso de tal suposición.

Lo que he criticado aquí, no son los estudios de metodología jurídica *in genere*, sino algo mucho más específico: ese *tipo* predominante de manuales que ofrecen como unas “fórmulas” estandarizadas para tales efectos [esp. véase: Supl. del § 2 y sec. V]. Mas también hay, desde mucho tiempo atrás, otra clase de visiones al respecto. No escasean estudios en profundidad sobre el pensamiento jurídico donde, contrariamente a lo sugerido por aquellos manuales simplistas, se discuten en profundidad cuestiones básicas sobre las maneras cómo *piensan* los juristas. Tales enfoques han puesto sobre el tapete aspectos *de fondo* en cuanto a dichas maneras, sea más o sea menos críticamente. Son estudios sobre la *teoría* del derecho en sí misma. Ahí se trata de sacar a luz unas bases de pensamiento que los juristas en general aplican de modo más bien poco autoconsciente.

Estos otros trabajos no son unos manuales de recetas “machoteras”, sino que aportan sobre todo ángulos de visión *problematizadores*. Cuando lo que se llama “metodología” del derecho consiste en puntualizaciones de *tal* naturaleza, es posible –¡pero no seguro!– que contengan elementos de conocimiento indispensables para lograr que el estudio de los razonamientos jurídicos pueda ser abordado de maneras mucho menos ingenuas, y también menos confusionistas, que en la doctrina jurídica corriente. El estar debidamente al tanto de unos elementos teóricos como los señalados en algunos de esos estudios es de la mayor importancia para “enrumbar” de la mejor manera cualquier investigación jurídica.

Voy a comentar a continuación una obra colectiva que reúne trabajos de tal índole: C. Courtis (Ed.), *Observar la ley*²⁶. Un libro como ese, aun con independencia de mis reparos con respecto a su línea de orientación más general²⁷, es muy aprovechable para hacer ver un amplio espectro de cuestiones fundamentales que suelen permanecer desapercibidas. Y tanto más ignoradas quedan mientras el asunto de la investigación jurídica se vea bajo la óptica del cuentito de aprenderse unos “métodos” para sacarlas adelante.

* * *

Ese libro se ocupa de cuestiones que resultan absolutamente fundamentales –tén-gase o no conciencia clara de ello– para determinar el *marco teórico* de cualquier investigación sobre cuestiones de derecho, o sea, para elegir la orientación que se adopte en el examen del tema encarado. El contenido general de la obra ha sido resumido así por el prologuista y por el editor: “1) algunas indicaciones –de tono

²⁶ AA.VV., *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Edición de Christian Courtis, Prólogo de Manuel Atienza. Madrid: Trotta (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho), 2006, 413 p.

²⁷ Para una orientación diferente, puede verse mi propio libro sobre *Metodología...* [ref. n. 39].

muy crítico— sobre cómo elaboran su trabajo —sus escritos— los juristas dogmáticos y los estudiantes de posgrado en España y en Latinoamérica; 2) una serie de consejos o sugerencias sobre cómo deberían llevar a cabo esa tarea; y 3) diversas consideraciones teóricas sobre la naturaleza y la función del conocimiento jurídico y, en particular, sobre el saber jurídico por antonomasia: la dogmática jurídica” (M. Atienza, p. 9) — “...el libro contiene un primer grupo de textos que introducen el problema del método en el derecho, y del tipo de objeto, lenguaje, modelos conceptuales, discusiones, preguntas y aproximaciones que suelen caracterizar el trabajo de los juristas. Un segundo grupo de artículos analiza con algún detenimiento diferentes puntos de vista y distintas reconstrucciones de su objeto, asumidos por los juristas en el momento de encarar la tarea de producir conocimiento sobre el derecho. Entre ellos, el trabajo académico de orientación dogmática, la investigación empírica del derecho, el análisis económico del derecho, el análisis ideológico del derecho, y la denominada “perspectiva de género”. Campea en la compilación un cierto “pluralismo teórico”...” (C. Curtis, p. 15).

Por mi parte, recogí la impresión de que, por debajo de ese “pluralismo teórico”, casi todos los autores de estos trabajos están bastante de acuerdo en la perspectiva central. Es la que se encuentra señalada, aunque apenas de paso (y sin considerarla, me parece, como característica también de esta misma compilación), por el propio editor en su Introducción. En efecto, uno de los dos grandes tipos de exámenes que se presentan bajo títulos como “metodología de la investigación jurídica” aparece caracterizado allí con estas palabras: “...en su intento por “reconstruir racionalmente” el trabajo intelectual de los juristas, lo que ofrecen es un modelo en apariencia muy racional, pero que no se asemeja en nada a lo que los juristas hacen *cotidianamente*. La “reconstrucción” parece más bien una *cirugía estética*” (p. 14, cursivas añadidas). ¡No podría decirse mejor! Pero mucho me temo que tal observación, no menos certera que luminosamente gráfica, le es aplicable asimismo a la tónica más general que domina en la presente obra.

Claro que hasta las cirugías estéticas conservan ciertos rasgos de la fachada original; unas más y otras menos, dependiendo del cirujano. Así, en el caso de esta compilación, es cierto que no faltan múltiples observaciones donde se indican aspectos de “lo que los juristas hacen *cotidianamente*” como letra de sus discursos. Se señalan muchas figuras semánticas fundamentales que efectivamente aparecen (a veces unas, a veces otras) en esos discursos. Mas la cuestión clave es: ¿qué clase de consecuencias metodológicas principales se sacan de tales presentaciones? Ahí es donde, a mi juicio, lo que en el libro predomina ampliamente es el efecto de “*cirugía estética*”. La generalidad de los estudios reunidos tienden a presentar de manera lógico-estilizada dichas formas semánticas —tomándole la palabra a la

dogmática académica— y tratan de mejorarlas mediante un variado repertorio de buenos consejos con respecto a técnicas discursivo-*racionales*. Como asunción básica subyacente ellos comparten, al menos no lo impugnan, que los discursos jurídicos están en el mundo para ser bien *racionales*; y que si no lo son bastante, es porque los juristas no han tenido aún la oportunidad de conocer esas otras técnicas mejores. Solo que, esas dos presuposiciones claves —unos mitos académicos, diría yo— no aparecen tematizadas, y mucho menos sometidas a discusión, en esta obra; con la solitaria excepción del ensayo de Salas, al referirse a “la dogmática como una “forma de vida”” (esp. p. 268 ss.), y tal vez algo de ello podría colegirse, pero más bien indirectamente, con base en el estudio de Courtis sobre “análisis ideológico del derecho” (esp. p. 384 ss.).

Se da así por descontado que la metodología jurídica constituye, o podría ser transformada, en una empresa de orden *propiamente* científico (ciencia “blanda”, acaso). Sería una región del pensamiento donde impere la vocación primordial de sujetarse a técnicas intelectuales lo *más* rigurosas posible, entre las adecuadas para conocer de veras —esto es, con el menor margen de distorsiones de que sea capaz el pensamiento científico en las ciencias sociales— los aspectos relevantes de sus objetos de estudio. Bajo tal óptica, resulta que lo de “observar la ley” es considerado como algo que es, o se puede hacer que llegue a ser, asunto de convencer a juristas, por cierto ideales, de que tomen debidamente en cuenta algunos saberes que hasta ahora suelen antes bien pasar por alto. Y asimismo cabría presuponer —digo yo— que ellos desempeñan esos discursos en situaciones sociales y profesionales no menos ideales, pues solo entonces podrían dedicar el tiempo suficiente y una reflexión intelectual emancipada de presiones sociales a razonar justamente *así*.

Casi todos los estudios de este libro comparten, pues, la actitud ampliamente dominante en la actual meta-Teoría del Derecho, el dedicarse a desmenuzar unas posibilidades meramente lógico-*semánticas* de los discursos jurídicos. Su interés central no se dirige al derecho como *pragmática* lingüística, sino a unos juegos de lenguaje dogmático-profesionales tomados como valiosos *en sí* y por sí. Los autores se conforman con destacar tales o cuales fórmulas de razonamientos compatibles con unas u otras entre las múltiples posibilidades “gramaticales” (Wittgenstein) empleadas para dichos juegos discursivos. En cambio, mantienen fuera de foco el carácter substancialmente retórico-*extracientífico* que *inevitablemente*, por sus funciones sociales *propias*, los discursos jurídicos están llamados a desempeñar en la práctica: funciones simbólico-persuasivas, legitimación de unas u otras distribuciones desigualitarias de los bienes, apuntalar jerarquías de poder, aseguramiento de variados tipos de intereses personales (comprendidos los intereses gremiales de esos mismos locutores profesionales), etcétera. Lo cierto es que, si esos razonamientos

fueran *verdaderamente* científico-rationales, demasiado a menudo no servirían para lo que sirven: convencer y apaciguar, no a unos desencarnados locutores racionales, sino a la gente en general. Sí, toda visión principalmente racionalista con respecto a cómo se conforman o puedan llegar a conformarse los discursos de los juristas no puede menos que desembocar, quiérase o no, en unas “cirugías estéticas” de su material de estudio.

* * *

Ahora bien, por mi parte vengo dando por supuesto que el objetivo de la metodología jurídica es proporcionar herramientas para que los discursos profesionales del derecho alcancen tales o cuales efectos *en la práctica*. Mas corresponde reconocer que las investigaciones sobre cuestiones jurídicas pueden estar encaminadas también a otros fines de conocimiento; vale decir, también a unos que, si bien son inocuos para guiar las prácticas jurídicas corrientes, le resultan interesantes *por sí mismos* a ciertos círculos de académicos. Yo no veo nada de ilegítimo en esto último; sin ir más lejos, el presente comentario no puede aspirar a tener ningún otro sentido que uno como ese. Muchas actividades “inútiles”, por llamarle así, son tan o más valiosas, juzgadas en función de los intereses humanos *reales* que ellas están ahí para satisfacer, que tantas otras conductas llevadas a cabo porque sirven como medios instrumentales “utilitarios”. Aquellas actividades consisten en entretenimientos de muy variada índole, sean de carácter primordialmente intelectual (ajedrez, filosofía, sociología, antropología, acertijos, etc.) o de otras especies (deportes, variadas modalidades artísticas, etc.).

La meta-Teoría del Derecho (¡no confundir con la dogmática jurídica profesional misma!), disciplina a que corresponden los ensayos de ese libro, no constituye sino otro más de los tantos *hobbies* de entretenimiento mental, cuyas funciones reales son principalmente brindar satisfacción a unas u otras especies compartidas de gustos personales dirigidos en tal sentido –como también, desde luego, brindar oportunidades de empleo y de estatus a cierta cantidad de sus cultores en particular–. En dicha disciplina, como en no pocas entre las múltiples especies de estudios académicos, el juego es uno de orden específicamente intelectual, cuya “gracia” consiste en manejar ciertos tipos de *conocimientos*, verdaderos o presuntos. Poco importa –¡de hecho!– para los efectos de disfrutar del juego *en sí mismo*, por parte de sus propios aficionados, si después de todo tales saberes sirvan o no sirvan para otras cosas además.

Quiere decir que, más allá de cuáles sean las ilusiones que personalmente cada uno de los autores de estos ensayos pueda acaso haber tejido sobre la trascendencia práctica de cuanto él señala ahí, es de justicia que esos estudios sean aquilatados también en otro plano: no en sus remotas posibilidades de conseguir inducir unos

aprovechamientos inéditos como tecnología para los discursos jurídicos *efectivos*, sino lo traído a colación ahí en materia de *conocimientos*, considerados simplemente como tales. Útiles o no (altamente probable es lo segundo), esos conocimientos se refieren a cuestiones importantes para poder investigar de manera más iluminadora unos u otros aspectos que se consideren de interés, entre los comprendidos en la multifacética fenomenología de que se compone el mundo de todo aquello que aparece imputado a los términos “derecho” o “jurídico”.

El propio editor señala que “son destinatarios principales del libro... quienes quieran emprender la tarea de realizar trabajos *académicos* en el derecho” (p. 15, cursiva añadida). Solo que, la pregunta clave es: ¿para qué se supone que *sirvan* esos trabajos? ¿Como una actividad lúdica de obtener ciertos conocimientos por el conocimiento mismo, simplemente (o en todo caso para cumplir con unos requisitos curriculares)? ¿O bien, se piensa que esas investigaciones servirán incluso para que parte de los propios operadores del derecho se decidan a modificar tales o cuales aspectos en la *práctica* misma de sus discursos profesionales? Estos interrogantes, los cuales a mi juicio son absolutamente decisivos para determinar cómo ha de orientarse cualquier investigación sobre cuestiones del derecho, no veo que se encuentren tematizados en ninguno de los dos trabajos de introducción general a los contenidos de la obra (Atienza, 9 ss.; Courtis, 13 ss.), ni asoman a la luz en la generalidad de los estudios allí reunidos [excepción: Salas, críticamente (259 ss.), y Anitua (299 ss.), pero este último asumiendo sin más los presupuestos racionalistas (§ 2)]. Se echa de menos la lúcida distinción fundamental subrayada por Kelsen (*Teoría pura...*, § 47): una cosa es la “ciencia” jurídica (objetivo: *conocimiento* verdadero), otra muy distinta es la *práctica* jurídica misma y su dogmática profesional (*no-ciencia*, sino: política, ficciones, retórica). [Es sintomático que esa distinción clave no aparezca para nada clara en las sutilezas sobre las que se concentra el apartado donde más detenidamente se hace referencia a ese autor: 233 ss.].

Al no ser planteadas tales interrogantes abiertamente, lo más probable es que ello tampoco sea percibido por los propios lectores. Y menos que menos, por parte de aquellos habituados a tomarse de la mano de los autores que hoy están de moda en Teoría del Derecho, para entretenerse con unos ejercicios de “cirugía estética” en el universo lingüístico del derecho ideal (idílicas teorías “razonabilistas” de la argumentación y “constructivismos” en general, embelesos de narratología, divertimentos algebraicos de lógica deóntica y semánticas formalistas en general, exámenes “sistémicos” consistentes en pedantes cartografías terminológicas que no son susceptibles de falsación empírica, etc.). No poco sintomático, en tal sentido, es que los más citados en esta compilación sean unos propulsores de esos escapismos racioilusionistas justamente (Aarnio, Alchourrón, Alexy, Atienza,

Bulygin, Dworkin, Nino y otros). En cambio, con respecto a los pensadores más agudos en la historia de la reflexión sobre el derecho se encuentra solo alguna que otra alusión secundaria, salvo acerca de Kelsen y Hart, o no aparecen del todo. Lo que importa, desde luego, no es que no se mencionen sus nombres, pero da toda la impresión de que, como es habitual en las nuevas generaciones, no se tiene noticia de ideas fundamentales y exámenes insustituibles puestos sobre el tapete por esos autores que hoy no son punto de referencia. Más de una candidez escapista, de las que corren con imperturbado viento a favor en dicha disciplina actualmente, tal vez no obtendría con tanta comodidad su celebridad de *marketing* ante círculos académicos menos ayunos de esos conocimientos.

Claro que la historia de la reflexión sobre lo jurídico no puede, ni tiene por qué, quedarse detenida allí. Siempre habrá aspectos novedosos por señalar, como también unos que valga la pena reexaminar complementariamente desde perspectivas inéditas o desarrollando aún otras anteriores. De ahí que, sin perjuicio de los reparos de fondo señalados, también me importa subrayar que este libro ofrece no pocas observaciones muy pertinentes sobre los temas tratados, que están lejos de ser obvias. Ellas merecen ser tomadas en cuenta como puntualizaciones de mucho interés, para el círculo de los lectores aficionados a la Teoría del Derecho. Y sobre todo, justo es reconocer que esta obra tiene un mérito poco común: se aparta ostensiblemente de la simplista senda que suelen cultivar los libros que pueblan el mercado editorial “bajo el título habitual de “metodología de la investigación jurídica”, “cómo investigar en derecho”, “cómo hacer una tesis en derecho” y otros similares” (Intr., p. 14). Esos libros no aportan, al fin de cuentas, sino unas recomendaciones sobre aspectos tan secundarios –¡pero haciendo entrever que son lo principal!– como los siguientes: “...cómo se debe numerar las secciones de un capítulo, cómo se cita correctamente... [y ahí lo del] método consiste [primordialmente] en obtener textos legales o sentencias, revisar bibliotecas y recoger opiniones de autores que ya escribieron sobre el tema elegido” (*ibid.*). La compilación aquí comentada ofrece, por cierto, otra cosa. En ella se sacan a la luz buena parte de los *problemas* de fondo que enfrenta toda investigación *en serio*, esas cuestiones principales que aquellas publicaciones corrientes dejan entre bambalinas. Sí, una obra como esta resulta muy recomendable, por lo problematizadora que ella es (a pesar de todo), para alertar en cuanto a que, para efectuar investigaciones jurídicas *en serio*, no es cuestión de contentarse con los espejismos de “métodos” ofrecidos por dichos manuales de recetarios disimuladores.

* * *

Pienso que al lector de este comentario ha de interesarle también contar con una referencia algo más específica sobre contenidos concretos desarrollados en ese libro

(el *Índice general* analítico ubicado al final, pp. 409-413, los consigna en detalle). Paso a mencionar algunos de ellos, señalando los estudios respectivos, y desde luego que escogiéndolos en función de mis propios intereses en la materia (no significa que los restantes estudios carezcan de información rescatable).

La contribución de J. A. Cruz Parceró [“Los métodos para los juristas”, 17 ss.] deja bien en claro que los juristas realizan unas actividades intelectuales de tipos muy distintos —el autor describe nada menos que trece—, lo cual puede requerir respectivamente emplear métodos diferentes, incluso unos provenientes de otras disciplinas de las ciencias sociales. El estudio de J. R. de Lima López [“Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, 41 ss.] contiene importantes precisiones sobre aspectos como los usos del lenguaje para el derecho [§ 1], carácter decisivo de los aspectos teóricos que comandan el rumbo tomado por cada investigación [§ 2], determinación del “problema” por considerar [§ 3] y el verdadero papel de las “hipótesis” para investigar cuestiones jurídicas [§ 4], etc. Una diferenciada descripción de procedimientos específicamente iusdogmáticos ofrece C. Courtis [“El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, 105 ss.], donde distingue entre sí varios de ellos y señala las respectivas características básicas. Por su parte, O. Sarlo [“El marco teórico en la investigación dogmática”, 175 ss.] ofrece un minucioso cuadro de los cuidados de teoría analítica que debieran tomarse para efectuar investigaciones serias en ese campo.

No disimularé que “me cayeron muy bien”, por su tenor llanamente desmitificador, dos trabajos que se ubican más bien aparte de la impronta general logicista-ilusionista predominante. En el estudio de M. E. Salas [“La dogmática jurídico-penal: ¿Un viaje fantástico al reino de Absurdistán o un arma eficaz contra la irracionalidad de la justicia penal?”, 259 ss.] se coge por las astas el asunto del discurso jurídico como “forma de vida”, o sea, ese lenguaje en cuanto él mismo conforma unos desempeños *pragmáticos*. Por otro lado, L. Oliveira [““No me venga con el Código de Hammurabi...” La investigación socio-jurídica en los estudios de postgrado en derecho”, 277 ss.] subraya el “manualismo” y “revencionalismo” que caracterizan a la doctrina del derecho aplicada en la práctica, como también hace ver otras observaciones en dirección plenamente *realista* sobre vicios fundamentales de enfoque habituales en las investigaciones jurídicas en general y con respecto a las socio-jurídicas en particular.

Si bien la mayor parte de la obra está consagrada, mal que bien, a cuestiones de cómo “acomodar” la dogmática jurídica, las tres contribuciones finales abren la ventana hacia otras perspectivas. Contiene mucha información el trabajo de I. Ortiz de Urbina Gimeno sobre análisis económico del derecho [“El análisis económico del derecho: ¿método útil o ideología nefasta?”, 321 ss.], pero no encara

el problema básico con respecto a ello: ¿de veras son los operadores jurídicos, o puede hacerse que sean, unos agentes *principalmente* racionales? Por su parte, C. Courtis [“Detrás de la ley, Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, 349 ss.] deja convenientemente discriminados variados ángulos desde los cuales pueden plantearse investigaciones sobre las relaciones entre fenómenos jurídicos e ideologías. Y P. Víturro, en un ensayo breve pero substancioso (“Constancias”, 393 ss.), propone abandonar la ontologización que significa la llamada “perspectiva de género” (ese nuevo fundamentalismo, diría yo, que al fin de cuentas reivindica para el propio sexo femenino la adopción de la “perspectiva” machista); esa autora invita a sustituir dicha perspectiva por enfoques que sean “antidiscriminatorios” *sin más*, también para cuanto respecta a la crítica sobre condiciones establecidas por el discurso jurídico. Mediante esos dos últimos trabajos la obra termina apuntando, después de todo, hacia horizontes de conocimiento menos engrilletados a los ilusionismos racionalistas que ella irradia en general.



Autor: Edwin Farfán Rodríguez

Título: Santa Cruz

Técnica: Carbón sobre papel

Dimensiones: 1 x 1.50 m

CÓMO SE CONSTRUYE UN SISTEMA CATEGORIAL*

-
- * Este artículo se inscribe en la investigación de corte cualitativo que combina estrategias interactivas y documentales “Caracterización y significado de las prácticas académicas en la Universidad de Antioquia, sede central 2007- 2008”. Inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia y en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad, cuya investigadora principal es la profesora Isabel Puerta Lopera. Es un documento de avance elaborado mediante la reflexión colectiva del grupo de investigación sobre un tema metodológico que ha sido transversal al proceso investigativo: La construcción del sistema categorial. La edición del texto estuvo a cargo de la Trabajadora Social Erika María Ramírez Obando.

Fecha de recepción: Abril 30 de 2008

Fecha de aprobación: Mayo 23 de 2008

CÓMO SE CONSTRUYE UN SISTEMA CATEGORIAL

La experiencia de la investigación: *caracterización y significado de las prácticas académicas en la Universidad de Antioquia, sede central 2007-2008*

*María Nubia Aristizábal Salazar***

*María Eumelia Galeano Marín****

RESUMEN

El proyecto de investigación “Caracterización y significados de las prácticas académicas en los programas de pregrado de la Universidad de Antioquia” que, adelanta el Grupo Interdisciplinario de Investigación de prácticas académicas, es un estudio con enfoque cualitativo que pretende, no sólo construir con diversos participantes comprensiones sobre las prácticas académicas basadas en el diálogo y la inter subjetividad sino, dar cuenta del camino recorrido para elaborar dichas comprensiones.

Este artículo se inscribe en este proceso de elaboración reflexiva y colectiva de la memoria metodológica de la investigación, caracterizada por la apertura, flexibilidad y emergencia. Su propósito es compartir, con quienes han participado en la investigación y con la comunidad académica las diferencias entre el diseño de la investigación y su implementación, los dilemas metodológicos, teóricos, éticos e instrumentales que se han enfrentado y las formas como han sido asumidos, las decisiones tomadas y los argumentos que las avalan. Se da cuenta de cómo se construyó, de manera interdisciplinaria y mediante el trabajo colectivo el sistema categorial que orienta la investigación, los momentos en su elaboración con los tránsitos teóricos y metodológicos del grupo de investigación.

La reflexión que se comparte ha significado para el grupo una vivencia pedagógica y humana de volver sobre el camino recorrido para reflexionarlo y aprender de la experiencia. Su pretensión es responder a la pregunta por el cómo se ha abordado la comprensión de las prácticas académicas en la Universidad de Antioquia.

Palabras clave: investigación cualitativa, memoria metodológica, sistema categorial, prácticas académicas, categorías, proceso metodológico.

HOW TO CONSTRUCT A CATEGORIES SYSTEM

ABSTRACT

The research project: “Characteristics and significance of the academic practices in the undergraduate programs at the University of Antioquia” developed by the “Grupo Interdisciplinario de Investigación de prácticas académicas”, is a study with a qualitative perspective which pretends, not only to build with diverse participants understandings through the dialogue and intersubjectivity, but also to show the way to elaborate them.

This article presents the reflexive and collective process in the elaboration of the methodological memory of the research, characterized by the aperture, flexibility and emergence. The purpose is to share, with the participants of the research and the academic community, the differences between the research design and its implementation; the methodological, theoretical, ethical and instrumental dilemmas confronted and the ways to resolve them; the decisions taken and the arguments which support them. It tells how through interdisciplinary and collective work the categorial system which oriented the research, was built, the moments of its elaboration with the theoretical and mythological transits of the research group.

This reflection is for the research group a pedagogical and human experience which implies the rebuilding of the experience, to evaluate it and learn from it. Its purpose is to give an answer about the question of how the understandings of the academic practices in the University of Antioquia were built.

Key words: qualitative research, methodological memory, categorial system, academic practices, categories, methodological process.

** Trabajadora Social. Docente del Departamento de Trabajo Social de la Universidad de Antioquia. Especialista en Gerencia del Desarrollo Social. Estudiante de Doctorado en Intervención Educativa con énfasis en Evaluación de la Universidad de Valencia, España.

*** Socióloga de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magister en Administración Educativa de la Universidad de Antioquia. Estudios de postgrado en Sociología del Desarrollo Latinoamericano en la Universidad de Essex, Inglaterra. Especialista en Farmacodependencia (Funlam). Docente en el Departamento de Sociología. Asesora metodológica de diversos proyectos de investigación desarrollados en la Vicerrectoría de Docencia de la Universidad de Antioquia.

CÓMO SE CONSTRUYE UN SISTEMA CATEGORIAL

La experiencia de la investigación: *Caracterización y significado de las prácticas académicas en la Universidad de Antioquia, sede central 2007-2008*

INTRODUCCIÓN

El proyecto de investigación “Caracterización y significados de las prácticas académicas en los programas de pregrado de la Universidad de Antioquia” que, atendiendo a las sugerencias del Comité Nacional de Acreditación –CNA–, con el apoyo de las Vicerrectorías de Docencia y Extensión y del Comité Central de Investigaciones, adelanta el Grupo Interdisciplinario de Investigación de Prácticas Académicas, es un estudio con enfoque cualitativo que pretende, no sólo construir con diversos participantes comprensiones sobre las prácticas académicas basadas en el diálogo y la ínter subjetividad sino, dar cuenta del camino recorrido para elaborar dichas comprensiones.

Por su vocación de permanencia, que no se agota con este proyecto, y por considerar que la investigación y la formación van unidas, este grupo se ha propuesto reflexionar, discutir y difundir las implicaciones metodológicas del proceso de investigación, las lecciones aprendidas, las respuestas, las sin respuestas, las nuevas preguntas, asunto poco usual en los informes de investigación que por lo general se centran en los hallazgos teóricos o de campo. Su sentido es presentar a la comunidad académica, a manera de memoria metodológica, esta reflexión para que este camino y la forma de recorrerlo puedan ser referentes para otras investigaciones.

Este artículo se inscribe en este proceso de elaboración reflexiva y colectiva de la memoria metodológica de la investigación, caracterizada por la apertura, flexibilidad y emergencia. Su propósito es compartir, con quienes han participado en la investigación y con la comunidad académica los tránsitos entre el diseño de la investigación y su implementación, los dilemas metodológicos, teóricos, éticos e instrumentales que se han enfrentado y las formas como han sido asumidos, las decisiones tomadas y los argumentos que las avalan.

Para el equipo que viene desarrollando la investigación, la construcción del sistema categorial¹ se ha constituido en uno de los ejes transversales de la reflexión y trabajo

¹ Por sistema categorial el grupo entiende el conjunto de categorías con sus relaciones que guían la investigación y apoyan el análisis (Vélez y Galeano, 2000 y Galeano, 2004).

grupales. Su proceso de elaboración refleja, de alguna manera, la historia académica de la investigación: las discusiones teóricas y metodológicas que en colectivo se han dado, los tránsitos de un concepto a otro, de una teoría a otra, la necesidad de diferenciar referentes conceptuales y contextuales de las categorías que centran la investigación, los aportes de autores y participantes que van dando lugar a la necesidad de incluir categorías emergentes, agrupar unas o desagregar otras, dotar de sentido las categorías inicialmente propuestas que mantienen su vigencia y argumentar la no inclusión de algunas que con el desarrollo de la investigación muestran su no pertinencia. Igualmente, ha permitido orientar el diseño de los instrumentos de recolección y generación de información, mostrando la necesidad de introducir algunos instrumentos y contar con participantes inicialmente no previstos. En cuanto al apoyo técnico en la sistematización de información, ha posibilitado argumentar la pertinencia del programa SPSS para los datos cuantitativos y de cuadros, matrices, diagramas para la categorización y análisis de los datos cualitativos. Los tránsitos teóricos y metodológicos se ilustran con los diagramas y cuadros que se incluyen en este texto y que muestran el paso de esquemas lineales a diagramas con movimiento e interacción.

El sistema categorial construido específicamente para esta investigación ha tenido como referentes permanentes el objeto y objetivos de la investigación, y las dimensiones o temas eje que define el grupo a través del consenso, basado en la lectura de fuentes secundarias, la argumentación y la interacción permanente con los diferentes actores del proceso investigativo, los encuentros académicos con los coordinadores de práctica, los conversatorios con expertos y los datos suministrados a través de los instrumentos de recolección de información.

Como recurso teórico y metodológico, el sistema categorial presenta en sus múltiples relaciones las categorías² (centrales, de primero, segundo, tercer y cuarto orden) y aquellas que por su articulación con todas las anteriores se denominan transversales, y se constituye en bitácora permanente de la investigación: orienta la construcción de referentes conceptuales, permite dotar de sentido las categorías, establecer las articulaciones entre ellas, identificar matices y divergencias conceptuales.

Desde la perspectiva metodológica, se constituye en una brújula que orienta el diseño de instrumentos, la recolección y generación de información proveniente de múltiples fuentes documentales y primarias, su registro ordenado, sistematización y análisis. Permite focalizar las búsquedas y evaluar permanentemente el desarrollo de la investigación.

² Por categorías el grupo asume el concepto de Alvarado, 1993:274: "construcciones para ordenar el mundo vivido y al mismo tiempo como una visión anticipada de dicho mundo"

Este texto da cuenta de cómo se construyó, de manera interdisciplinaria y mediante el trabajo colectivo este sistema categorial, los momentos en su elaboración con los tránsitos teóricos y metodológicos del grupo. La reflexión que hoy compartimos ha significado para el grupo una vivencia pedagógica y humana de volver sobre el camino recorrido para reflexionarlo y aprender de la experiencia. Su pretensión es responder a la pregunta por el cómo se ha abordado la comprensión de las prácticas académicas en la Universidad de Antioquia.

1. LOS MOMENTOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA CATEGORIAL

En la construcción del sistema categorial se identifican tres momentos, coincidentes con los plantados por los teóricos de la investigación cualitativa.

1.1 Primer momento Exploración: coincide con el primer año de trabajo (septiembre 2004 a septiembre 2005) la conformación del grupo de investigación y primeras búsquedas. La exploración permite entrar en contacto con el problema o situación que se investiga. Se caracteriza por la dificultad para elaborar los objetivos generales y específicos de la investigación. Pesan más las búsquedas individuales que las grupales. El objeto de estudio está preconfigurado y por tanto, se trabaja con intuiciones, preguntas iniciales, datos sueltos, imprecisos, sin coherencia ni articulación, sensaciones y concepciones que adquieren sentido en la medida en que la investigación avanza. La revisión documental, las conversaciones con expertos y el trabajo reflexivo del grupo se convierten en actividades básicas en este momento de la investigación. Inicialmente la investigación se formula con la modalidad de estado del arte, que resulta inadecuada para los propósitos que tanto las Vicerrectorías como el grupo de investigación se han planteado.

En este momento se construye el sistema categorial preliminar que se presenta en el diagrama 1, que permite visualizar los alcances de la primera fase de la investigación y las categorías a desarrollar en la misma. Con esta herramienta se trabaja de lo general a lo particular, estableciendo las siguientes categorías de análisis: *filosofía de la universidad* (la norma se constituye con base en la filosofía), *funciones básicas*: (docencia, investigación, extensión), *formación integral, currículo, planes de estudio y prácticas académicas*.

Las anteriores categorías surgen de un inventario inicial de preguntas que fueron clasificadas en tres categorías: académico-pedagógico, académico-administrativo y político-administrativo, las cuales se presentan en la tabla 1.

Tabla 1. Preguntas Iniciales

ACADÉMICO PEDAGÓGICO	ACADÉMICO ADMINISTRATIVO	POLÍTICO ADMINISTRATIVO
<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es la práctica que debe ser llamada extensión? ¿Cuál es el sentido de la práctica, que le permite ser considerada como modalidad de extensión? • ¿Cómo se entienden las prácticas? • Relación prácticas-curriculo: momentos y fases • Intencionalidad y transformación social en las prácticas académicas (pertinencia) • ¿Cabe la práctica en todas las áreas y en todos los programas? (pertinencia) • ¿Cuáles serían los criterios para implementarla o descartarla? • ¿Se está concibiendo la práctica como fuente de investigación o la investigación como fuente de práctica? • ¿Qué se entiende por pasantía? • ¿Qué está pasando con el reemplazo de la práctica por trabajo de grado? ¿Cuáles son sus implicaciones? • ¿Cuando se habla de monografía, sistematización o investigación, se habla de práctica? ¿Por qué o en qué sentido? 	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo lograr la participación integral de la Universidad? y ¿Cómo lograr que las facultades se reconozcan para hacer trabajos integrados? • Interdisciplinariedad en las prácticas • Estructura interna de cada programa • ¿Cómo han sido y están siendo evaluadas las prácticas? • ¿Se hace algún tipo de seguimiento al trabajo de los asesores? • ¿Cómo se están evaluando las prácticas, en relación a su real pertinencia e impacto de la población con la que interactúan, la Universidad y la sociedad en general? • ¿Cuál, entonces, es el deber ser de la Universidad y de la Universidad pública? (filosofía institucional) 	<ul style="list-style-type: none"> • Criterios de selección de los centros de prácticas • Criterios de selección de asesores • ¿En qué consiste la asesoría? • Interlocución con los centros de práctica • Régimen disciplinario • Póliza de aseguramiento para los estudiantes • ¿Por qué se cree que es importante pagar las prácticas?

ACADÉMICO PEDAGÓGICO	ACADÉMICO ADMINISTRATIVO	POLÍTICO ADMINISTRATIVO
<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué tiempo del pênsum tienen las prácticas? ¿Cuáles son los criterios para ampliar o recortar este tiempo? ¿A qué obedece la tendencia a ampliar el tiempo en las prácticas y el creditaje? • En el esquema del avance del rediseño curricular ¿qué lugar ha ocupado la práctica y en qué sentido? • ¿Cuál es la formación, acompañamiento, criterios pedagógicos y didácticos de los docentes? • ¿Cuál es la pertinencia de las prácticas en la formación de los estudiantes? • ¿Cuál es y cómo se está dando el puente de integración entre docencia - extensión, y docencia - practica? • ¿Cómo se entienden la práctica, la investigación, la extensión y la docencia? ¿Cómo interactúan? • ¿Bajo qué lógica se están inscribiendo las intencionalidades de las prácticas? • Por principio de solidaridad y proyección social ¿qué se está entendiendo? 	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo la producción de conocimiento generada por una práctica particular está permeando los currículos, las nuevas intervenciones de los profesionales y las dinámicas de la población con la que se interactúa? (impacto externo e interno) 	

Para la agrupación de las anteriores preguntas se establecen dos grandes ejes temáticos: *el eje académico-pedagógico* y *el político-administrativo*. Desde lo *académico-pedagógico* se tiene en cuenta que toda práctica se constituye en un proceso formativo con alto contenido pedagógico, lo cual implica analizar las competencias, los procesos de aprendizaje y las estrategias metodológicas (de acuerdo

a las tendencias pedagógicas). La pregunta desde este eje estaría direccionada hacia el cómo se piensa la formación en las prácticas académicas. En el eje político – administrativo, el cuestionamiento se orienta hacia la viabilidad de las prácticas académicas y hacia las herramientas que la garantizan.

Es evidente en este primer sistema categorial la multiplicidad de preguntas que el grupo se hace, éstas se corresponden con el momento exploratorio, donde la mirada está abierta a diversos objetos de investigación relacionados con el tema que se pretende abordar. Se observa aún una concepción estructuralista, lineal, simple y profesionalizante de las prácticas académicas. Las preguntas se orientan más a las funciones básicas de la Universidad sin que las relaciones entre ellas se logren evidenciar. El grupo, aunque se siente incómodo con esta concepción, está temporalmente preso de ella, sin embargo se logran ubicar preguntas y nuevas búsquedas teóricas.

Igualmente, en este primer momento se diseña una matriz de objetivos que orienta la construcción del primer sistema categorial, presentada en la tabla 2.

Tabla 2. Relación objetivos-categorías de análisis

OBJETIVOS	CATEGORÍAS DE ANÁLISIS
Actualizar el estado del arte de las prácticas académicas de los programas de pregrado de la Universidad de Antioquia, fundamentalmente en sus aspectos académico pedagógicos.	<ul style="list-style-type: none"> • Concepción de prácticas • Aspectos académicos • Aspectos pedagógicos
Analizar la relación de las prácticas académicas en la Universidad como forma de interacción social, atendiendo al establecimiento de vínculos, diversidad e impacto.	<ul style="list-style-type: none"> • Interacción social: vínculos, impacto, diversidad • Pertenencia • Extensión solidaria
Determinar la concepción que subyace en la propuesta de práctica académica de los programas de pregrado de la Universidad de Antioquia y su relación con la formación integral.	<ul style="list-style-type: none"> • Práctica académica • Formación Integral
Determinar la relación de las prácticas académicas de los programas de pregrado de la Universidad de Antioquia, con los procesos de docencia, investigación y extensión.	<ul style="list-style-type: none"> • Marco filosófico • Concepción de práctica • Funciones Básicas

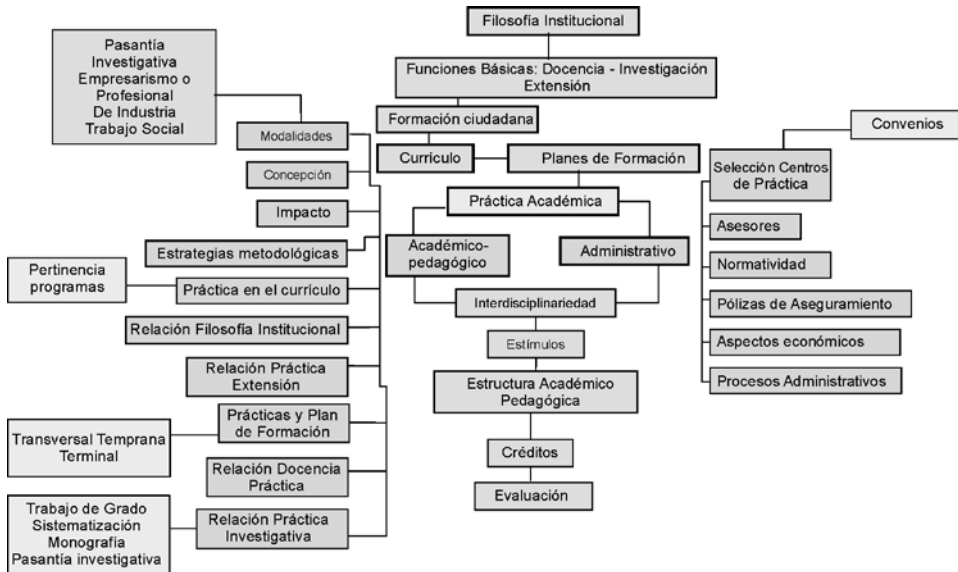
OBJETIVOS	CATEGORÍAS DE ANÁLISIS
Verificar si las transformaciones curriculares han producido efectos en las prácticas académicas de los programas de pregrado de la Universidad de Antioquia y de qué tipo.	<ul style="list-style-type: none"> • Transformación curricular • Tipologías de práctica • Filosofía institucional • Aspectos pedagógicos
Buscar la unificación de criterios en cuanto a los aspectos administrativos de las prácticas con miras a la articulación de los procesos administrativos y académicos.	<ul style="list-style-type: none"> • Enunciar qué se entiende por aspectos administrativos
Diseñar una propuesta que permita orientar la formulación de la política de las prácticas académicas en la U. de A.	<ul style="list-style-type: none"> • Políticas institucionales • Filosofía institucional • Pertinencia • Aspectos pedagógicos de las prácticas • Proyección social

Esta matriz de objetivos muestra un momento de desarrollo de la investigación caracterizado por la formulación de objetivos muy amplios y dispersos que se corresponden con una definición aún incipiente del objeto de investigación que no ha logrado delimitarse. A estos objetivos se corresponden unas categorías en un estado preliminar de elaboración. Se mezclan algunas muy generales con otras específicas y no se logran diferenciar referentes conceptuales y contextuales que orientan la construcción de las comprensiones sobre las prácticas académicas, de las categorías que propiamente centran la investigación.

