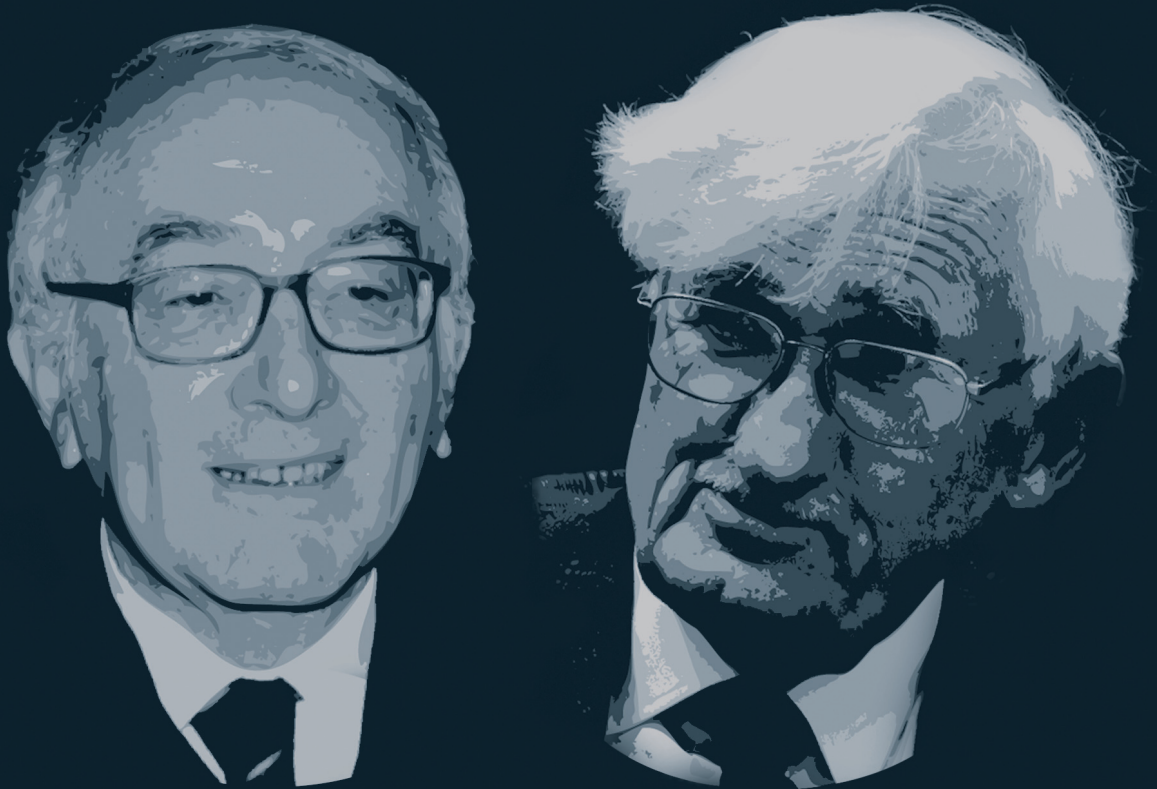


# Reconstruyendo la filosofía jurídica

Estudio crítico de las postulaciones de  
Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas

Coordinadores:

Édgar Hernán Fuentes Contreras  
Beatriz Eugenia Suárez López



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
JORGE TADEO LOZANO

Facultad de Ciencias Sociales  
Programa de Derecho



# Reconstruyendo la filosofía jurídica

Estudio crítico de las postulaciones de  
Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas

Édgar Hernán Fuentes Contreras  
Beatriz Eugenia Suárez López  
(coordinadores)



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
**JORGE TADEO LOZANO**

---

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES  
PROGRAMA DE DERECHO

Reconstruyendo la filosofía jurídica. Estudio crítico de las postulaciones de Jürgen Habermas y Luigi Ferrajoli / Óscar Mejía Quintana... [et al.]; coordinadores: Édgar Hernán Fuentes Contreras, Beatriz Eugenia Suárez López. – Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Ciencias Sociales. Programa de Derecho, 2012.

284 p.; 17 cm.

ISBN: 978-958-725-107-4

1. FILOSOFÍA DEL DERECHO. 2. HABERMAS JÜRGEN, 1929-. 3. FERRAJOLI, LUIGI, 1940-. i. Mejía Quintana, Óscar. ii. Fuentes Contreras, Édgar Hernán, coord. iii. Suárez López, Beatriz Eugenia, coord. iv. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Ciencias Sociales. Programa de Derecho.