A partir de la matriz de objetivos se construye el diagrama 1 que presenta los desarrollos del primer sistema categorial preliminar versión 1.

Este esquema, que pretendía ser un diagrama pero se construye con la lógica de un organigrama, permite visualizar las categorías preliminares en sus relaciones y evidencia un sentido de jerarquía que más adelante el grupo cuestiona y transforma en ordenaciones basadas en las relaciones generales y específicas. El objeto de investigación sigue siendo muy general “prácticas académicas”. Se evidencia en las jerarquías establecidas, que a asuntos administrativos y procedimentales (convenios, modalidades de prácticas) se les asigna una importancia mayor que a aquellos académicos pedagógicos que permiten dotar de significado las prácticas. Igualmente se percibe una ausencia de referentes normativos fundamentales en la comprensión de las prácticas académicas.

Diagrama 1. Sistema categorial preliminar versión 1



1.2 Segundo momento Focalización: coincide con la fase de consolidación del grupo de investigación, de octubre de 2005 a octubre de 2006. En este período ingresan nuevas personas al grupo lo que genera dinamismo y permite la estructuración del proyecto para la presentación al Comité Central de investigaciones –CODI.

La focalización centra el problema de investigación y establece relaciones con el contexto. Permite agrupar, clasificar, dar cuenta de la trama de nexos y relaciones, concretar aspectos o dimensiones, diferenciar lo relevante de lo irrelevante. Es el momento de configuración del objeto de investigación. El reto que este momento plantea para los investigadores es el de centrar el tema y las categorías de análisis sin perder de vista las relaciones con otras dimensiones de la realidad social donde la investigación se inscribe.

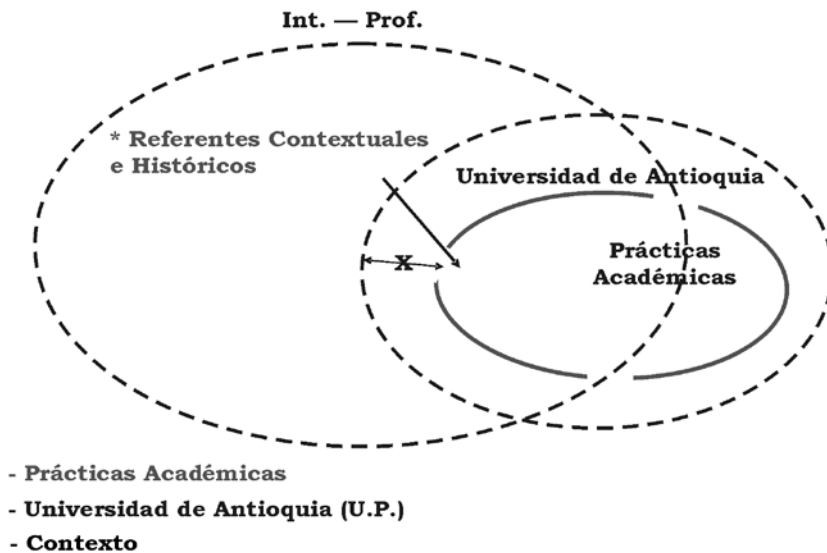
En este segundo momento se amplía la discusión sobre el sistema categorial alcanzando un avance significativo al incluir y diferenciar las categorías de análisis de *los referentes contextuales e históricos*. En el contexto se sugiere incluir *el contexto social, político, económico, cultural y educativo tanto a nivel local y nacional como global*, además se especifica el análisis de las prácticas académicas en el contexto de la *Universidad Pública*.

El avance en este segundo momento es notorio al trascender el análisis de las prácticas académicas desde la mirada interna de la U. de A, para pasar a analizar su

intencionalidad y pertinencia desde los procesos de globalización y su incidencia en las prácticas académicas.

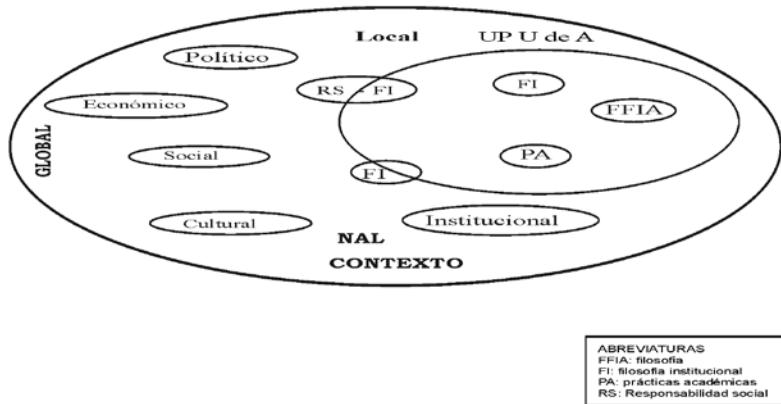
La necesidad de incluir los referentes contextuales y la emergencia de nuevas categorías incluye un primer ejercicio de visualización mediante un juego de tres diagramas que basado en la teoría de sistemas y retomando la metáfora de la “caja china” –planteada desde los inicios de la investigación pero que no se había logrado concretar–, donde lo más grande incluye lo más pequeño y en términos del sistema categorial lo más general incluye lo más particular; lo contiene sin subsumirlo, permitiendo conservar sus especificidades. Este sistema categorial, aún preliminar, permite inscribir las prácticas académicas como subsistema de la Universidad de Antioquia y a su vez ésta, como otro subsistema, se relaciona con otro más general. Esto se presenta en el diagrama 1 del sistema categorial preliminar versión 2.

Diagrama 1. Sistema categorial preliminar, versión 2



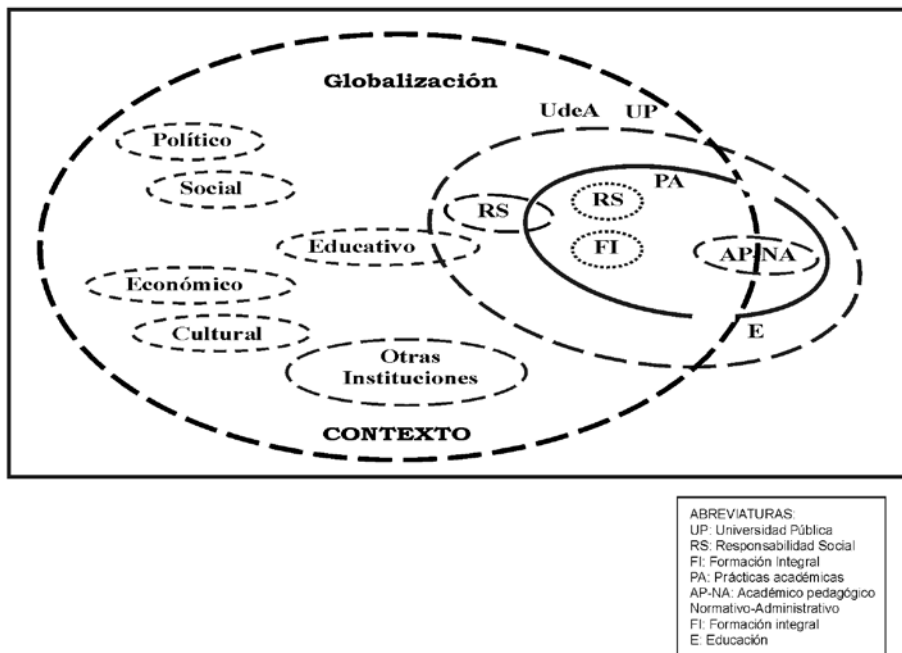
En el diagrama 2 del sistema categorial preliminar versión dos, los contextos de la globalización, nacional, local e institucional se permean e interrelacionan entre sí y, con las prácticas académicas. Se plantean dimensiones política, social, educativa, económica, cultural y relaciones con otras instituciones. A la Universidad de Antioquia se le imprime el carácter de pública con los significados y connotaciones que esto adquiere en relación con la responsabilidad social y la formación integral.

Diagrama 2. Sistema categorial preliminar, versión 2



Conservando la lógica de sistemas y las dimensiones ya planteadas el tercer diagrama del sistema categorial preliminar versión dos, introduce la dimensión académico-pedagógica y normativa administrativa que logran centrar el objeto de investigación.

Diagrama 3. Sistema categorial preliminar versión 2



Para el análisis de estas nuevas categorías y de las prácticas académicas en general, y apoyados en autores como Von Bertalanfly, 1976; Johansen, 1989; se asume la *teoría de sistemas* como el enfoque teórico de referencia. Se delimitan las categorías a ser estudiadas y se ordenan en centrales, transversales, de primer orden, de segundo orden, de tercer orden y de cuarto orden, como se muestra en la tabla 3.

Tabla 3 Sistema categorial preliminar versión 3

Caracterización y significados de las prácticas académicas en los programas de pregrado de la Universidad de Antioquia, sede Medellín 2007-2008

Sistema categorial Preliminar versión 3

Categorías centrales: Caracterización y significados de las prácticas académicas

Categorías transversales: Concepto de prácticas académicas, formación integral, papel e importancia de las prácticas académicas, responsabilidad social de la Universidad, autonomía universitaria

CATEGORÍA DE PRIMER ORDEN	CATEGORÍA SEGUNDO ORDEN	CATEGORÍA TERCER ORDEN	CATEGORÍA CUARTO ORDEN
Significados de las prácticas desde las propuestas curriculares	¿Para qué la práctica académica?	Concepciones sobre teoría	
		Concepciones sobre práctica	
		Concepciones sobre la relación teoría-práctica	
	Propósitos de formación		
	Prácticas académicas en el marco de la formación integral		
	Teorías y campos y su relación con el conocimiento		
	Papeles y funciones asignados a la práctica	Espacio académico de aprendizaje y de enseñanza	
		Instancia que posibilita al estudiante consolidar su formación	
		Escenario para la integración social	
		Campo de aplicación de lo aprendido	
		Estrategia de acceso al mundo laboral	

CATEGORÍA DE PRIMER ORDEN	CATEGORÍA SEGUNDO ORDEN	CATEGORÍA TERCER ORDEN	CATEGORÍA CUARTO ORDEN
Significados de las prácticas desde las propuestas curriculares	Papeles y funciones asignados a la práctica	Instancia mediadora que establece puentes entre la teoría y la realidad social	
Significados de las prácticas desde los actores	¿Para qué la práctica académica?	Própositos de formación	
		Auto interpretación de la vivencia de la práctica	
		Vivencias	
	Significados diferenciados que los diversos actores asignan a la práctica	Múltiples interpretaciones, Múltiples respuestas	
		Forma de autofinanciación de proyectos en las unidades académicas	
		Requisito legal formal para obtener el título	
	Papeles y funciones asignados a la práctica	Espacio académico de aprendizaje y de enseñanza	
		Instancia que posibilita al estudiante consolidar su formación	
		Escenario para la integración social	
		Campo de aplicación de lo aprendido	
		Estrategia de acceso al mundo laboral	
		Instancia mediadora que establece puentes entre la teoría y la realidad social	
		Teorías y campos y su relación con el conocimiento	
		Vivencias de la relación teoría -práctica	
	Prácticas académicas y relación teoría-práctica	Concepciones sobre prácticas	
		Concepciones sobre teoría	
		Concepciones sobre práctica académica	

CATEGORÍA DE PRIMER ORDEN	CATEGORÍA SEGUNDO ORDEN	CATEGORÍA TERCER ORDEN	CATEGORÍA CUARTO ORDEN
Relaciones entre significados de las prácticas académicas y las funciones de docencia, investigación y extensión	Prácticas académicas en relación con docencia, investigación y extensión	Propósitos de formación	
		Teorías y campos y su relación con el conocimiento	
	Prácticas académicas como formación integral	Concepciones sobre formación integral	
		Dimensiones de formación integral	
		Papel de las prácticas académicas en la formación integral	
	Prácticas académicas como sistema interdependencia, recursividad, sinergia.	Visión holística de las prácticas	
		Prácticas académicas como parte del sistema, prácticas académicas como sistema social	
		Prácticas como sistema: integral, abierto, sinérgico, recursivo, autónomo e interdependiente de otros sistemas (docencia, investigación y extensión).	
	Prácticas académicas como un sistema complejo	Conexiones y relaciones que se entretajan entre los componentes de las prácticas académicas	
		Relación e interdependencia de las prácticas académicas con los otros sistemas (currículo, universidad pública)	
	Nudos críticos de las prácticas académicas	Prácticas y contextos nacionales e internacionales	
		Encuentros y desencuentros entre los componentes de las prácticas	
	Nudos críticos de las prácticas académicas	Académico-pedagógico v Administrativo-normativo	
		Académico-pedagógico	
		Académico-administrativo	
		Académico-normativo	
	Administrativo-normativo.		

CATEGORÍA DE PRIMER ORDEN	CATEGORÍA SEGUNDO ORDEN	CATEGORÍA TERCER ORDEN	CATEGORÍA CUARTO ORDEN		
Prácticas académicas- dimensión académico- pedagógica	Concepción ética y política que orienta las prácticas académicas.				
	Concepción pedagógica, curricular y didáctica que orienta la práctica académica	Relación entre lógicas propias de producción del conocimiento y la pedagogía			
		Naturaleza de las disciplinas y del conocimiento, desde: la epistemología, sociología y lógica de las ciencias; las teorías cognitivas que explican cómo se construye el conocimiento; y, el conocimiento sobre los contextos socio y culturales que particularizan la enseñanza			
		Prácticas académicas como un componente del currículo			
		Estrategias pedagógicas y didácticas	Asesorías individuales o colectivas		
			Socialización y discusión de los avances y resultados de las prácticas académicas		
			Elaboración de documentos rectores de las prácticas		
			Mantener espacios de discusión		
			Informar a través en la Web avances y resultados		
	Realizar intercambios con otras universidades				

CATEGORÍA DE PRIMER ORDEN	CATEGORÍA SEGUNDO ORDEN	CATEGORÍA TERCER ORDEN	CATEGORÍA CUARTO ORDEN
<p>Prácticas académicas- dimensión académico-pedagógica</p>	<p>Concepción pedagógica, curricular y didáctica que orienta la práctica académica</p>	Estrategias pedagógicas y didácticas	Presentación pública del informe de práctica
		Estrategias metodológicas	Procesos de práctica articulados con el currículo. Interdisciplinariedad
		Modalidades y asignaturas	Profesional, apoyo a proyectos, investigación, pasantía, trabajo de grado, asesoría, práctica industrial, jurídica.
			Contrato de aprendizaje, docencia-asistencia
		Evaluación y seguimiento. asignación de créditos	Formas de evaluación
			Incidencia en al transformación curricular
			Importancia en el plan de estudios
		Ubicación en el plan de formación	Últimos semestres
			Desde semestres intermedios
			Transversal
		Escenarios de práctica	Públicos
			Privados
			Mixtos
ONG			
Contexto macro y micro en el que se desarrollan las prácticas	Políticos, económicos, sociales y jurídicos		

Este sistema categorial cumple la labor de orientar al grupo en la focalización de sus búsquedas y permite ilustrar el tránsito de las preguntas individuales a las grupales.

1.3 Tercer momento Profundización: (octubre de 2006 hasta hoy) Coincide con la aprobación y apoyo financiero del proyecto de investigación por parte del Comité Central de Investigaciones –CODI–, y sus inscripción en el Sistema Universitario de Investigación.

Este momento pretende reconfigurar los significados de las prácticas académicas, interpretar, desligarse de la experiencia concreta que le dio sentido para construir nuevos conceptos, categorías, comprensiones.

La profundización es muy importante para el grupo ya que se fortalece el debate teórico y emergen nuevas categorías de análisis: *autonomía y significados de las prácticas académicas*. Como estrategia de trabajo se combina la discusión colectiva con el de comisiones, se establecen cuatro subgrupos por temas de estudio: significados, responsabilidad social, normatividad y complejidad, que permiten una relativa especialización del trabajo de acuerdo a intereses y formación de los miembros del equipo de investigación. Mediante el avance en los subgrupos de trabajo, las categorías de análisis se dotan de significado teórico, lo que lleva a asumir acuerdos que tocan con posturas políticas y éticas en el desarrollo de la investigación. Se define que no existen modelos sino tendencias educativas y se visualiza el significado del modelo neoliberal en la universidad pública, en los procesos de formación, en la inserción laboral y en las prácticas académicas, asunto que tiene relación con la autonomía universitaria. Se identifican pluralidades de voces en la Universidad acerca de las prácticas académicas (nominaciones, modalidades, concepciones, sentidos) que se asumen en su heterogeneidad y diversidad con la intención de conocer las diferencias para, desde allí, construir consensos relativos que posibiliten la elaboración de una política integral de prácticas para la Universidad de Antioquia.

Al avanzar en la discusión acerca del sistema categorial se observa la necesidad de tejer la relación entre las diferentes categorías, manteniendo las interconexiones necesarias entre cada una de ellas. Basados en autores como Morin, 2001 y 2005 Luhmann, 1998, se plantea la urgencia de hacer el tránsito de la teoría de sistemas a la teoría de la complejidad, asumiendo las prácticas académicas como sistemas complejos, multifacéticos y multidimensionales, no lineales, con propiedades emergentes de acuerdo al área de conocimiento donde se desarrollen y con posibilidad de adaptación a ambientes en cambio.

Como sistemas complejos, las prácticas, presentan múltiples relaciones que se entretajan en su interior y diversas posibilidades de conexiones entre sus componentes

y su entorno. Las prácticas académicas, concebidas como acción social, están en interdependencia con el contexto pero a su vez están en tensión y contradicción permanente con el mismo, en este sentido la teoría de la complejidad orienta esta perspectiva analítica.

Este tránsito invita a hacer una presentación más flexible, y abierta del sistema categorial, donde las categorías no se encierren, donde se transversalicen categorías importantes como la de *significados*. Se sugiere representar el sistema categorial en un diagrama que visualice las relaciones, ordenando los temas de lo general a lo particular porque se considera que el sistema categorial diseñado en tabla o matriz, no muestra claramente las relaciones entre las diferentes categorías.

En este tercer momento se cualifica el sistema categorial utilizando como insumo los mapas conceptuales presentados por los subgrupos, donde se toma como categoría eje *los significados* de las prácticas académicas; además se formaliza el sistema categorial a través de la validación a nivel interno y la validación por expertos externos, de diversas disciplinas y universidades nacionales y extranjeras. Esta formalización se realiza partiendo de los objetivos generales y específicos formulados en la propuesta CODI:

OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS
1. Analizar los significados que sobre las prácticas académicas configuran los diversos actores que en ellas participan en relación con las funciones de docencia, investigación y extensión.	<ul style="list-style-type: none"> • Develar en las propuestas curriculares los significados que se asignan a las prácticas académicas • Describir los significados que sobre las prácticas académicas configuran los diferentes actores (asesores internos y externos, estudiantes, coordinadores, comités de currículo y administradores) • Analizar las relaciones entre los significados de las prácticas académicas y las funciones de docencia, investigación y extensión en la universidad pública.
2. Caracterizar el estado actual de las prácticas académicas.	<ul style="list-style-type: none"> • Perfilar el componente académico-pedagógico de las prácticas académicas • Caracterizar el componente administrativo-normativo de las prácticas académicas.

El nuevo sistema categorial vuelve sobre la lógica de tres cajas chinas, con relaciones de interdependencia entre sí, cada una de ellas focalizando a manera de zoom en un tema central y tejiendo la relación entre las diferentes categorías de análisis. Las prácticas académicas se asumen como *sistemas complejos* con múltiples relaciones, no jerárquicas, que se entretejen en su interior y diversas posibilidades de conexiones entre sus componentes y su entorno. Las líneas punteadas significan la posibilidad de los sistemas de interactuar y dejarse permear por otros sistemas. Las prácticas académicas concebidas como acción social se muestran en interdependencia con el contexto pero a su vez en tensión y contradicción permanente con el mismo.

En los diagramas es importante relacionar los colores con las categorías, de esta manera se encuentra, en el diagrama dos de la versión cuatro, cuatro categorías diferenciadas; la categoría *responsabilidad social* aparece relacionada con la categoría central de esta dimensión que son las *propuestas de práctica*, como un componente base presente en todas las categorías que se desprenden de esta de esta última.

La relación de las cuartas categorías, en el caso del diagrama citado anteriormente, se visualiza a partir de intersecciones entre los respectivos subsistemas, lo que permite dar una sensación de movimiento continuo, de intercambios permanentes de información, de horizontalidad y sinergia, características propias de la teoría de sistemas y de la complejidad, estas categorías son: estructura curricular, propósitos de formación y componente axiológico, presentes en la perspectiva académica, y los componentes epistemológico, formativo, psico-social y didáctico presentes en la perspectiva pedagógica,

En el diagrama tres de la versión cuatro se utiliza un color amarillo claro para el desarrollo de los nodos críticos, presentes en el desarrollo de la dimensión jurídico-administrativa de las prácticas académicas, con esta distinción se busca indicar que éstos constituyen categorías que hacen parte del contexto, y se relacionan con la construcción de percepciones y significados que le asignan los actores de las prácticas a éstas.

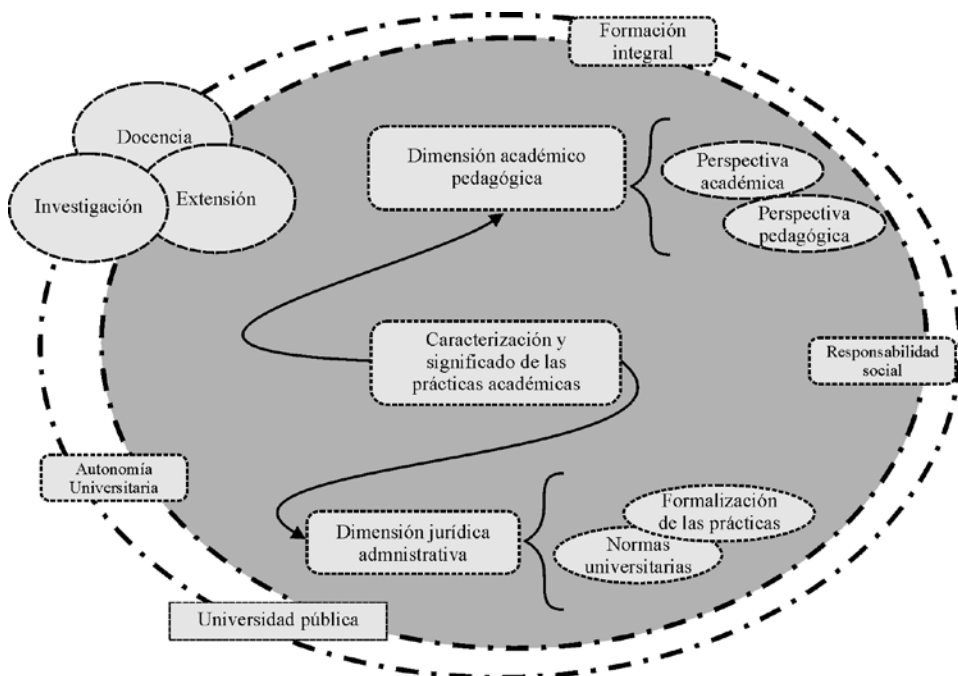
El primer diagrama de la versión cuatro, denominado: “Prácticas académicas: referentes conceptuales y de contexto universitario”, permite visualizar las relaciones de las prácticas académicas con tres referentes analíticos fundamentales para los propósitos de la investigación: autonomía universitaria, responsabilidad social y formación integral. Igualmente hace explícita la interrelación de las prácticas con las funciones de docencia, investigación y extensión: su naturaleza académico-formativa, su consideración como modalidad de extensión universitaria que contribuye a generar y consolidar vínculos con el entorno social y a formar ciudadanos con responsabilidad social, y su aporte a la formación investigativa y a la consolidación de grupos de investigación. De esta forma las prácticas académicas sin perder su

naturaleza de formación integral y su papel en la retroalimentación, confrontación y divulgación del conocimiento, son modalidad de extensión, y forma de hacer investigación.

El diagrama centra el objeto de investigación: caracterización y significados de las prácticas académicas focalizando su análisis en las dimensiones académico-pedagógica y jurídico-administrativa.

Las normas universitarias, la formalización de las prácticas, la perspectiva académica y la perspectiva pedagógica son asuntos necesarios de estudiar para dar cuenta de la diversidad de significados que los distintos programas académicos le asignan a las prácticas académicas y para construir una caracterización cercana al mundo heterogéneo de las prácticas en el contexto de la universidad pública.

Diagrama 1. Sistema categorial, versión 4
Prácticas académicas: referentes conceptuales y de contexto universitario



Elaborado por: Erika M^a Ramírez Obando, Trabajadora Social, Integrante del Grupo de Investigación

El segundo y tercer diagrama se centran, en su orden, en la dimensión académico pedagógica y jurídico-administrativa, dando cuenta específica de los descriptores

que guían teórica y metodológicamente la indagación: las construcciones conceptuales, la elaboración de los instrumentos de recolección de información, el trabajo de campo, la revisión documental, el registro y sistematización de información, y se constituyen en referente permanente para el análisis y el logro de los objetivos del estudio.

La categoría académico pedagógica orienta en el proceso metodológico, la indagación, la interpretación y el análisis no solo de los conocimientos –contenidos teóricos, procedimentales y actitudinales– que se legitiman y las prácticas que se estructuran alrededor de ellos, sino de los argumentos que justifican los significados, los saberes y las acciones de la profesión, en tanto legado cultural y social. En esta comprensión de la profesión es necesario considerar la relación práctica-comunidad-sociedad como experiencia vital y productora de significado.

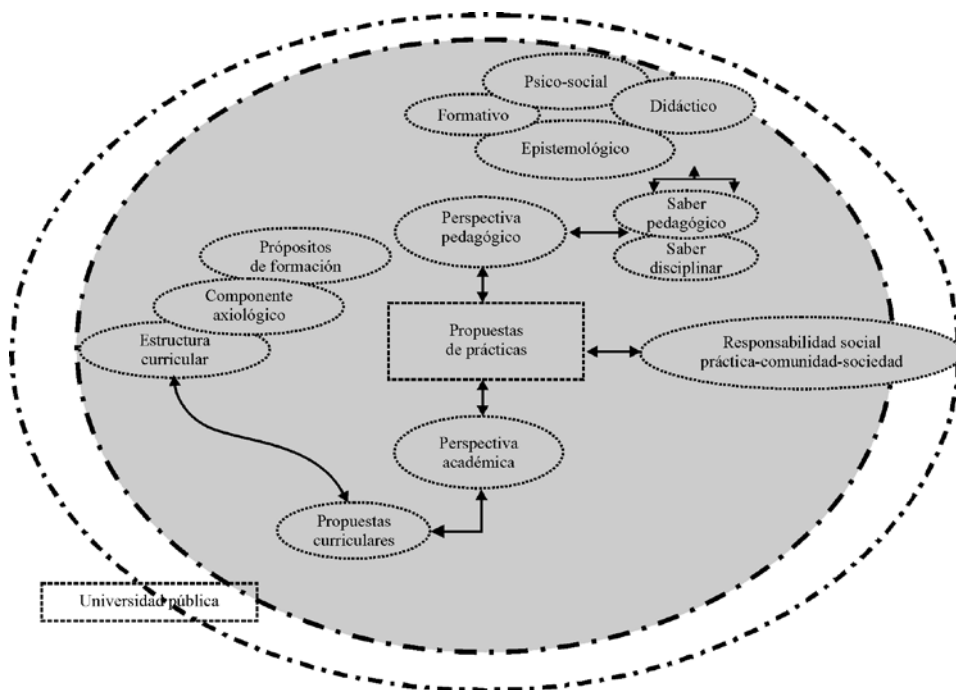
El eje central de la categoría académico-pedagógica lo constituyen las propuestas de práctica de los diferentes programas de pregrado. En la perspectiva académica, se hace necesario revisar las propuestas curriculares que soportan las prácticas, en las cuales subyacen de forma explícita e implícita, los objetivos, fines o metas, no exentos de un componente axiológico: político, ético, estético, social y epistemológico. Así mismo, en cada propuesta curricular, por sus formas de definición y de organización, se hacen evidentes los propósitos e intereses de formación que por sus características se inscriben en formatos técnicos, prácticos o críticos, puestos en evidencia con el lenguaje y el discurso –nominaciones–; las relaciones sociales y de organización –grupos, instancias, personas, comunidades–; y, las acciones y prácticas –escenarios, modalidades–, para citar algunos. En este sentido, para conocer las propuestas de práctica hay que revisar las propuestas curriculares y establecer la coherencia entre los propósitos y los objetos de enseñanza y entre éstos, y las formas de realización de la enseñanza.

En la perspectiva pedagógica, el estudio específico se realiza sobre la convergencia de saberes en las propuestas de práctica profesional en sus diferentes concepciones;³ de un lado, el disciplinar definido desde las teorías y paradigmas de conocimiento que se señalan como los más relevantes para una profesión; y, de otro, el pedagógico y didáctico que hacen alusión a las formas cómo la disciplina es enseñada, más allá de las técnicas, destrezas y objetivos instrumentales. Ambos saberes, entablan una relación dialógica y dialéctica que permite no solo decidir sobre los objetos de enseñanza que deben ser aprendidos para la práctica de una profesión, sino las formas más adecuadas para que este conocimiento pueda constituirse en cultura recreada, reconfigurada.

³ Esto se refiere a las diferentes modalidades en que toma cuerpo la práctica profesional.

Ahora bien, lo pedagógico en esta investigación se organiza a partir de cuatro consideraciones: *epistemológica* que hace referencia a los objetos de conocimiento, la relación teoría y práctica, los límites del conocimiento; *formativa*, que hace alusión al proceso de construcción de los objetos de enseñanza y sus formas de enseñanza; *psico-social* que atiende a las particularidades del proceso de aprendizaje individual y grupal;⁴ y, *didáctica* que implica reflexiones sobre, la organización de la clase, los espacios y recursos de la enseñanza.

Diagrama 2. Sistema categorial, versión 4
Prácticas académicas: dimensión académico pedagógica



Elaborado por: Erika M^a Ramírez Obando, Trabajadora Social, Integrante del Grupo de Investigación

El diagrama tres del sistema categorial versión 4, alude a los aspectos jurídico-administrativos de las prácticas académicas, que se consideran más relevantes para la investigación, sin perder de vista que ésta se ubica en el contexto de una universidad pública y de unas normas y acontecimientos de carácter internacional, que permean las instancias de las prácticas en la Universidad de Antioquia.

⁴ En esta consideración léase además: la teoría del aprendizaje que prevalece, el papel del profesor, la relación

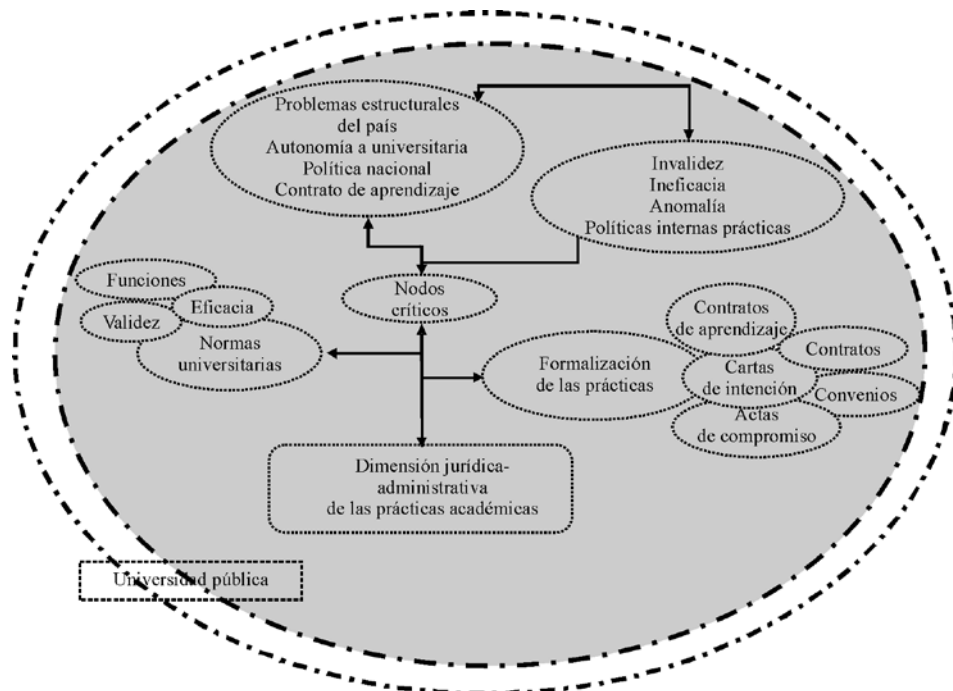
Las 3 categorías fundamentales del diagrama dicen relación con:

1. Normas universitarias que componen el sistema normativo de la Universidad de Antioquia y entre las cuales se encuentran aquellas relacionadas con las prácticas académicas, que en la pirámide jurídica pueden ubicarse en una relación de mayor a menor rango, éstas últimas subordinadas a las primeras. Estas normas deben, en todo caso, ser válidas y eficaces, señalar el espíritu con el que se expidieron y determinar las funciones y alcances de las prácticas académicas. Dentro de los estudios realizados en la Universidad se ha encontrado de manera reiterada que los actores de las prácticas académicas las desconocen o simplemente no están interesados en cumplirlas o hacerlas cumplir y es éste precisamente uno de los nudos críticos que debe atenderse en la investigación, relacionado directamente con la legitimidad de la norma sobre prácticas académicas .
2. La formalización de las prácticas en la Universidad de Antioquia, o el registro escrito de los derechos y compromisos de los diferentes actores que se vinculan a las prácticas, puede hacerse mediante herramientas jurídicas como los convenios, las cartas de intención, los contratos de trabajo o el contrato de aprendizaje, (con todo y la crítica que nos merecen estas dos últimas modalidades). La tradición de la Universidad muestra ausencia de interés por poner en movimiento cualquiera de estas formas legales, pues los compromisos verbales han primado en la integración de la Universidad con el entorno cuando de prácticas se trata, lo que eventualmente acarrea responsabilidades individuales e institucionales traducidas finalmente en acciones judiciales.
3. Finalmente el diagrama centra su interés en lo que denomina nodos críticos de las prácticas académicas y los discrimina en dos: aquellos que hacen relación a asuntos de fondo como el de los problemas estructurales del país que permite a las políticas neoliberales atravesar la temática de las prácticas académicas produciendo reglamentaciones, que como el contrato de aprendizaje se asumen internamente en la Universidad sin mayor crítica, pero deben ser entendidos como una forma de flexibilidad laboral exigida por aquel modelo económico. Así mismo se toma en cuenta el asunto de la autonomía universitaria que abre a la pregunta ¿es posible que la Universidad de Antioquia, como universidad pública, pueda establecer los derroteros y diseñar una política general de prácticas académicas? Finalmente la investigación pretende develar si existe, una política nacional sobre prácticas académicas que vincule obligatoriamente a las universidades públicas.

En este diagrama lo jurídico y lo administrativo, aunque evidentemente son completamente diferenciables, aparecen ligados, pues la gran mayoría de normas que

impactan las prácticas y que se expiden en la Universidad de Antioquia o en el país, tienen un efecto directo y concitan una movilización de aspectos administrativos que se requieren para hacer posible la ejecución de las normas.

Diagrama 3. Sistema categorial, versión 4
Prácticas académicas: dimensión jurídica-administrativa



Elaborado por: Erika M^a Ramírez Obando, Trabajadora Social, Integrante del Grupo de Investigación

Con la mirada puesta en los significados de las prácticas académicas en sus dimensiones académico-pedagógica y jurídica-administrativa, la propuesta metodológica es la de triangular con los distintos actores que participan de diversa manera en las prácticas, para develar la multiplicidad de significados que a ellas se les asigna, y confrontar y dotar de sentido estos significados a partir de los referentes conceptuales construidos a lo largo de la investigación.

Este sistema categorial, construido colectivamente a lo largo de la investigación, de naturaleza flexible y emergente, es “adoptado” por el grupo como su bitácora de navegación, se revisa nuevamente a partir de análisis especializados presentados por

los tres expertos de disciplinas diferentes: Trabajo Social, Psicología y Filosofía, provenientes dos de universidades nacionales y uno de España.

La validación se constituye en un espacio de discusión para argumentar la pertinencia de las mismas y para tomar decisiones sobre los ajustes a realizar.

Las visiones sobre el sistema categorial son diversas y heterogéneas. Mientras unos expertos validan completamente el sistema categorial otros hacen sugerencias y observaciones que el grupo discute para lograr consensos.

La sugerencia de incluir categorías como evaluación y competencias básicas, el grupo no la acoge por considerar que el carácter de la investigación no es evaluativo sino comprensivo, se trata de construir conocimiento sobre las prácticas académicas a través de la interacción con los diversos actores que en ellas participan. En lo relativo a las competencias básicas se considera que éstas asignan a las prácticas un carácter profesionalizante que no está en sintonía con la concepción de formación integral que el grupo asigna a las mismas. La propuesta de incluir como categorías de pertinencia, funcionalidad y aplicabilidad se desecha porque están ya incluidas con los términos jurídicos correctos.

La sugerencia de escindir lo administrativo de lo jurídico y lo pedagógico de lo académico se objeta por las relaciones que entre estas dimensiones existen que las hacen, en el momento de los análisis, inseparables.

La propuesta de suprimir los nodos críticos no es aceptada porque el enfoque teórico que guía la investigación es la teoría de sistemas complejos y en esta perspectiva los problemas o tensiones son nodos críticos. De esta forma se considera que los nodos críticos de las prácticas académicas son parte de los problemas estructurales del país como la globalización, la autonomía universitaria, la política nacional sobre práctica, el contrato de aprendizaje, entre otros.