CDD340.1"R311"

© Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano  
Carrera 4 N° 22-61 / PBX: 2427030 / [www.utadeo.edu.co](http://www.utadeo.edu.co)

# Reconstruyendo la filosofía jurídica

Estudio crítico de las postulaciones de  
Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas

RECTORA  
Cecilia María Veléz White

VICERRECTOR ACADÉMICO  
Diógenes Campos Romero

DECANO, FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES  
Jorge Orlando Melo González

DECANO, PROGRAMA DE DERECHO  
Carlos Andrés Gómez González

DIRECTOR DE PUBLICACIONES  
Fabio Lozano Uribe

COORDINADOR EDITORIAL  
Andrés Londoño Londoño

REVISIÓN DE TEXTOS  
César MacKenzie

DISEÑO DE CUBIERTA, RETOQUE DE GRÁFICOS,  
CONCEPTO, DISEÑO GRÁFICO Y DIAGRAMACIÓN  
Samuel Andrés Fernández

*Una comunidad política no debe desintegrarse en la multiplicidad de sus subculturas, y pienso que esto sólo puede asegurarse bajo la condición de que todos los ciudadanos puedan reconocerse, por encima de las barreras entre sus respectivas subculturas, en una y la misma cultura política.*  
*Jürgen Habermas*

*Sabemos bien que si un pueblo fuese unánime, ello sería la señal más elocuente de la degeneración totalitaria de la democracia y que hablar del "poder del pueblo" sirve para ocultar el pluralismo político y los conflictos de clase que atraviesan a las sociedades.*  
*Luigi Ferrajoli*



# Reconstruyendo la filosofía jurídica

Estudio crítico de las postulaciones de  
Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas

Édgar Hernán Fuentes Contreras  
Beatriz Eugenia Suárez López  
(coordinadores)

Juan Sebastián Ceballos Bedoya  
Édgar Hernán Fuentes Contreras  
Carolina Galindo Poblador  
Iván Garzón Vallejo  
Mateo Jaramillo Vernaza  
Óscar Mejía Quintana  
Raúl Fernando Núñez Marín  
Rodrigo Oliveira Santana  
José Manuel Suárez Delgado  
Carlos Alberto Suárez López



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
**JORGE TADEO LOZANO**  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES  
PROGRAMA DE DERECHO





# Contenido

|  |            |
|--|------------|
| <b>Prólogo</b> .....   | <b>11</b>  |
| <b>Sobre Habermas</b> .....  | <b>17</b>  |
| La dialéctica entre la racionalidad secular y<br>la racionalidad religiosa: de la enemistad al<br>aprendizaje mutuo<br><i>Iván Garzón Vallejo</i> .....                | <b>19</b>  |
| El dilema histórico de la decisión judicial.<br>La teoría del derecho de Jürgen Habermas<br><i>Oscar Mejía Quintana</i> .....  | <b>43</b>  |
| La modernidad como campo de concentración:<br>ingenuidad y cinismo discursivo del Estado<br><i>Édgar Hernán Fuentes Contreras</i> .....                                | <b>83</b>  |
| Cosificación y derecho: aproximación a partir<br>de la teoría de Jürgen Habermas<br><i>Carolina Galindo Poblador</i> .....   | <b>119</b> |
| La deconstrucción como herramienta del ras-<br>treo del origen de los significantes. Su relación<br>con la validez del derecho<br><i>Mateo Jaramillo Vernaza</i> ..... | <b>137</b> |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Sobre Ferrajoli</b> .....   | <b>145</b> |
| Los fines de la pena en la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli<br><i>Carlos Alberto Suárez López</i> .....  | <b>147</b> |
| Consensualismo penitenciario: alternativas para una ejecución penal más humana<br><i>Rodrigo Oliveira Santana</i> .....  | <b>191</b> |
| Luigi Ferrajoli y la protección internacional de los derechos humanos: el caso de los derechos sociales<br><i>Raúl Fernando Núñez Marín</i> .....  | <b>207</b> |
| Los poderes autónomos de la policía sobre la libertad: ¿amenaza o salvaguardia? Reflexiones acerca de una propuesta de Ferrajoli<br><i>Juan Sebastián Ceballos Bedoya</i> .....              | <b>229</b> |
| La teoría de los poderes salvajes y la crisis del principio de legalidad en Colombia: una aportación de Luigi Ferrajoli al derecho administrativo<br><i>José Manuel Suárez Delgado</i> ..... | <b>253</b> |

## Prólogo

En el marco de los treinta años de la publicación en castellano de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* y de los setenta y cinco años de la primera publicación en alemán de dicha obra, del profesor austriaco Hans Kelsen, el Programa de Derecho de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, celebró, en octubre de 2009, el *Congreso Académico Internacional Hans Kelsen: una Teoría Pura del Derecho*, del cual se originó el libro que lleva el mismo nombre.