La validación del sistema categorial por expertos permitió al grupo de investigación afinar las categorías y las relaciones entre ellas, plantear la necesidad de continuar con el trabajo colectivo y por grupos para dotarlas de sentido, contar con una bitácora evaluada por expertos externos que permite orientar el trabajo teórico y metodológico y “controlar” la incertidumbre propia de los enfoques cualitativos de investigación social., El sistema categorial (versión 4) validado por expertos se asume como el propio de la investigación.

Como intentó mostrar este artículo, en una investigación de corte cualitativo, la construcción del sistema categorial se constituye en uno de sus retos metodológicos y teóricos centrales. El carácter flexible y emergente de esta perspectiva investigativa implica que esta tarea sea permanente. La reflexión, la discusión teórica,

los acuerdos metodológicos basados en el consenso, la apertura para incorporar categorías emergentes, omitir algunas pensadas inicialmente pero que el desarrollo de la investigación muestra su no pertinencia, la construcción de relaciones entre las categorías son asuntos que competen al proceso investigativo. La socialización de esta experiencia reflexiva a otros investigadores puede contribuir a que las lecciones aprendidas por este grupo de investigación aporten a las metodologías cualitativas y al desarrollo de otros estudios.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado, Sara Victoria, 1993, La construcción de categorías teóricas a partir de los datos empíricos, como base del acercamiento metodológico en la investigación cualitativa, En: Investigación cualitativa. Confrontación y perspectiva, Medellín, Universidad de Antioquia.
- Galeano, María Eumelia, Diseño de proyectos en la investigación cualitativa, Medellín, Fondo Editorial Eafit, 2007, 82 p.
- Johansen, Óscar, Introducción a la teoría general de sistemas, México, Limusa, 1989, 167 p.
- Luhmann, Niklas, Complejidad y modernidad, Madrid, Trotta, 1998, 257 p.
- Morin, Édgar, Introducción al pensamiento complejo, Barcelona, Gedisa, 2005, 168 p.
- Morin, Édgar, Los siete saberes necesarios para la educación del futuro, Bogotá, Magisterio, 2001, 68 p.
- Von Bertalanffy, Ludwing, Teoría general de sistemas, Petropolis, Vozes, 1976.
- Vélez, Olga Lucía; Galeano, María Eumelia, Investigación cualitativa: estado del arte, Medellín, Digital Express, 2000.

FUENTES

Actas de reuniones del grupo de investigación números: 07,11,12,32,37,39,40,41,50,60,70,73,75,76,77,80,81,82,83,91, 92, 95



Autor: Edwin Farfán Rodríguez

Título: Sin título

Técnica: Carbón natural sobre lienzo

Dimensiones: 2 x 1.50 m

DISCURSO POLÍTICO Y VIOLENCIA EN COLOMBIA*

* Este artículo es producto 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 y en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad. Investigación a cargo de los profesores Lina Adarve Calle y Julio González Zapata.

Fecha de recepción: Marzo 11 de 2008

Fecha de aprobación: Abril 16 de 2008

DISCURSO POLÍTICO Y VIOLENCIA EN COLOMBIA. O CÓMO SE CONSTRUYE UN ENEMIGO 1949-1980

*Catalina María Puerta Henao***

RESUMEN

El presente artículo muestra cómo en determinados momentos de la historia política colombiana se ha reproducido la violencia a través del discurso, reforzando la necesidad de implementar normas penales y generar opinión pública en torno a ellas, lo que puede dar cuenta de cómo el Estado y los grupos hegemónicos buscan reafirmar lo que debe entenderse por orden social, fortaleciendo la necesidad de introducir normas penales que definen al “enemigo” en determinados contextos históricos, mostrándose el discurso como uno de los elementos decisivos en la introducción de las normas que precedieron, reforzaron y posibilitaron la implementación del Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980).

Palabras clave: violencia, discurso político, control, mentalidad, instrumentalización, definición del enemigo, normatividad penal, Código Penal de 1980.

POLITICAL DISCOURSE AND VIOLENCE IN COLOMBIA. OR HOW TO MAKE AN ENEMY 1949-1980

ABSTRACT

The present article shows how in certain moments of the political Colombian history the violence has been reproduced across the speech, reinforcing the need to implement penal laws and to generate public opinion around them, which can realize how the State and the hegemonic groups want to reaffirm what must be understood by social order, strengthening the need to introduce penal laws that define the “enemy” in certain historical contexts, showing the speech as one of the decisive elements in the introduction of the law that preceded, reinforced and made possible the implementation of the Penal Code of 1980 (Decree 100 of 1980).

Key words: violence, political speech, control, mentality, instrumentalization, definition of the enemy, penal laws, Penal Code of 1980.

** Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar en la investigación referida.

DISCURSO POLÍTICO Y VIOLENCIA EN COLOMBIA. O CÓMO SE CONSTRUYE UN ENEMIGO 1949-1980

“En nuestros tiempos, el discurso y la escritura políticos son en gran parte la defensa de lo indefendible... Así el lenguaje político tiene que consistir en gran parte en eufemismo, repetición de preguntas y pura vaguedad nebulosa. Aldeas indefensas son bombardeadas desde el aire, los habitantes sacados al campo, el ganado ametrallado, las chozas puestas en llamas con balas incendiarias: a esto se le llama pacificación. A millones de campesinos se les roban sus granjas y se les echa a andar por las carreteras con no más que lo que puedan llevar encima: a esto se le llama transferencia de población o rectificación de fronteras. Se encarcela a gente durante años sin juicio, o se le da un tiro en la nuca (...): a esto se le llama eliminación de elementos indignos de confianza”. (George Orwell, *Politics and the English language*, Citado por: FOWLER, Roger, *Lenguaje y control*, México: Fondo de cultura económica; 1983. p. 20)

INTRODUCCIÓN

Este artículo hace parte de la investigación “El Código Penal de 1980. Sus antecedentes y contexto mirados desde la política criminal colombiana”. Investigación que estudia el contexto que permitió e hizo posible la expedición del Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980). En la búsqueda de ese objetivo, se han analizado diferentes factores que fueron considerados como problemáticos, a los cuales se les intentó dar solución a partir de la imposición de normas penales, que fueron reforzándose hasta culminar con la expedición del mencionado Código. Podría afirmarse que en estos distintos momentos se concibió el derecho penal como la solución a diferentes problemáticas de violencia, muestra de ello es la expedición constante de decretos, normas, e incluso la implementación de doctrinas, que han fortalecido los niveles de penalidad en la búsqueda por mantener el control cuando la situación parece insostenible.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo pretende mostrar cómo el discurso político en Colombia, ha sido un elemento generador de hechos violentos, que han servido como fundamento en diferentes momentos de la historia política colombiana para implementar normas penales. A fin de conseguir lo anterior, se examinarán algunos momentos de la historia colombiana en los cuales se puede vislumbrar

la utilización del discurso, no sólo como generador de violencia, sino también como justificador de ésta y como elemento que reforzó la necesidad de introducir modificaciones en la normatividad penal, lo que fue ampliando y reforzando la capacidad punitiva del Estado, regulaciones que finalmente se cristalizaron en el Código Penal de 1980.

Ahora bien, en este artículo se entenderá por violencia:

- La instigación de los dirigentes de los partidos políticos al descontento a través del odio que expresaban hacia su contendor y que desembocaban en episodios violentos.
- Diferentes actuaciones de las fuerzas armadas del Estado agrediendo a la población en su intento por controlar los alzamientos de ésta.
- La creación de grupos armados por parte de las élites para su propia defensa, que posteriormente protagonizaron hechos excesivamente cruentos.
- Los hechos de agresión producidos por los mismos ciudadanos, en respuesta al llamado de sus dirigentes, o en su propia defensa contra la violencia institucional.
- Incluso se entenderá por violencia el empleo de términos estigmatizantes que fortalecieron en uno u otro momento la idea del enemigo.

La importancia de mostrar diferentes momentos marcados por hechos violentos matizados en mayor o menor nivel por un discurso político, radica en que el análisis de este discurso, que también puede estar revestido de violencia, da cuenta de cómo ésta es resultado no sólo de relaciones de fuerza que encierran un continuo abuso en el ejercicio del poder, sino también de la necesidad por mantener el control, con base en la cual se crean y se implementan indiscriminadamente normas penales.

1. PASANDO DE LIBERAL A COMUNISTA Y ATEO

Partiendo de diferentes momentos de la historia política colombiana como: la pugna bipartidista por el dominio estatal, la lucha contra la insurgencia que supuso la implementación de la Doctrina de Seguridad Nacional en Colombia y que fundamentó la expedición del Estatuto de Seguridad, la implementación de numerosos decretos tendientes a “restablecer el orden”, y posteriormente la expedición del Código Penal de 1980, podemos observar que el manejo que se le ha dado al discurso político en Colombia, ha contribuido a reforzar el uso constante de la racionalidad penal como solución a diferentes problemáticas sociales, a las cuales el Estado responde con la expedición de normas represivas desatando a su paso fuertes oleadas de violencia.

Para analizar en qué medida el discurso político ha servido como refuerzo en la generación de hechos violentos, y posteriormente en la producción e implementación de normas penales, comenzaré con un breve recuento de cómo se asumía y reproducía la violencia durante la confrontación partidista que experimentó Colombia en la década de los años cuarenta.

La utilización de la violencia como instrumento político, tiene un trasfondo que ha sido interpretado para el caso colombiano de diversas formas¹. Conviene advertir que el concepto de soberanía estatal ha cobrado cierta importancia para muchos estudiosos, pues en el intento por conseguirla, ésta se ha constituido en el elemento justificador para desatar conflictos y así mismo hechos violentos, ya que con la idea de someter a la población bajo un mismo orden se ha ejercido el poder de forma arbitraria, generando oposición y descontento.

Partiendo de lo anterior, la lucha bipartidista en Colombia se desarrolló entre las facciones políticas liberal y conservadora, por el control del Estado. En esta lucha ambas partes tuvieron la posibilidad de declarar la guerra a su contrario, influyendo en la mentalidad de los ciudadanos, arrastrándolos a niveles de violencia e intolerancia que posteriormente fueron incontrolables.

La violencia bipartidista en la que partidarios de una y otra facción se batían en una guerra de eliminación mutua, se desarrolló con más intensidad en las décadas anteriores al Frente Nacional (1958-1974)². La pugna política comenzó como un conflicto rural que luego se trasladó a la ciudad, cuando no sólo eran los simpatizantes de los partidos desde su cotidianidad quienes mostraban abiertamente oposición a sus contrarios, sino que, además, era reforzada por los dirigentes políticos de cada facción quienes incitaban a sus simpatizantes a rechazar cualquier idea política que fuera contraria a la propia.

El historiador Darío Acevedo Carmona plantea que en algunas ocasiones los hechos llegaron incluso a escenarios como el Congreso de la República, en el que los discursos proferidos por parlamentarios de uno y otro bando encendían la postura del opositor, a tal punto, que en 1946 en vísperas de las elecciones para presidente de la República, fueron tan intensos los debates entre ambos partidos y a través de los medios radiales, que el año finalizó con una declaratoria de Estado de Sitio, con censuras a la prensa, abstención electoral por parte de la facción liberal y el cierre

¹ En este caso me refiero a periodos de tiempo que son considerados como periodos de búsqueda de identidad nacional, así lo explica: Uribe Hincapié, María Teresa. Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. En: *Estudios Políticos*. N° 13, julio-diciembre de 1998. p. 12 y 13.

² Así se denominó el pacto mediante el cual los partidos se alternaron el poder durante periodos de cuatro años distribuyendo también paritariamente los cargos públicos.

de la sede del organismo legislativo, pues después de una de estas discusiones fue asesinado uno de sus miembros³.

Acevedo Carmona, en el texto referenciado, cita las palabras de un parlamentario en una de las sesiones del Congreso de la República, que pueden ilustrarnos la forma como era empleado el lenguaje en el discurso político y los efectos que éste producía entre la población:

“La violencia política, honorables representantes, tiene muchas causas y, entre otras, los discursos que se pronuncian en las Cámaras. Por eso cuando aquí los oradores, con ánimo de hacer alardes verbales y de que su nombre resuene en las provincias, pronuncian encendidas arengas, están produciendo en el ánimo sencilla de los campesinos una reacción mortal y asesina y si la mano de esos campesinos se arma con el puñal homicida, no es precisamente a esa pobre gente inculta a la cual hay que exigirle cuentas, sino a los oradores que desde aquí pronuncian agresivas palabras fuera del sentido exacto de la responsabilidad (...)”⁴.

En este escenario de pugna incesante, se recurría continuamente a buscar soluciones o respuestas en términos judiciales. Tanto unos como otros exigían que las autoridades investigaran la ocurrencia de los hechos, que se castigara a quienes resultaran responsables, que se emitieran normas electorales para impedir los fraudes, a todo eso se agregaban las interpretaciones dadas por los periodistas en los distintos editoriales. El juego consistía en incitar más la furia de los partidarios con titulares alarmantes y desbordados de su realidad; se temía que “sólo con palabras, se acrecentaba el conflicto”⁵.

La forma de proceder de los miembros de cada facción política se orientaba argumentando el ataque en contra del otro; en este sentido, puede observarse la utilización del discurso empleado como el mecanismo más decisivo a la hora de imponer la ideología de cada una de las partes; para ello cumplieron un papel esencial los medios de comunicación, esencialmente la radio y la prensa escrita, a través de entrevistas, discursos, pronunciamientos y caricaturas políticas, mediante los cuales los ciudadanos conocían la posición de sus dirigentes en contra de sus opositores. Así, frente al actuar del “otro” sobre quién recaía la total responsabilidad del conflicto, la única visión posible era que el país estaba cayendo en una crisis de

³ En cuanto a la ocurrencia de estos hechos ver: Acevedo Carmona, Darío. La mentalidad de las élites sobre la violencia en Colombia (1936-1949). Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales., Bogotá: El Áncora; 1995. p. 64.

⁴ Ibid., p. 113. Palabras pronunciadas por el parlamentario Abelardo Forero Benavides en la sede del Congreso en una de las sesiones dadas en vísperas de las elecciones para presidente de la República.

⁵ Op. cit. ACEVEDO CARMONA, p. 66.

valores, se hablaba “(...) de la desintegración del estado, del vacío de autoridad, del olvido de las buenas costumbres, de la violación de las normas de la convivencia, de la disolución moral, del reino de la impunidad, del irrespeto generalizado de los códigos (...)”⁶.

Las ideas en torno a la descomposición de la sociedad eran empleadas como estrategia por los directores de los partidos para fortalecer la imagen de sus representantes, pues se les infundía a los simpatizantes la idea de un salvador que combatiría a quienes estaban llevando a la sociedad a la perdición. Ideas de este tipo generaban en los ciudadanos una necesidad frente a la defensa de sus intereses coherentes con su partido, se asumía casi como una cuestión mesiánica, en la que el candidato presidencial o el líder de un partido con su ideología, rescataría a la sociedad de su descomposición.

En cada comunicado emitido por miembros de alguna de las facciones, fuera en las plazas públicas, las iglesias o en los medios de comunicación, lo que se mostraba era que los hechos violentos eran responsabilidad del opositor, que provenían de éste, que era el “otro” el que no tenía otra manera de actuar. Las conductas frente a la imposibilidad de actuar para dar solución al conflicto que ya hacía parte de la dinámica de los partidos, aludían más al sentimiento que a la razón, alimentando y propagando a su vez la configuración del otro como enemigo, creando así una opinión generalizada que los ciudadanos reproducían en la cotidianidad de forma violenta, en contra de quien no perteneciese a su facción.

Las consignas en contra del otro iban desde acusarlo de comunista y ateo, hasta estimular la conciencia de los partidarios con un lenguaje reiterativo en el que se describía al otro de forma oprobiosa, nutriendo las ideas de imágenes y símbolos que afirmaban continuamente los ideales de cada facción. Es de destacar, por ejemplo, el papel desempeñado por Laureano Gómez⁷, candidato conservador a las elecciones presidenciales en 1949 que para ese año resultó electo, y quien era además reconocido por emitir discursos injuriosos que después de ser pronunciados, según los liberales, propiciaban fuertes episodios de violencia⁸. La opinión

⁶ Ibid., p. 35.

⁷ Ibid., p. 83. En este sentido menciona Acevedo que gran parte de la responsabilidad por los hechos de violencia generados durante la pugna partidista recaía en este enérgico líder, codirector del periódico *El Siglo*, de orientación conservadora, quien se caracterizaba por emitir discursos incendiarios, luego de los cuales se registraban en casi todo el territorio colombiano cruentas masacres en contra de los liberales.

⁸ Respecto a este líder se dice que se trataba de un “católico reaccionario de orientación franquista, detractor de la filosofía de Bentham, opositor del sufragio universal, desató en muchas ocasiones situaciones de crisis”, En: Pécaut, Daniel. Orden y Violencia: Colombia 1930-1953. Vol. II. Siglo veintiuno editores, Fondo editorial CEREC. p. 527.

de algunos dirigentes liberales en cuanto a la violencia generalizada que experimentaba el país en vísperas de elecciones presidenciales, puede verse reflejada en el siguiente comunicado:

“(...) Suprimida ya prácticamente la propaganda electoral en su aspecto más popular y democrático; expulsada por la violencia de las autoridades una gran cantidad de los registradores municipales; en pleno desarrollo – con el respaldo implacable de policías y resguardos- una política terrorista que ante nada se detiene; colocada la autoridad nacional en las manos más sectarias que han podido encontrarse, generalizada la táctica de arrebatar a la gente humilde sus cédulas... creado este ambiente de persecución desahogada a todo lo largo y ancho del país, nada queda de las garantías legales creadas para salvaguardar el sufragio... no queda nada distinto de la violencia desenfundada, encaminada a aumentar el voto de los unos y a disminuir o a eliminar el voto de los otros. En esas condiciones, creemos que nuestro deber, el más claro e imperioso de los deberes, está en no participar en la organización de un debate electoral que sobre tales bases se adelante”⁹.

Estas opiniones eran plasmadas posteriormente en los editoriales de los periódicos donde se podían encontrar expresadas de la siguiente forma: “La verdad es que se está creando una situación en que los liberales no podrán votar porque las autoridades se lo van a impedir a balazos, y los conservadores no van a tener que votar porque sus agentes quedan en capacidad de forjar a su amaño los registros que a bien tengan (...)”¹⁰.

Lo anterior es muestra de cómo medios de comunicación como la prensa contribuían a que el entorno se hiciera cada vez más tenso, favoreciendo lo que Acevedo Carmona ha denominado “una mentalidad de la violencia consistente en atribuir al otro la coacción, la persecución y los hechos de sangre, y concebirse a sí mismo como víctima. Una mentalidad, un estado de ánimo en el que se elude la responsabilidad propia”; se trataba entonces, de una suerte de *rearme mental*:

“(...) pues todo se revestía de una atmósfera militar, las marchas del pueblo, los discursos radiales y de plaza pública; así entonces el ambiente general es de confrontación, por lo que los partidos no resultaron una posibilidad de cultura cívica, sino por el contrario, ayudaron a construir una visión guerrera de la política y la sociedad”¹¹.

⁹ Declaración de los expresidentes liberales Alfonso López Pumarejo, Eduardo Santos, Carlos Lozano y Lozano y Antonio Rocha, en calidad de suplente del rector de la Universidad Nacional, En: Lleras R. Carlos. De la República a la Dictadura. Bogotá; 1955. p. 202. Citado en ACEVEDO CARMONA. Op. cit., p. 126.

¹⁰ ACEVEDO CARMONA. Op. cit., p. 128.

¹¹ Ibid., p. 40.

La generalidad en el escenario político público era agredir al otro a través del lenguaje. La prensa y la radio constituyeron el medio más eficaz de propagación de discursos e ideas y por tanto de la confrontación, las malas noticias se difundían con rapidez produciendo distintas emociones y respuestas dependiendo de la facción a la cual se estuviera inscrito, se difundían entonces no sólo noticias, sino también sentimientos de intolerancia y violencia.

De esta forma la expansión y generalización de un lenguaje que alimentaba el odio hacia el enemigo, produjo una serie de estigmatizaciones por cuanto la pertenencia a una u otra facción representaba la posibilidad de mantenerse a salvo. Así, basados en los comentarios emitidos por sus dirigentes, los ciudadanos actuaban motivados por el ideal de salvar a la patria de los contendores, a quienes se les responsabilizaba de todos los males.

Los discursos políticos que se emitían teniendo como fin el señalamiento del opositor, o buscando el apoyo de los individuos en torno a un tema, por lo general de orden o de seguridad, comenzaban con una *retórica de tolerancia*¹², que luego permitía justificar el ataque en contra del contendiente, dando lugar a una presentación de la imagen negativa de los otros. La emisión de discursos, entonces, se apoyó necesariamente en los medios de comunicación, instrumentalizados en este caso para fortalecer las propiedades negativas que se le atribuían a quienes no hacían parte de una facción específica y a favor de quien se emitía el discurso. En este sentido, cobraba vital importancia la prensa, insertando grandes titulares en primera página en forma repetitiva, o la caricatura política¹³ con la que se ridiculizaba a los opositores.

Cabe señalar, como lo menciona Teun A. Van Dijk, que: “(...) el discurso y la comunicación se convierten entonces en los recursos principales de los grupos dominantes.(...) es un poder que permite controlar los actos de los demás, define quién puede hablar, sobre quién y cuándo”, así, a través de la comunicación se obtiene lo que este autor denomina una *manufacturación del consenso*, en el que a través de un “control discursivo de los actos lingüísticos por medio de la persuasión, la manera más moderna y última de ejercer el poder”¹⁴, se modela la mentalidad de los ciudadanos en torno a cómo deben hacerse las cosas, e incluso,

¹² Concepto desarrollado por Teun A. Van Dijk, respecto a la presentación negativa de los otros que justifica el ataque en contra de grupos sociales específicos, En: Van Dijk Teun A. Discurso, poder y cognición social. Texto de conferencias dictadas por este lingüista en la Escuela de Ciencias del Lenguaje de la Universidad del Valle en 1994. Documento presentado por la Cátedra UNESCO en Lectura y Escritura. p. 30.

¹³ Op. Cit., ACEVEDO CARMONA. Este trabajo destaca la importancia de los titulares de prensa y de la caricatura política como medios especialmente incendiarios en la confrontación partidista.

¹⁴ Op. Cit., VAN DIJK. p. 5.

en contra de quién. Se trata pues, en términos de este autor, de un control mental a través del discurso.

Lo anterior puede conducirnos a afirmar que los diarios, en su carácter de medios de comunicación, plasmaban un discurso ideológicamente orientado. En el caso colombiano, los diarios siempre tuvieron un papel decisivo en la reproducción de las ideologías partidistas, siendo funcionales a la reproducción de tales ideologías buscando generar simpatía frente a la facción a la cual se inscribían y a su vez enardecendo el odio tanto de los copartidarios como de los contrarios.

Puede afirmarse, entonces, que se trata de una relación de fuerza legitimada por la organización estatal, en la que las autoridades delimitan quién debe ser calificado y perseguido. Medidas de este tipo, se originaban prácticamente en todos los casos, a partir de sugerencias hechas por miembros de los mismos partidos, quienes determinaban qué era lo que debía considerarse aceptable, generando poco a poco un criterio general en los simpatizantes, lo que le generaba al ciudadano común, a quien era dirigido, un criterio parcializado. Las actitudes y hechos que de ahí en adelante se generaron, escaparon al control del Estado, hasta el momento en que se decidió que también esas conductas debían ser reprochadas.

Sin embargo, a pesar de que la pugna partidista fuera el eje que justificara el empleo de la violencia, otros estudios como los de Mary Roldán¹⁵ respecto a la violencia en Antioquia, sugieren que ésta no fue provocada únicamente por la pugna partidista, aunque su empleo se justificara con base en el bipartidismo, sino que adicionalmente plantea la influencia de factores como el racismo, el aislamiento regional, y en general, cuestiones étnicas, culturales y socioeconómicas, que servían de justificación a los gobiernos departamentales para implementar medidas represivas e incluso para ejercer el terror entre la población.

Según el análisis de esta historiadora, tales factores adicionales influían a tal punto que autoridades oficiales como gobernadores, alcaldes, inspectores de policía y miembros de ésta, desarrollaron el uso de la violencia como una herramienta política frente a grupos de la sociedad que eran considerados diferentes. Su análisis plantea la transición de una violencia generada en la pugna partidista que, paulatinamente, da origen a otra violencia generada a partir de grupos armados que habían comenzado como apoyo de las facciones políticas, y que luego pasaron a constituir las guerrillas de carácter subversivo. La transición entre una y otra manifestación de violencia, está marcada por nuevas formas de estigmatización, que ya no serían el reproche contra un individuo por ser liberal o conservador, sino incluso, en contra

¹⁵

Roldán, Mary. *A sangre y fuego, la violencia en Antioquia, Colombia 1946 – 1953*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Fundación para la promoción de la ciencia y la tecnología. Colombia; 2003.

de sectores sociales, contra los que también se esgrimían discursos en el escenario político, discursos de carácter diferencial, que justificaban el uso de la violencia y el terror en su contra, no sólo por que tuvieran creencias políticas opuestas, sino también, porque sus costumbres, debido a su posición social o cultural, no eran semejantes a las de las élites o porque protagonizaran manifestaciones de oposición al gobierno.

A la diferencia que constituía la justificación para el ejercicio de la violencia se le añadían situaciones consideradas como “desviaciones”, fuera porque se tachara a los obreros y sindicalistas como “comunistas”, justificando así el uso de la represión cuando éstos ejercían su derecho a la protesta, o sencillamente, porque su acento o su apariencia no era la adecuada según los cánones permitidos¹⁶.

Las formas de manifestación de la violencia durante la pugna partidista fueron promovidas y reforzadas por las autoridades locales, por ejemplo, en el caso antioqueño: “la mano de obra sindicalizada, especialmente la empleada en el sector público, fue uno de los primeros sectores de la población antioqueña en sentir el efecto de la violencia partidista ejercida por el estado en la región”¹⁷, cualquier forma de asociación que estuviera en oposición al gobierno conservador, se asimilaba ya no solo al partido liberal sino también a la influencia del comunismo, por lo que :

“Comunismo’ y ‘comunista’ llegaron a ser términos enormemente flexibles e incluyentes que podían sacarse a relucir contra cualquier cosa o cualquier persona que pareciera desafiar el status quo, ya fueran las trabajadoras de falda corta, la exigencia obrera de un aumento de sueldo o las alusiones ‘demasiado modernistas en la obra de pintores antioqueños’¹⁸.

Creemos entonces, que teniendo como justificación la confrontación partidista, se fue fortaleciendo la construcción de un enemigo interno, “el otro”, que en resumidas cuentas podía ser el conservador, el liberal, el obrero sindicalista, el diferente o, sencillamente, el incauto, por lo que incluso se detenía de manera ilegal a sospechosos, se ejecutaba arbitrariamente con ayuda de las fuerzas de seguridad del Estado y se empleaba la tortura en forma indiscriminada¹⁹.

¹⁶ La existencia de una “preocupación” por la moral privada, que conllevaba a distintos niveles de discriminación y necesidad de control, fuera por la opción política o por diferencias socioculturales, ha servido como principal justificación para el empleo de la violencia y el terror por los grupos dominantes; en este sentido, además del texto de Roldán, existen otros análisis muy interesantes como los de Uribe de Hincapié, María Teresa. “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”. En: *Estudios Políticos*. N° 13, julio- diciembre de 1998. p.44.

¹⁷ Op.Cit. ROLDÁN. p. 92

¹⁸ Ibid., p. 75.

¹⁹ Referencias a este tipo de acciones en Ibid., p. 277.

En este contexto, fueron las autoridades y la fuerza pública quienes más contribuyeron a la escalada de la violencia, partiendo de la pugna partidista existente y justificándose en la necesidad por mantener el orden y el honor de las regiones. Esa violencia, que Roldán denomina *violencia oficial*, tuvo lugar, según su análisis, en fuertes alianzas entre el gobierno nacional, las élites locales y una fuerte red clientelista, que permitió el afianzamiento de la violencia, pues:

“(…), Casi todas las quejas de persecución, extorsión o abuso físico (...) involucraban a empleados públicos como alcaldes, inspectores de policía y policías. Se hizo corriente nombrar alcaldes con historial criminal o cuyos nombres eran mencionados en casos de homicidio y asalto que hasta el momento no habían sido cerrados.

(...). Así, en algunos casos, individuos que en el pasado habían sido enviados a un municipio para aplacarlo y se habían ganado una reputación por aterrorizar a la comunidad y por cometer crímenes, eran nombrados nuevamente cuando los asuntos requerían de nuevo una “mano dura”²⁰.

Los miembros de la policía, por su parte, añadían su cuota en los hechos violentos. En muchos municipios antioqueños esta institución apoyaba las actividades de la contrachusma (brazo armado de la facción conservadora) a través de: “una amplia gama de actividades como el abigeato, el hurto de la producción agrícola y la apropiación de tierras, en nombre de la erradicación de la subversión y la defensa de los intereses de valores como la religión, el orden y la democracia (...)”²¹. Los continuos abusos de esta institución oficial, a la que se le acusaba de apoyar las actuaciones de las administraciones locales conservadoras contra el brazo armado liberal, consistían en muchas ocasiones en “detener de manera ilegal a sospechosos y de ejecutarlos arbitrariamente (...) de usar la tortura para obtener confesiones, incluso cuando la violencia obtenida de dicha manera había sido declarada ilegal e inadmisibles por la Corte Suprema de Justicia de Colombia”²², además de hostigar continuamente a los trabajadores sindicalizados contra quienes actuaban para dispersar las huelgas y las asociaciones; en efecto, aunque muchos ciudadanos atribuyeron la escalada de violencia a la ausencia de la fuerza pública, “fue esta última la que con frecuencia perpetró la violencia entre 1946 y 1949”²³.

²⁰ Ibid., p.127-128.

²¹ Ibid., p. 200.

²² Ibid., p. 277. En este sentido plantea Roldán en el caso antioqueño que “(...) La dificultad para identificar con exactitud a quienes estaban alzados en armas y por qué, fue un punto al que se refirieron una y otra vez varios de los analistas comisionados por el gobierno departamental de diagnosticar las fuentes de agitación en el occidente. Por ejemplo, los detectives empleados por la oficina de seguridad interna insistieron en que no había fuerzas guerrilleras per se, sino más bien que ser trabajador de carreteras y ser guerrillero era lo mismo (...)”. p. 244.

Se tiene que a la violencia transmitida a través del discurso en contra del opositor político, se adicionaba una violencia factual: por ello tenían lugar masacres, ataques a caseríos, éxodos de pobladores²⁴ y todo tipo de procedimientos por medio de los cuales, ésta era la justificación, se intentaba dar solución al conflicto político. Esto produjo que las luchas sociales que se pudieran generar, siempre tuvieran como respuesta estatal una visión criminalizante y punitiva.

La magnitud de los excesos cometidos por estos grupos y el impulso inicial de proveerse de una seguridad fiel a su partido, produjeron que posteriormente los mismos dirigentes conservadores, por lo general terratenientes, vieran sus propios intereses amenazados. Los alzados en armas los acusaban de traicionar al gobierno por contratar a trabajadores liberales²⁵. Fue así como poco a poco los dirigentes se vieron sorprendidos frente a un fenómeno que ellos mismos habían motivado, pero que ahora escapaba a su autoridad, pues a pesar de que ellos mismos lo habían creado, ya era tarde para ejercer control sobre sus acciones, ya que gran parte de la población civil estaba armada con auspicio de las autoridades, por lo que “lo único que cambió, fue que, en vez de una fuerza activa que robaba, violaba y mataba, ahora había dos”²⁶, la guerrilla armada liberal y la contrachusma conservadora, a raíz de lo cual el conflicto siempre terminaba filtrándose y desatándose.

Así pues, fueron las élites partidistas las que promovieron sistemáticamente diferentes estrategias de violencia, desde la utilización de discursos que producían en los simpatizantes reacciones de agresión en contra de sus contrarios, hasta la creación de grupos armados de carácter privado. Sin embargo, es importante resaltar que la responsabilidad recaía siempre sobre los grupos marginados, a quienes se responsabilizaba de la barbarie y con esta justificación se desplegaban en su contra más medidas represivas. En cuanto a los trabajadores sindicalizados plantea Roldán que:

“los activistas y líderes sindicales’ y quienes ‘simpatizaban con la izquierda’ fueron ‘apresados de manera indiscriminada’. Al llenarse las celdas de las prisiones de la ciudad, las autoridades se adueñaron de escuelas públicas

²³ Ibid., 114.

²⁴ Existe numerosa bibliografía que documenta los hechos violentos ocurridos en éste periodo de tiempo, un ejemplo ilustrativo de estos estudios, dedicado en su mayoría a la violencia en las regiones de Boyacá y Cundinamarca, -casos que se consideran los mas notorios en el país -, es el texto de: GUERRERO BARÓN, Javier. *Los años del olvido. Boyacá y los orígenes de la violencia*, Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales, Universidad Nacional de Colombia, Tercer Mundo Editores, Septiembre 1991, 269 págs.

²⁵ Ibid. Pág. 200. En este aparte se encuentran entre estos otros efectos que trajo consigo el aumento de grupos armados privados y su utilización por terratenientes y jefes políticos.

²⁶ Ibid. Pág. 211

y, una vez agotado el espacio en ellas también, construyeron un campo de concentración provisional en la plaza de toros de la ciudad (...)”²⁷.

En el mismo sentido, en las zonas más deprimidas socialmente, la policía era considerada por “el gobierno y sus representantes (...) como un canal por medio del cual la agresión de la clase baja podía utilizarse de manera segura y legítima contra las poblaciones de las zonas marginales, según el gobierno, colonizadas por indeseables”²⁸. Diversos términos estigmatizantes eran empleados para definir lo que se consideraba problemático, ello prolongaba la actitud violenta y servía como justificación para responsabilizar generalmente a los sectores más desfavorecidos. En este sentido puede considerarse que se trataba de otra forma de violencia, que en términos discursivos, a través del señalamiento, reproducía de manera enfática la exclusión y estigmatización de estos grupos sociales definiéndolos como focos de conflicto.

2. DEL BANDOLERO, COMUNISTA Y ATEO AL GUERRILLERO

Ahora bien, durante la lucha bipartidista, y luego en pleno periodo del Frente Nacional (1958-1974), mitigada en gran parte la pugna, ya no se trataba de un conflicto por definir en manos de quién debía radicarse la soberanía, la problemática comenzó paulatinamente a cambiar de objetivo; recurriendo claro está, a la necesidad y urgencia por lograr el “orden” y la “paz”.

Habría que decir que, si durante la década de los cuarenta en pleno auge de la violencia partidista, la lucha era de forma más directa contra el opositor político, que era nombrado como ateo, chusmero, bandolero, ahora estos señalamientos fueron renovados e incluso modificados por otros, que estaban más a la vanguardia de la lucha internacional por mantener el orden. Así fue como, poco a poco, se pasó en el discurso político, de hablar de la amenaza que representaba el liberal o el conservador, para convertir a éste en un comunista o en un guerrillero, incluso para hablar de la amenaza que representaba la organización sindical, la estudiantil o cualquier grupo que se organizara para promover cambios en sus condiciones de vida, o como oposición a las fuertes medidas represivas que intentaban contrarrestar nuevas problemáticas como la proliferación de las ideas comunistas, y que posteriormente fueron vertidas de forma más definitiva en el Código Penal de 1980.

La promoción de la violencia a través del discurso emitido por el Estado puede analizarse en distintos momentos de la historia de la violencia en Colombia. En este

²⁷ Op. cit., ROLDÁN. p. 98.

²⁸ Ibid., p. 272.

sentido, para las décadas anteriores a los años 1980, se asienta con mayor firmeza no sólo la estigmatización, sino que además continúa la práctica de reproducir nuevos conceptos o nuevas categorías, que contribuyeran a reforzar el discurso de la confrontación, es decir, de la violencia²⁹.

Para ilustrar la influencia del discurso político en la reproducción de la violencia, y de forma más directa en la creación e implementación de normas penales, me referiré a otro momento de la historia colombiana. Para estos efectos advertiré que el antes mencionado pacto del Frente Nacional (1958-1974), fue justificado pretendiendo lograr una *reconciliación nacional*, en cuanto a la pugna bipartidista.

Sin embargo, tal pacto en el que uno y otro partido se turnaron el poder de forma alterna, solo fue suscrito precisamente entre estas dos facciones (liberal y conservadora), que eran los partidos dominantes para ese entonces en el escenario político, sin tomar en cuenta otras propuestas que emergían como alternativas, pero que fueron señaladas desde el inicio como de oposición, es decir, este fue el punto en el que a pesar de no estar saldada completamente la fisura existente entre los partidos tradicionales, se pasó a catalogar como oposición lo que representara una amenaza a lo tradicional, lo que puede verse más como una prolongación del conflicto que como una reconciliación, configurándose a su vez en una suerte de política de *pacificación discriminatoria*³⁰, pues al dejar fuera del pacto a los nuevos actores, se prolongó y alimentó aún más la confrontación política, lo que motivó que a que los grupos excluidos optaran por otras vías de reconocimiento, dando lugar a otras formas de violencia.

En una dinámica social en la que interactuaban y entraban en pugna continua grupos dominantes y grupos dominados; los primeros, en su deseo por imponer su concepción de orden, empleaban como instrumento esencial la fuerza y la violencia, que se tornaban en las herramientas más expeditas tanto para unos como para otros. Ocurría, entonces, que un discurso político dotado de violencia generaba intolerancia³¹.

²⁹ Ese discurso de violencia al cual me he referido ha tenido además un campo normativo que le ha permitido desarrollarse y promoverse, justificando la producción e implementación de normas penales. La norma, con su creación y promulgación, revestida en gran parte por el discurso, pasa a ser entonces un recurso para el ejercicio de la violencia y así mismo para el ejercicio del poder.

³⁰ Concepto empleado por: Marulanda, Elsy. Colonización y conflicto. Las lecciones del Sumapaz. Bogotá: Tercer Mundo; 1991. p. 265.

³¹ Según Camacho Guizado y Guzmán Barney, se trata de una violencia de la intolerancia cuando es ejercida desde una posición dominante y busca perpetuar una posición en las relaciones sociales, es ahí donde se originan grupos de limpieza, de autodefensa, o de carácter paramilitar, o puede tratarse de una violencia del reconocimiento cuando se produce en una búsqueda por cuestionar el orden existente. Esta caracterización puede encontrarse en: Camacho Guizado, Álvaro y Guzmán Barney, Álvaro. Colombia Ciudad y violencia. Bogotá: Foro Nacional; 1990. p. 149.

Esa violencia de la intolerancia reflejada en el discurso político justificó ya no únicamente el ejercicio de la violencia, sino además, de forma enfática, la implementación de normas penales para conjurar la problemática social y política existente y, en el mismo sentido, fue el origen de nuevos hechos violentos.

Podemos remitirnos desde esta perspectiva, a la década de 1970 y más exactamente al gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982). Este gobierno se caracterizó por dar un tratamiento eminentemente punitivo a la violencia. Desde el comienzo del mandato, se promulgó el decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, por el cual se consagró el denominado Estatuto de Seguridad, que generó polémicas en el ámbito social, especialmente en el académico y el judicial, pues intentaba conjurar el “desorden” existente desde años atrás, con medidas que fueron consideradas por dichos sectores bastante severas. Se trataba de una estrategia en la que se evidenciaba un proceso de afinamiento de las medidas de excepción impuestas desde décadas anteriores³².

Desde el mandato inmediatamente anterior al de Turbay, es decir, el mandato de Alfonso López Michelsen (1974-1978), comenzaron a erigirse medidas en torno a la “defensa nacional”, ello coincidía con el temor generalizado de los gobiernos latinoamericanos a que los efectos de la revolución cubana se extendieran por todo el continente, por ello se formularon disposiciones tendientes a evitar una expansión de las ideas comunistas, o como fue y aún hoy es expresado ante la opinión pública: con miras al restablecimiento del “orden público”.

Estas medidas intentaban conjurar, a través de medios normativos, el afianzamiento de los grupos de izquierda en Colombia. Diversos decretos se expidieron buscando implementar y poner en marcha la Doctrina de Seguridad Nacional en Colombia, a través de la cual se intentaba “quitarle base social a los grupos insurgentes y llenar así vacíos de poder que habían sido llenados por la guerrilla ganando un alto grado de legitimación en los lugares donde hacían presencia”³³. Debido a la implementación de esta doctrina, se expidió el 24 de diciembre de 1965 el decreto legislativo 3398, mediante el cual se organizó la Defensa Nacional; de esta forma se allanó el camino para la implementación de otros decretos que durante este gobierno fueron expedidos ininterrumpidamente y en torno a los cuales se pretendía eliminar cualquier posibilidad de oposición al orden existente³⁴. Esta serie de decretos en

³² Para esta fecha ya el país se encontraba en estado de sitio desde hacía casi 20 años.

³³ Muñoz Tejada, Julián Andrés. “Doctrina de la Seguridad Nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas”, En: Estudios de Derecho. No. 142, Diciembre de 2006. Universidad de Antioquia. p. 185-209.

³⁴ Entre ellos encontramos: Dec. 072/1965 autoriza la convocatoria de consejos verbales de guerra; Dec. 2265/65 limita el derecho de reunión y somete a la autorización facultativa de los alcaldes la realización de manifestaciones, reuniones o desfiles en lugares públicos, además faculta a la policía para disolver las

cuanto al manejo del orden público encuentran su oportunidad para reforzarse en el gobierno de Turbay con el Estatuto de Seguridad.

En 1978 se da a conocer el mencionado estatuto, encontrándose el país bajo la figura de estado de sitio, que había sido declarado en el gobierno de López Michelsen³⁵. De hecho, el decreto se justificó sobre la declaratoria anterior de estado de sitio.

Antes de continuar con el breve análisis de los hechos que motivaron la expedición de este estatuto, que es fundamental para este artículo, antecedente inmediato del Código Penal de 1980, consideramos pertinente hacer una breve referencia a la utilización de la figura del estado de sitio en nuestro país, que se ha materializado también, a través del discurso político.

Los estados de sitio en Colombia han sido declarados prácticamente de forma continua durante varias décadas. En 1958 el gobierno de Alberto Lleras Camargo, con el cual se inauguraba el Frente Nacional, se declaró el estado de sitio en todo el país³⁶. Durante la última fase del gobierno de Guillermo León Valencia (1962-1965),

reuniones no autorizadas o las que generen tumulto; Dec. 2686/66 autoriza al DAS para elaborar listas de sospechosos de actividades subversivas, someterlos a vigilancia con retiro del pasaporte y prohibición de la expedición de uno nuevo. Se autorizaba al DAS para confinar, previo concepto del Consejo de Ministros, a los sospechosos de atentar contra la paz pública; Dec. 591/70 faculta a gobernadores, intendentes, comisarios y alcalde de Bogotá para vigilar y restringir la circulación de personas y decretar el toque de queda, como también para prohibir la difusión de noticias, informaciones o propagandas radiales habladas o escritas; Dec. 610/70 autoriza la retención de personas por simple orden escrita del comandante de guarnición; Dec. 1131/70 limita el derecho de reunión, prohibiendo reuniones políticas, manifestaciones públicas, concentraciones religiosas, estudiantiles o laborales, actos cívicos y espectáculos públicos; Dec. 1134/70 impone la censura de prensa, aún respecto de los debates en las corporaciones públicas referentes al orden público; Dec. 255/71 impone graves limitaciones a la libertad de prensa al prohibirse la publicación o difusión por cualquier medio de noticias, comentarios o propaganda susceptible de crear alarma, afectar la tranquilidad o dificultar el restablecimiento del orden, como, entre otros: hechos alteradores del orden público, instigación o apología del delito, estableciendo la censura previa.

³⁵ Ya para el mandato de López Michelsen fueron desarrollados los decretos en torno a la Defensa Nacional, que dan cuenta de lo anteriormente mencionado: Dto. 1573/1974 establece documentos inherentes a la planeación de la seguridad nacional; Dto. 383 de 1975 por el cual se nombran miembros para el consejo superior de defensa nacional; Dto. 2195/1976 dicta medidas conducentes al restablecimiento del orden público; Dto. 2578/1976 establece medidas de orden público; y el Dto. 1036 de 1978 crea la auditoría principal de guerra del comando general de FF.MM. Citados en: Gonzalez Carvajal, Pedro Juan. La doctrina de la seguridad nacional en Colombia (1958-1982). Tesis de maestría. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín; 1994. p. 245.

³⁶ El estado de sitio se declaró aduciendo la existencia de un plan para derrocar al gobierno, se vinculó a este plan a Rojas Pinilla quién fue detenido y juzgado por el congreso, luego se produce un lapso de normalidad hasta que en el año de 1961 el estado de sitio es declarado nuevamente en el mismo gobierno, manteniéndose ahora con la justificación del surgimiento de grupos de izquierda organizados y estimulados por la revolución cubana. La referencia al Estado de sitio es fundamental si se entiende éste como *“un acto específicamente político (...) en el cual se aprecia subjetivamente la situación de perturbación”*. En: Calle Calderón, Luis Armando. Estado de Derecho y Estado de sitio. Estatuto de seguridad. Tesis de grado para optar al título de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín; 1982. p. 77. Esta

continuó prolongándose esta figura que ahora se justificaba en las intensas protestas estudiantiles por el intervencionismo estadounidense, además de amenazas de paro general por las centrales obreras. Adicionalmente, se instauraron los consejos de guerra, en los que el juzgamiento de civiles se entregó a los militares³⁷, este tipo de procedimientos no cesaría hasta 1968, cuando se permitió el ejercicio de defensas por abogados civiles³⁸. En 1975 finalizado el Frente Nacional, vuelve a decretarse el estado de sitio en algunos departamentos, a raíz de intensas manifestaciones estudiantiles, lo que produjo que la figura se extendiera luego a todo el país.

Precedido por un periodo de cese en el estado de sitio, éste volvió a retomarse en 1977, pues diferentes sectores se encontraban en huelga. Este año se declaró un día de paro cívico nacional, el despliegue de protestas es tal, que cerca de 3000 personas son detenidas “en su mayoría sindicalistas, estudiantes y pobladores de los barrios pobres arrestados por su participación en las protestas públicas (...) Los obreros querían precisamente presionar para el levantamiento del estado de sitio, protestar contra el alto costo de vida, y contra la pérdida del poder adquisitivo de los salarios”³⁹.

Para este momento el país vivía una agitación generalizada, pues la imposición de los decretos anteriormente mencionados en torno al orden público, generaron un ambiente de hostilidad y de confrontación continua, que afectaba directamente a cualquier forma de organización social existente. A la sensación de inestabilidad del Estado contribuyeron de forma significativa los altos mandos del ejército, de hecho algunos análisis sugieren que el pacto del Frente Nacional representó la posibilidad del establecimiento y prolongación de un Estado autoritario en Colombia que tuvo lugar como respuesta a la intensificación de la protesta social debido “al crecimiento de sectores abandonados, en las ciudades o las zonas rurales, y a la ausencia de verdaderas reformas”⁴⁰, a las que el gobierno respondía con medidas represivas como: toques de queda restringiendo la posibilidad de asociación, señalando como sospechosa cualquier tipo de asociación, restringiendo la libertad de prensa y comunicación⁴¹ y, en general, impidiendo la manifestación popular; estas

conceptualización es útil si retomamos la línea de argumentación con base en la cual las situaciones de crisis son conjuradas por las autoridades a través de la norma como una forma de generar consenso frente a las medidas a introducir.

³⁷ A través del decreto 1920 de 1965 se atribuyó a la justicia penal militar para conocer de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado.

³⁸ *Ibid.*, p. 36. Pueden encontrarse referencias a los efectos de este decreto

³⁹ Informe de Amnistía Internacional de septiembre de 1980, citado por: CALLE CALDERÓN, p. 39.

⁴⁰ Pécaut, Daniel. *Crónica de dos décadas de política colombiana 1968-1988*. Bogotá: Siglo Veintiuno; 1987. p.13.

⁴¹ En este sentido remitirse al pie de página No. 38 en el que se enumeran distintos y diversos decretos en cuanto a las restricciones a la libertad en ese contexto.

respuestas, como fue mencionado anteriormente, eran sugeridas al gobierno por los mandos militares, quienes a raíz de la implementación de la Doctrina de Seguridad Nacional vieron reforzada su autonomía en el manejo del orden público⁴².

Es importante recalcar, retomando nuestro análisis inicial en torno a la influencia del discurso político en la reproducción de la violencia y consecuentemente en la adopción de medidas de carácter penal, que los discursos emitidos en los medios de comunicación en el año de 1978, cuando fue promulgado el decreto, se caracterizaron por la participación activa en las declaraciones públicas de los altos mandos militares, que solicitaban urgentemente al gobierno que se tomaran medidas más radicales contra el aumento de la subversión. Uno de los militares que influyó más decisivamente en la adopción de estas medidas, que fueron posibilitadas por el estado de emergencia, fue el general Camacho Leyva, quien en 1978 fue uno de los altos mandos firmantes de una declaración pública mediante la cual éstos le exigían al gobierno nacional adoptar de forma urgente medidas de emergencia más severas para mantener el orden⁴³. El mismo general fue escogido ese mismo año como Ministro de Defensa; su opinión respecto al fortalecimiento de la subversión y a la expedición del Estatuto era que “el Estatuto de Seguridad es, en este sentido, insuficiente”⁴⁴.

La expedición del Estatuto de Seguridad (decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978), supuso reformas a disposiciones existentes en el Código Penal, se crearon nuevos tipos penales, se modificaron las penas de otros, se le asignó competencia para conocer de algunos delitos a la justicia penal militar y se estableció la censura para la radio y la televisión. Su expedición se justificó, además, aduciendo que el orden público estaba alterado de forma desmedida, y como forma de prevenir la conmemoración del paro cívico nacional que había tenido lugar el año anterior, cuya celebración se temía, pues había generado gran cantidad de manifestaciones en todo el país.

En vísperas de la promulgación del mencionado estatuto, la prensa escrita no podía dejar de ejercer su función de comentar las circunstancias que motivaron al gobierno a expedirlo, e incluso a cuestionar o apoyar en diferentes niveles las reformas que éste implicaba en términos de “orden público”.

⁴² Muñoz Tejada. Op cit., p. 199. En este sentido pueden encontrarse varios apuntes respecto a las facultades otorgadas a las Fuerzas Armadas para el control del orden público y su relación con la implementación de la Doctrina de Seguridad Nacional.

⁴³ Referencias a esta declaración pueden encontrarse en: Op. cit., PECAUT, p. 343 y 344. La declaración en su totalidad puede encontrarse en : Op. cit., CALLE CALDERON, p. 49-51.

⁴⁴ Opinión citada por: Op. cit., PÉCAUT, p. 344.

Lo anterior puede ser ilustrado si observamos algunos titulares de diarios como los siguientes. El diario *El Espectador* emitía juicios que tachaban al estatuto por ser presentado por el Estado con un *dudoso origen*⁴⁵, por establecer un *rígido control de orden público*⁴⁶, e incluso mencionando las declaraciones del ministro de defensa quien aseveraba que era necesario que: *los ciudadanos provean su propia defensa*⁴⁷. Por su parte, en el diario *El Siglo*, las referencias al Estatuto de Seguridad aludían a que las medidas tomadas por el gobierno se hacían urgentemente necesarias para hacer un *frente común para combatir el delito*⁴⁸. Una vez expedido el estatuto, este diario daba cuenta de cómo los sectores dirigentes como los gremios industriales del país, le daban un apoyo público al gobierno por las medidas adoptadas con un titular que reza: *apoyo gremial, unánime aplauso*, mientras al otro lado de la columna otro titular anunciaba: *comunistas lo atacan*⁴⁹. Así mismo, y a pesar de las oposiciones que pudo generar la expedición de este estatuto, que no fueron pocas, pues se conocieron diversas impugnaciones por su inconstitucionalidad, días después el diario anunciaba: *Estatuto de Seguridad, TOTALMENTE CONSTITUCIONAL, apoyo general expresa la ciudadanía*⁵⁰, y casi dos semanas después de conocerse a nivel nacional que amplios sectores no sólo políticos sino del ámbito jurídico denunciaban su inconstitucionalidad, el diario seguía pronunciándose: *TOTAL NORMALIDAD EN LA NACIÓN*⁵¹.

Con estos ejemplos, hemos querido ilustrar cómo opiniones de los mandos militares que orientaban las decisiones políticas, y medios de comunicación a través de los cuales se generaba opinión pública en torno a las problemáticas, fueron empleados de forma estratégica para reforzar el discurso político, lo que para ese entonces contribuyó a fortalecer las medidas penales adoptadas por el gobierno, que fomentaba en gran medida el uso de la violencia contra los ciudadanos para impedir la posibilidad de asociación y de oposición al orden.

Un hecho significativo para la política colombiana puede ilustrar la imposición de estas medidas. Días después de la expedición del Estatuto de Seguridad, es asesinado el exministro de gobierno de López Michelsen, Rafael Pardo Buelvas⁵², este

⁴⁵ Cano, Guillermo (director). EL ESPECTADOR. Domingo 17 de septiembre de 1978, No.25302, Bogotá.

⁴⁶ Cano, Guillermo (director). EL ESPECTADOR. Jueves 14 de septiembre de 1978, No. 25.299, Bogotá.

⁴⁷ Cano, Guillermo (director). EL ESPECTADOR. Miércoles 13 de septiembre de 1978, No. 25.298, Bogotá.

⁴⁸ Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. Miércoles 6 de septiembre de 1978, No.13.866, Bogotá.

⁴⁹ Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. Viernes 8 de septiembre de 1978, No. 13.868, Bogotá.

⁵⁰ Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. Domingo 10 de septiembre de 1978, No. 13.870, Bogotá.

⁵¹ Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. 15 de septiembre de 1978, No. 13.875, Bogotá.

⁵² Hecho referido en: Op. cit., CALLE CALDERON, p. 90.

hecho sirvió de justificación al gobierno para recurrir a un artículo incorporado en la Constitución desde 1886 pero prácticamente olvidado: el artículo 28 que permitía proceder, después de consultar al Consejo de Estado y por decisión del consejo de ministros, a la detención⁵³ durante diez días, de toda persona sospechosa de querer alterar el orden público⁵³, a raíz de esto:

“(…) Centenares de arrestos se producen en 1979, seguidos de procesos masivos: en uno solo de ellos, en 1980, la justicia militar que, en su empeño por ganar tiempo, renunciara incluso a leer en forma completa las acusaciones, juzgará simultáneamente más de 300 personas. Los militares encargados de las investigaciones no se dejan enredar con escrúpulos inútiles en el curso de los interrogatorios. Los testimonios recogidos por una comisión de Amnistía Internacional y por la Comisión Interamericana de Derechos del Hombre de la OEA serán analizados en dos informes que establecen que la tortura se practica en numerosos establecimientos militares y subrayarán los abusos que se originan en las imprecisiones del Estatuto de Seguridad”⁵⁴.

Es importante recalcar que aunque existían amplios sectores sociales que se oponían a estas medidas, también había otros sectores que las apoyaban, lo que puede deducirse de los titulares de periódicos como *“El Tiempo”*, anteriormente vistos, ello puede dar cuenta de la forma como el discurso refuerza los criterios comunes a través de mecanismos como los medios de comunicación escritos, induciendo al apoyo de medidas que aparentemente son benéficas para la sociedad, pero que en el contexto analizado, debido a las severas restricciones impuestas sobre los individuos, sólo generaron un escalamiento en la protesta social, para el que ya se tenía preparado un muro de contención: el Estatuto de Seguridad.

Este tratamiento punitivo que se le da a las crisis políticas, da cuenta de cómo bajo el pretexto de “defender las instituciones”, se implementó el estatuto de seguridad, que entregó el juzgamiento de civiles a las fuerzas armadas, entre otras disposiciones que ya fueron mencionadas. Este Estatuto, que tomaba sus raíces de la Doctrina de Seguridad Nacional, “rechazaba el extremado legalismo de los sistemas penales y abogaba por métodos más expeditos, como los de la justicia penal militar”⁵⁵, lo que supone que las garantías que buscan proteger los derechos del procesado se descartan, pues la mayor justificación es que hay que proteger a la ciudadanía de cualquier peligro que amenace su seguridad; se trata de un ejercicio desmedido del poder que es propiciado por el derecho penal. Sin embargo, cuando

⁵³ Referencias a la implementación de este artículo en: Op. cit., PECAUT, p. 341.

⁵⁴ Ibid., p. 341.

⁵⁵ Grosso Garcia Manuel Salvador. La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez; 1999. p. 35.

ya no se hace posible esconder los abusos que un ejercicio como éste produce, la sociedad está imposibilitada para reaccionar, ya que ella misma legitimó tales actos frente a los que será casi imposible oponerse, pues cualquier ciudadano podrá verse como sospechoso, como “enemigo de la ciudadanía”⁵⁶.

El empleo del estado de sitio y con él la posibilidad de implementar legislaciones de carácter extraordinario que con el tiempo pasaron a ser legislación regular, puede ilustrarse con la expedición del decreto legislativo 3398 de 1965 mencionado anteriormente, mediante el cual se organizó la defensa nacional y se dio cabida a la entrada en vigencia de otros decretos en torno al orden público, éste se expidió inicialmente durante una declaratoria de estado de sitio, lo que debía producir que su vigencia fuera transitoria, sin embargo fue elevado posteriormente a legislación permanente, al igual que los decretos que de él se habían desprendido.

Lo anterior nos conduce a afirmar, siguiendo en esto el análisis hecho por Iván Orozco Abad, que en el caso colombiano “(...) el estado de sitio ha servido para crear, sobre todo en materia penal, instituciones ‘permanentes’ de justicia contrarias al espíritu ‘transitorio’ que es connatural a la vigencia de los decretos legislativos”⁵⁷. Este empleo del estado de sitio lleva implícito entonces un ejercicio del poder en el que la decisión de establecer tal figura está sólo en cabeza del poder ejecutivo. Por tanto, quien tiene la facultad para establecer tal figura, es quien tiene la posibilidad de delimitar y definir lo que debe entenderse como de naturaleza criminal; por lo que, cada vez que una figura de éstas se establece, se refuerza, se renueva e incluso se amplía la definición del enemigo en cuestión.

La imposición de estas medidas de carácter extraordinario, giró en torno a la imposición del orden en un momento de ebullición de la protesta social, y cuando era palpable el surgimiento de grupos de izquierda armados, lo que justificó la entrada en vigencia de políticas represivas, generando a su vez una “consecuente criminalización desmesurada de la desobediencia civil”⁵⁸ en un periodo donde, prácticamente, “quince de los veinte años que duró el Frente Nacional, se vivieron bajo el régimen de estado de sitio, con todas sus secuelas de restricciones a las libertades individuales y ciudadanas”⁵⁹.

Es importante señalar, que cuando se habla de que la violencia es desatada a partir de la imposición de estas medidas de carácter represivo, se hace referencia a afir-

⁵⁶ Ibid., p. 35.

⁵⁷ Orozco Abad, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional. Bogotá: Temis; 1992. p. 294.

⁵⁸ Ibid., p. 53.

⁵⁹ Ibid.

maciones como que: “Durante el gobierno de Turbay hubo un promedio de cuatro desapariciones al mes, en la administración Betancur la cifra se duplicó y hasta el segundo año del gobierno de Barco había llegado a 25 por mes”⁶⁰.

3. DEL GUERRILLERO AL TERRORISTA

Hemos intentado mostrar hasta ahora, cómo el discurso político, expresado a través de opiniones de dirigentes políticos, parlamentarios y altos mandos militares, influye, a nuestro juicio, en la expedición de normas penales que posteriormente desencadenan hechos violentos; y cómo esta relación se puede observar en el caso colombiano.

Por lo anterior, me permitiré establecer la relación que se da y se forja entre la norma, el ejercicio del poder y el control, con el empleo del discurso y el lenguaje en la normatividad penal, refiriéndome igualmente al contexto colombiano y más exactamente a la expedición del Código Penal de 1980 (Decreto 100 de 1980), del cual puede afirmarse que es el resultado de una época marcada por fuertes medidas represivas, cimentado sobre la base de decretos que fueron expedidos en las décadas anteriores con base en legislaciones de corte transitorio tal y como fue señalado anteriormente.

La introducción de modificaciones en la normatividad penal existente, lleva implícita la delimitación de lo que de ahí en adelante sería sancionado con un revestimiento de legalidad después de haber representado todo tipo de excesos contra los ciudadanos por parte de las autoridades; esto puede reflejarse con la creación del tipo penal de “terrorismo” en este Código⁶¹, y sirve para ilustrar la implementación de una nueva modalidad de estigmatización.

Las discusiones en torno a la implementación del tipo penal de terrorismo supusieron una redefinición del bien jurídico concebido como orden público⁶², considerándose que de esta forma se acomodaba el tipo a la problemática que se pretendía solucionar, sin embargo ello supuso además una *tendencia a la sustitución del delito político por el terrorismo*⁶³:

⁶⁰ Matyas, Eduardo. ¿Dónde están? En: Cien días vistos por CINEP, citado por: Op. cit., CALLE CALDERÓN, p. 90.

⁶¹ Que corresponde exactamente al artículo 127 Código Penal de 1980.

⁶² Op. Cit. OROZCO ABAD... Pág. 168

⁶³ Op. Cit. OROZCO ABAD... Pág.171

“(…) cabe tener presente lo siguiente: hasta antes de la expedición del Estatuto de Seguridad (1978), dichas perturbaciones existían únicamente como contravenciones. El artículo del Estatuto las elevó, por primera vez, a la condición de delito. El artículo 187 del Código Penal de 1980, por último, completó el ciclo de escalamiento en su criminalización, al assimilarlas –condicionalmente– al terrorismo”⁶⁴.

Lo que interesa observar en este sentido es que la introducción del tipo penal de terrorismo no fue algo fortuito, lo que se desprende del análisis anteriormente hecho. Para llegar a plasmarse en un Código, esta concepción se fue forjando a través de décadas de señalamiento, de emisión de discursos en los que los pronunciamientos dejaban claro lo que representaba oposición a las ideas de los grupos hegemónicos y del Estado. Podría plantearse una genealogía de la estigmatización, en la que primero se catalogaba a un individuo como liberal y ateo, luego como comunista, bandolero, guerrillero, y por último como terrorista. Y para reafirmar lo dicho, cabe considerar que la legislación representa la postura del Estado o la imagen que éste pretende dar de sí mismo y funciona, *sobre todo en lo tocante a la justicia, como un elemento legitimador del poder político*⁶⁵.

Con los ejemplos antes referidos y que pretenden resaltar la emisión de discursos que forjan la necesidad de implementar normas y la generación de opinión pública en torno a ellas, he querido mostrar cómo el Estado y los grupos hegemónicos que lo configuran, buscan continuamente la manera de reafirmar lo que debe entenderse como “orden”. Es entonces cuando la norma se instrumentaliza, desde lo general hasta lo particular, para determinar qué debe tenerse como aceptable o no, en términos políticos, sociales, etc.; por ello es que puede señalarse la violencia generada a partir de estos mandatos, como una violencia de la intolerancia en la que se defiende el orden dominante, en contra de lo que este mismo orden ha decidido señalar como delincuencia, como desigual, como lo que debe ser censurado, como lo “otro”.

En el caso colombiano la decisión de darle a la diferencia, que personifica la amenaza al orden, un tratamiento político/ punitivo, muestra a quiénes se ha tenido como enemigos. Puede inferirse con base en ello, cómo las decisiones adoptadas se revisten de una dimensión de verdad que se apoya en el lenguaje, para dar validez a las medidas impuestas.

Podemos afirmar que se trata de instrumentos políticos que son empleados en un margen de legalidad, lo que muestra a su vez las potestades que permanecen en

⁶⁴ Ibid. Pág. 170

⁶⁵ Speckman Guerra, Elisa. Crimen y Castigo: Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910). 1a ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México; 2002. p.56.

cabeza de quienes tienen acceso a deliberar en torno a tales decisiones para luego dejarlas en firme, grupos e incluso individuos que previamente han tenido posibilidad de argumentar qué debe tenerse como permitido, como legal, y qué y quiénes deben tenerse como enemigos absolutos.

Cabe señalar que el poder seleccionar lo que se comunica, es manifestación de un ejercicio del poder, por lo que un discurso de carácter político que incida en la introducción de normas penales no puede ser emitido por cualquiera y en cualquier circunstancia. Esto nos conduce a evaluar la posibilidad de que sólo algunas personas tengan acceso a medios para emitir sus ideas a través de discursos y otros no. Se comprende, entonces, que el ejercicio del poder político mostrado hasta ahora, es decir, la posibilidad de acceder al discurso como emisor, a espacios para su difusión, a contextos que lo refuercen, puede dar cuenta de un abuso en el ejercicio de ese poder⁶⁶ ocasionado por el ejecutivo o por las altas esferas de las fuerzas armadas.

Con base en la anterior argumentación, puede analizarse por ejemplo, cómo los tipos penales se transforman, se modifican y en algunos casos desaparecen, para dar lugar a calificaciones que describen, por un lado, el contexto de la guerra que es declarada por los poderes estatales y por algunos grupos sociales, en contra de lo que pueda amenazar su posición según un momento histórico; por otro, permite observar cómo en la expresión de los tipos se refleja la imposición de ideologías a cargo de grupos dirigentes. De ahí, por ejemplo, que el empleo de figuras como el estado de sitio durante largos periodos de tiempo, permitiera que legislación de corte transitorio que incluía en la mayoría de ocasiones la introducción de nuevos tipos, se hiciera permanente, lo que ocurrió, se insiste, en distintos periodos históricos⁶⁷.

Luego, es posible afirmar que la normatividad penal que precedió la expedición del Código Penal de 1980, amparó la realización de actos violentos, pues con la justificación de que se hace necesario defender a la población o a quienes ya han sido agredidos, y consiguientemente, la necesidad de castigar a quien ha producido la agresión, es como, en nombre de la defensa de la vida, del derecho a la propiedad, o a la integridad, se crean normas que en el intento de hacerse efectivas, conllevan formas cada vez más específicas de restricción a las garantías y a la libertad de los ciudadanos⁶⁸.

⁶⁶ Este poder es señalado por Teun A Van Dijk como *poder de grupo*, referencias a este concepto pueden encontrarse en: Van Dijk, Teun A. Racismo y discurso de las élites. 1a ed. Barcelona: Gedisa; 2003. p. 45.

⁶⁷ Como ocurrió durante los gobiernos de responsabilidad compartida como fueron los del Frente Nacional, e incluso como ocurre ahora, con el uso de esta figura que es denominada en nuestros días “conmoción interior”.

⁶⁸ Remitirse al pie de página No. 40, p. 13, donde se especifican gran parte de los decretos expedidos en materia penal en este periodo de tiempo.

Mientras por otro lado, cada vez las autoridades tienen mayor potestad para controlar, a como de lugar, las manifestaciones que se opongan al orden impuesto, y es en este sentido que opera el control mental a través del discurso⁶⁹, cuando éstos hacen revertir de legalidad y legitimidad sus actos, que en sí mismos deberían ser rechazados, pero que se hacen socialmente aceptables, pues se tiene la idea de que con tales medidas podrán conseguirse ideales como la paz y el orden.

Esta violencia que se desata desde diferentes ángulos, puede partir, como se analiza en este trabajo, del discurso político que se traduce en actos violentos como pudo observarse en el análisis respecto a la lucha bipartidista, y puede generarse como respuesta y/o motivación a esos actos que son sugeridos por los grupos dominantes por intereses políticos y/o económicos, y se convierten en actos por los grupos que reciben la influencia del discurso emitido, que al llevarlos a cabo pueden hacerlo, en su propia defensa, como cuando se trata de la violencia que las fuerzas armadas ejercen contra la población para detener reacciones en su ejercicio por lograr el control⁷⁰, o como reacciones de esos grupos dominados a situaciones que infunden temor, e incluso entre los mismos grupos dominados cuando tal discurso de violencia crea en los ciudadanos la idea de que la necesidad de pacificar o de corregir, está en todos.

Esa violencia que puede hacerse más explícita a través de hechos, tiene un trasfondo en el que no sólo a través de hechos se violenta, sino también mediante el lenguaje, sea la expresión con la que se designa lo diferente o la forma en que se definen las conductas tachadas como desviaciones, que al ser catalogadas, diferenciadas, ubicadas; suscitan respuestas de intolerancia y, en últimas, reacciones de rechazo y violencia.

El uso que se le da en términos jurídico-penales a las palabras, es decir, llevarlas a un lenguaje punitivo, como puede observarse en la tipificación penal, conlleva a aumentar los índices de lo que es considerado peligroso y, en suma, a producir más

⁶⁹ Esa forma de control que es denominada por Van Dijk un control ideológico es en un primer momento sobre los medios de comunicación, y posteriormente un control sobre la mentalidad, que se genera de forma estratégica, pues generalmente su recepción limita la libertad de conciencia o de acción, de quienes son influenciados por tales discursos, Respecto a estas formas de control ver: VAN DIJK, Teun A, *Ideología y análisis del discurso*, En: *Utopía y praxis latinoamericana*, Año 10, No. 29, abril- junio de 2005, Facultad de ciencias económicas y sociales, Universidad del Zulia, Venezuela, Pág. 33.

⁷⁰ En éste sentido refiriéndose a la violencia partidista: “Al principio el campesino no lucha contra el Ejército; pero después, por ley de reacción ante atropellos, robos, crímenes, identifica como enemigo común a todo el que viste prendas militares. El hecho fatal que se produjo fue éste: Un EJÉRCITO NACIONAL enfrentado a un EJERCITO CAMPESINO”. En: GUZMÁN CAMPOS, Germán, FALS BORDA Orlando; UMAÑA Luna Eduardo, *La violencia en Colombia. Estudio de un proceso social*, Editorial punta de lanza, tomo I, Octava edición. 1977. Pág. 267

modalidades de peligrosidad, que aumentan de forma directamente proporcional con la creación de tipos e incluso con su modificación, que en coherencia con lo anteriormente examinado, también se refuerza y se establece en primer lugar, a través del discurso político.

Los tipos penales, entonces, también influyen en el desarrollo de la violencia. Se promueven inicialmente a través del discurso político y luego son implementados a través de las normas. Se trata de productos históricos, al igual que categorías como “delito” y “delincuente”, que se desarrollan como valoraciones político-criminales y jurídico-penales, que se convierten en criterio general. Por ello la creación y modificación de tipos penales cumple una función fundamental, cual es el fortalecimiento de la criminalización y la consiguiente necesidad de responder a ella con medidas punitivas.

En este momento del análisis podemos retomar lo mencionado respecto a la formación de un consenso en torno a la introducción de medidas penales. También en Colombia podemos evidenciar cómo a través del discurso se crea en la sociedad la necesidad de aplicar medidas penales y, aún más, de recrudescerlas. Esto se logra a través de corrientes de opinión que circulan en los medios de comunicación encargados de elaborar fuertes campañas de propaganda, preparando el ambiente para que las medidas a imponer terminen por verse no sólo como necesarias sino, además, siendo solicitadas por la misma sociedad. Un discurso emitido en torno a la necesidad urgente de defender a la sociedad, defender a la institución, de restablecer el orden, crea el consenso en ésta en torno a la necesidad imperiosa de que existan medidas penales y en el mismo orden de ideas, justifica y legitima no sólo la implementación de tales medidas, sino que además refuerza la institucionalidad, por cuanto le otorga legitimidad a las decisiones adoptadas.

Según lo expuesto, el derecho es funcional como instrumento “para la creación de ciertas representaciones sociales que sirven de base para la articulación de prácticas hegemónicas”⁷¹, en este sentido, se entiende que “funciona también como canal de comunicación entre gobernantes y gobernados”⁷².

La norma se introduce en un primer momento a partir de un discurso jurídico-político emitido por instituciones del mismo raigambre. Ese discurso va dirigido a establecer la diferencia entre lícito/ilícito, justo/injusto, falso/verdadero y frente a la necesidad de su aplicación, siendo sugerida por quienes emiten tal discurso. Mauricio García Villegas, lo plantea a modo de analogía de la siguiente manera:

⁷¹ García Villegas, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes; 1993. p. 61.

⁷² Ibid.

“Aquí el discurso jurídico, como el texto recitado por el chamán al curar a sus enfermos, crea una ‘mediación puramente psicológica’ y construye la realidad que el mismo regula”⁷³. Bajo la misma línea de argumentación, puede incluso que no exista correspondencia con la realidad, lo que no es importante, pues lo único que concierne es que la norma *como la recitación chamánica*⁷⁴, sea conocida, comprendida y aceptada, produciendo en el receptor la reconstrucción de un conflicto o de una práctica, para la que, ahora sí, ya conoce cuál es la curación, que en otros términos será lo que regule esa acción.

Llegado a este punto puede afirmarse que las medidas adoptadas por el Estado para implementar el orden se convierten en instrumentos funcionales a la razón punitiva. Medidas como éstas direccionan la mentalidad colectiva ejerciendo un tipo de control mental⁷⁵ que ha tomado mayores dimensiones gracias al discurso que se emite en torno a lo que debe ser etiquetado y/o castigado, que como he mostrado, se ha estructurado sobre la base de un lenguaje de estigmatización y señalamiento del “otro” considerado como “enemigo”, lo que acrecienta las conductas de rechazo e intolerancia, apoyadas además por normas en las que el lenguaje jurídico, no solo reproduce mayor discriminación, sino que además lleva implícito un ejercicio de la fuerza sobre quienes son receptores de ella.

CONCLUSIÓN

El análisis del discurso político en Colombia devela cómo a través de éste se han motivado, acrecentado y perpetuado diversas formas de violencia que han tenido distintas manifestaciones: en la pugna bipartidista entre partidarios de una y otra facción, en la conformación de grupos armados privados con fines de autodefensa, a través de formas de señalamiento y estigmatización de sectores sociales deprimidos, y a través de la criminalización de la protesta popular, y que posteriormente fueron cristalizándose a través de normas penales que permitieron, en determinados contextos, que la violencia fuera ejercida en diversas ocasiones por las mismas autoridades, permitiendo luego que estas disposiciones fueran plasmadas en un Código Penal que fue expedido después de décadas de estados de sitio ininterrumpidos.

La importancia de analizar el discurso buscando en él los orígenes de estos episodios de violencia, encuentra su sentido en el reconocimiento de que su configuración

⁷³ Strauss, Levi. Antropología estructural. p.173, citado por: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Op. cit., p. 91.

⁷⁴ Op. cit. GARCÍA VILLEGAS.

⁷⁵ Tal y como fue explicado en términos de Van Dijk, pie de página No. 63, p.21.

encierra un entramado de conceptos como poder, ideología, derecho y control; que se entretujan en el ejercicio del poder político por parte de grupos hegemónicos que ejercen este poder permitiéndose, no sólo transmitir sus ideas, sino, además, acceder a los medios para transmitirlos.

El ejercicio de tal poder lleva implícita la utilización de estrategias que le permiten a los grupos que pueden ejercerlo, el mantenimiento de su posición, por ello la observación y análisis de discursos de carácter político, permite dar cuenta de ideologías y tácticas empleadas, que al materializarse reproducen relaciones de fuerza para las que el derecho es funcional como elemento legitimador.

La importancia del discurso como estrategia, supone el uso de un lenguaje cargado de connotaciones ideológicas y de prejuicios que fortalecen la estigmatización social, es decir, la formación del “enemigo” en el interior de una sociedad. Un análisis de este tipo nos permite develar cómo, a través del discurso, se busca el cumplimiento de una finalidad o interés que obedece a una coyuntura específica.

Por lo anterior, el empleo del discurso político en Colombia por algunos grupos hegemónicos en determinados contextos, tiene una estrecha relación con la generación de conflictos, y en el mismo sentido, con la reproducción de la violencia.

Los diferentes momentos de la violencia en Colombia, muestran cómo poco a poco se ha pasado de una violencia eminentemente rural, que tenía como fin el dominio de espacios estratégicos, hacia una guerra que ahora es también urbana, y que, sin embargo, ha trascendido no sólo a la necesidad de dominar los espacios, sino que ha ido fortaleciéndose en torno a un dominio, a un control de la mentalidad de los ciudadanos, sus criterios, sus miedos, sus prejuicios, y en el que el temor inducido fundamenta una lucha en la que se impone la seguridad sobre la libertad.

Es así como a través del lenguaje, en muchas ocasiones se ha inducido a los individuos a actuar de forma intolerante frente a quienes representan la diferencia, que son catalogados como opositores a los intereses de algunas esferas, que logran sugerir en amplios sectores sociales el imaginario de que lo opuesto es lo que genera desorden y violencia. Esta orientación de los comportamientos supone el ejercicio de un control mental a través del cual se le da dirección a las actitudes de los individuos.

La violencia es generada, en algunas ocasiones, a través de nominaciones que se identifican con lo inaceptable, con lo que define al “otro”. Consecuentemente, a través de una manipulación del criterio común de los individuos receptores de ese discurso, se les conduce a generar actitudes de rechazo y en muchas ocasiones, sin fundamento, conductas con miras a su eliminación, según el criterio de sus dirigentes.

Para el caso colombiano, el ejercicio del poder político que a través del discurso genera un control sobre la mentalidad de los individuos, tiene como consecuencia un desencadenamiento de la violencia, que ha permitido, a su vez, la implementación de esos mismos criterios generalizados en normas con las cuales se pretende conjurar el desorden existente. Así, por ejemplo, la utilización que se le ha dado al discurso político en Colombia y la influencia de éste en la expedición de normas penales, nos permite inferir que es a partir del discurso que se han generado los mayores índices de violencia, luego, es este mismo discurso, a través del cual se expresan interpretaciones de los hechos, el que ha conducido a la implementación de medidas punitivas con las cuales se han forjado nuevas modalidades de peligrosidad, y en la misma medida más normas, que justificándose en la necesidad de restablecer el orden, han fortalecido las funciones de control del derecho como instrumento de dominación, siendo el discurso, entonces, uno de los elementos a través de los cuales se orienta la política criminal en Colombia; y, según el análisis realizado, uno de los elementos que más contribuyeron al reforzamiento de medidas que luego posibilitaron la expedición del Código Penal de 1980 (decreto 100 de 1980).

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo Carmona, Darío. La mentalidad de las élites sobre la violencia en Colombia (1936-1949). Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: El Áncora Editores; 1995.
- Calle Calderón, Luis Armando. Estado de derecho y Estado de sitio. Estatuto de seguridad. Tesis de grado para optar al título de abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín; 1982.
- Camacho Guizado, Álvaro y Guzmán Barney, Álvaro. Colombia Ciudad y violencia. Bogotá: Foro Nacional; 1990.
- García Villegas, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes; 1993.
- González Carvajal, Pedro Juan. La doctrina de la seguridad nacional en Colombia (1958-1982). Tesis de maestría. Instituto de Estudios Políticos Medellín. Universidad de Antioquia; 1994.
- Grosso García, Manuel Salvador. La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez; 1999.
- Guerrero Barón, Javier. Los años del olvido. Boyacá y los orígenes de la violencia. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia. Tercer Mundo Editores; 1991.