La relevancia que produjo dicho evento en el ámbito académico, así como el interés despertado para la generación de un espacio similar con otros autores de importancia para la ciencia jurídica, se establecieron como el punto de encuentro y la razón de producción de aquello que lleva el nombre hoy de *Jornadas Académicas Internacionales de Argumentación y Filosofía del Derecho* que, adicionalmente, sirvieron para una modulación de actividades desarrolladas en el *Foro de Interpretación, Argumentación y Decisión Judicial* del año 2010, llevado a cabo en nuestra Universidad, con presencia del profesor portugués Boaventura de Sousa Santos.

Así, como una expresión formalizada y como objeto de celebración de los quince años del Programa de Derecho, se efectuaron, de manera oficial, las *Primeras Jornadas Académicas Internacionales de Argumentación y Filosofía del Derecho*. Con ello se espera que las mismas hayan sido el inicio de una tradición del Programa de Derecho para repensar a los diferentes autores jurídicos; pero, además, para dar el segundo paso de una serie o colección de libros con las intervenciones de importantes académicos que disfrutaron del espacio y reconstruyen las observaciones, fácilmente ahora llamadas clásicas, de la comprensión de los fenómenos jurídicos.

El año 2011, y tal como se mencionó en la celebración de los quince años del Programa de Derecho, en esas *Primeras Jornadas* se profundizó en dos autores que no requieren presentación alguna por la importancia de sus postulaciones para la ciencia jurídica, y tampoco justificación para su elección: Jürgen Habermas y Luigi Ferrajoli.

Jürgen Habermas, como uno de los miembros de mayor importancia de la llamada Segunda Generación de la Escuela de Frankfurt, ha puesto de presente la comprensión del derecho como efecto de la interacción de la validez y la eficacia, otorgada por el parámetro

del marco de la democracia deliberativa. Habermas, representante de cierta forma de la teoría crítica, ha propuesto una reformulación de la interacción social desde elementos marxistas, pero, al tiempo, reconstruyendo el propio universo ilustrado. Su nombre es sinónimo de la teoría actual del derecho y su amplia obra llega no solamente al ámbito jurídico sino a la comunicación, la sociología y la propia bioética.

No menos importante, el italiano Luigi Ferrajoli, máximo exponente del garantismo jurídico, ha puesto de presente, y no solamente de forma exclusiva para el derecho penal, la relevancia de la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas, y el papel que desarrolla el operador jurisdiccional para el cumplimiento y satisfacción de dicha protección y garantía. De este modo, con una expresión ampliamente interpretativa, muestra y reconstruye la labor democrática en la función judicial y en el propio Estado Contemporáneo.

Dichas escasas razones edifican ampliamente la decisión de ser tomados como referentes para la celebración que llevó a cabo la Universidad, la Facultad y el propio Programa en su décimo quinto aniversario y, conjuntamente, la continuidad de la serie de filosofía del derecho iniciada con el texto *Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*.

La presente publicación es, en consecuencia y en primera instancia, el reflejo impreso de las discusiones académicas propuestas y desarrolladas el día 18 de noviembre de 2011, no solamente por parte de los ponentes nacionales e internacionales que acompañaron la celebración, sino, conjuntamente, de los intervinientes de diversas nacionalidades que asistieron de manera personal o virtual al espacio docto generado. Cuenta, por ende, con una estructuración en la que se comparten percepciones disímiles que resguardan y patrocinan la necesidad constante de diversificar las opiniones en procura de materializar –o aminorar si ello aumenta el matiz de inclusión– aquello que el modelo de la Ilustración ha llamado como *ciencia*.