- Guzmán Campos, Germán; Fals Borda, Orlando, Umaña Luna, Eduardo. La violencia en Colombia. Estudio de un proceso social. 8ª ed. Tomo I. Editorial punta de lanza; 1977.
- Lamus Canavate, Doris. "Investigación social y violencia en Colombia", En: *Reflexión Política*. Vol. II, N° 3. Junio de 2000. p. 115-125.
- Marulanda, Elsy, "Colonización y conflicto". En: *Las lecciones del Sumapaz*. Bogotá: Tercer Mundo; 1991.
- Orozco Abad, Iván, Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional. Bogotá: Temis; 1992.
- Pécaut, Daniel. Orden y Violencia: Colombia, 1930-1953. Vol. II. Siglo veintiuno editores. Fondo editorial CEREC; 1987.
- Roldán, Mary. A sangre y fuego, la violencia en Antioquia, Colombia 1946-1953. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Fundación para la promoción de la ciencia y la tecnología. Colombia; 2003.
- Speckman Guerra, Elisa. Crimen y Castigo: legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910). 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México; 2002.
- Uribe de Hincapié, María Teresa. Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. En: Instituto de Estudios Políticos. N° 13, julio-diciembre de 1998. p. 11-37.
- Van Dijk, Teun A. "Ideología y análisis del discurso", En: *Utopía y praxis latinoamericana*. Año 10, No. 29, abril- junio de 2005. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad del Zulia. Venezuela. p. 9-36.
- _____. Racismo y discurso de las élites. 1ª ed. Barcelona: Gedisa; 2003.
- _____. Discurso, poder y cognición social. Texto de conferencias dictadas en la escuela de Ciencias del Lenguaje de la Universidad del Valle en 1994. Documento presentado por la Cátedra UNESCO en Lectura y Escritura.

PRENSA

- Cano, Guillermo (director). EL ESPECTADOR. Domingo 17 de septiembre de 1978, No. 25302, Bogotá.
- Cano, Guillermo (director). EL ESPECTADOR. Jueves 14 de septiembre de 1978, No. 25.299, Bogotá.
- Cano, Guillermo (director). EL ESPECTADOR. Miércoles 13 de septiembre de 1978, No. 25.298, Bogotá.
- Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. Miércoles 6 de septiembre de 1978, No. 13.866, Bogotá.

Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. Viernes 8 de septiembre de 1978, No. 13.868, Bogotá.

Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. Domingo 10 de septiembre de 1978, No. 13.870, Bogotá.

Gómez Hurtado, Álvaro (director). EL SIGLO. 15 de septiembre de 1978, No. 13.875, Bogotá.



Autor: Edwin Farfán Rodríguez
Título: Sin título
Técnica: Carbón natural sobre lienzo
Dimensiones: 2 x 1.50 m

ÉTICA Y DERECHO EN LA POSMODERNIDAD*

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación “Saber, poder y derecho”, Línea de Investigación “Derecho y Lenguaje” (Semillero de Investigación en “Pragmática filosófica y lingüística: lecturas de filosofía analítica”), inscritos en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Una versión anterior fue leída por el autor como Comunicación al Panel “La concepción de la ética en la Posmodernidad”, organizado en Medellín el 30 de noviembre de 2007, por la Asociación de Egresados del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: Mayo 9 de 2008
Fecha de aprobación: Mayo 16 de 2008

ÉTICA Y DERECHO EN LA POSMODERNIDAD

Roberth Uribe **

RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis descriptivo de la discusión que en la filosofía del derecho de los juristas de la Posmodernidad, se ha suscitado en torno al problema de las relaciones conceptuales entre derecho y moral. El análisis se centra en la disputa acometida entre positivistas conceptuales y constructivistas jurídicos, desde las denominadas “tesis de la separación” y “tesis de la vinculación”, respectivamente. Igualmente, propone, recurriendo a criterios del análisis filosófico, una distinción entre los pares conceptuales “ética” (filosofía moral) - “moral”, y “filosofía del derecho” - “derecho”, para delimitar los “discursos-saberes” de los “discursos-objeto”, con el fin de establecer como marco del análisis conceptual propuesto, el de los discursos-saberes de la ética y la filosofía del derecho.

Palabras clave: derecho, moral, filosofía práctica, filosofía moral (ética), filosofía del derecho, positivismo jurídico, constructivismo jurídico, tesis de la separación, tesis de la vinculación, neutralidad axiológica, pretensión de corrección.

ETHICS AND LAW AT THE POSTMODERNISM

ABSTRACT

This paper makes a descriptive analysis of the philosophy of law discussion raised among the jurists of Postmodernism around the conceptual problem of relations between law and morality. The analysis focuses on the dispute between conceptual positivists and legal constructivists, from the so-called “theory of separation” and “linking thesis”, respectively. Alike, proposes from philosophical analysis criteria, a conceptual distinction between the pairs “ethics” (moral philosophy) - “moral” and “philosophy of law” - “law” to delimit the “speech-knowledge” from “speeches-object”, in order to establish as part of the proposed conceptual analysis, the speech-knowledge of ethics and philosophy of law.

Key words: law, morality, practical philosophy, moral philosophy (ethics), philosophy of law, legal positivism, legal constructivism, separation thesis, linking thesis, axiological neutrality, correction pretension.

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

ÉTICA Y DERECHO EN LA POSMODERNIDAD

I

1. En este trabajo se realiza un análisis descriptivo de la discusión teórica suscitada en torno al problema de las relaciones entre los conceptos “derecho” y “moral” en los discursos de la “filosofía del derecho de los juristas” de la Posmodernidad, como parte de ese gran campo discursivo más amplio denominado “filosofía práctica”.

El de las relaciones conceptuales entre derecho y moral es precisamente uno de los problemas centrales de la filosofía práctica¹. Estas relaciones pueden ser analizadas desde distintos referentes, correspondientes a los tipos de problemas de los que se ocupa la filosofía: epistemológicos, lógicos, teóricos y deontológicos².

La cuestión de las relaciones entre derecho y moral será analizada como un problema teórico, desde un punto de vista inmediato o directo. No obstante, desde un punto de vista mediato o indirecto, los planteamientos que en torno a ella se formulan tienen distintos niveles de repercusión en cada uno de los restantes tipos de problemas descritos.

En el ámbito teórico-conceptual de la filosofía práctica corresponde, entonces, dilucidar las relaciones *teóricas* que puedan o no suscitarse entre los *conceptos* de derecho y de moral. Esta dilucidación implica establecer, en los discursos prácticos de las filosofías jurídica y moral, el grado de interrelación existente (o no) entre un concepto de derecho y un concepto de moral, y viceversa.

¹ Cf. GEIGER (1996: 165): “Desde que Christian Thomasius (1655-1728) intentara por primera vez establecer una distinción entre moral y derecho, su relación es uno de los temas centrales de la ética y de la filosofía del derecho”.

² Cf. Esta clasificación en COMANDUCCI (1999: 7) y (2004: 13-14). Aplicada a la filosofía del derecho analítica, según este autor, esta clasificación incluye:

- “1. Entre los problemas epistemológicos, aquellos relativos al conocimiento de las normas. ¿En qué sentido de “conocimiento” y en qué sentido de “norma” se conocen las normas?
- “2. Entre los problemas lógicos, aquellos relativos a la existencia, identidad y contenido de una lógica adecuada a la naturaleza de las normas.
- “3. Entre los problemas teóricos, aquellos que giran en torno a la definición del concepto de Derecho. Y frente a los cuales se contraponen el realismo y el positivismo jurídico.
- “4. Entre los problemas deontológicos, aquellos relativos al papel de los teóricos del Derecho ante la postura avalorativa del científico y el compromiso político-moral del jurista”. Cf. *idem*.

En otros términos, el problema consiste en determinar si es posible elaborar un concepto de derecho con independencia de un concepto de moral (o de aspectos morales) o si, por el contrario, los conceptos (aspectos) morales son necesarios y el concepto de derecho resulta dependiente de ellos, en forma necesaria.

En consecuencia, como problema filosófico de índole teórico-conceptual, el análisis de estas relaciones no es un problema empírico³. Aunque muy seguramente de interés para la sociología y la antropología morales y jurídicas, como discursos de tipo empírico, la cuestión de las relaciones *fácticas* entre derecho y moral, como instituciones sociales y no como conceptos teórico-filosóficos, es ajena al marco de problemas de la filosofía práctica.

2. Ahora bien, como problema filosófico-conceptual, la indagación acerca de las relaciones '*Ética y derecho en la Posmodernidad*'⁴, tema de esta Comunicación, debería ser planteada, con mayor rigor teórico, bajo la enunciación "Los conceptos de derecho y de moral *en* las filosofías jurídica y moral de la Posmodernidad".

Esta precisión remite a la distinción metodológica entre lenguaje-objeto y metalenguaje sobre el objeto, o entre discurso y metadiscurso, de gran importancia para el análisis de las relaciones conceptuales entre derecho y moral. Valga señalar que en algunos discursos filosófico-prácticos es común la identidad entre los conceptos "ética" y "moral", e incluso entre "derecho" y "filosofía del derecho"; asimilaciones que soslayan la distinción entre lenguaje-objeto y metalenguaje sobre el objeto⁵.

A este respecto, en este trabajo se admitirá la equiparación entre los conceptos de 'ética' y de 'filosofía moral', por cuanto se les concibe como denominaciones de metalenguajes o metadiscursos acerca de la 'moral'⁶, siendo esta última el lenguaje-objeto de los anteriores, conceptualmente diferente e independiente de éstos⁷.

³ Cf. GEIGER (1996: 166): "Con respecto a la ciencia empírica, se puede tan sólo analizar la relación entre un sistema jurídico dado y un sistema moral dado e investigar hasta qué punto los miembros de una sociedad dada realmente vinculan concepciones morales con reglas jurídicas de esta sociedad, pero no es posible analizar con finalidades empíricas la relación del derecho con la moral".

⁴ El sentido del término "Posmodernidad" es polémico en filosofía, razón por la cual será utilizado en un sentido histórico-cronológico, como la discusión filosófica iniciada en Occidente a partir de la Segunda Posguerra Mundial.

⁵ Cf. ATIENZA (1998: 327 ss.).

⁶ Cf. NAKHNIKIAN, George (1993: *passim*).

⁷ Un concepto de ética diferente puede consultarse en COMNADUCCI (1999: 29): "Utilizo el término "ética" en una acepción amplia; no como sinónimo de "moral" (o de "filosofía de la moral"), sino para referirme, en su conjunto, a todo el campo de las directivas que tienen por objeto el hacer humano y las valoraciones que se predicán de las acciones humanas. Por "ética" entiendo, por lo tanto, ya sea a la moral, la política o el Derecho y, en un nivel más lato de generalidad y de abstracción, por "ética" aludo a la filosofía moral, a la filosofía política o a la filosofía del derecho".

Asimismo, se postulará la distinción entre los conceptos “derecho” y “filosofía del derecho”, para referirse al lenguaje-objeto y al metalenguaje sobre el objeto jurídico, respectivamente⁸.

Esta delimitación permite formular dos reglas metodológicas para la elaboración del discurso. La primera establece que es el ámbito de la filosofía moral (ética) y de la filosofía del derecho, en tanto que metalenguajes, saberes o discursos filosófico-prácticos, el plano idóneo de análisis del problema de las relaciones entre los conceptos de derecho y de moral. La segunda, postula que una relación conceptual no debe ser planteada entre el metadiscurso que constituye el plano en el que se conceptúa, y el discurso o lenguaje-objeto sobre el que se pretende conceptuar.

En síntesis, los pares conceptuales admitidos como relacionados lógicamente para el análisis propuesto son (i) los lenguajes-objeto “derecho” y “moral” y (ii) los metalenguajes “filosofía del derecho” y “filosofía moral (ética)”. La relación lógica a destacar entre ambos pares conceptuales, para los fines de este trabajo, es la siguiente: el par conceptual (ii), alusivo a los saberes filosófico-prácticos, es el ámbito discursivo en el que se analizan las relaciones conceptuales del par conceptual (i).

3. A su vez, para delimitar el sector de la filosofía del derecho al cual será circunscrito el análisis descriptivo de la discusión contemporánea acerca de las relaciones conceptuales entre derecho y moral, este análisis comenzará con una dilucidación de los conceptos de ‘ética’ y de ‘filosofía del derecho’, que son plurisignificativos.

En el marco de esta distinción, se especificará el campo de los discursos de la filosofía del derecho según su elaboración *por filósofos* o *por juristas*, con el objeto de conminar el ámbito de análisis a la filosofía del derecho de los juristas (II)⁹.

El análisis propuesto finalizará con una descripción de los discursos acerca del concepto de derecho, destacando la polémica conceptual entre positivistas y constructivistas iusfilosóficos (III).

II

4. *Algunos sentidos del concepto “ética”*. La antigüedad del problema de la existencia de entidades axiológicas o “valores” y de su estatus normativo en un

⁸ Cf. KELSEN (1979: 84 ss.), y su distinción entre “normas jurídicas” y “proposiciones sobre las normas jurídicas”.

⁹ Esta restricción discursiva se justifica en las particularidades epistemológicas, específicamente metodológicas, de las que han estado precedidos los desarrollos de los discursos *iusfilosóficos* elaborados por juristas, los cuales no son plenamente coincidentes con los discursos filosófico-jurídicos elaborados por *filósofos*, la filosofía política y la filosofía moral.

sistema moral social, así como la posibilidad de su conocimiento racional data, en Occidente, cuando menos de la Presocrática¹⁰.

Quizás fue la tradición socrática la que centró el problema del estudio de esa clase de moral, como objeto de la ética (filosófica), en la profusión pedagógica de *las* virtudes humanas. Y en esa tradición Platón y Aristóteles, especialmente este último, propusieron sistemas de moralidad de validez universal, cognoscibles racionalmente, a través del método idealista-esencialista del primero, que permitía la formación de la esencia de los conceptos de la ética (o del estudio de las virtudes) y, a través de ella, la posibilidad de un conocimiento racional de la moral.

En la tradición aristotélica la ética tiene como objeto la moral; es la disciplina para el estudio y la profusión de las virtudes morales. La ética aristotélica es una disciplina idealista, esto es, trabaja con definiciones configuradas a partir de esencias conceptuales, que reflexiona sobre las más importantes virtudes humanas occidentales, entre otras *la* justicia y *la* prudencia¹¹.

Esa concepción, continuada y consolidada como toda una tradición de raigambre católico-cristiana durante la Edad Media¹², fue paradigmática hasta bien entrada la modernidad filosófica, cuando irrumpen en ella los estudios de Kant y de Hegel. Kant criticó la viabilidad de un conocimiento sustancialista de la ética (moralidad) y de los juicios morales, frente al cual postuló un formalismo ético y una delimitación procedimental de la moralidad¹³.

Hegel, por su parte, otorgó autonomía normativa, en el plano personal, a la “moralidad”, distinguiéndola de la “eticidad”: la primera concebida como un orden axiológico interno-personal; la segunda, constitutiva de un conjunto de sistemas normativos sociales o colectivos, del cual forma parte el derecho, cognoscible desde instancias metodológicas idealistas-dialécticas¹⁴.

También la teoría post-hegeliana de Marx incluye una reformulación de la ética idealista, a través de la construcción de una normatividad social depurada de elementos de moralidad religiosa, a la cual se llega con la implementación de dos aspectos, político y metodológico, respectivamente: el ateísmo y el materialismo histórico-dialéctico¹⁵.

¹⁰ MACINTYRE (1998: 15-23), quien identifica una etapa prefilosófica en el origen del estudio del problema de “lo bueno”.

¹¹ Cf. ARISTÓTELES (1997: 40-59).

¹² DE AQUINO (1956).

¹³ Cf. KANT (1995).

¹⁴ Cf. HEGEL (2004).

¹⁵ Cf. MARX (1969).

El problema de si es posible o no fundar de forma racional las proposiciones éticas, en términos de los predicados de verdad o falsedad, cuando su objeto son enunciados morales, presentó una segunda revolución con la ética protestante de Weber y la ética escéptico-analítica del primer Wittgenstein. Weber sentó las bases del laicismo antiasceta, como condición necesaria del pluralismo ético a que conduce su individualismo metodológico científico-social¹⁶; Wittgenstein acuñó, desde el positivismo lógico “de lo que no se puede hablar”, un subjetivismo ético que considera a los juicios éticos como juicios estéticos, postulando la irracionalidad de los juicios morales¹⁷.

El ámbito de la teoría moral posterior al positivismo lógico, con precursores como Moore¹⁸ y Apel¹⁹, y de la mano de Habermas²⁰ y Rawls²¹, entre otros, da un giro al irracionalismo radical de los enunciados sobre criterios morales de aquel positivismo, e inicia el camino de una ética constructivista, que elabora una racionalidad de consenso intersubjetivo, dialogal y deliberativo. Los valores morales son, dentro de esta perspectiva, cognoscibles razonablemente, no desde una proyección sustancialista, sino desde una formal o procedimental que los dota de contenido, de conformidad con consensos comunicacionales históricos. El constructivismo ético posmoderno rehabilita el racionalismo ético-formal kantiano y abandona el escepticismo ético positivista.

La filosofía moral contemporánea introdujo en el discurso cognoscitivo de la moral una triple distinción de subdisciplinas, como niveles de estudio de la moral; como espacios para su conocimiento racional o epistémico, atendiendo a la clase de método con que dicho conocimiento se lleve a cabo: la *ética sociológica*, propia de un método descriptivo; la *ética normativa*, consecuencia de un método prescriptivo, y la *ética analítica* o *metaética*, en la que se estudian problemas conceptuales y de fundamentación de los juicios morales²².

¹⁶ Cf. WEBER (1997).

¹⁷ WITTGENSTEIN (1989: 33-43).

¹⁸ MOORE (2002).

¹⁹ APEL (1995 y 1999: 107-175).

²⁰ HABERMAS (1991).

²¹ RAWLS (1995).

²² Cf. RABOSI (1964: *passim*); NINO (1980: 353-355). Como excepción al planteamiento analítico, es importante la distinción contemporánea de matiz idealista sobre los niveles de estudio de la ética. Sobre esta cuestión, puede verse a HELLER (1995: 15-17), para quien una “teoría moral integral” incluye tres enfoques metodológicos de estudio: el “enfoque interpretativo”, el “enfoque normativo” y el “enfoque de la *paideia*”. Estos enfoques generan tres tipos de disciplinas que forman parte de la teoría moral integral, respectivamente: la “ética general”, la “filosofía moral” y la “Teoría de la conducta”.

La discusión metaética, o sea, el discurso que problematiza la (in)fundamentabilidad racional de los juicios morales, debe partir de la diferenciación de este nivel de estudio metaético de la moral, con respecto a los dos restantes. Vale señalar que la regla de juego epistemológica que rige la distinción de los planos de estudio en comento, demanda el establecimiento de soluciones de continuidad cuando se trasunte de un plano a otro. Es decir, del plano ético descriptivo no puede pasarse, sin más, derivando consecuencias conceptuales y discursivas, al plano prescriptivo, y viceversa. Y en ambos casos debe resguardarse de estos dos niveles el correspondiente al conocimiento metaético²³.

El concepto y la estructura de la metaética permiten tanto un análisis descriptivo como prescriptivo, pero siempre sin abandonar el ámbito metaconceptual²⁴. En otros términos, la *meta-ética* no es ética, ni sociológica ni normativa; como metaética podrá ser descriptiva o prescriptiva, sin invadir su objeto de estudio y su función epistemológica: un estudio *cognoscitivo* (metalenguaje) acerca de los estudios de la moral.

Conforme a lo dicho, la delimitación de los saberes morales a relacionar con la filosofía jurídica debería en rigor ser más explícita: *ética normativa* y filosofía del derecho; o *metaética (ética analítica)* y filosofía del derecho. La relación entre *ética descriptiva* y filosofía del derecho es metodológicamente impropcedente.

5. *Algunos sentidos del concepto "filosofía del derecho"*. Según una importante y ya clásica distinción de Bobbio, existen dos grandes campos de discursos filosófico-jurídicos²⁵ o filosofías del derecho: uno realizado por filósofos y otro realizado por juristas. Esta delimitación no siempre procede de la filiación académica o disciplinar de los sujetos que realizan actividad *iusfilosófica* (filósofos-juristas), sino también, y fundamentalmente, de los métodos que se utilizan para realizar los respectivos discursos filosófico-jurídicos, así como de los sujetos que constituyen el auditorio *iusfilosófico*.

De esta manera, conservando la terminología de Bobbio, es posible que existan discursos *iusfilosóficos* hechos por filósofos, esto es, con métodos y claves discursivas *filosóficas*, para filósofos y para juristas, cuando ambos, especialmente estos últimos, se *interesen* en esta clase de discursos y en los actos de habla que les son

²³ Cf. NINO (1993: 35-38).

²⁴ Cf. COMANDUCCI (1999: 29): "Mediante la expresión "metaética" me refiero a los discursos que versan sobre discursos éticos. Aquí se presenta un distinto nivel de lenguaje superior al de la ética (que puede tener directamente como objeto comportamientos, pero también otros discursos).

"Usualmente, por lo menos en el ámbito de la filosofía analítica, se sostiene que también hay una diferencia de funciones entre la ética y la metaética. La primera se compone de un conjunto de discursos con una función prescriptiva, mientras que la segunda consiste en discursos con una función cognoscitiva".

²⁵ Cf. BOBBIO (1990).

propios. Del mismo modo, puede ser posible la existencia de discursos iusfilosóficos hechos por juristas, prevalidos de metodologías y claves semiótico-*jurídicas*, para juristas y también para filósofos, de ser este tipo de iusfilosofía la que sea objeto de interés del auditorio iusfilosófico.

Sobre esta cuestión, lo relevante parece ser, en último término, la validez epistemológica de una pluralidad de discursos que, asumiendo un concepto y unas claves discursivas (lingüísticas y metodológicas) diferentes de iusfilosofía (esto es, de ‘filosofía’ y de ‘derecho’), admitan todos la rúbrica de “iusfilosóficos”.

En este sentido, una filosofía del derecho *hecha por filósofos*, suele adoptar categorías epistemológicas (metodológicas) y claves discursivas propias del discurso de la *filosofía práctica* (i.e., los “valores” morales), en su versión tanto idealista como analítico-convencional, siendo posiblemente de mayor (no exclusivo) interés para filósofos que para juristas.

Por su parte, una filosofía del derecho *hecha por juristas* tiende a elaborar un meta-discurso prevalido de categorías metodológicas y claves semiológicas propias del análisis de los lenguajes y discursos *jurídicos*, como por ejemplo las denominadas “teoría general del derecho” y “dogmática jurídica”, que podrán muy posiblemente representar un interés cognoscitivo prioritario (tampoco exclusivo) para juristas.

La cuestión sobreviniente alude a si esa estructura discursiva de las filosofías jurídicas, de filósofos y de juristas, es vinculante a efectos de condicionar, e incluso determinar, un criterio de “legítimidad” del auditorio de destinatarios. O, en otras palabras, si la filosofía del derecho hecha por filósofos compete sólo a los filósofos y la hecha por juristas compete sólo a estos últimos.

Una respuesta posible puede encaminarse asignando eficacia al pluralismo conceptual y metodológico, conforme al cual un discurso filosófico-jurídico puede tener orientaciones diversas, todas ellas epistemológicamente válidas, siempre y cuando se eluciden las características metodológicas y las claves semióticas del respectivo enfoque discursivo que se elabore²⁶.

De allí que sea importante reconocer el carácter plural del concepto y de los métodos de la filosofía del derecho²⁷. Esta pluralidad implica una condición problemática para el conocimiento jurídico en sus diversos saberes, específicamente los de carácter

²⁶ NINO (1985: 175-196).

²⁷ Cf. HABERMAS (1998), p. 57: “Lo que en su momento pudo mantenerse unido a los conceptos que acuñó Hegel en su *Filosofía del Derecho*, ha menester hoy un procedimiento pluralista en lo tocante a método, que opere desde las perspectivas que representan la teoría del derecho, la sociología y la historia del derecho, la teoría moral y la teoría de la sociedad”.

iusfilosófico, al tiempo que de la complejidad de los discursos en que esos saberes se proyectan (especialmente las “dogmáticas” jurídicas).

Esa pluralidad discursiva, además, se revierte en dos modelos iusfilosóficos básicos: en primer término, en el marco de la filosofía del derecho “de los filósofos”, desde una perspectiva metodológica idealista, se concibe a la iusfilosofía como un discurso evaluativo-axiológico, es decir, como una valoración axiológica de los enunciados jurídicos y de las dogmáticas jurídicas, doctrinarias y judiciales. El referente axiológico de valoración es, generalmente, “el” “valor” “justicia”, adscribiendo a la filosofía del derecho resultante como una parte de la “teoría de la justicia” (y de “la” filosofía moral y política, entonces).

En segundo término, en un contexto de la filosofía jurídica “de los juristas”, desde un enfoque metodológico analítico-lingüístico, se suele concebir la filosofía del derecho como un *meta-discurso jurídico*, esto es, como un discurso de segundo nivel que se encarga del análisis (epistemológico, lógico, teórico-conceptual y deontológico) de los saberes jurídicos teóricos o discursos jurídicos de primer nivel (discursos objeto)²⁸. Estos saberes-objeto se corresponden con la(s) teoría(s) o discurso(s) jurídico(s) dogmáticos (o “internos”, según la terminología de Hart), primordialmente, aunque también pueden interesarse en discursos jurídicos sociológicos, antropológicos, éticos y politológicos (o “externos”, de nuevo con Hart), en tanto que discursos básicamente descriptivos.

Lo común a ambas perspectivas es su carácter evaluativo: en el primer caso, una evaluación *axiológica* o *ética* de la normatividad jurídica²⁹; en el segundo, una evaluación *epistemo-lógica* (metodológica y conceptual) de los discursos acerca de esa normatividad³⁰. Desde esta última perspectiva (la filosofía jurídica de los juristas), se concibe, entonces, como un discurso *de/re*-constructivo de un lenguaje, el lenguaje de los discursos jurídicos de primer nivel o teorías jurídicas “dogmáticas”³¹.

²⁸ Cf. GUASTINI (1999: 15-27)

²⁹ Cf. GUASTINI (1999: 18): “[l]os filósofos están esencialmente interesados en determinar los confines del reino del derecho, sin cruzarlos en modo alguno. No están interesados en absoluto en los conceptos “internos” de la experiencia jurídica, esto es, en los conceptos empleados por los juristas en la interpretación o en la sistematización de las normas jurídicas”.

³⁰ Cf. GUASTINI, *idem*: “La FD de los juristas se origina más bien en los problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica (p. 18); “Los problemas de la FD de los juristas no son diferentes de los problemas de la ciencia jurídica: al contrario, en general se trata de los mismos problemas, aunque quizás analizados a un nivel distinto de abstracción” (p. 19).

³¹ Cf. GUASTINI (*idem*: 27): “Si se concibe el derecho –al estilo de Bobbio– como un lenguaje, se puede decir que la dogmática se ocupa del discurso del legislador (el “derecho”), mientras que la teoría del derecho se ocupa –a pesar de su nombre– no propiamente del derecho sino, más bien, del discurso de la propia dogmática. No estamos, entonces, ante dos niveles de lenguaje, sino tres: *a*) el lenguaje del legislador, *b*) el metalenguaje de la dogmática y *c*) el meta-metalenguaje de la teoría del derecho”.

6. *La autonomía genealógica del discurso de la filosofía del derecho de los juristas en la posmodernidad*. La filosofía del derecho de los juristas posmoderna tiene una característica epistemológica especial: es fundamentalmente analítica³², es decir, un metalenguaje acerca de los lenguajes jurídicos de primer nivel; una “teoría del derecho”³³. Esto lo logra mediante el análisis conceptual, la elusión del lenguaje metafísico y el recurso al lenguaje ordinario, como instrumentos metodológicos³⁴.

Conforme a esta característica epistemológica, el derecho suele ser conceptualizado en esta tradición como una técnica o artificio social de regulación y solución de los conflictos sociales mediante enunciados normativos cuya expedición es monopolizada por el Estado; como una convención lingüístico-social que transcurre históricamente; como una institución o producto social complejo constituido en el seno de la comunicación lingüística; *grosso modo*, como “un lenguaje con el que se hacen cosas”, siguiendo a Austin.

El enfoque precursor de la analiticidad filosófico-jurídica de la primera mitad del Siglo XX, esto es, el ‘*positivismo conceptual*’, tiene a la ‘teoría pura del derecho’ de Kelsen como el primer gran trabajo iusfilosófico analítico de los juristas, aunque sólo con relación a algunos aspectos de esta filosofía jurídica. Kelsen es el gran pionero del positivismo jurídico conceptual y, según un sector de la importante tradición iusfilosófico-analítica italiana, el pionero del pensamiento iusfilosófico-analítico de los juristas³⁵, cuya consolidación tuvo a Ross, Hart y Bobbio como sus principales gestores.

Un segundo periodo de relevancia para la filosofía del derecho de los juristas lo constituye la ‘Post-analiticidad iusfilosófica posmoderna’. En este periodo, los

³² Con esto se quiere plantear que existen otros enfoques iusfilosóficos posmodernos importantes, sólo que quizás sean más próximos a la filosofía del derecho de los filósofos. Aquí se hace referencia a planteamientos como los de la “filosofía del derecho hermenéutica” de Arthur KAUFMANN, o los de la “filosofía jurídica francesa post-estructuralista”. Para un estudio de la historia y la genealogía de la filosofía del derecho analítica, consúltese el importante trabajo de VILLA (2003).

³³ GUASTINI (*Ibid*: 27): “El trabajo de los juristas dogmáticos es, típicamente, una actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso legislativo. El trabajo de los teóricos, por su parte, es una reflexión crítica acerca del discurso de los juristas: por ello es, precisamente, una metajurisprudencia o filosofía de la ciencia jurídica. Así, desde este punto de vista, la teoría o filosofía de la ciencia jurídica, lejos de constituir una disciplina distinta, o de todos modos autónoma, de la TD, se identifica con ella”.

³⁴ CF. MAZUREK, Per (1992: 278): “Los problemas teóricos del derecho se convierten en una cuestión de delimitación lingüística por la vía de un análisis funcional de los conceptos jurídicos, a partir de la descripción aclaratoria de su uso en el lenguaje ordinario”.

³⁵ Conforme a la interpretación mayoritaria de la más importante de las tradiciones filosófico-jurídicas analíticas contemporáneas: la filosofía del derecho analítica italiana. Cf. COMANDUCCI (2004: 10).

desarrollos de las denominadas teorías discursivas, en diferentes centros de pensamiento occidentales, impulsaron la consolidación del enfoque, también analítico, del *constructivismo* filosófico-práctico y, entonces, iusfilosófico, conocido también como “antipositivismo”.

Las teorías de la argumentación, con sus precursoras de la Nueva Retórica de Perelman y de la Tópica Jurídica de Viehweg, son expresión de esta concepción que, propia de la segunda mitad del Siglo XX, tiene a Habermas, Dworkin, Garzón Valdés, Alexy, MacCormick y Nino, entre otros, como sus representantes más destacados.

III

7. Positivismo y constructivismo³⁶ constituyen, entonces, en la filosofía del derecho de los juristas de la Posmodernidad, los dos más importantes paradigmas teórico-jurídicos de en torno a las relaciones conceptuales entre derecho y moral, tanto en el ámbito continental europeo, como en el angloamericano³⁷.

Lo anterior significa que la disputa en torno al concepto de derecho, asume en la Posmodernidad las notas de una discusión analítica. Esta característica analítica de la polémica, remarca que la más viable “naturaleza” conceptual del derecho y de la moral es, precisamente, su carácter común de *técnicas* o *artificios sociales*.

Es por ello que en la actualidad ningún autor de la filosofía del derecho posmoderna, y muy puntualmente de la de los juristas, que asuma por lo menos algunos presupuestos analíticos, considera al derecho, ni a la moral, instituciones “naturales”, en el sentido de existentes con independencia de su creación social; de su carácter de artificios humanos³⁸.

Las diferencias entre el constructivismo y el positivismo jurídicos se basan, fundamentalmente, en el planteamiento de la existencia o no de una conexión o

³⁶ El constructivismo jurídico, en la Posmodernidad filosófica, sustituye al iusnaturalismo en el lugar que ocupaba en polémica teórica que sostuviera con el positivismo en torno al concepto de derecho.

³⁷ Un tercer enfoque es el de los discursos del llamado “realismo” jurídico, que tiene a su vez distintas lecturas internas. Su estudio no se incluye aquí junto al positivismo y al constructivismo, en tanto el realismo estándar (norteamericano) es una posición teóricamente escéptica e irracionalista, en relación con problemas específicos como el concepto de derecho, al que identifica con la decisión judicial, a su vez, un acto de voluntad (irracional).

³⁸ Cf. Por todos, KAUFMANN (2000: 51): “Una cosa es segura ante todo: las normas jurídicas y morales existen sólo porque hay hombres y siempre que estén dadas para los hombres; están referidas al Hombre. Si no hubiese hombres, no habría preceptos morales ni Derecho”.

vinculación (*normativamente*) *necesaria* entre un concepto de derecho y uno de moral, a la hora de elaborar un concepto de derecho³⁹.

En efecto, la discusión entre positivistas y constructivistas filosófico-jurídicos tiene como punto álgido la cuestión de las relaciones conceptuales entre derecho y moral: ningún positivista considera que para formular un concepto de derecho sea necesario incluir consideraciones de índole moral (*tesis de la separación*). Para los autores constructivistas, por el contrario, existe una relación necesaria entre los conceptos de derecho y de moral (*tesis de la vinculación*)⁴⁰.

8. La descripción del discurso posmoderno sobre el concepto positivista del derecho presupone distinguir dos tipos de positivismos: ideológico y conceptual⁴¹. El positivismo ideológico relaciona el concepto de derecho con el deber de obediencia a éste, independientemente de su contenido. Implica, por ello, una actitud de compromiso con cualquier contenido de las normas jurídicas, por el hecho de ser tales; implica una adhesión al mandato de dichas normas, que en tal medida involucra una actitud que no es tanto teórica como “ideológica”.

El positivismo conceptual implica tan sólo una descripción de los enunciados que integran el derecho positivo de un Estado, sin adherir al contenido normativo de dichos enunciados. Elabora conceptos *descriptivos* de derecho, recabando en la importancia de distinguir teóricamente el derecho que “es” del derecho que debe ser. Es por ello que esta actitud teórica va en contra de la asignación del estatus de razones morales justificatorias de acciones a las normas jurídicas, propia de los iusnaturalismos e iusconstructivismos.

El positivista conceptual se limita a la descripción neutral del derecho, sin atribuirle fuerza moral alguna a sus enunciados. Esta bitácora teórica estatuye algunas *tesis centrales*⁴² al positivismo conceptual: la tesis de la separación conceptual entre

³⁹ Cf. ALEXY (1998: 116-177): “Tanto la tesis de la separación como la tesis de la vinculación se sostienen con un argumento normativo: cuando se señala que es necesaria la exclusión o la inclusión de elementos de la moral en el derecho, se lo hace para alcanzar cierto objetivo o para cumplir una norma. Las conexiones o separaciones que se justifican de esta manera pueden llamarse “normativamente necesarias”. Hay argumentos normativos enrevesados, por ejemplo si se argumenta a favor de la tesis de la separación señalando que ésta lleva a una claridad lingüística y conceptual que garantiza la seguridad jurídica. Lo mismo ocurre si se argumenta en favor de la tesis de la vinculación señalando que ésta facilita la mejor solución a los problemas de injusticia en el derecho”.

⁴⁰ Cf. Paradigmáticamente, ALEXY (1998: *passim*).

⁴¹ Cf. Las bases de esta distinción en BOBBIO (1994: 39-64).

⁴² Cf. La distinción entre “tesis centrales” y “tesis incidentales” del positivismo jurídico en NAVARRO (2005: 13). Las “tesis centrales”, deben entenderse como las que definen el positivismo jurídico, estructuran su núcleo conceptual, siguiendo a Hart. Las “tesis incidentales” son aquellas que han sido sostenidas *ocasionalmente* por *algunos* autores positivistas. La tesis de la separación conceptual entre derecho y moral hace parte de

derecho y moral; la tesis de las fuentes sociales de las normas jurídicas; y la tesis de los límites del derecho⁴³.

8.1. Para la tradición del positivismo *conceptual* posmoderno, un concepto de derecho es independiente de un concepto de moral. Esta separación, que es quizás la más importante de las tesis centrales del positivismo conceptual, apunta a establecer criterios de delimitación del problema de la validez de las normas jurídicas.

La tesis de la separación contribuye a esclarecer los alcances metaéticos del conocimiento de las normas jurídicas: la catalogación del carácter jurídico de una norma, no implica ningún conocimiento en relación con su valor moral.

Igualmente, la tesis de la separación permite asumir como teóricamente compatibles la afirmación del carácter obligatorio de un mandato jurídico y la afirmación del deber moral de omitirlo. De allí se desprende, como un derivado de la tesis de la separación, en el positivismo conceptual, la inexistencia de una obligación moral de obediencia al derecho (cualquiera sea su contenido, al estilo del positivismo ideológico).

Esta compatibilidad, en lugar de generar una contradicción lógica, fija criterios de cualificación de las obligaciones jurídicas con respecto a los deberes morales, permitiendo comprender la diferencia que existe entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, adscribiendo la fuerza vinculante de los deberes jurídicos, en tanto que originados en reglas de comportamiento específicamente jurídico-positivas, al ámbito del ser.

8.2. Una segunda tesis central del positivismo conceptual es la de las fuentes sociales del derecho. Esta tesis afirma la existencia fáctica compleja del derecho. El derecho, en otras palabras, tiene una existencia dependiente de hechos sociales complejos, i.e. su reconocimiento por los miembros de un grupo social, en la versión positivista de Hart.

De conformidad con esta tesis, este tipo de facticidades o hechos sociales es relevante en el establecimiento de la verdad de los enunciados jurídicos mediante los cuales atribuimos carácter jurídico a un enunciado, *vr. gr.*, la promulgación del mismo conforme a las disposiciones metanormativas vigentes; la competencia del Congreso como legislador; la compatibilidad del enunciado con otras disposiciones del ordenamiento jurídico, etc.

las tesis centrales del positivismo jurídico conceptual, ya que es sostenida consensualmente por todos los autores positivistas.

⁴³ Cf. MORESO/NAVARRO/REDONDO (2001: 26-30)

Esta tesis se encamina a destacar el carácter autoritativo del derecho (su capacidad de coercibilidad) como técnica institucional de solución de conflictos sociales, así como su repercusión principal, consistente en el aseguramiento de su eficacia social⁴⁴.

El iuspositivismo conceptual considera que los enunciados o disposiciones jurídicos tienen una *existencia* objetiva (que es diferente de su conocimiento y comprensión de sentido), dado que cuentan con una autoridad institucional que las crea, las pone en vigencia y las hace imponibles coercitivamente⁴⁵; con otros términos, las hace *positivas*. Esto hace del derecho un sistema normativo heterónomo, a diferencia de la moral que es una normatividad subjetiva o autónoma; que carece de un origen institucional (estatal).