Así, en un recorrido de más de doscientas páginas se encontrará el desarrollo de una serie de diversificaciones sobre los dos autores, y se inicia con cinco dictámenes que se generaron sobre los modelos, postulaciones y teorías de Jürgen Habermas. El primero de ellos, ofrecido por el profesor Iván Garzón Vallejo y su estudio denominado «La dialéctica entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa: de la enemistad al aprendizaje mutuo», en el cual desarrolla y se vincula con la indagación y explicación del proceso de secularización de la modernidad como forma de integración y de autoconocimiento con los *otros*, lo cual consigna y permite, dentro de las sociedades multi-culturales, un proceso de socialización dialógico incluyente y comple-

mentario. Es, en este sentido, que expone cómo en la teoría de Habermas puede encontrarse una reconstrucción de la modernidad ilustrada no precisamente enemiga de la racionalidad religiosa, sino *tolerante* y que admite la utilidad de la misma para construir un proceso conjunto en el marco social: una apuesta distinta para Occidente en la cual se conciba la racionalidad religiosa no como enemiga sino como constructora social.

Por su parte, el profesor Óscar Mejía Quintana nos concede, en «El dilema histórico de la decisión judicial. La teoría del derecho de Jürgen Habermas», una muy completa estructuración de los presupuestos y autores de mayor relevancia y actualidad –pese a que como siempre pueda discutirse y discreparse sobre la selección, pero que compartimos para la presente ocasión–, no sólo desde la óptica de la teoría jurídica sino, también, de la filosofía del derecho, las cuales han indagado sobre la decisión judicial y aquello que podríamos llamar la profundización de la elaboración de la normatividad como decisiones justas para todos y no meramente para algunos. La vinculación de las postulaciones académicas de los diferentes autores, su análisis y decantación llevan a una manifestación extraordinariamente llamativa e interesante sobre la idoneidad de cada una de ellas y sobre los avances propositivos del propio Habermas.

Sin embargo, el optimismo en la modernidad se ve reducido y contradicho por la contribución del profesor Édgar Hernán Fuentes Contreras, quién en su texto «La modernidad como campo de concentración: la ingenuidad y el cinismo discursivo del Estado», recurre a elementos cínicos, y especialmente a manifestaciones del autor alemán Peter Sloterdijk, para ver con cierta desventura las formulaciones ilustradas y entre ellas la del propio de Habermas. Así, introduce un *pesimismo* metodológico, abre la puerta a una versión alternativa de la lectura de la modernidad menos encantadora y rompe la sobrevaloración de la misma. De este modo, se hace una apuesta, aunque quizás desde una sobreinterpretación –o desde una interpretación paranoica, de lo que también se ha acusado a Michel Foucault– de la realidad moderna más cercana a la *domesticación* que a la autonomía que predica.

Seguidamente, la profesora Carolina Galindo Poblador hace una presentación dirigida desde el asunto de la alienación, haciendo un breve recorrido por las afirmaciones de Hegel, Marx y Lukács para, posteriormente, caer en el estudio de la segunda modernidad o *modernidad líquida* donde se desarrollan los fenómenos de alienación y cosificación en el contexto de la institucionalización del individuo. En dicho espacio el derecho toma forma en la garantía y defensa de

las libertades y los derechos individuales y de la propia seguridad; lo cual ha generado una extensión del entorno jurídico a través de la juridización de la vida del individuo, cosificando así las relaciones sociales. También, incluso, llevando en algunas ocasiones a procesos de sobrejuridización como se expone en el caso colombiano que la autora analiza en su texto «Cosificación y derecho: aproximación a partir de la teoría de Jürgen Habermas».

Por último, se transcribe la ponencia presentada por el profesor Mateo Jaramillo Vernaza titulada «La deconstrucción como herramienta del rastreo del origen de los significantes. Su relación con la validez del derecho», donde, recurriendo especialmente a Jacques Derrida, presenta la materialización del lenguaje como una manifestación ideológica y, con ello, como expresión lingüística y cultural, la justicia y el derecho; por lo cual la comprensión del fenómeno jurídico requiere de un proceso de deconstrucción que elimine las capas generadas por el lenguaje, que sólo se han establecido como una herramienta idónea para la legalización y la estabilidad del poder como se conoce. De esta forma, pone indirectamente un punto de diálogo entre las diferentes racionalidades y comprensiones de la realidad, en ese proceso habermasiano de la construcción del consenso democrático a través de formulaciones no monológicas del imperativo categórico.

En relación con el profesor Luigi Ferrajoli, los cinco autores que reconstruyeron la filosofía jurídica a partir de los planteamientos del maestro italiano desarrollaron la temática de la siguiente manera. El profesor Carlos Alberto Suárez López, en el texto «Los fines de la pena en la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli», reconstruye minuciosamente los diversos pasos metodológicos que recorre este autor para desechar casi la totalidad de las tradicionales doctrinas del fin de la pena y construir, a partir de lo poco que queda en pie, su propia doctrina de justificación de la pena, que atiende a un doble fin preventivo: prevención general negativa de los delitos y de las reacciones punitivas informales. De esta manera es posible llegar a justificar el derecho penal y la pena, pero sólo un derecho penal mínimo y garantista. No obstante compartir este punto de vista, el autor del artículo también pone en evidencia que la doctrina de justificación de la pena de Ferrajoli tiene algunos vacíos con respecto a la legitimación moral individual de la pena y, en ese orden de ideas, realiza una propuesta para llenarlos.

Por su parte, el profesor brasileiro Rodrigo Oliveira Santana en el artículo titulado «Consensualismo penitenciario: alternativas para una ejecución penal más humana», expone los beneficios de un tratamiento consensuado a nivel penitenciario, el cual se torna garantista si se

tiene en cuenta que al mediar la voluntad del condenado el tratamiento no se hace impositivo sino que, como genera su participación en el proceso, es más fácil evitar la desocialización de los penados. Se indica, así mismo, que lograr un objetivo de resocialización no es posible, por lo que al aplicar un tratamiento penitenciario teniendo en cuenta la particularidad de cada sujeto se permitirá que los efectos carcelarios sean menos dañosos.

En el texto «Luigi Ferrajoli y la protección internacional de los derechos humanos: el caso de los derechos sociales», el profesor Raúl Fernando Núñez Marín expone la influencia del pensamiento del filósofo italiano en cuanto a la fundamentación de la existencia de jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos y, específicamente, cómo estas jurisdicciones pueden y deben promover las garantías a los derechos sociales a los cuales se refiere Luigi Ferrajoli frente a la crisis del Estado Social.

Así mismo, el profesor Juan Sebastián Ceballos Bedoya en la ponencia «Los poderes autónomos de la policía sobre la libertad: ¿amenaza o salvaguardia? Reflexiones acerca de una propuesta de Ferrajoli», aborda el tema de las limitaciones a los poderes de policía en su facultad de privar de la libertad individual, estableciendo que dichas limitaciones pretenden garantizar los derechos de los ciudadanos. El autor señala que dejar al arbitrio de este órgano una decisión tan importante atenta contra las garantías de un Estado Social de Derecho, por lo cual resulta más respetuoso con sus derechos que tal disposición sea adoptada por un órgano judicial.

Por último, el profesor José Manuel Suárez Delgado en el texto «La teoría de los poderes salvajes y la crisis del principio de legalidad en Colombia: una aportación de Luigi Ferrajoli al derecho administrativo», parte de la teoría de los poderes salvajes expuesta por el filósofo italiano y la aplica –como él mismo lo indica–, a una rama del derecho no tan convencional en relación con los temas desarrollados por el autor en cuestión, esto es, al derecho administrativo, resaltando la necesidad del sometimiento de los poderes públicos al principio de legalidad.

De tal forma, y para concluir, la presente recopilación de artículos y ponencias que presentan múltiples puntos de vista sobre Habermas y Ferrajoli, no sólo aseguran una forma de interpretación y conocimiento distintos de la filosofía y teoría del derecho de los autores seleccionados, sino una búsqueda constante de la formulación, apropiación y reconstrucción del quehacer académico con el cual la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano se encuentra plenamente comprometida. Que sea, por lo tanto, la oportunidad de dar un reco-

nocimiento final a los y las estudiantes que se han interesado en este proyecto y que se convierten en la plena razón de aquello que hemos denominado las *Jornadas Académicas Internacionales de Argumentación y Filosofía del Derecho*.

Bogotá, septiembre de 2012.

Édgar Hernán Fuentes Contreras  
Coordinador del Área de Derecho Público  
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

Beatriz Eugenia Suárez López  
Coordinadora del Área de Derecho Penal  
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano





**Sobre Habermas**



# La dialéctica entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa: de la enemistad al aprendizaje mutuo

Iván Garzón Vallejo\*

*Las fronteras entre razones seculares  
y razones religiosas son fluctuantes.  
Jürgen Habermas*

## Introducción

A pesar de los embates posmodernos que ha recibido la Ilustración, Jürgen Habermas siempre ha defendido el valor de la racionalidad iluminista. Su camino es el de concebir la razón desde la perspectiva de la comunicación para salvar lo mejor de las promesas del proyecto de la modernidad racionalista.<sup>1</sup> De este modo, la teoría crítica de Habermas se destaca por su originalidad y ambición, en una época marcada por el descrédito de las teorías universales de la razón y en la que se ha extendido un juicio pesimista acerca de las posibilidades de avanzar en la dirección indicada por la filosofía moderna, adquiriendo la forma de una revuelta contra la herencia del racionalismo europeo.<sup>2</sup>