Este origen institucional del derecho otorga un carácter significativo racionalista a las proposiciones *teórico*-jurídicas (que son diferentes de las que elaboran los jueces): se pueden formular como enunciados o proposiciones significativos, esto es, pueden ser conocidos mediante proposiciones que puedan tener un contenido descriptivo que permita atribuirles predicados de verdad o falsedad⁴⁶.

8.3. La otra tesis central del positivismo conceptual es la tesis de los límites del derecho. Esta tesis plantea que, como artificio social, el derecho tiene limitaciones en el logro de sus funciones. Estas limitaciones tienen su origen en la dependencia que el derecho tiene del lenguaje etnológico, que es ontológicamente indeterminado, en diverso grado.

El lenguaje jurídico puede adolecer de vaguedades y ambigüedades. Igualmente las autoridades jurídicas lo pueden utilizar contradictoriamente o, simplemente,

⁴⁴ “[I]a tesis de la separación establece (i) que el derecho impone obligaciones y (ii) que estas obligaciones no son una especie de deberes morales. Para imponer obligaciones es preciso que el individuo que formula las normas tenga autoridad. Parece claro, entonces, que el reconocimiento de la autoridad del derecho implica la posibilidad de discrepancia entre aquello que disponen las normas jurídicas y las convicciones morales del sujeto”. Cf. NAVARRO (*Op. cit.*: 13).

⁴⁵ Cf. RAZ (2001: 227-257).

⁴⁶ Para un sector del positivismo conceptual, la ausencia de un origen institucional de las normas morales, y la consecuente imposibilidad de su consideración como hechos sociales, el objeto privilegiado del conocimiento positivo, tiene como correlato la imposibilidad de formular proposiciones éticas significativas respecto de dichas normas; en otros términos, las proposiciones éticas que se realicen respecto de las normas jurídicas son subjetivas, relativas, y/o neutrales, es decir, tienen un carácter a-significativo, de trascendencia meramente estética.

Esto conlleva a la defensa de un escepticismo epistemológico en materia ética. Es por ello que, para el positivismo conceptual, las normas morales y su conocimiento mediante proposiciones éticas es un sinsentido teórico: no *existen* los “valores” morales, ya que son simples “ficciones lingüísticas”; existen tan sólo las *valoraciones* éticas, que son juicios estético-subjetivos. Sobre esta cuestión WITTGENSTEIN (1989: *passim*).

no prever solución alguna para una situación social conflictiva que demande una regulación institucional.

Con ello, es pacíficamente admitido, en el positivismo conceptual, un grado de indeterminación para el derecho, lo que implica la aceptación de un correlativo grado de discrecionalidad judicial. Los casos difíciles son para el positivismo conceptual, el prototipo de indeterminación y discrecionalidad jurídicas teóricamente aceptables.

9. Como enfoque antipositivista por antonomasia, el constructivismo, en su versión estándar, postula una relación o vinculación conceptual *necesaria* entre los conceptos de derecho y de moral⁴⁷.

Con ello, el concepto de derecho tiene un carácter moralizado⁴⁸; es decir, es *normativo*, por lo cual no es sustentable la distinción teórica entre el derecho que “es” y derecho que “debe ser”⁴⁹. Este carácter necesariamente moralizado del concepto de derecho origina un marco para el tratamiento teórico de las relaciones conceptuales entre derecho y moral, marco que está representado por la denominada “idea de corrección jurídica”.

Este marco o “idea de corrección” se desarrolla mediante tres sub-teorías: la teoría de la pretensión, la teoría del discurso jurídico como caso especial del discurso

⁴⁷ Una versión analítico-constructivista que se separa de la concepción estándar es la desarrollada por NINO (1994: 44-129). Para NINO los conceptos de derecho y de moral no tienen una relación conceptual *necesaria*, ya que la fundamentación de una relación de tal característica conlleva a una discusión irresoluble y extremadamente metafísica; a una pseudodisputa conceptual. En su lugar, NINO reformula la cuestión de las relaciones entre los conceptos de derecho y moral, al entablar un plano de relaciones entre “derecho” y “política” en el que la moral funciona como puente. Es decir, en el marco de algunas de esas relaciones entre derecho y política, la moral cumple una función de intermediación. En el ámbito de algunas de estas relaciones de intermediación, que son entonces *indirectas* (hay otras que son directas), entre derecho y política, que, se reitera, no acontecen en el nivel conceptual, se suscitan las relaciones o conexiones “justificatoria” e “interpretativa” entre el derecho y la moral. Según la tesis de NINO, el derecho como discurso; mejor aún, el discurso jurídico, no es un discurso normativo insular. Él forma parte de un discurso más amplio: el discurso moral, que es un discurso práctico *general*, que sirve como discurso justificatorio de acciones sociales y de decisiones institucionales. Esta integración del discurso jurídico (derecho) al discurso moral práctico, atribuye al discurso jurídico un carácter de discurso justificatorio. Además de actividades justificatorias de acciones y omisiones, el derecho incluye actividades interpretativas de enunciados jurídicos que sirven de marco a la valoración de estas acciones y omisiones (imputaciones). Es en esas actividades o procedimientos jurídicos de justificación e interpretación, que se dan las conexiones justificatoria e interpretativa, respectivamente, entre el derecho y la moral, como conexiones indirectas, en ningún caso conceptuales, entre el derecho y la política.

⁴⁸ Un planteamiento que también entabla una relación teórica entre los conceptos de derecho y de moral, aunque más desde pretensión post-analítico-positivista de una “tercera vía” metodológica, que de una actitud anti-positivista, puede encontrarse en la “filosofía hermenéutica” de Arthur KAUFMANN (2000: 45-88).

⁴⁹ Cf. DWORKIN (1990: 23-45).

moral práctico (*tesis del caso especial*) y la teoría de los derechos fundamentales como principios.

9.1. La teoría de la pretensión implica que los sistemas jurídicos, las normas jurídicas que lo conforman y las decisiones judiciales como tipos de aquellas, tienen necesariamente una pretensión de corrección moral, enmarcada en el sistema moral como sistema normativo social general, del cual el (sub)sistema jurídico es una parte. Para ser sistemas moralmente correctos, los sistemas jurídicos deben tener esta pretensión. En este sentido esta pretensión es definitoria o clasificatoria⁵⁰.

Pero un sistema jurídico puede *tener* la pretensión más no *satisfacerla*. La insatisfacción de la pretensión hace a los sistemas jurídicos sistemas *defectuosos*. La insatisfacción se predica de las reglas jurídicas generales y de las decisiones judiciales como reglas jurídicas concretas; como partes estructurales del sistema jurídico⁵¹. Respecto de éstas la pretensión cumple una función cualificatoria: califica su grado de corrección conceptual⁵².

9.2. La idea de corrección tiene una dimensión justificatoria; implica una pretensión de justificabilidad⁵³. Esta pretensión fundamenta las congéneres pretensiones de igualdad, universalidad y generalizabilidad propias de la ética discursiva.

La teoría de la ética del discurso maximiza la actividad justificatoria de las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos modernos. Esa maximización deriva, en primer lugar, del desarrollo de la pretensión de igualdad proyectada en el reconocimiento del otro como igual en un discurso que, como el de la ética discursiva, tiene una pretensión de justificación.

En segundo lugar, la maximización justificatoria ético-discursiva proviene de la asignación de eficacia a la pretensión de universalidad con la atribución a los derechos humanos y a los principios de la democracia constitucional, del estatus de enunciados constitutivos de una –e incluso *la*– moral correcta; de supraenunciados jurídicos, en los Estados de derecho modernos y contemporáneos⁵⁴.

⁵⁰ Cf. ALEXY (1998: 128): “Los sistemas de normas que no tienen esa pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos”.

⁵¹ ALEXY, *Ibidem*: “[I]a teoría de la pretensión es calificativa. La teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente calificativo en el caso de normas individuales y de las decisiones judiciales”.

⁵² Este defecto de corrección es de carácter conceptual. Se da cuando el operador jurídico incluye en una contradicción preformativa al negar la pretensión de corrección mediante el contenido de su acto jurídico (legislativo o jurisdiccional). Sobre esta cuestión, Cf. ALEXY (1998: 130-131).

⁵³ ALEXY (*op. cit.*: 131).

⁵⁴ Para los constructivistas la moral, como el derecho, y aún más que el derecho mismo, es un sistema normativo social *heterónomo*.

En tercer lugar, la conexión que la ética discursiva establece entre la pretensión de generalizabilidad que le sirve de base y el concepto de derecho, origina la tesis del derecho como un discurso especial del discurso moral práctico general. Este discurso es identificado con el sistema moral-social, del cual el derecho es un subsistema: un *caso especial*. Esta especificidad ético-procedimental del derecho es denominada la “tesis del caso especial”.

La tesis del caso especial implica establecer una relación de género y especie entre la racionalidad moral y la racionalidad jurídica, respectivamente. Con ello es viable concebir las decisiones judiciales como instrumentos de contribución al discurso moral práctico. Esta contribución debe ser evolutiva, en el sentido de consolidar el grado de perfección correctiva de los sistemas jurídicos, esto es, su estatus de sistemas no defectuosos, en tanto sus decisiones judiciales satisfagan la pretensión de corrección⁵⁵.

9.3. Estructuralmente, el sistema moral básico del constructivismo está constituido por enunciados de derechos humanos, los cuales sirven de fundamento de corrección axiológica a los subsistemas jurídicos, a los cuales clasifican y cualifican como sistemas morales o éticamente correctos.

Estos enunciados son intersubjetivamente “objetivos”, por vía del consenso en torno a su racionalidad como enunciados del sistema moral. El derecho no es axiológicamente neutral, en vista de que a través de los enunciados morales de derechos humanos se suscitan su cualificación axiológica y su enjuiciamiento de corrección moral⁵⁶.

La teoría estándar de los derechos fundamentales como (enunciados de) principios sostiene que los enunciados de derechos humanos son enunciados morales o pre-jurídicos, que jurídicamente funcionan como enunciados de derechos “fundamentales” constitucionales, catalogables como “mandatos jurídicos de optimización”, aplicables de forma directa, sin la mediación de la legislación, mediante su ponderación proporcional⁵⁷.

De esta forma, si se plantea que entre los conceptos de derecho y moral existe una relación necesaria, estos derechos, conceptualizados como “derechos fundamentales”, van a tener un estatus moral (y con ello *pre* –e incluso– *meta*-jurídico) que servirá de criterio de corrección del ordenamiento jurídico: son “valores” objetivos y en tal medida “principios” “fundantes” del derecho.

⁵⁵ Cf. ALEXY, *ibid.*

⁵⁶ Cf. ALEXY (1988: *passim*).

⁵⁷ Un interesante estudio del concepto de derechos fundamentales como “mandatos de optimización” puede verse en LOPERA (2004: 211-243).

10. La construcción de un concepto de derecho repercute en diversos aspectos de la filosofía jurídica –i.e., el concepto de ‘norma’ o ‘enunciado jurídico’; el concepto de derecho subjetivo, incluyendo las denominaciones ‘derecho humano’ o ‘derecho fundamental’; los conceptos de decisión jurídica “legislativa” y “judicial” y sus relaciones, en el marco de la teoría de la separación o división de poderes de la democracia representativa–, de los cuales no se ocupa este texto, con la expectativa de que puedan ser objeto de un ulterior tratamiento.

No obstante, los aspectos descriptos dan cuenta de la complejidad teórica y de la riqueza conceptual de la discusión iusfilosófica posmoderna sobre las relaciones conceptuales entre derecho y moral. Descripción que, aunque sumaria, es instrumental para avizorar cómo “la” “Posmodernidad” iusfilosófica, por lo menos no entendida en el marco de un relativismo filosófico-conceptual rudimentario y dogmático del “todo vale”, no erradica los antagonismos que han sido históricos en la filosofía práctica a la hora de elaborar conceptos de moral y de derecho y de plantear sus relaciones. Por el contrario, los rehabilita, impulsando el diálogo y la deliberación filosóficos, con enfoques y perspectivas pos-analíticas conceptual y metodológicamente explícitas. Así vista, posiblemente no genere el inconveniente de ser una Posmodernidad premoderna y, en tal sentido, filosóficamente involutiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1998). *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, traducción de Pablo Larrañaga. En: Vásquez, Rodolfo (Comp.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, pp. 115-137.
- ALEXY, Robert (1988). *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*, traducción de Manuel Atienza, Doxa 5, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 139-151.
- APEL, Karl-Otto (1995). *Teoría de la verdad y ética del discurso*, traducción de Norberto Smilg, Paidós, Barcelona.
- APEL, Karl-Otto (1999). *Estudios éticos*, traducción de Carlos de Santiago, Fontamara, México.
- ARISTÓTELES (1997). *Ética nicomáquea*, traducción de Julio Pallí, Planeta/Deagostini, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (1998). *Introducción al derecho*, Fontamara, México.
- BOBBIO, Norberto (1990). *Contribución a la teoría del derecho*, 2ª ed., traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1994). *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México.

- BULYGIN, Eugenio (1998) *¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?* En: Vásquez, Rodolfo (Comp.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, pp. 214-223.
- COMANDUCCI, Paolo (1999). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, traducción de Pablo Larrañaga, Fontamara, México.
- COMANDUCCI, Paolo (Comp., 2004). *Introducción a Análisis y derecho*, Fontamara, México.
- DE AQUINO, Tomas (1956). *Tratado de la prudencia y de la justicia*, Vol. 8 de la *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- DWORKIN, Ronald (1999). *Retorno al derecho "natural"*, traducción de Santiago Iñiguez, En: Betegón, Jerónimo/De Páramo, Juan Ramón (Comps.). *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona.
- GEIGER, Theodor (1996). *Derecho y moral. Polémica con Uppsala*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Edición de Luis Martínez, Espasa-Calpe, Madrid.
- KAUFMANN, Arthur (2000). *Derecho, moral e historicidad*, traducción de Emilio Eiranova, Marcial Pons, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen (1991). *Escritos sobre moralidad y eticidad*, traducción de Manuel Jiménez, Paidós, Barcelona.
- HEGEL, Georg W. F. (2004). *Principios de la filosofía del derecho. O derecho natural y ciencia política*, traducción de Juan Luis Vermal, Sudamericana, Buenos Aires.
- HELLER, Agnes (1995). *Ética general*, traducción de Ángel Rivero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- KELSEN, Hans (1979). *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto Vernengo, Porrúa, Mexico.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia (2004). *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*, Doxa, No. 27, Universidad de Alicante, Alicante.
- MAcINTYRE, Alasdair (1976). *Historia de la ética*, traducción de Roberto Juan Walton, Paidós, Barcelona.
- MARX, Karl (1969). *La moral comunista*, Ediciones Pepe, Medellín.
- MAZUREK, Per (1992). *Teoría analítica del derecho*, traducción de Juan Antonio García Amado. En: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried (Eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edición española a cargo de Gregorio Robles, Debate, Madrid, pp. 275-286.
- MOORE, George E. (2002). *Principia ethica*, traducción de María Vásquez, Crítica, Barcelona.

- MORESO, José Juan/NAVARRO Pablo/REDONDO, Cristina (2001). *Lliçons de filosofia del dret*, Universidad Abierta de Cataluña, Barcelona.
- NAKHNIKIAN, George (1999). *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, traducción de Eugenio Bulygin y Genaro Carrió, Fontamara, México.
- NAVARRO, Pablo (2005). *Los límites del derecho*, Temis, Bogotá.
- NINO, Carlos Santiago (1980). *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos Santiago (1985). *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos Santiago (1993). *Derecho, moral, política*. Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 14, Universidad de Alicante, Alicante.
- NINO, Carlos Santiago (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona.
- RABOSI, Eduardo (1964). *Notas sobre la moral y sus niveles metodológicos de estudio*, Universidad Nacional de la Plata, la Plata.
- RAZ, Joseph (2001). *La ética en el ámbito público*, traducción de María Luz Melón, Gedisa, Barcelona.
- VÁSQUEZ, Rodolfo (comp. 1998). *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona.
- VILLA, Vittorio (2003). *Storia della filosofia del diritto analítica*, Il Mulino, Bologna.
- WEBER, Max (1997). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducción de José Chavez, Ediciones Coyoacán, México.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1989). *Conferencia sobre ética*, traducción de Fina Birulés, Paidós, Barcelona.



Autor: Edwin Farfán Rodríguez
Título: Sin título
Técnica: Carbón natural sobre lienzo
Dimensiones: 2 x 1.50 m

LOS “PÁJAROS” DEL VALLE DEL CAUCA*

* Artículo derivado 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 y en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad. Investigación a cargo de los profesores Lina Adarve Calle y Julio González Zapata.

Fecha de recepción: Septiembre 12 de 2007
Fecha de aprobación: Marzo 11 de 2008

LOS “PÁJAROS” DEL VALLE DEL CAUCA

*León David Quintero Restrepo***

RESUMEN

Este artículo pretende develar las prácticas punitivas que se llevaron a cabo en Colombia a través de la conformación de grupos, generalmente paraestatales o estatales, actuando por fuera de sus funciones, mediante la realización de hechos considerados como delitos por la normatividad penal y con las que se buscaba aplicar sanciones o castigos a otros grupos y/o personas, para lograr el control de una sociedad.

Como ejemplo paradigmático de lo anterior, se escogió al grupo denominado los “pájaros”, que tuvo como escenario de sus actuaciones el Departamento del Valle del Cauca (Colombia), durante las postrimerías de la época conocida como la “Violencia”.

Palabras clave: violencia, prácticas punitivas, pájaros.

THE “BIRDS”*** FROM VALLE DEL CAUCA

ABSTRACT

This article wants to unveil the punitive practices that took place in Colombia through the formation of groups, not only parastatals but state ones, which were acting outside its functions, by conducting acts regarded as criminal offences by the criminal law and with whom sought to impose sanctions or punishment to other groups and / or individuals, to achieve the control of the society.

As a paradigmatic example, it was chosen the group so-called the “birds”, which had as scene for their actions the district of Valle del Cauca (Colombia), during the end of the period known as the “Violence”.

Key words: violence, punitive practices, “birds”.

** Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar en la investigación referida.

*** The “birds” is how we translate here the name of an armed group which existed years ago in a Colombian region called Valle del Cauca. They were there from ends of the “Violence” and carried out a series of practices as selective executions, homicide, and disappearances.

LOS “PÁJAROS” DEL VALLE DEL CAUCA

INTRODUCCIÓN

La investigación de la cual se desprende este artículo, tiene como objetivo describir el contexto y las condiciones de surgimiento del Código Penal de 1980, y a partir de ello, se intenta esbozar una respuesta a la pregunta ¿Para qué se ha utilizado el Derecho Penal en Colombia?

Esa es una pregunta cuyo análisis nos lleva no sólo a mirar el Derecho Penal como parte del sistema penal, con las Leyes, Decretos y Códigos que lo conforman y conformaron, sino, también, a observar el derecho penal como control social, como la práctica que de él se ha hecho; una práctica de imposición de penas.

El Derecho Penal como ejercicio de Control Social, ha sido, algunas veces, desplazado por unas prácticas punitivas¹ realizadas al margen del derecho penal y del sistema penal mismo; a estas prácticas se ha acudido cuando el derecho penal no actúa, cuando se emprenden campañas de limpieza social, asesinatos, ejecuciones, torturas e incluso desapariciones forzadas, las cuales son realizadas por organismos de seguridad del Estado o por grupos paraestatales amparados por éste; esta puede ser una posible respuesta a la citada pregunta.

Respecto de la “Violencia”, no es el objetivo de este escrito dilucidar el hecho o hechos que dieron lugar a la “Violencia” en Colombia², sino tratar de mostrar cómo

¹ Más adelante nos ocuparemos detenidamente sobre el concepto de prácticas punitivas.

² Aquí se parte de la posición que tiene en cuenta que la Violencia colombiana del siglo XX no comienza con la muerte del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán; no es el asesinato de éste el hecho desencadenador de la violencia, pero sí es un factor importante para el recrudecimiento de la misma, pues ésta venía presentándose ya desde tiempo atrás. Así, Mary Roldán, quien luego de realizar un estudio sobre la violencia en Antioquia, dice: “Con la elección del liberal Enrique Olaya Herrera como presidente (1930-1940) [sic], estalló la violencia en varias regiones del país y los liberales dieron rienda suelta a un resentimiento largamente reprimido en contra de la oposición conservadora. En efecto, si bien muchos académicos consideran el asesinato del populista liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, como el hecho desencadenador de la violencia, los factores que condujeron a la muerte del liberal y sus secuelas de graves disturbios pueden rastrearse en parte hasta los cambios ocurridos en Colombia durante las décadas de 1930 y 1940”. Roldan, Mary. *A sangre y fuego la violencia en Antioquia, Colombia 1946-1953*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Fundación para la promoción de la ciencia y la tecnología. Colombia. 2003. p. 34.

el clima social y político que se originó a raíz de dicha violencia³, fue un escenario propicio para que actuaran grupos al margen de la ley, los cuales ejercieron unas prácticas punitivas, tendientes a defender sus propios intereses y obtener control sobre los opositores políticos; sin embargo, habría que aclarar que el modo de actuar de estos grupos, estuvo articulado alrededor del ejercicio de unas prácticas punitivas ocultas; es decir, realizaron un control social⁴ velado a la mirada pública y apartado de la legalidad estatal.

BREVE RESEÑA DE “LA VIOLENCIA”⁵ EN COLOMBIA

A inicios de los años treinta llega el partido liberal al gobierno. Dicho partido consideró necesario realizar una serie de reformas para el país, reformas que marcaron el derrotero político a seguir luego de un largo período en que los conservadores ejercieran el mismo. Ya desde 1930 se vivía un clima de violencia partidista en Colombia; se hablaba de ésta en los departamentos de Boyacá, Santander, Tolima y Cundinamarca principalmente. Para esa época el clima político está signado por constantes escaramuzas entre adeptos liberales y conservadores, los primeros en el gobierno y los segundos en su preocupación por retomarlo terminaron defendiéndose

³ Se debe aclarar que pese a no ser el tema del presente escrito, se hace una breve descripción de “La Violencia” por cuanto se hace necesaria para ubicar el fenómeno de los “pájaros” históricamente.

⁴ El significado del término Control Social es difuso debido a su reiterado y ambiguo uso por parte de teóricos de diferentes disciplinas –sociología, derecho, criminología, ciencias políticas, etc.– por ello mismo ha sido difícil encontrar un significado unívoco a éste término; en ese sentido, podemos definir el control social, para efectos del presente trabajo, como la búsqueda de conformidad de las conductas individuales de los miembros de una sociedad en particular a las reglas o normas, tanto jurídicas como sociales, al interior de la misma sociedad. Acorde con tal definición, tenemos que para encontrar esa conformidad, existen diversos mecanismos ideados por cada sociedad para encontrar la conformidad; así, de manera formal existen mecanismos de control social como el derecho; y de otro lado, encontramos la existencia de mecanismos de control social informal, los cuales realizan el control, igualmente sobre conductas desviadas, de manera violenta ejerciendo represión en busca de hallar conformidad entre los miembros de una sociedad. Para un mejor acercamiento al tema: Cohen, Stanley. *Visiones de control social*. P.P.U. Trad.: Elena Larrauri Pijoan. Barcelona. 1988, 407 p.

⁵ Para efectos del presente artículo, entenderemos por la “Violencia”, aquel período vivido en Colombia a mediados del siglo XX, caracterizado principalmente por un enfrentamiento armado entre liberales y conservadores a raíz de móviles fundamentalmente partidistas; parafraseando un poco a Darío Acevedo Carmona, dicha violencia se cimentó en la construcción de un enemigo a partir de su “negativización” e induciendo a las multitudes a creer que la salvación del país se lograría con la “derrota del adversario”. En: *La mentalidad de las élites sobre la violencia en Colombia (1936-1949)*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: El Áncora, 1995, p. 51 y 57. Para un mayor acercamiento al tema ver: Guerrero Barón, Javier. *Los años del olvido. Boyacá y los orígenes de la violencia*, Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales, Universidad Nacional de Colombia, Tercer Mundo Editores, Septiembre 1991, 269 páginas. Guzmán Campos, Germán; Fals Borda Orlando; Umaña Luna Eduardo. *La Violencia en Colombia, Estudio de un Proceso Social*. Editorial Punta de Lanza, Tomo I. Octava edición. 1977, entre otros.

de quien lo ejercía; ello sucedió por la llegada del gobierno liberal a departamentos marcadamente conservadores; tal es el caso de la incursión del gobierno liberal en los departamentos conservadores de Boyacá y Tolima. Sobre esa álgida lucha por el poder político colombiano de mediados de siglo XX, Darío Betancur y Martha García se refieren a “La llamada ‘Violencia liberal de los años treinta’ [la cual] se inició con acciones aisladas desde 1928, pero se generalizó sobre todo en 1930 y 1931, para mantenerse intermitente durante toda la República Liberal; vista así, esta violencia fue mucho más nacional y compleja”⁶ constatando, así, el carácter político de la violencia colombiana de mediados del siglo XX.

Para la década de los años treinta, el Presidente de la República⁷ contaba con la facultad de nombrar gobernadores y alcaldes en todo el país; éstos, a su vez, poseían amplias facultades para nombrar funcionarios, entre ellos, los inspectores de policía; de esta manera, en los años treinta, en plena *República Liberal*, en todos los municipios, incluso en los municipios marcadamente conservadores, se encontraba un alcalde liberal con sus respectivos funcionarios de igual filiación política.

Una vez monopolizado el poder político en manos liberales, éstos necesitaron hacerse de su propio cuerpo de seguridad, un cuerpo armado que le fuese leal a los intereses del partido; puesto que la policía de la época era de estirpe conservadora⁸, y solamente después de mediados de la década de los treinta, el ejército se consideró neutral⁹.

Los alcaldes liberales, entonces, controlaban un cuerpo armado que les brindaba seguridad; era la guardia de rentas¹⁰, quienes pese a existir policía y ejército, se convirtieron en los encargados de la protección del gobierno local; tales gendarmes

⁶ Betancourt, Darío y García, Martha. *Matones y cuadrilleros. Origen y evolución de la violencia en el occidente colombiano*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional. Bogotá: Tercer Mundo, 1990, p. 28.

⁷ Enrique Olaya Herrera.

⁸ La ley 2 de 1930 prohibió el voto a los miembros de la policía, con la finalidad de restar fuerza electoral a los conservadores, ya que la policía departamental continuaba siendo marcadamente conservadora. En: Betancourt, Darío y García, Martha. Op. Cit. p. 71

⁹ Al respecto Darío Acevedo dice: “Ante el quiebre de la confianza en el gobierno, el liberalismo apela al Ejército Nacional. Con anterioridad a la ruptura se solicita su presencia en zonas de violencia y a él se acude por que es símbolo de neutralidad y de paz. A diferencia de la policía, sobre la que recaían muchas denuncias liberales, el ejército tenía una imagen limpia, intacta, producto de su marginamiento de las pugnas sectarias. Esa confianza en el ejército estaba fundada en la presunción de haberlo profesionalizado en los gobiernos liberales”. En: *La mentalidad de las élites sobre la violencia en Colombia (1936-1949)*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: El Áncora, 1995, p. 93.

¹⁰ Guerrero Barón, Javier. *Los años del olvido. Boyacá y los orígenes de la violencia*. Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales. Universidad Nacional de Colombia. Tercer Mundo Editores. Bogotá. 1991. pp. 47-55

eran un destacamento de policía que obedecía órdenes provenientes directamente de los alcaldes liberales; este cuerpo de seguridad fue armado y escogido por la calidad liberal de sus miembros. A través de estos grupos oficiales, el liberalismo en el poder ejerció el control sobre los conservadores.

Pese a lo anterior, no sólo se tenía a la guardia de rentas como la única herramienta del liberalismo en el poder en aras de ejercer control, también se encuentran grupos al margen de la ley encargados de ejercer el control social, puesto que

Durante la década [haciendo referencia a los años treinta] allí hubo un fenómeno de ejercicio de la violencia desde el gobierno, apoyándose en grupos liberales armados y en algunos casos incorporados a la policía. Se trata de reductos o mejor "guetos" partidistas como los "coloradeños", pobladores del Páramo del Colorado en Guaca o de las bandas liberales del Páramo del Almorzadero, o los temidos "Tipacoques", habitantes del corregimiento-hacienda hoy municipio del mismo nombre, reclutados por los hacendados liberales para enfrentar a las poblaciones conservadoras, fenómeno socialmente comparable con la acción de los "Chulavitas", conservadores que toman su nombre de una vereda del municipio de Boavita, instrumento de terror conservador a partir de 1946, no solo en Boyacá sino en las diferentes regiones de violencia de otros departamentos. En ambos casos existía el control por los dirigentes políticos de los partidos y las órdenes se ejecutaban a través de organismos oficiales como las gobernaciones, las alcaldías o las policías municipal, departamental o nacional, o las "guardias de rentas"¹¹.

Es decir, hubo una acción liberal encaminada al ataque de poblaciones conservadoras para tomar su control, y de otro lado, una respuesta de los conservadores al aseo liberal, mediante la conformación de grupos de autodefensa.

La respuesta conservadora proviene, básicamente, del departamento de Boyacá, donde éstos aún poseían refugios en los cuales actuaban al margen del gobierno liberal. Es el caso del municipio de Boavita¹², donde tenían un centro de concentración y reclutamiento de hombres armados, los cuales eran seguidores de las ideas del partido conservador y que eran movilizados para luchar contra los permanentes asaltos liberales realizados tanto por las fuerzas estatales liberales como por grupos armados liberales al margen de la ley; también, de esa manera se pone en evidencia la existencia de una serie de prácticas punitivas por parte de los conservadores, prácticas que, por demás, están en contraposición al control social realizado por el Estado.

¹¹ Guerrero Barón, Javier. Op. Cit. p. 50

¹² *Ibíd.* p. 50.

Para finales de la década del treinta y comienzos de los años cuarenta, Colombia era un campo de batalla, asediado por grupos armados ilegales tanto conservadores como liberales, y la respuesta oficial, quedaba a cargo de alcaldes y gobernadores liberales, quienes tenían facultades policiales para perseguir a los opositores del gobierno¹³, junto con la policía departamental y la guardia de rentas; Guerrero Barón lo documenta así, refiriéndose a una vasta zona del centro-oriente colombiano:

Indudablemente había complicidad de las autoridades liberales. Las bandas armadas liberales tenían demasiada movilidad inclusive en el casco urbano de las poblaciones.

[...] Pero era indudable que la “pacificación” también tenía carácter político. Teniendo en cuenta que uno de los factores del conflicto era la imposición de la violencia institucional por parte de los alcaldes y la policía liberal, las medidas que se tomaban no conducían al apaciguamiento. Al otorgar, por ejemplo, facultades especiales para investigar los hechos al mismo alcalde y “[...] a los agentes de la policía departamental o municipal que lo acompañen [...] se les inviste del carácter de agentes de la policía nacional [...]”¹⁴ les daba jurisdicción sobre otros municipios y departamentos, ampliando el radio de acción de las operaciones y del conflicto mismo pues formaban parte de él¹⁵.

Las policías departamentales, a su vez, eran un factor que causaba problemas para el control y mantenimiento del orden público; puesto que estos se excedían en sus facultades; incluso, en zonas donde el orden público se veía claramente afectado, la llegada de estos policías, causaba aún mayor perturbación que la que venían a tratar de controlar, hasta tal punto que el retiro de la policía de ciertas zonas del país, como Tolima y parte de Cundinamarca, era un factor necesario para la consecución de la paz. Guerrero Barón sobre el retiro de policías liberales de zonas problemáticas, dice que “en este punto el problema era tan grave que era necesaria la disolución de estos cuerpos de policía departamental y municipal, que en la práctica se convirtieron en el brazo armado del poder gamonal local”¹⁶. Además de ello, tanto las investigaciones, como el juzgamiento y penalización de delitos para los miembros de la policía y para los miembros de grupos al margen de la ley, sufría constantes tropiezos, principalmente en las regiones de Cauca y Boyacá, debido a que

La vigilancia de la iniciación y desarrollo de los sumarios quedó a merced de agentes del ministerio público incompetentes para cumplir su cometido, o de funcionarios del conocimiento que a su amaño torcían la investigación.

¹³ Facultades otorgadas mediante el decreto 1424 de 1931.

¹⁴ Decreto 1424, Diario Oficial, agosto 22 de 1931, p. 514.

¹⁵ Guerrero Barón. Op. Cit. pp. 168-170.

¹⁶ *Ibíd.* p. 173.

El proceso se tornó ineficaz por la venalidad de muchos jueces. La impunidad alcanzó abismos inconcebibles. Por otra parte, las cárceles se abrían sin dificultad por alcaides y guardianes traficantes al servicio incondicional de los violentos¹⁷.

Luego de examinar brevemente algunos aspectos relevantes de la "Violencia" de mitad de siglo XX colombiano, abordaremos, ahora, de manera puntual, uno de los grupos al margen de la ley que actuó en una etapa no muy posterior al período concretamente conocido como la "Violencia"; se trata de los "pájaros".

El surgimiento de grupos armados que ejercieron unas prácticas punitivas que conllevaban a situaciones de desplazamiento interno, homicidio, etc., se da durante la época en que el conservatismo retomaba el poder a finales de los años cuarenta, siendo aplicadas estas prácticas punitivas selectivamente de acuerdo a las preferencias políticas de quienes eran sus víctimas. Los "pájaros", sin embargo, alcanzaron mayor reconocimiento durante el gobierno militar del general Rojas Pinilla, gobierno que se da como una aparente respuesta a la violencia política que azotaba al país luego de su recrudescimiento tras la muerte de Gaitán.

Podemos definir a los "pájaros", como "aquel matón movido de fuera, aquella fuerza oscura y tenebrosa que era movilizada para amedrentar, presionar y asesinar, que luego de actuar desaparecía bajo el espeso manto de humo tendido por directorios conservadores, autoridades y funcionarios públicos"¹⁸.

Los "pájaros", como grupo armado al margen de la ley, de características netamente conservadoras, encuentran en los "chulavitas" ciertas semejanzas, pues, estos, al igual que los "pájaros", eran un grupo armado ilegal de afinidad política conservadora pero que actuó en el departamento de Boyacá desde los años treinta¹⁹, a diferencia de los "pájaros", quienes actuaron a finales de la década del cuarenta en el Valle del Cauca. Máxime, ambos grupos, "chulavitas" y "pájaros", se caracterizaron por ser grupos armados ilegales amparados por políticos conservadores de sus respectivas regiones.

Fieles seguidores del partido conservador, los "pájaros" recibieron su nombre, puesto que ese era el "calificativo acuñado por la sabiduría popular para designar al individuo que actuaba de manera escurridiza y veloz; que se nucleaba con otros para hacer ciertos 'trabajitos', se iba 'volando', y después se reincorporaba a la

¹⁷ Guzmán Campos, Germán; Fals Borda, Orlando y Umaña Luna, Eduardo. *La Violencia En Colombia, Estudio de un Proceso Social*. Bogotá: Punta de Lanza, Octava Edición, Tomo I, 1977, pp. 247-252.

¹⁸ Betancourt y García. Op. Cit. p. 20.

¹⁹ Guerrero Barón. Op. Cit. pp. 149-178.

vida cotidiana”²⁰. Debido a esta forma de actuar, los “pájaros” “fueron utilizados para homogeneizar pueblos, para cambiar conciencias, para convertir a radicales liberales, para perseguir a protestantes, para atacar a masones y comunistas en una ‘santa cruzada’ de las ‘fuerzas del bien’ contra las ‘dañinas fuerzas del mal’”²¹.

Pero, ¿qué o quiénes eran los “pájaros”? Más allá de una definición de lo que son los “pájaros”, ellos tienen unas características propias. En principio ellos no hacían parte de las clases sociales campesinas, por el contrario, los “pájaros” disfrutaban de una cierta ventaja social, pues en su mayoría tenían prósperos negocios que les otorgaban un cierto status económico y social,

Tomando como base los sumarios, las fuentes orales y la persona [sic] local, se puede establecer que las profesiones y oficios más comunes de los “pájaros”, eran las de chóferes, carniceros, fonderos, cantineros, talabarteros, sastres, lavaderos, sacristanes, cacharreros, jornaleros o lungos, matarifes, inspectores de policía, policías y empleados de la alcaldía o el juzgado municipal²².

Las profesiones u oficios de estos “pájaros”, les permitían tener, no sólo el suficiente tiempo libre para su actuar, sino también, por el ambiente en que se desplegaban, podían relacionarse con una gran cantidad de personas en “sitios de concentración social, esparcimiento, chismes y rumor de los pueblos cordilleranos”²³, lo que a su vez les servía para informarse sobre la actuación de sus víctimas.

El “pájaro” comenzó su actuar en los pueblos, en éstos gozaban de la protección y del encubrimiento de la policía partidista, ya conservatizada luego del desmonte de la guardia de rentas liberal; el actuar de éstos era ingenioso, pues según las operaciones a realizar tenían diferentes métodos para actuar;

Uno de los éxitos de los “pájaros” fue su capacidad de adaptarse a la diversidad de terrenos según lo requiriera la acción. En el asesinato del abogado tuluense Aristides Arrieta, vestían trajes de paño y el revolver lo camuflaban en un periódico doblado, mientras que cinco “pájaros” enviados hacia una vereda de Sevilla para efectuar un “trabajito”, vestían de jornaleros y las armas las llevaban camufladas en costales y morrales de fique²⁴.

²⁰ Betancourt y García. Op. Cit. p. 105.

²¹ A su vez, la “utilización [de los “pájaros”] fue partidista, electoral e ideológica, buscando, sobre todo, presión ideológica mediante el terror y la amenaza, ejercidos no solo contra liberales, sino contra todo aquello que a los ojos de los dirigentes conservadores, estaba en contra del orden, las instituciones, la nacionalidad y la iglesia”. Betancourt y García. *Ibíd.* pp. 109-110.

²² *Ibíd.* pp. 112-113.

²³ *Ibíd.* pp. 114-115.

²⁴ *Ibíd.* p. 115.

Una vez realizada la operación, los "pájaros" huían sin despertar sospecha alguna; por su estructura los "pájaros" realizaron grandes golpes, debido a su *modus operandi*, el cual era en grupos de tres a cinco, lo que les facilitaba su desplazamiento y, por lo tanto, no necesitaban bases de operaciones ni logística de mayor envergadura.

El actuar de estos "pájaros", se diferenció de la forma de actuar de otros grupos al margen de la ley organizados en forma de guerrillas, debido a que los "pájaros", no tuvieron asidero en regiones montañosas e inhóspitas; todo lo contrario, estos actuaron siempre en zonas urbanas o semi-urbanas y su movilización la hacían por medio de vehículos a través de carreteras a pleno día.

En este contexto *conservatizante* en que se encontraba el Valle del Cauca, es donde encontraremos los nidos de "pájaros", auspiciados por las fuerzas de seguridad del Estado²⁵:

La oficialización de la policía privada y las bandas de "pájaros" en el Valle la hizo el gobernador Nicolás Borrero Olano²⁶ quién convocó a una reunión en su despacho a los gremios, a los ganaderos y hacendados, para proponerles la creación de un cuerpo de policía privado. El 28 de octubre de 1949 se reunieron los invitados en la gobernación del Valle, en donde el gobernador planteó la urgente necesidad de crear un cuerpo propio de policía "con unas trescientas unidades, pagadas y dotadas con fondos de los propietarios [...] esta policía dependería de una junta que presidiría el gobernador y que estaría integrada por varios ganaderos y agricultores del departamento"²⁷. La junta quedó conformada por Bernardo Henao Mejía, Alfonso Garcés Valencia y José Abel Peláez. En esta reunión quedó evidenciada la oficialización de

²⁵ Pero desde mucho antes, las fuerzas de seguridad estatales permitían ciertos desmanes de los directorios políticos, así: "Coincidentalmente Rojas se encontraba en el Valle del Cauca desde mucho antes del 9 de abril y sus grandes servicios a la causa conservadora, su parcialidad frente a las actuaciones de la policía, sus órdenes de retirar al ejército de las zonas donde presionaban los "pájaros", sus relaciones con León María Lozano, "El Cóndor", se dieron en el marco del 9 de abril y de la masacre de la Casa Liberal de Cali". Betancur y García. Op. Cit. p. 77; también encontramos la siguiente afirmación que hace Darío Betancur: "La represión a la revuelta fue encabezada por Rojas Pinilla, quien daba los primeros pasos que lo convertirían en el consentido del gobierno conservador, y en protector y amigo de los "pájaros". En: Darío Betancourt. *Los "Pájaros" de "El Cóndor", sicarios de los ricos y del Estado*. Ponencia II Simposio Nacional sobre Violencia. Chiquinquirá. Septiembre. 1986. Estas citas muestran la anuencia de las fuerzas estatales con las bandadas de "Pájaros" en el sur-oriente colombiano.

²⁶ Borrero Olano fue amigo personal de "pájaros" y bandoleros conservadores; "lamparilla" y "Pájaro Verde" tenían libre acceso a la gobernación. N. Granada, jefe de los "pájaros" en Sevilla, donde era famoso, era su protegido. En: Betancourt, Darío y García, Martha. *Matones y cuadrilleros. Origen y evolución de la violencia en el occidente colombiano*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional. Bogotá: Tercer Mundo, 1990, pp. 75-76.

²⁷ Diario del Pacífico. Octubre 29, 1949. Véase convocatoria con nombres en diario del 28 del mismo mes. En: Betancourt, Darío y García, Martha. Op. Cit. pp. 75-76.

los “pájaros”, pues en lo que trascendió a la prensa, el gobernador llegó al extremo de ofrecer: “[...] a los hacendados y agricultores que lo necesitaran y lo desearan, la facilidad de crear un cuerpo de vigilancia de sus respectivas propiedades, el cual tendría todo el respaldo de la autoridad y podría actuar en nombre de ella”²⁸ [...] “Legalizada y oficializada la policía privada, se legalizaba también la ‘pajaramenta’; no es gratuito que numerosos ‘pájaros’ hubieran surgido como ‘protectores’ de fincas y haciendas y que gran número de los mismos fueran ex-policías. Borrero Olano, laureanista y con posiciones de derecha, fue el que impuso el poder civil, logrando la ‘neutralidad’ del ejército en las zonas de actuación de los ‘pájaros’”. Una oleada de acciones violentas se desencadenó contra poblaciones de mayorías liberales después de este acto del gobernador²⁹.

Ahora, se debe destacar que la impunidad para los “pájaros” se encontraba garantizada, ello puede evidenciarse en una serie de maniobras que surtieron los directorios de los partidos políticos sobre jueces y demás miembros de la rama judicial con la finalidad de satisfacer sus propios intereses partidistas. De este modo encontramos que:

[...] los “pájaros” quedaron al descubierto con el apoyo y respaldo que recibió Ernesto N., ex-inspector de policía y “pájaro” pueblerino al servicio de los Directorios conservadores de varios municipios del centro-occidente del Valle. Ernesto N., que había sido destacado junto con dos individuos más en 1956 para eliminar a dos liberales de Sevilla, fue detenido años después de la acción y puesto en libertad no obstante que numerosas evidencias y contradicciones lo comprometían en los hechos de sangre. En el sumario se ve claramente el papel que jugaron “prestantes ciudadanos”, miembros de los Directorios Conservadores de tres municipios del Valle, quienes, no sólo contrataron un “prestigioso” abogado bugueño especializado en la defensa de los “pájaros”, sino que ellos mismos se aprestaron a llenar el expediente de declaraciones en las que se procuraba mostrar la rectitud y honorabilidad del acusado, lo que sirvió como presión indirecta para el juez y los jurados [...] ³⁰.

El sistema penal quedó de lado para hacer camino a los intereses de una clase política en ascenso; éste no fue utilizado y se cambió por la puesta en marcha de unas prácticas punitivas para ejercer el control social sobre el enemigo político.

Puede decirse, entonces, que el clima político y social que se vivió en Colombia a partir de los años treinta y que duraría hasta el primer quinquenio de los años cincuenta, giró en torno a un ejercicio violento de la política, presentándose hechos

²⁸ Ibid. Diario del Pacifico. En: Betancourt, Darío y García, Martha. Op. Cit. pp. 75-76.

²⁹ Betancourt y García. Op. Cit. pp. 75-76.

³⁰ Ibid. Betancourt y García. Op. Cit. pp. 116-117.

como homicidios y desapariciones, dando cabida al control para el opositor político, el cual recibía un castigo sin existir falta alguna.

SISTEMA PENAL³¹ Y LOS “PÁJAROS”

Es necesario realizar un análisis comparativo entre lo que se ha conceptualizado acerca del sistema penal como ejercicio del poder coercitivo reglado del Estado y lo que fue el actuar de los “pájaros”, para llegar a concluir que los métodos punitivos aplicados por estos, fueron el ejercicio de unas prácticas punitivas que en ningún momento pueden ser consideradas como parte del sistema penal.

El Derecho Penal, como parte del sistema penal, puede ser visto, comúnmente, como un sistema de control social estructurado legalmente, en el cual todas sus actuaciones se ven regladas por medio del principio de legalidad, el cual podemos ver representado en el aforismo: *nullum crime, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa e praevia*.

Lo anterior, parafraseando a Fernando Velásquez Velásquez, quiere decir, en primer lugar, que la normatividad que consagra los delitos, seguida de restricciones a la libertad de las personas, debe ser escrita (*scripta*), de esa manera se elimina la costumbre como fuente del derecho penal; en segundo lugar, la exigencia de ley estricta (*stricta*), hace referencia al operador jurídico por cuanto éste sólo estará sometido a la ley, sin posibilidad alguna de acudir analógicamente a otro texto normativo para llenar las lagunas de que pueda adolecer la ley penal, salvo las excepciones hechas al principio de favorabilidad, cual es la posibilidad de la aplicación analógica de toda ley que beneficie al reo.

En tercer lugar, la certeza (*certa*) de la ley penal indica que el delito y la pena que éste conlleva deberá estar clara, precisa y taxativamente consagrada en la ley; y por último, la ley debe ser previa (*praevia*), de este modo serán delitos los hechos descritos como tales en la ley y cometidos una vez entrada en vigencia la ley penal misma; igualmente, se exceptúan de ésta exigencia, cuando la aplicación ultractiva

³¹ Podemos entender por sistema penal, “El *derecho Penal* en sentido estricto es el conjunto de las normas jurídicas penales y éstas son sólo una parte, la normativa, del *sistema penal*, que es el conjunto de normas, instituciones, procedimientos, espacios como la sede de los tribunales, las comisarías de policía, los centros penitenciarios y agentes que operan en el sistema y lo hacen funcionar, como son los jueces, los fiscales, los policías, los funcionarios de prisiones e, incluso, los delincuentes y sus víctimas” I. Berdugo Gomez De La Torre et ál. *Lecciones de derecho penal parte general*. Praxis. Barcelona. 1996. p. 2. En: Vega Lopez, Jesus. *Aproximación a la estructura gnoseológica del campo jurídico penal*. p. 74 En: *Estudios de filosofía del derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. p. 74.

o retroactiva de la ley le merecen favorabilidad al reo, siempre dependiendo del caso concreto³².

Esta forma de concebir el derecho penal, requiere una logística que le permita mostrarse; es decir, exteriorizar de manera coercitiva los preceptos normativos del derecho penal, así, se trata de un aparato que ejerza represión y esté encargado de hacer cumplir las penas y medidas de seguridad por medio de las cuales el sistema de control social punitivo actúa. Así, encontramos a la policía, los jueces, los funcionarios penitenciarios y la misma prisión como las instituciones que articulan logísticamente el derecho penal y junto con él conforman el sistema penal.

Prácticas Punitivas

A partir de lo anterior se delinea, lo que puede entenderse, a grandes rasgos, por derecho penal; de esa manera, se sigue, que las actuaciones realizadas por los “pájaros”, en nada pueden equipararse al ejercicio del derecho penal realizado legítimamente por el Estado.

Este actuar delincencial de los “pájaros” se asemeja más a la realización de unas prácticas punitivas, las cuales podemos definir como un ejercicio realizado por determinados miembros de cada sociedad en particular, tendiente a aplicar sanciones y castigos sin existir crimen alguno, para lograr el control de la misma sociedad; dicho control se logra a través de la conformación de grupos, generalmente, paraestatales o estatales actuando por fuera de sus funciones y mediante la realización de hechos tales como tortura y homicidio.

En suma, a lo que se hace referencia cuando se habla de prácticas punitivas, es a aquella forma de ejercer poder punitivo a través de un control social informal; es decir, aquella forma de represión punitiva que el derecho no ampara, pues sus actuaciones están por fuera de la legalidad imponiendo castigos a espaldas de las instituciones legítimamente establecidas para ello, y tales actuaciones permiten el acometimiento de actos como el homicidio.

A estas prácticas punitivas se ha acudido cuando se emprenden campañas de *limpieza social*, ejecuciones extrajudiciales; realizadas por organismos de seguridad estatal o por grupos paramilitares; los cuales realizan éstas prácticas ajenas al sistema penal, caracterizados principalmente por la ayuda de los organismos estatales para seleccionar a sus víctimas.

³² Ver: Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual De Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis. Segunda Edición. 2004. pp. 57-62.

Estas prácticas punitivas se han manifestado en Colombia de diferentes maneras y en diferentes épocas; es más, puede afirmarse que se han realizado, incluso, como una respuesta al surgimiento de nuevos enemigos; es decir, estas prácticas punitivas, como actualmente podemos denominarlas, tienen referencia en grupos armados campesinos de mediados de siglo XX en Colombia, como los "pájaros", los cuales surgieron a raíz de la violencia política que azotó gran parte del territorio nacional durante esa época; en ese sentido, importa, en este escrito, resaltar la actuación de los "pájaros", los cuales realizaron unas prácticas punitivas que en nada pueden compararse con el sistema penal, puesto que dichas prácticas se ejercieron apartadas de toda legalidad y legitimidad estatal; prácticas que encarnan un control en donde el sistema penal no actuó, en suma, al presentarse éstas prácticas se patentiza la incapacidad del Estado por realizar control social a sus integrantes.

Es pertinente aclarar que el concepto prácticas punitivas debe ser entendido, como un ejercicio punitivo cuya finalidad es controlar y encontrar conformidad de una comunidad en específico; en este caso, el control y la conformidad de la comunidad Valle-caucana frente al gobierno conservador; prácticas punitivas que se realizaron a través de homicidios por parte de los "pájaros".

En suma, no podemos hablar de los "pájaros" desde el sistema penal, pues éste no nos ofrece los elementos para hablar del actuar de estos como ejercicio del mismo; podemos hablar de ellos, mejor, como el ejercicio de unas prácticas punitivas al margen de la legalidad, y realizadas a través de actos como torturas y homicidios.

CONCLUSIONES

En conclusión, tenemos que el período comprendido entre finales de los años treinta y mediados de los años cincuenta, es un período de intensos conflictos sociales en Colombia; marcado, principalmente, por la violencia política entre conservadores y liberales para obtener el control del poder político tanto a nivel nacional como regional y local.

También, es pertinente indicar que las fuerzas estatales no tuvieron el pleno control de la violencia política a través del sistema penal; control que se realizó por grupos al margen de la ley que ejercían su propia "justicia" llevando a cabo prácticas punitivas por fuera del sistema penal, prácticas carentes de legalidad que controlara sus actos.

Durante el gobierno militar de Rojas Pinilla, el Código Penal de 1936, como parte del sistema penal, no fue utilizado para buscar una respuesta penal a la "Violencia"; surgen, entonces, grupos paraestatales, los cuales a través de prácticas punitivas,

ejercieron control social, apartados del derecho penal y de las garantías que éste da a los ciudadanos, entre ellas la más importante, la legalidad que regula toda la actuación estatal, y la cual el Estado le debe imprimir a todos sus actos, lo que demostró la incapacidad del Estado para realizar el control social; con ello se propició que en los citados años se presentaran unas prácticas punitivas cuya característica principal era ser un control de carácter punitivo realizado en contra de los opositores políticos.

En Colombia entre los años treinta y cincuenta, se presentó un fenómeno de Prácticas Punitivas, las cuales están representadas en grupos que actuaron en diferentes épocas y regiones del país en los años en mención, para ejercer control social, bien sea los “chulavitas” en Boyacá, o los “pájaros” de finales de los años cuarenta y durante la dictadura del general Rojas Pinilla en los años cincuenta, en el Valle del Cauca; no importa la denominación que a estos grupos se les dé, fueron grupos de justicia paraestatal, lo que lleva a decir que en Colombia se dejó de lado el sistema penal para ser realizadas unas prácticas punitivas tendientes a establecer una forma de control social.

El actuar delincencial de los “pájaros” quedó impune por la complacencia de los directorios conservadores de la época, ya que estos ponían en marcha una serie de dispositivos encaminados a la manipulación de los procesos penales que en contra de los “pájaros” se realizaban; dispositivos como la amenaza a los jueces o la presión indirecta que ejercían los testimonios de prestantes ciudadanos conservadores que declaraban sobre la honorabilidad y rectitud de los acusados como “pájaros”, de esa manera el aparato judicial no actuaba frente a ellos.

Finalmente, la utilización de grupos como los “pájaros”, facilitó que los grupos políticos se hicieran de la maquinaria electoral a través de unas prácticas punitivas como el homicidio de carácter selectivo al buscar y eliminar a su opositor político, y cuya finalidad era conservatizar el Valle del Cauca para convertirlo en bastión del poder político regional; este fue, precisamente, el trabajo de “pájaros”.

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo Carmona, Darío. *La mentalidad de las élites sobre la violencia en Colombia (1936-1949)*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: El Áncora. 1995. 224 p.
- Betancourt, Darío. *Los "Pájaros" de "El Cóndor", sicarios de los ricos y del Estado*. Ponencia II Simposio Nacional sobre Violencia. Chiquinquirá. Septiembre. 1986.
- Betancourt, Darío y García, Martha. *Matones y cuadrilleros. Origen y evolución de la violencia en el occidente colombiano*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional. Bogotá: Tercer Mundo. 1990. 217 p.
- Cohen, Stanley. *Visiones de control social*. P.P.U. Barcelona. 1988. Trad.: Elena Larrauri Pijoan. 407 p.
- Guerrero Barón, Javier. *Los años del olvido. Boyacá y los orígenes de la violencia*. Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Tercer Mundo. 1991. 269 p.
- Guzmán Campos, Germán, Fals Borda Orlando. Umaña Luna Eduardo. *La Violencia en Colombia, Estudio de un Proceso Social*. Bogotá: Punta de Lanza. Octava Edición. Tomo I. 1977. 430 p.
- Roldán, Mary. *A sangre y fuego la violencia en Antioquia, Colombia 1946-1953*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Fundación para la promoción de la Ciencia y la Tecnología. Colombia. 2003. 435 p.
- Velásquez Velásquez Fernando. *Manual De Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Bogotá: Temis. 2004. 711 p.
- Díaz, Miguel y García, Conlledo. *Estudios de filosofía del derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Juan Antonio García Amado (Compilador) Bogotá. 2006. 548 p.
- Decreto N° 1424. Diario Oficial. Agosto 22 de 1931, p. 514.



Autor: Edwin Farfán Rodríguez
Título: Sin título
Técnica: Carbón natural sobre lienzo
Dimensiones: 3 x 2 m

FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA*

* El presente artículo es producto del trabajo desarrollado en el semillero de investigación “La autonomía de la voluntad en los derechos del consumidor” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, coordinado por la profesora Verónica Echeverri. Responde a las tres primeras preguntas del primer capítulo de la monografía “La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa”.

Fecha de recepción: Abril 28 de 2008
Fecha de aprobación: Mayo 6 de 2008

FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

*Carlos Andrés Gómez García***

*Silvia Helena Muñoz Cortina****

RESUMEN

Este artículo plantea algunos de los fundamentos para la construcción de efectivos medios de protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. Indagaremos por la naturaleza jurídica, normatividad, relevancia, ámbito de aplicación, estrategias, medios y recursos así como por el discurso ideológico que se debe tener en cuenta para este propósito.

Palabras clave: derecho del consumidor, productor, consumidor, publicidad engañosa, responsabilidad social, subliminalidad, autorregulación, ligas de consumidores.

FUNDAMENTALS FOR THE PROTECTION OF CONSUMERS AGAINST MISLEADING ADVERTISING

ABSTRACT

This article raises some of the fundamentals for building effective means of protection of consumers against misleading advertising. We will examine the legal nature, laws, relevance, scope, strategies, means and resources as well as the ideological discourse that must be taken into account for this purpose.

Key words: consumer law, producer, consumer, misleading advertising, social responsibility, subliminal, self regulation, consumers leagues.

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

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

FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

INTRODUCCIÓN

Actualmente, las personas estamos obligadas, y de una manera extraña también estamos acostumbradas, a vivir en un mundo rodeado de anuncios publicitarios, aunque en algunas ocasiones sean molestos; las más de las veces lo único que hacemos es acostumbrarnos a que la publicidad, como forma de comunicación comercial, esté presente en todos los espacios de la vida cotidiana.

La publicidad, es una verdadera industria compuesta por personas de toda índole, publicistas, comunicadores, mercadotecnistas, fotógrafos, maquilladores, entre otras personas que se encargan de comunicar las intenciones comerciales de los vendedores, los productores o prestadores de servicios a los consumidores, pero al mismo tiempo, es la industria encargada en gran medida, (y en algunos eventos la única) de la financiación de los medios de comunicación; creando así una cadena económica en donde, tanto los productores, como los medios de comunicación, se necesitan mutuamente, para lograr posicionarse y ganar terreno dentro del mercado; y estos dependen de la influencia que puedan tener sobre los consumidores finales de los productos o servicios.

No solamente los medios de comunicación tradicionales han visto en ésta el mejor medio de financiación, sino que gran cantidad de espacios de la vida urbana común han sido poblados por la publicidad, por ejemplo en las fachadas de los edificios, en los postes de energía, en los ascensores, en las estaciones de tren y hasta en la pintura de los buses. Los productores y publicistas han encontrado un medio de comunicación expedito para dar a conocer productos o servicios.

Esta situación ha terminado por poner una verdadera avalancha de mensajes publicitarios sobre los consumidores, situación que, además de haber modificado la estética de los espacios que habitamos, ha terminado por modificar la cultura del consumo.

Con un mercado en permanente competencia, los productores ven en la publicidad un atractivo medio de diferenciación frente a sus competidores; es por esto que la competencia entre ellos se traslada a la esfera de las comunicaciones a manera de

publicidad; siendo el consumidor el centro de toda esta producción, creando así en él, la intención de compra de su producto o servicio.

En esta misma economía es en donde se ha permitido que la publicidad sea el fenómeno cultural y comunicativo que se encargue de mantener, y porqué no decirlo, “crear” consumidores para un bien o un servicio.

La investigadora española Cristina Santamaría opina que “la publicidad ha sido la gran encargada de producir la parafernalia de la *imago* mitológica de los valores fundamentales de la cultura de occidente, los cuales, inexorablemente, tienden a aludir al mercado en tanto institución central del amplio y cambiante mundo de las mercancías materiales y de las intangibles axiologías de dominación, es decir de la producción de mercados ideológicos”¹.

Con esto podemos entender que la publicidad es uno de los elementos determinantes en la construcción de la personalidad del individuo y de la cultura en el mundo capitalista.

Podemos darnos cuenta que, entre consumidores por un lado, productores, publicistas y medios de comunicación del otro, existe una relación compleja de intereses² en donde los productores y demás intentan seducir a los consumidores para que a toda costa consuman los productos o servicios que se ofrecen.

Es por esto que en este artículo, indagaremos por los fundamentos que posee la protección del consumidor frente a la publicidad, así como por los límites que debe tener el ejercicio publicitario frente a los consumidores.

Para lograr exitosamente la fusión de las variables derechos del consumidor y derecho de la publicidad, y al mismo tiempo dar cuenta del conflicto interno (consumidores vs. publicistas, productores y medios) dándole coherencia a este trabajo con aquellos que, de manera general, han intentado desarrollar el tema de los derechos del consumidor, es necesario que previamente hagamos referencia a los cinco interrogantes fundamentales³ en torno a los cuales gira el discurso jurídico especializado⁴.

¹ SANTAMARÍA, Cristina, La publicidad como voluntad de representación. Revista Política y Sociedad, Editorial Cimop, Madrid, Vol. 39, No. 1, enero- abril 2002, p. 84.

² Dicha relación es compleja debido a que puede presentarse en diversos matices; pues va desde la simbiosis, como la relación que hay entre algunos grupos de adolescentes con determinadas marcas de ropa, a relaciones de grandes pujas como la que se presenta entre las ligas de consumidores y las compañías tabacaleras.

³ Estos interrogantes han sido tomados de: RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. ¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?, Diké, Medellín, 1997. Sobre la base de este autor construiremos el apartado acerca de los fundamentos del derecho del consumidor y su relación con el derecho publicitario.

⁴ Aunque somos conscientes de que no existen respuestas definitivas a los grandes interrogantes del derecho del consumidor, sino si acaso aproximaciones parciales, pretendemos con este escrito evidenciar la fusión entre el derecho del consumidor y el derecho de la publicidad en las relaciones jurídicas y de consumo que se presentan día a día

Proponemos observar el mundo publicitario desde la perspectiva de la protección jurídica del consumidor buscando construir una serie de elementos coherentes para que los perjuicios que les sean ocasionados a los consumidores puedan ser indemnizados.

El objetivo es contribuir en la construcción de efectivos medios de defensa para el consumidor frente a la ilicitud publicitaria⁵, buscando hacerle frente a la gran desigualdad que se presenta entre las empresas y los consumidores, cuando estos últimos pretenden hacer valer sus derechos frente a las compañías que anuncian de manera ilícita sus productos.

Nuestro propósito es elaborar unos fundamentos teóricos que nos permitan entender la relación entre el derecho del consumidor y el derecho publicitario, para esto proponemos darle respuesta, al menos de manera parcial, a los cinco interrogantes del derecho del consumidor, estos son:

El primer interrogante es: ¿qué es el derecho del consumidor?, pero junto con este debemos preguntarnos ¿qué es el derecho publicitario? y ¿cómo se relacionan? Aquí mostraremos el punto de conexión entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, y además la gran complejidad que existe a la hora de pensar en la naturaleza jurídica del “derecho del consumidor”.

En segundo lugar nos ocuparemos de la pregunta ¿quién es el consumidor?, y revelaremos algunos de los problemas que ocurren tanto en la dogmática como en la práctica judicial a la hora de precisar quién es consumidor.

En tercer lugar nos preguntaremos ¿de qué se le debe proteger frente a la publicidad?, y abordaremos temas como: la violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos⁶.

⁵ La legislación y la doctrina española han entendido por ilicitud publicitaria aquella que: a) es atentatoria de los derechos constitucionales, b) es engañosa c) es subliminal d) viola reglamentos administrativos. Para más información al respecto consultar en Ley Española de Publicidad (34/1988) y en MENDEZ TOMÁS, Rosa M y VILALTA NICUESA, Aura Esther. *La Publicidad Ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras*. Editorial Tesys, Barcelona, 1999.

Sin embargo la doctrina colombiana ha optado por darle un tratamiento unificado a dichos temas y estos cuatro eventos se tratan bajo el tema de publicidad engañosa. Para ampliar sobre este asunto ver en: VELÁSQUEZ R, Carlos Alberto. *Instituciones de Derecho Comercial*. Tercera edición, Fundación Cámara de Comercio de Medellín para la investigación y la cultura, Medellín, 1998. Y en: JAECKEL KOVACS, Jorge. *La regulación de la publicidad y del engaño*. Abril, 2004, <http://www.sic.gov.co/Alcaldes/Jorge%20Jaeckel.pdf>. (Consulta: Diciembre 4 de 2006).

Para efectos de este trabajo usaremos indistintamente los términos publicidad engañosa y publicidad ilícita; siempre bajo la salvedad de que nos estamos refiriendo a los cuatro subtemas ya mencionados.

⁶ Los dos últimos interrogantes así como la responsabilidad civil derivada del abuso publicitario, serán abordadas en la segunda parte de este artículo.

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO DEL CONSUMIDOR?, ¿QUÉ ES EL DERECHO PUBLICITARIO? Y ¿CÓMO SE RELACIONAN?

Cuando el autor costarricense Juan Marcos Rivero intenta descubrir la naturaleza jurídica del derecho del consumidor al formularse la pregunta ¿qué es el derecho del consumidor? descubre que la doctrina ha dado al menos cuatro respuestas diferentes a dicho interrogante, estas son: 1) es una rama del Derecho; 2) un sector del conocimiento jurídico y metajurídico que influye en el resto del ordenamiento; 3) un conjunto de normas supracategoriales y suprasistémicas que cortan de manera transversal todo el ordenamiento; 4) un discurso jurídico especializado.

Si analizamos con detenimiento la protección que nuestro ordenamiento jurídico le da a los consumidores, nos damos cuenta que está conformada por normas de muy diversa índole, tales como: el artículo 78 de la Constitución que consagra la protección de los consumidores como un derecho colectivo, pasando por la ley 30 de 1986 o Estatuto de Estupefacientes, la ley 73 de 1981 por la cual el Estado interviene la economía para la protección del consumidor, el decreto 1441 de 1982 que reglamenta las ligas de consumidores; el decreto 3466 de 1982 o Estatuto del Consumidor que contiene normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, la propaganda y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de los productores, expendedores y proveedores, decreto 2876 de 1984 sobre el control de precios al consumidor y el título X del libro II de nuestro Código Penal que consagra como delitos varias conductas punibles contra los consumidores, como es el caso del acaparamiento, la especulación y la usura, entre otros, así como un número significativo de resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y una abundante cantidad de jurisprudencia de los diferentes juzgados y tribunales.

Este recuento nos permite afirmar que las normas que integran el derecho del consumidor cortan de manera trasversal todo el ordenamiento jurídico pues, como vemos, se cuenta con normas administrativas, civiles, mercantiles, penales e inclusive procedimentales, mostrándonos cómo éste no puede ser limitado o encasillado en una categoría específica.

Pero en realidad, el mentado autor sostiene que la naturaleza del derecho del consumidor va más allá de la simple ubicación dentro de las categorías jurídicas, es por esto que afirma:

(...) el problema es más profundo de lo que a simple vista pareciera. Lo que sucede es que el enfoque del derecho del consumidor no es absolutamente sistémico, sino tópico. El modo de proceder ante un problema presentado por las modernas relaciones de consumo, no es el de ubicar el problema dentro

de un sistema normativo determinado. Por el contrario, es en función del problema que la solución se construye⁷.

Para el autor, cuando el jurista aborda los conflictos que se generan con los consumidores habrá de construir la solución utilizando todas las normas y todas las fuentes del derecho que le sean posibles sin importar estas de dónde provengan.

Por lo anterior señala que, el derecho del consumidor tiene una naturaleza supracategorial, pues se extiende más allá de las particularidades de una rama específica del derecho y se alimenta de elementos y conceptos provenientes de todos los sectores del conocimiento jurídico; pero al mismo tiempo va creando un sector propio.

La anterior idea no debe entenderse como discordante con la definición acerca de la cual el derecho del consumidor es un sector del conocimiento jurídico, ya que este adquiere y encausa información de tal forma que logra diferenciarse conceptualmente, creando un nuevo sector del conocimiento jurídico.

Ahora bien, no podría considerarse al derecho del consumidor como una rama del derecho propiamente, pues ésta no se desprende de un tronco común como ocurrió con el derecho laboral o con el mercantil; sino que éste hace parte de un muy variado juego de comunicaciones jurídicas entre los distintos sectores del conocimiento legal, que han coincidido en la tematización de la protección del consumidor como un discurso jurídico especializado.

En el presente trabajo entenderemos el derecho del consumidor como un discurso jurídico especializado que se va consolidando en torno a la protección del consumidor y que proviene de las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el derecho publicitario no es propiamente un derecho protector, pues al ser la profesión publicitaria una de aquellas que gozan socialmente de grandes permisos creativos para su ejercicio, éste solo se encarga de marcar uno de los límites dentro de los cuales se debe mover dicha profesión.

Algunos de estos límites son: la protección a las marcas, el derecho a la libre competencia, los derechos fundamentales y constitucionales, la propiedad intelectual y los derechos del consumidor entre otras⁸.

De esta forma vemos cómo entre el derecho del consumidor y el derecho publicitario se encuentra un punto de conexión, la persona del consumidor, quien es de un lado, el objeto de protección y del otro, un límite al obrar.

⁷ RIVERO, Op. Cit., p. 34.

⁸ Tomados de BOTERO R, Luis Gabriel. Qué se puede hacer y qué no en publicidad. Hombre nuevo editores, Instituto de artes, Medellín, 2004.

2. ¿QUIÉN ES, ENTONCES, EL CONSUMIDOR?

El artículo primero, literal C del decreto 3466 de 1982 o Estatuto del Consumidor, define al consumidor como: “Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”.

Aunque esta definición soluciona algunos de los cuestionamientos que tradicionalmente se le hacen a la definición de Consumidor, como son: en primer lugar, si la persona jurídica puede ser considerada como tal, ya que en algunas legislaciones esta no puede ser considerada Consumidor pues esto significaría un desplazamiento de la normatividad comercial originado por el Estatuto del Consumidor.

En segundo lugar, tradicionalmente la doctrina ha cuestionado si la aplicación del Estatuto del Consumidor puede ser extensiva a los prestadores de servicios, pero literalmente el citado artículo dice: consumidor: “es el que contrata la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado”.

Y un tercer cuestionamiento que se debería entender superado en la legislación colombiana tiene que ver con la afirmación en la cual es posible entender por consumidor a todas las personas o solamente a aquella que sea el último eslabón de la cadena productiva; es decir, aquella persona en la cual termina la circulación económica del bien y que precisamente lo adquiere para consumirlo, esta noción es propia de ordenamientos como el argentino, el brasileño y el español, en donde se exige que el consumidor sea el real beneficiario del bien o el servicio.

Señala la ley Argentina de defensa del consumidor que se entenderá por estos: “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (...)”⁹.

El Estatuto Colombiano no contempla esta posibilidad dentro de la definición de consumidor; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 3 de mayo del 2005 siendo el magistrado ponente el doctor Cesar Julio Valencia Copete, ha optado por introducir este concepto a nuestro ordenamiento.

En esta sentencia conceptuó la Corte que “Aunque en la definición no se emplea ningún parámetro relacionado, por ejemplo, con el hecho de que la persona deba ser consumidor o destinatario final del bien o servicio, o con la circunstancia de que el uso o consumo se enmarque o no dentro de una actividad profesional o empresarial, como ocurre en otros países, ello no puede conducir, por la simple

⁹ Sentencia de La Corte Suprema de Justicia. Exp. 04421 del 3 de mayo del 2005. Magistrado ponente César Julio Valencia Copete.

imprecisión terminológica, a pensar que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman tal categoría -consumidores- y que, por ende, a ellos indistintamente les sean aplicables las normas especiales, pues con semejante entendimiento se desnaturalizaría, por vía de la generalización, un estatuto excepcional destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio”¹⁰.

Para la Corte, entonces, la definición de consumidor que incorpora el Estatuto Colombiano adolece de errores terminológicos y por ende, utilizando criterios de derecho comparado en el caso bajo análisis, terminó aplicando una norma internacional para resolver el conflicto.

A nuestro parecer la definición utilizada por la Corte, en muy poco contribuye al mejoramiento y desarrollo de los derechos del consumidor en nuestro país, y en cambio, entorpece su aplicación, pues si esta posición lograra convertirse en un precedente, sería abrirle la puerta a una serie de limitaciones y restricciones que reducirían mucho la posibilidad de defender los derechos del consumidor en nuestro país, ya que será menester demostrar que se es consumidor; y que se está en el último eslabón de la cadena productiva, labor que no siempre es sencilla, como en el caso del ama de casa que compra telas para luego revenderle los vestidos a sus vecinas; en este evento sería conflictivo determinar si dicha persona es consumidora o no de la tela, pues no está claro si es o no el último eslabón de la cadena y por ende la tutela de sus derechos sería algo incierta.

Sin embargo, a la definición contenida en nuestro estatuto cabe realizarle algunos cuestionamientos:

Para comenzar, preguntaremos junto con Juan Marcos Rivero si “¿pueden ser considerados consumidores los terceros que de manera mediata entran en contacto con el bien o servicio?”¹¹. Por ejemplo, A, médico, compra un medicamento con un defecto en la fabricación, que luego es aplicado en el cuerpo de B y este resulta lesionado por efecto de este medicamento, ¿podría entonces ser considerado B, consumidor del medicamento y alegar las garantías propias del Estatuto del Consumidor?

La respuesta que daría nuestro estatuto a esta duda sería negativa pues la definición de consumidor que esta incorporada se encuentra restringida a quien **contrate para sí un bien o un servicio**.

¹⁰ Idem.

¹¹ RIVERO, Op. Cit., p. 34.

La definición es cuestionable, ya que no deja claro si una persona que adquiera el bien por haberlo ganado en una rifa, sorteo o a título gratuito, puede ser considerado consumidor.

Frente a la definición de consumidor, cuando intentamos acercarnos al problema de la publicidad, es decir, preguntarnos ¿quién es el consumidor afectado por la publicidad?¹² nos encontramos con tres problemas profundos. El primero tiene que ver con considerar consumidor solamente a quien ha contratado siendo engañado por la publicidad; o acaso ¿puede ser considerado consumidor quien detecta el engaño pero no contrata?

El segundo problema, se refiere a considerar al consumidor como mercado objetivo, es decir, solamente será consumidor engañado por un determinado producto aquel que se encuentre dentro del rango objetivo (delimitación del segmento de mercado) al cual el productor dirigió el anuncio, por ejemplo una propaganda de habanos, que sea dirigida a hombres mayores de edad 30 años y con un nivel elevado de ingresos; solamente serán considerados engañados por esta pauta aquellos que se encuentren dentro de este rango.

Más adelante, cuando hablemos de publicidad engañosa, haremos referencia al mercado objetivo; pero éste no habrá de entenderse como una definición de consumidor sino como una categoría que nos permitirá deslindar los elementos objetivos de los subjetivos frente a la noción de engaño.

Y por último hay que criticarle a la definición de consumidor su falta de generalidad frente al resto de legislación que limita la publicidad, por ejemplo la Ley General de Televisión (ley 182 de 1995) ha de definir quién es el televidente, el Estatuto de Radiodifusión (decreto 284 de 1992) hará lo propio para definir quién es el radioescucha, a la par el Estatuto de Autorregulación Publicitaria define consumidor como “el destinatario real o potencial al cual se dirige el anuncio”, esto evidencia el gran problema que existe a la hora de intentar definir la persona del consumidor.

Por la complejidad que existe con la definición de consumidor, es que Juan Marcos Rivero ha sostenido que “el concepto de consumidor se encuentra vaciado de

¹² Aquí hay que hacer una aclaración, el Estatuto Colombiano de Protección del Consumidor (decreto 3466 de 1982) nunca hace referencia al término publicidad sino que este enmarca dichos asuntos bajo la denominación de propaganda entendiéndolo por esta: “Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”.

Autores como Luis Gabriel Botero han planteado que esta definición no es acertada; pues propaganda es el hecho de difundir ideologías políticas y religiosas, no el de promover la adquisición de bienes o servicios ya que esta última queda restringido al término publicidad.

contenido, pues cada ley define, en función de una situación objetiva de peligro, a quién debe considerarse consumidor y son estos destinatarios los que se denominan genéricamente “consumidores”¹³.

Este autor parte de la idea de que **todos** somos consumidores, así la tutela jurídica privilegiada que supone el derecho del consumidor se debe dar “frente a peligros específicos que no sean fácilmente solucionables con la normal diligencia exigible a toda persona”¹⁴.

La teoría de las situaciones objetivas de peligro o desigualdad, no se fundamenta en un análisis *ex ante* de la problemática, es decir no centra su atención en adelantarse a los problemas que puedan llegar a afectar a los consumidores y pretender legislar sobre ellos; esta teoría se fundamenta en un análisis *ex post* del problema, en donde el juez o el operador jurídico descubren y argumentan situaciones en donde un consumidor está en peligro o en una situación de desigualdad, permitiéndole entonces la tutela preferente a éste frente a su contraparte.

A esta teoría le es criticable que como hay muy diversas situaciones de peligro, habrá tantas definiciones de consumidor como situaciones de peligro se presenten. Por ello la búsqueda de un concepto unitario de consumidor carece de relevancia”¹⁵.

Este recuento de críticas y de teorías lo introducimos aquí para mostrar las dificultades que existen cuando intentamos definir quién es consumidor, es por esto que, cuando vamos a ponderar los diferentes abusos que la publicidad comete frente a estos tendremos que partir de un análisis muy cuidadoso de esta persona en cada caso concreto, pues como vimos, el concepto de “consumidor” no es estático sino que frente a cada caso se tendrá que construir un concepto nuevo que responda, no solamente a las falencias propias de la definición que veíamos arriba sino además a la normatividad o reglamento específico que sea aplicable a cada caso.

¹³ RIVERO, Op. Cit., p. 143.

¹⁴ RIVERO, Op. Cit., p. 133.

¹⁵ “(...) El derecho del consumidor queda condenado, de nuevo, a perder paulatinamente contenido. Pues en la medida en que se determina la existencia de una situación “objetiva” de desigualdad (o de un conjunto de ellas con características afines), en ese mismo momento se comienza a formar un discurso jurídico específico encargado de tematizar dicha situación, el cual, con el paso del tiempo tiende a especializarse funcionalmente en el tratamiento del problema correspondiente. Y en el momento en que esto sucede, cobra autonomía, desarrolla principios y zonas de relevancia específica en las que las restantes ramas del ordenamiento no tienen injerencia directa”. RIVERO, Op. Cit., p. 144.

3. ¿DE QUÉ SE LE DEBE PROTEGER FRENTE A LA PUBLICIDAD?

Bajo la denominación de “publicidad engañosa”, han sido tematizadas doctrinariamente un conjunto de situaciones, de muy diversa índole, encargadas de intentar agrupar todos los peligros de los cuales el consumidor es víctima frente a la publicidad.

Es así como pueden encontrarse al menos cuatro grupos diferentes de situaciones en las que se protege al consumidor frente a la publicidad, estas son: violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial, las situaciones de engaño, el uso de la subliminalidad y la violación de reglamentos administrativos.

3.1 Violación de la responsabilidad social en la comunicación comercial

La publicidad no solamente es la posibilidad que tiene el comerciante de dar a conocer sus productos o servicios, incluso algunos opinan que es un derecho constitucional en cabeza del anunciante que se materializa en la libertad de expresión comercial.

Las formas de expresión comercial no pueden ser arrancadas de los demás eventos en los que se aplica la libertad de expresión; pues aunque la publicidad se diferencia de la libertad de prensa en que no es una información imparcial, ya que de lo que se trata es de hacer resaltar un producto o servicio sobre los demás, obviamente tendrá que ser siempre una posición parcializada, esto no quiere decir que la libertad que tiene un comerciante de dar a conocer las ideas sobre sus productos no tenga que ser protegida inclusive constitucionalmente¹⁶.

El artículo 20 de la Constitución Colombiana, no solamente obliga a los publicistas y comunicadores a informar con la verdad, sino que también ata la libertad de expresión comercial al principio de responsabilidad social, el cual ha sido interpretado como el respeto por los demás derechos y principios constitucionalmente consagrados, es decir, la publicidad no puede vulnerar principios tales como la paz,

¹⁶ Para ampliar el tema de la libertad de expresión comercial ver en: DELGADO PEREIRA, Carlos. La Libertad de Expresión Comercial. Tesis para optar al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, 2000. www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis14.pdf (última visita mayo 15 de 2007) en este documento, tomado del banco de tesis de grado de la Universidad Javeriana, se estudia profundamente la protección constitucional de la publicidad como derecho de expresión. Se asume la publicidad como el medio natural, en donde los productores ejercen el derecho a anunciar y cuyo fundamento lo centran en el derecho a emitir información plasmado en el artículo 20 de la Constitución, pero también se relaciona con el derecho a ofrecer bienes y servicios (art. 78), la libertad de empresa (art. 333) y, en últimas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), llamado también, derecho a la autodeterminación, en virtud del cual se expresa la libertad de optar para anunciar o no en determinado medio de comunicación.

la dignidad, el buen nombre, el respeto por la vida y los valores inherentes a ella, entre otros principios constitucionales.

Cuando la Corte Constitucional se ha planteado la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión comercial y los derechos constitucionales en las sentencias T- 381/94 y C-010/00 se ha mantenido bajo esta idea:

Corresponderá entonces al anunciante, en todo caso, suministrarle al medio de comunicación o al interesado las pruebas que permitan comprobar la veracidad de los hechos o situaciones expresadas en el anuncio, razón por la cual es indispensable en criterio de la Sala, que los medios de comunicación realicen una tarea de investigación, averiguación y verificación acerca del contenido de los avisos de publicidad, en orden a evitar que lo que se divulgue pueda afectar en forma grave derechos fundamentales, normas jurídicas, la costumbre o la moral.

Y más adelante en la misma providencia (T- 381/94) plantea que:

Es importante destacar, que no obstante entre nosotros predomina constitucionalmente el principio según el cual la prensa es libre, no quiere decir que se trata de un derecho de carácter absoluto, sino que por el contrario, está circunscrito a que en su ejercicio se respeten los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco de la responsabilidad social. Cuando la información desconozca estos principios y afecte en concreto los derechos enunciados de la persona mediante una publicación, anuncio o aviso que no sea cierto, real, veraz, o sea inexacto o erróneo, el medio de comunicación estará en la obligación de rectificar el aviso correspondiente. En caso que este se niegue, será el juez quien estará facultado, previa petición del interesado, para ordenar la rectificación si encuentra que hay lugar a ella¹⁷.

Aquí la Corte Constitucional, en primer lugar reconoce la comunicación comercial como un derecho fundamental ligado a la libertad de prensa; en segundo lugar, pone como límite a la comunicación comercial los derechos fundamentales y constitucionales.

Esto concuerda con lo que el autor colombiano Luís Gabriel Botero sostiene, que en la publicidad, la responsabilidad social incorpora el respeto por los derechos fundamentales.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-381 de 1994, en este punto hay que aclarar que, para la Corte Constitucional en la mentada sentencia, el medio idóneo para preservar los derechos fundamentales de los consumidores frente a la publicidad es la autorregulación; pues esta permite controlar la constitucionalidad del mensaje antes que el mensaje sea emitido, ya que si se permite esto, el derecho constitucional será violado y lo único que se podría hacer sería pasar, bien, a la indemnización de perjuicios si diera lugar, o bien, a la rectificación del anunciante frente a lo dicho. Nos interesa citar este extracto para mostrar cómo para esta corporación se reconoce la violación que pueden hacer los publicistas de los derechos fundamentales. Sobre el tema de la Autorregulación Publicitaria abordaremos más adelante en este trabajo.

Es por esto que “cuando se presenta un choque entre la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, son estos el límite para el primero, es decir siempre que la libertad de expresión vulnere un derecho fundamental debe ceder ante este”¹⁸.

Como un ejemplo de esta ponderación, que se ha presentado en nuestro medio, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Medellín Sala Civil, referente a una acción popular en la cual la CORPORACIÓN NUEVO MUNDO demandó a la COMPAÑÍA INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A., considerando los demandantes que la sociedad, mediante la exposición de su publicidad exterior visual y avisos publicitarios en el establecimiento de comercio Incolmotos –Yamaha de la calle 35, No. 45 - 65 de Medellín, estaba violando, entre otros, el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, por contaminación visual del paisaje urbanístico¹⁹.

En este caso, vemos cómo se presenta el conflicto entre un derecho colectivo y el derecho de libertad de expresión comercial, y aunque en este proceso el Tribunal no tomó una decisión de fondo sobre el asunto, pues en la etapa de conciliación el demandado aceptó estar violando el decreto 1683 de 2003 de la Alcaldía de Medellín sobre publicidad exterior visual y accedió a retirar sus anuncios, el tribunal valoró que ya había cesado la violación al medio ambiente al ser retirada la valla sin hacer mayores valoraciones al respecto y que al cumplir con la norma municipal inmediatamente se está protegiendo el derecho constitucional.

Para este punto el tribunal conceptuó que:

(...) la violación del derecho colectivo provenía de la infracción de las normas locales sobre publicidad visual, al punto que cumpliéndolas se evitaría la lesión de aquel, conclusión que, asimismo, aflora al revisar la forma de redacción del hecho 18, en el cual se asegura que, como es lo cierto, el decreto 1683 de 2003 tiene por objeto evitar el deterioro del paisaje urbano y preservar un medio ambiente sano (...), según ya se anunció, que el daño al derecho proviene de la desatención de las normas municipales, y que, como natural efecto, el cumplimiento de éstas importa respeto al derecho, razón por la cual aceptó el pacto de cumplimiento como quedó planteado y se opuso a la motivación impugnativa de la procuradora²⁰.

¹⁸ BOTERO R, Luis Gabriel. Qué se puede hacer y qué no en publicidad. Hombre nuevo editores e Instituto de artes. Medellín, 2004, p. 35.

¹⁹ Tribunal Superior de Medellín. Expediente radicado N° 0500-31-03-010-2006-00274-01. Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque.

²⁰ Idem.

Y aunque la postura del tribunal es cuestionable, pues no necesariamente porque se esté cumpliendo con la norma municipal se está garantizando el derecho al ambiente sano, sí podemos apreciar que aquí el derecho a la libertad de expresión comercial tiene que ceder a la protección del derecho constitucional al medio ambiente sano.

Un ejemplo mucho más claro de los eventos más interesantes de esta cuestión es extraído de la jurisprudencia española, cuando el grupo de defensa de los derechos de la mujer FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS, demanda a la productora de juguetes FEBER S.A. por considerar que la publicidad emitida durante la navidad de 1989 tenía un marcado carácter sexista pues:

(...) por entender que los indicados anuncios, sobre juguetes, de los que se acompañaba vídeo, son de marcado carácter sexista, describiéndolos como compuestos de dos bloques, uno dirigido para las niñas, en el que se ofertan exclusivamente muñecas y utensilios para la casa y la cocina, y otro bloque, dirigido a los niños, con una oferta de juguetes más amplia, relativos el mundo exterior y de las profesiones, y considerando los indicados anuncios como claramente sexistas y discriminatorios dado que entiende la demandante consagran unas diferencias entre niños y niñas basadas exclusivamente en el sexo, cada vez más alejadas de la realidad y de efectos especialmente perniciosos, por la gran cobertura del medio empleado y las personas a las que iba dirigido el anuncio (...) que los anuncios en cuestión, refuerzan en sus destinatarios, los niños, los papeles y estereotipos encasilladores y limitativos para las personas, creando dos mundos separados, en atención al sexo, supuestamente complementarios y en la mayoría de los casos antagónicos; concepción sexista de la sociedad que deriva en una visión de las mujeres como inferiores y dependientes de los varones; argumentos que hace propios el proveyente por entender que dichos anuncios resultan discriminatorios y atentan a la dignidad de la mujer²¹.

El citado tribunal aceptó los argumentos de los demandantes y le dio a esta campaña publicitaria la categoría de publicidad ilícita por ser violatoria de las normas constitucionales que prohíben la discriminación sexual, por esto ordenó sacar la campaña del aire prohibiendo además que el demandado en el futuro realice campañas similares y obligándolo a divulgar el contenido de la sentencia.

Con estos ejemplos pretendemos mostrar cómo la publicidad puede llegar a ser violatoria de los derechos constitucionales; además vemos cómo luego de que esto se presenta, el derecho a la comunicación comercial tiene que ceder en pos de proteger los demás derechos constitucionales.

²¹ Tribunal Constitucional Español JDO. I.I. Ibiza 03.03.1992 (RAC 185/1992).

3.2 Las situaciones de engaño

Desde el artículo 20 de la Constitución Política²² que consagra la libertad de opinión, prensa e información, se puede comenzar a construir la veracidad, como un principio general del derecho publicitario que ha de irradiar las diferentes leyes y reglamentos que se dicten sobre esta actividad.

Distintas normatividades como la ley 256 de 1996, sobre Competencia Desleal, el Estatuto de Defensa del Consumidor, la ley 30 de 1986 Estatuto Nacional de Estupefacientes, el decreto 677 de 1995 emitido por el Ministerio de Salud y que hace referencia a la publicidad de los medicamentos, cosméticos y similares, entre otras regulaciones publicitarias, nos llevan a pensar que existe referencia de un principio general de transparencia que debe regir las relaciones entre el anunciante y su destinatario.

Como lo dice el autor colombiano Jorge Jaeckel la veracidad como principio general que rige la publicidad se centra en que “aquello que se dijo sobre un producto (bien o servicio), no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engañosa que le es transmitida”²³.

El principio de veracidad no es absoluto, no basta con que un mensaje publicitario falte a la verdad para que sea considerado de plano, engañoso; sino que este ha de ser revisado de acuerdo a unos parámetros que permitan concretar la capacidad que tiene el mensaje para engañar al destinatario. Un análisis profundo de una pieza publicitaria debe incluir al menos elementos como la realidad de la comunicación o la forma como los consumidores perciben el mensaje, por esto sugerimos los siguientes tres elementos:

En primer lugar tendrá que ser analizado el mensaje, frente al consumidor, es decir, en nuestro objeto de análisis solamente podrá un mensaje ser engañoso si se dirige a la persona del consumidor, quien es el destinatario natural de los mensajes de la comunicación comercial, incluyendo las salvedades que mencionamos arriba.

Algunos tratadistas (por ejemplo JAECKEL KOVACS) hacen una similitud de esta noción con la del mercado objetivo, que el anunciante pretende conquistar, pues

²² El artículo 20 dice: “Se garantiza a todas las personas la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial y la de fundar medios masivos de comunicación”.

²³ JAECKEL KOVACS, Jorge. Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa. En: Revista Foro del jurista, Derecho de los mercados, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Medellín, Vol. 24., 2003, p. 84.

aunque los mensajes pueden ser vistos por cualquier persona solamente pueden ser engañosos para el público al cual se dirigen; por ejemplo un comercial de juguetes puede ser ajustado a toda la legislación vigente e incluso no parecer engañoso para los adultos que los perciben, pero para los niños como mercado objetivo del mensaje este puede ser engañoso.

Es por esto que se ha señalado que “uno de los factores determinantes en el éxito o fracaso de un anuncio, consiste en el acierto que se tenga al establecer el destinatario del mismo. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos una pieza publicitaria puede llegar a ser vista por cualquier persona que tenga acceso al medio empleado, dicha audiencia o público no debe ser entendido como sinónimo de consumidor; en materia de comunicación comercial, se restringe a las personas que componen el mercado objetivo al cual se dirige el mensaje”²⁴.

A esta cita le es criticable el asumir como definición de consumidor el mercado objetivo, es decir, este autor entiende que consumidor es el grupo de personas que el anunciante señaló como destinatarios del anuncio, lo cual es de plano erróneo pues como vimos arriba, la definición de consumidor es un tanto más compleja y para nada depende de la idea que pueda llegar a tener el anunciante frente a su público, de la persona que finalmente sea el consumidor del bien.

Esta definición es muy usual entre los autores que tratan el tema de la publicidad engañosa pero mirándolo desde la perspectiva de la competencia desleal (donde se enfrentan dos empresas). Aquí el consumidor sí puede ser un mercado objetivo, sin embargo, cuando lo que se intenta proteger es el derecho del consumidor frente a esa publicidad que le es lesiva, la idea del mercado objetivo se tiene que cambiar, pues no nos será útil para definir quién es consumidor pero sí lo será para mostrar que existen diferentes mercados y tipos de consumidores y que dentro de estas diferencias habrán de ser mirados con especial atención, por ejemplo los niños y adolescentes, así como también los consumidores de productos adictivos como el caso del tabaco o del alcohol, etc.

Así vemos que el análisis sobre el engaño no se hace realmente sobre una noción de veracidad objetiva, sino que siempre tendrá que ponerse de presente el sujeto, la persona del consumidor frente a una pieza publicitaria que lo pueda poner en una situación que signifique abuso del productor frente al consumidor.

Otro elemento que se debe tener en cuenta a la hora de considerar un mensaje como engañoso es la diferencia que existe entre las afirmaciones que el anunciante hace de manera objetiva y las que realiza de manera subjetiva; frente a las primeras

²⁴ Ídem, p. 94.

puede comprobársele la veracidad y son las que en un momento dado determinan al consumidor para la compra pues le brindan la información suficiente para que este se pueda desenvolver en el mercado económico, mientras que las segundas no, ya que no pueden ser verificadas por ser un mero elogio que realiza el productor.

Las afirmaciones subjetivas son conocidas en la literatura publicitaria como *Puffery*²⁵ y corresponden a afirmaciones que no pueden ser comprobadas ya que son un mero elogio al producto pero no brindan información que resulte determinante para las intenciones contractuales del consumidor, como cuando la modelo del comercial de shampoo sostiene que ese es el mejor producto que ha utilizado en su vida, puede que esta afirmación sea errónea pero no puede ser comprobada pues no deja de ser un juicio de valor emitido por una persona determinada y por lo tanto carente de valor objetivo.

Usualmente esta clase de afirmaciones han sido aceptadas e inclusive jurídicamente toleradas como uno de los eventos del denominado dolo indiferente o tolerado (*dolus bonus*) como aquellas astucias o destrezas que son válidas dentro del comercio para la venta de un producto.

Tradicionalmente ha sido aceptado que las afirmaciones subjetivas que de alguna forma envuelven una exageración, son permitidas y no requieren ser comprobadas, toda vez que el consumidor no las percibe como engaño sino como un simple elogio normal en la publicidad, que no es determinante ni creíble por parte del consumidor²⁶.

Aunque el deslinde entre lo tolerable y lo engañoso suele ser conflictivo, sucede que lo que para unos puede ser una afirmación subjetiva, para otros podrá ser una afirmación comprobable y por lo tanto objetiva; tal es el caso de afirmaciones como “el jabón más rendidor del mercado” que para un amplio sector de los consumidores es subjetiva, pues se toma como un eslogan propio del anunciante tendiente a diferenciar su producto del de los demás; pero para otro sector de los consumidores esta afirmación es objetiva, pensando que se podrían realizar estudios en los cuales se compruebe cuál de las marcas de jabones que existen en el mercado es la más rendidora.

Es por esto que el análisis sobre la subjetividad o no de una afirmación se debe realizar posteriormente, siendo el juzgador o el funcionario administrativo correspondiente quien se encargue de comprobar la subjetividad o la objetividad de la afirmación. Será carga para el accionante desvirtuar la subjetividad de la afirmación y comprobar su objetividad o al menos, proporcionar elementos que indiquen que

²⁵ Para conocer mas sobre el *Puffery* ver en JAECKEL KOVACS, Op. Cit., p. 86.

²⁶ JAECKEL KOVACS, Op. Cit., p. 86.

a pesar de que la enunciación es subjetiva, los consumidores han sufrido o pueden sufrir engaño por efecto de dicha pauta.

Algunos de los criterios que se utilizan para diferenciar las afirmaciones subjetivas de las objetivas son los siguientes:

1. Las afirmaciones que se refieren a características, cualidades o atributos del producto y que cumplen una función informativa tendiente a proporcionar al consumidor argumentos que lo guíen en su decisión de compra, son calificadas como objetivas, pues son factibles de ser comprobadas y pueden generar engaño en el consumidor.
2. Los slogans o juicios estimativos que se limitan a expresar la opinión del anunciante, son considerados afirmaciones subjetivas no comprobables, debido a que no se refieren a ningún hecho.
3. El contexto de todo el anuncio es relevante en la determinación de cuándo una afirmación es objetiva o cuando es subjetiva.
4. Finalmente, la percepción del consumidor es esencial en la calificación, pues si éste entiende que una afirmación es comprobable, y no simplemente la opinión del anunciante, la calificación resultante será que se trata de afirmaciones objetivas, sujetas de ser verificadas²⁷.

Por último, dentro de este examen para determinar si un mensaje es engañoso debe mirarse el mensaje en su totalidad, es decir, no se pueden juzgar piezas publicitarias por el contenido de extractos o frases sueltas; cada pieza, cada comercial o cada anuncio es una unidad temática que lleva implícito un mensaje concreto, el cual no se puede desmembrar.

Cabe entonces preguntarnos ¿cuándo un mensaje es engañoso? Como ya lo vimos, no todo mensaje falso puede considerarse engañoso para el consumidor, pues tendrá que estar dentro de la relación productor - consumidor, sus afirmaciones ser objetivas y capaces de determinar al consumidor en sus intenciones negociales y debe ser analizado en su totalidad como engañoso.

Pueden presentarse dos situaciones distintas, la primera de ellas consiste en que el mensaje emitido sea literalmente falso, esto es, que el mensaje sea falso en el contexto de su público objetivo y que sea comprobable su falta de veracidad, por ejemplo cuando un anunciante señala “pruebas técnicas muestran que el producto X es el de mejor desempeño que existe en el mercado” sin que esas pruebas técnicas existan, o existiendo no ponen a ese producto en esa condición.

²⁷ JAECKEL KOVACS, Op. Cit., p.87.

La segunda situación se presenta cuando el mensaje es literalmente cierto pero engañoso, esto es, el mensaje enviado es cierto pero “trasmite un mensaje o una representación engañosa del producto que se anuncia, capaz de inducir a engaño al consumidor. En este evento el mensaje debe ser catalogado como engañoso, toda vez que lo que prima es el engaño que sufre el consumidor, sobre la veracidad o falsedad de una frase o imagen”²⁸.

Los patrones más claros para explicar esta situación se presentan cuando el anunciante presenta información técnica o estudios científicos descontextualizados sometiendo al consumidor a un potencial engaño. Por ejemplo “pruebas de laboratorio realizadas demuestran que el aditivo X reduce considerablemente el desgaste del motor”, si bien, puede esta información ser cierta (partiendo de la base que los estudios se hayan realizado) puede inducir a engaño, pues no dice cuánto aditivo hay que utilizar, ni por cuánto tiempo hay que utilizarlo, ni en cuánto tiempo está elevado el desgaste.

Así, aunque el mensaje literalmente es cierto (existe el estudio que demuestra la reducción en el desgaste del motor), crea en el consumidor una situación objetiva de desigualdad entre el productor y el consumidor, pues este mensaje establece una visión deformada del producto que se está publicitando en la mente del consumidor.

3.3 El uso de la subliminalidad

En 1957 el investigador de mercados norteamericano James Vicary expuso la hipótesis sobre la posibilidad de poder “proyectarse órdenes en la pantalla de televisión a una velocidad tal que, aunque el espectador no pudiera percibirlos conscientemente, serían captadas por su inconsciente y después obedecidas”²⁹.

Es decir, es publicidad subliminal aquella que “mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”³⁰.

En el libro titulado *The Hidden Persuaders*³¹, del norteamericano Vance Packard se relata largamente un estudio llevado a cabo en el cine *Fort Lee* (Nueva Jersey) en

²⁸ Ídem p86

²⁹ MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. y VILALTA NICUESA, Aura Esther. La Publicidad Ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras. Editorial Tesys, Barcelona, 1999, p. 8.

³⁰ Ídem. p. 18.

³¹ PACKARD, Vance. *The Hidden Persuaders*, citado por MENDEZ TOMÁS, Rosa M. y otra. Op. Cit., p. 8.

el que aparentemente se habían implantado órdenes de beber Coca Cola y comer crispetas, con incrementos en las ventas durante los intervalos de entre un 18% y 57%, respectivamente.

Y aunque años más tarde el autor mismo del estudio, James Vicary desmintiera la veracidad del experimento, la mecha quedó encendida. En 1973, el libro de Wilson Bryan Key, *Subliminal Seduction* (Seducción Subliminal), proclamó que las técnicas subliminales estaban siendo utilizadas ampliamente en la publicidad. El texto, contribuyó al clímax general de temor junto a las novelas de Orwell, acerca de los mensajes subliminales. La preocupación popular llegó a un extremo tal de llevar a la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) a declarar la publicidad subliminal, “contraria al interés público”, por su intención engañosa³².

Usualmente se cree que los mensajes subliminales son usados como medio de influencia masiva, lo que científicamente se ha demostrado al respecto sobre esto no deja de ser poco más que un mito.

Aunque en el cine y la pintura el uso de la subliminalidad es usual, especialmente la utilización de la desnudez³³, no existen pruebas de que se produzcan cambios perceptibles en el oyente o en el espectador capaces de hacer consumir a dichas personas un producto, o cambiar sus ideas; el consenso general entre los profesionales de la mercadotecnia indica que la publicidad subliminal (posición similar se ha tomado frente al denominado efecto Backmasking)³⁴ no es efectiva y puede ser incluso, contraproducente³⁵.

En conclusión se ha demostrado que realmente los mensajes subliminales existen, pero no se ha podido establecer que el receptor de estos mensajes cumpla la orden, o que en muchos casos siquiera la perciba; pero, con todo y eso, algunas legislaciones han optado por proteger a los consumidores de este tipo de situaciones objetivas de desigualdad, este es el caso de la legislación española, que en el artículo séptimo

³² http://es.wikipedia.org/wiki/Mensaje_subliminal/ (última visita, 21-05-07).

³³ Para enterarse cómo supuestamente se ha utilizado la publicidad subliminal en las películas de Walt Disney ver en <http://mantequillaconazucar.wordpress.com/2006/08/25/mensajes-subliminales-disney/>

³⁴ El Backmasking, popularmente conocido como mensajes al revés, y cuya traducción literal sería enmascaramiento hacia atrás. Paréntesis fuera del texto original. Para ampliar este tema consultar en: <http://www.csicop.org/si/9204/subliminal-perception.htm>, <http://www.crispen.org/rants/secrets.html>

³⁵ “Otro dato en contra de la utilización masiva de estas técnicas lo da la constatación de que pasados los años, e incluso las décadas, en todo el mundo se sigan poniendo como ejemplos de estos supuestos mensajes los mismos ejemplos de hace 20, 30 o incluso 50 años. Lo cual apunta a que la existencia de este tipo de comunicación, de haber existido realmente alguna vez, es muy escasa y muchas veces ligada a la interpretación personal”: http://es.wikipedia.org/wiki/Mensaje_subliminal.

de la ley 34 de 1988 o Ley General de Publicidad, define la publicidad subliminal como:

A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

Aceptando en gracia de discusión, que un mensaje publicitario fuera a ser juzgado como subliminal, el problema probatorio sería mayúsculo pues el accionante no solamente tendría que probar la existencia del evento subliminal, con todas las limitaciones técnicas que para esto pueda imaginarse, sino que además tendría que probar que este evento produce cambios en la personalidad, o en los hábitos de consumo del público, es por esto que aunque existen países que prohíben de manera expresa este tipo de publicidad, no se tienen referencias de casos concretos en los que esta situación objetiva de peligro para los consumidores haya sido demandada.

Frente a esta situación de peligro para los consumidores, la discusión está por darse, y existen estudios que corroboran tanto la autenticidad de la publicidad subliminal como su falta de credibilidad, sin embargo, las opciones están tanto para creyentes como para que los escépticos intenten probar con casos reales si la publicidad subliminal puede llegar a crear efectos perjudiciales para los consumidores.

3.4 La violación de reglamentos

Dentro de la legislación colombiana existen algunas normas que de manera expresa o tácita hacen referencia a situaciones objetivas de peligro, en que se pone a los consumidores frente al obrar de los productores, anunciantes, y medios de comunicación.

Si bien es cierto, la gran mayoría de estas disposiciones hacen referencia a la veracidad de la información, tema ya tratado dentro de lo que denominamos situaciones de engaño, es necesario abordarlas de manera separada debido a que hacen referencia a situaciones puntuales y a casos específicos, en donde el legislador ha anticipado las situaciones objetivas de peligro o de desigualdad para los consumidores y ha pretendido darles un trato especial.

- 1) *Bebidas Alcohólicas Cigarrillos Y Tabaco* (Estatuto Nacional de Estupefacientes ley 30 de 1986). Esta regulación hace referencia a las sustancias nocivas para la salud que son de consumo permitido, pero al mismo tiempo establece una serie de limitaciones específicas para la publicidad de este tipo de elementos, para minimizar las situaciones objetivas de peligro.

Es por esto que se incorporan obligaciones como la de informar de manera expresa, tanto en etiquetas como en los mensajes publicitarios escritos, auditivos, visuales o audiovisuales, sobre la nocividad del producto. Es obligatorio incorporar las frases “el tabaco es nocivo para la salud” o “el exceso de alcohol es perjudicial para la salud” para que la pauta sea emitida en los medios y deben estar presentes de manera visible en las etiquetas, para que el producto pueda ser distribuido (artículos 19 a 18 de la ley 30 de 1986).

Igualmente prohíbe la publicidad en la población menor de edad, siendo especialmente prohibidos en los horarios y medios de comunicación que han sido diseñados exclusivamente para niños, y deben ser de circulación y emisión controlada en los espacios para toda la familia.

De igual forma le concede facultades al Consejo Nacional de Estupefacientes de efectuar restricciones de horarios en los cuales las estaciones de radio difusión sonora, las estaciones de televisión y cine, transmitan publicidad de bebidas alcohólicas cigarrillos y tabacos, e igualmente la intensidad de dichos mensajes por cada emisión de un programa.

Desde la expedición de la resolución 024476 del 26 de junio de 1996 del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) obliga a los productores, publicistas y medios de comunicación, a solicitar autorización para la aprobación del guión de la publicidad de acuerdo con el contenido alcohométrico, la franja (horario) en el que el comercial puede ser emitido o el medio en el cual puede circular.

2) *Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de uso doméstico* (decreto 677 de 1995 emitido por el Ministerio de Salud que desarrolla el Decreto-ley 1290 de 1994). Las situaciones objetivas de peligro o desigualdad en esta materia giran en torno a prevenir la automedicación, reducir los daños por los defectos del producto así como sobre su uso irresponsable; entendiendo que estos productos son potencialmente peligrosos para los consumidores, bien porque deban venderse bajo fórmula médica, o bien, porque su contenido representa un gran peligro tóxico.

Es por esto que exige gran especificidad en los contenidos de la publicidad y las etiquetas, haciendo especial énfasis en las advertencias, por ejemplo el artículo 72 del decreto 677 de 1995 regula muy específicamente el contenido de la etiqueta pues esta requiere autorización de INVIMA y debe contener como mínimo:

- Nombre del producto o marca registrada,
- Su denominación genérica,

- Municipio de ubicación del laboratorio o la empresa fabricante,
- Contenido del producto por unidad posológica que debe coincidir con lo aprobado en el registro sanitario,
- La fecha de vencimiento, expiración o caducidad,
- El código o número de lote,
- La fecha de fabricación,
- Las gotas contenidas en un mililitro cuando su empleo así lo requieran ,
- La cantidad contenida en el envase,
- Las condiciones de almacenamiento especificando los intervalos de temperatura,
- Las demás especificaciones que los libros de farmacéutica así lo exijan,
- El número de registro sanitario,
- La frase “venta bajo fórmula medica” u “odontológica” o “venta libre” según el caso,
- El precio máximo de venta al público³⁶ .

³⁶ Otras disposiciones especiales hacen referencia a:

- Si es medicamento esencial una franja verde que debe decir “medicamento esencial”.
- Si es biológico debe incluirse la constitución físico-química, así como las indicaciones de material biológico, igualmente, el estado en el que se encuentra el microorganismo seguido de la leyenda “manténgase fuera del alcance de los niños”.
- Cuando el medicamento sea de control especial, debe llevar una franja violeta y además la leyenda “medicamento de control especial, úsese bajo estricta vigilancia médica” y según el caso “medicamento susceptible de causar dependencia”.
- Si el medicamento es importado requiere el nombre de la importadora y si es del caso la traducción de la etiqueta al idioma español.
- Cuando el medicamento es de venta bajo fórmula la etiqueta no puede contener ilustraciones acerca de la terapéutica, excepcionando el logotipo de la compañía, las explicaciones gráficas sobre el estricto uso del medicamento.
- Los nombres de los medicamentos deben ajustarse a los términos de moderación científica. Son igualmente prohibidos los nombres de medicamentos que utilicen cualquier identificación o relación con santorales o religiones. O que se identifiquen con deidades de orden mitológico, quedan igualmente prohibidos los nombres con títulos de dignidad o nombres de personas naturales a menos que estos, estén reconocidos por la comunidad científica.
- La publicidad debe realizarse de acuerdo con el contenido en el registro sanitario y solo pueden anunciarse en publicaciones de carácter científico o técnico dirigidas al cuerpo médico u odontológico. Y queda prohibida la publicidad en medios masivos salvo que sean bajo venta libre.

- 3) *Ley de Televisión* (Ley 182 de 1995 y ley 335 de 1996). La primera ley reglamenta el servicio de televisión y formula políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueve la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.

Dentro de las funciones de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) está la de clasificar las distintas modalidades del servicio público de televisión, y regular las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios.

Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen al servicio público de televisión como son: proteger a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial, los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral, y fomentar la producción colombiana.

En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá regulaciones tendientes a evitar las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones.

Esta ley además regula en su artículo 51 la protección al usuario y al consumidor. Los espacios de televisión asignados actualmente en los canales nacionales y regionales a las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por la ley, se mantendrán de manera permanente, a fin de que dichas organizaciones presenten programas institucionales de información a la ciudadanía, relacionados con sus derechos y mecanismos de protección.

En ningún caso se permitirá realizar proselitismo político, ni destacar la gestión de determinadas personas en dichos espacios. La violación a la presente prohibición dará lugar a la revocación de la autorización para utilizar el espacio.

En casos de pluralidad de solicitudes para la emisión de programas institucionales, la Comisión Nacional de Televisión determinará el reparto de espacios entre ellas, teniendo en cuenta el volumen de afiliados que agrupe cada organización, de suerte que la representación se otorgará a la organización de consumidores que reúna el mayor número de afiliados.

- 4) *Estatuto de Radiodifusión* (decreto 284 de 1992 derogado por el decreto ley 1447 de 1995). Si bien, no hace referencia expresa a la protección del consumidor frente a la publicidad, dentro de sus principios hace mención a la obligación que tienen la emisoras para incrementar la cultura y la información de la población, procurando preservar la salud mental y física de la población, enalteciendo las tradiciones nacionales, la cohesión social, la paz nacional y la cooperación internacional (Artículo 4 del decreto 284 de 1992).
- 5) *Régimen de Publicidad Exterior Visual* (ley 140 de 1994). Regula la ubicación de vallas y elementos publicitarios en sitios públicos, corresponde a unas pautas generales que da el gobierno nacional, pero no se opone a que las alcaldías y los concejos municipales de acuerdo a su ordenamiento territorial y leyes ambientales creen disposiciones especiales³⁷.

La situación objetiva de peligro que esta ley protege tiene que ver, por un lado, con la calidad de vida de los habitantes, al permitir el disfrute del paisaje y la no contaminación visual de los sitios públicos; y de otro lado, mejorar la visibilidad que en algunos eventos puede llegar a representar un peligro. Es por esto que en su artículo 3° prohíbe la ubicación de vallas y elementos publicitarios en:

- a) En las áreas que constituyen espacio público de conformidad con las normas municipales, distritales y de las entidades territoriales indígenas que se expidan con fundamento en la Ley 9a. de 1989 o de las normas que la modifiquen o sustituyan. Sin embargo, podrá colocarse Publicidad Exterior Visual en los recintos destinados a la presentación de espectáculos públicos, en los paraderos de los vehículos de transporte público y demás elementos de amoblamiento urbano, en las condiciones que determinen las autoridades que ejerzan el control y la vigilancia de estas actividades;
- b) Dentro de los 200 metros de distancia de los bienes declarados monumentos nacionales;

³⁷

La Corte Constitucional ha conceptuado que “se trata de una legislación nacional básica de protección al medio ambiente que, de acuerdo al principio de rigor subsidiario, puede ser desarrollada de manera más estricta por los concejos distritales y municipales, y por las autoridades de los territorios indígenas, en virtud de sus competencias constitucionales propias para dictar normas para la protección del paisaje, conforme a lo señalado por los artículos 313 y 330 de la Carta”. Sentencia C-535-96 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- c) Donde lo prohíban los Concejos Municipales y Distritales conforme a los numerales 7o. y 9o. del artículo 313 de la Constitución Nacional;
- d) En la propiedad privada sin el consentimiento del propietario o poseedor;
- e) Sobre la infraestructura, tales como postes de apoyo a las redes eléctricas y telefónicas, puentes, torres eléctricas y cualquier otra estructura de propiedad del Estado³⁸.

El decreto 002444 de 2003 emitido por el Ministerio de Tránsito, protege exactamente las mismas situaciones objetivas de peligro pero haciendo especial énfasis en las carreteras.

- 6) *Publicidad del Sector Financiero y Asegurador* (circular N° 049 del 2 de agosto de 1991). Las situaciones objetivas de desigualdad o peligro en estos eventos son de una importancia mayúscula, toda vez que son los eventos en que más se evidencia la desigualdad tanto técnica como financiera, entre el oferente y el usuario que son desbordadas, pues de un lado se tiene una entidad financiera o aseguradora que tiene toda la experiencia en su oficio, toda la asesoría técnica y científica y todo el capital para realizar sus metas, mientras que de otro lado, tenemos un consumidor que se comporta como un hombre diligente, pero que no tiene los medios para estar en igualdad de condiciones frente a su contraparte.

Es por esto que se le debe exigir a estas entidades en sus pautas no solamente veracidad en lo que afirman sino además, excesiva claridad (ubérrima veracidad), por ejemplo, exclusiones contractuales, deducciones o intereses.

Sobre este tema se ha conceptualizado que “la imagen institucional o las características jurídicas o financieras de los productos o servicios que se emitan deben ser ciertos, comprobables, y no pueden estar en desacuerdo con la realidad financiera jurídica y técnica de la entidad, por tal motivo están prohibidas prácticas como la inducción al error al público sobre la extensión o cobertura de los servicios, es decir, cuando se proyecta una imagen sobrevalorada, por ejemplo del número de cajeros automáticos, o el número de oficinas; está prohibido igualmente ponderar un producto de manera tal que sus bondades o características carezcan de sustento en la realidad, por ejemplo, decir que se cuenta con cajeros automáticos en línea sin ser cierto”³⁹.

³⁸ Ley 140 de 1994 artículo 3,

³⁹ BOTERO, L Op. Cit., p. 164.

También está prohibido utilizar enunciaciones que permitan deducir como definitivas, situaciones que responden a fenómenos coyunturales, transitorios o variables en relación con el mercado financiero, igual, utilizar ponderaciones abstractas a la propia naturaleza de su contenido, que no reflejen la situación exacta; esto sucedería con expresiones tales como “somos los primeros”, sin decir en relación con qué o con quién.

Cuando se emplean cifras de comparación, tasas de interés, tasas de cambio, entre otras, estas deben corresponder a la verdad.

Igualmente las frases no pueden inducir a error o ser falsas por la omisión de límites, por ejemplo expresiones como “cupo de crédito ilimitado” o “póliza sin exclusiones”.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BOTERO R. Luis Gabriel. Qué se puede hacer y qué no en publicidad. Hombre nuevo editores e Instituto de artes, Medellín, 2004.

MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. y VILALTA NICUESA, Aura Esther. La Publicidad Ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras. Editorial Tesys, Barcelona, 1999.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. ¿Quo Vadis Derecho del Consumidor? Diké, Medellín, 1997.

REVISTAS

JAECKEL KOVACS, Jorge. Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa. En: Revista Foro del jurista, Derecho de los mercados, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Medellín, Vol. 24, 2003, p. 1-38.

SANTAMARÍA, Cristina. La Publicidad como Voluntad de Representación, Política y Sociedad. Editorial Cimop, Madrid, Vol. 39, No. 1, enero-abril 2002, p. 83-96.

LEYES

BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y TABACO, Estatuto nacional de estupefacientes, ley 30 de 1986.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Legis, Medellín, 2005.

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR, decreto 3466 de 1982.

ESTATUTO DE RADIODIFUSIÓN, decreto 284 de 1992.

LEY GENERAL DE TELEVISIÓN, leyes 182 de 1995 y 335 de 1996.

MEDICAMENTOS, COSMÉTICOS Y SIMILARES, decreto 677 de 1995.

PUBLICIDAD DEL SECTOR FINANCIERO Y ASEGURADOR. Superintendencia financiera, circular externa No. 049 del 2 de agosto de 1991.

RÉGIMEN DE PUBLICIDAD EXTERIOR, ley 140 de 1984 y resolución 002444 de 2003.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional Colombiana

Sentencia T-381 DE 1994, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA.

Corte Suprema de Justicia (Colombia)

Sentencia Exp. 04421 del 3 de mayo del 2005. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENIA COPETE.

Tribunal Superior de Medellín (Sala Civil)

Sentencia radicado N° 0500-31-03-010-2006-00274-01. Magistrado Ponente: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE.

Tribunal Constitucional Español

JDO. I.I. Ibiza 03.03.1992 (RAC 185/1992).

CIBERGRAFÍA

DELGADO PEREIRA, Carlos. La Libertad de Expresión Comercial. Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana, 2000. www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis14.pdf (Última visita mayo 15 de 2007).

GARCÍA, Sais Fernando. Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores. En: Revista de Derecho Privado, nueva época, año III, No. 9-10, México, septiembre de 2004 - abril de 2005, p. 38, 39, 40, 41. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/9/dtr/dtr2.pdf> (Consultada en diciembre 4 de 2006).

JAECKEL KOVACS, Jorge: La regulación de la publicidad y del engaño. Abril, 2004. <http://www.sic.gov.co/Alcaldes/Jorge%20Jaeckel.pdf>. (Consultada en diciembre 4 de 2006).

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 2008