¿Cómo entiende Habermas la Ilustración? El profesor José Olimpo Suárez explica que, para Habermas, la modernidad ilustrada se caracteriza básicamente por ser el momento histórico y cultural en el que se puso en marcha un doble acontecimiento: de un lado, el proceso de emancipación que pretendía separar y liberar la razón del mito, iluminando la realidad con la luz exclusiva del entendimiento en contra de los poderes dominantes de la tradición encarnados en la superstición

---

\* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín). Candidato a doctor en Ciencias Políticas en la Pontificia Universidad Católica Argentina (Buenos Aires). Profesor de Filosofía del Derecho y jefe del Área de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana (Bogotá). Autor de varios libros y de artículos sobre teoría política y filosofía del derecho en revistas académicas nacionales y del exterior. Correo electrónico: igarzonvallejo@gmail.com.

1. Cfr. José Olimpo Suárez Molano, *Crítica a la razón en la filosofía del siglo xx*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2006, p. 68.

2. Cfr. Daniel Innerarity, «Habermas y el discurso filosófico de la modernidad», en: *Daimon. Revista de Filosofía*, N° 1, 1989, p. 218.

religiosa y en el sometimiento de los hombres a la ignorancia y al error en el dominio del saber; y, de otra parte, la modernidad ha postulado una clara política de separación de saberes e intereses de la vida humana,<sup>3</sup> esto es, la división del trabajo.

Así, estamos ante un autor que podría denominarse *postilustrado* o *finilustrado*, esto es, que cree firmemente en la posibilidad de devolverle a la razón humana el carácter medular de la vida individual y social. Sin embargo, asumir la validez de la racionalidad para legitimar las dinámicas comunicacionales de la sociedad no supone *de iure* la adscripción a todos los paradigmas de dicha racionalidad. Ciertamente, la concepción de la secularización y la hegemonía de la racionalidad secular son dos aspectos en los que, como se verá, el autor alemán muestra una mayor distancia con la propuesta ilustrada. Y es que, en efecto, en los últimos años Jürgen Habermas ha venido poniendo en cuestión algunos de los paradigmas de la modernidad y la secularización, así como, específicamente, el rol público que las creencias religiosas cumplen en sociedades postseculares que están estructuradas en un contexto teórico postmetafísico. Se trataría de postular una concepción de la modernidad ilustrada que no sea enemiga acérrima de la racionalidad religiosa, con lo cual se haría posible el diálogo entre dos racionalidades históricamente enfrentadas, pero cuya dialéctica ha dado forma a una fructífera tradición intelectual y cultural que caracteriza a Occidente y que está representada metafóricamente en las ciudades de Atenas, Roma y Jerusalén.

En este marco, en las siguientes páginas me propongo abordar cuatro tópicos de la perspectiva habermasiana. Primero, su revisión de la idea de la modernidad como secularización. Segundo, la dialéctica histórica entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa. Tercero, su caracterización de una racionalidad secular pero no secularista. Finalmente, su propuesta de concebir la secularización como un proceso de aprendizaje mutuo y complementario entre creyentes y agnósticos en las sociedades actuales. La justificación de esta empresa reside en la búsqueda de referencias teóricas que nos permitan superar los extremos de laicismo y fundamentalismo que se hacen presentes hoy en día cuando se abordan cuestiones relativas a las relaciones entre derecho, política y religión en el ámbito público.

---

3. Cfr. Suárez Molano, *op. cit.*, p. 61.

## 1. La secularización y la modernidad revisitadas

El proceso de secularización constituye el fenómeno histórico y cultural más sobresaliente de la modernidad. Según Habermas, este tiene dos lecturas posibles que podríamos resumir como *domesticación* y *enajenación*. Según la primera lectura, la secularización es entendida como la exitosa *domesticación* de la autoridad eclesiástica por parte del poder laico. Aquí, las formas religiosas de pensar y vivir son reemplazadas por equivalentes racionales y superiores. De acuerdo con la segunda lectura, la enajenación, la secularización se concibe como el acto jurídico de apropiación ilegal según la cual las formas de pensar y vivir modernas están desacreditadas porque son bienes sustraídos ilegítimamente. Se configura así una modernidad sin hogar, mientras que aquella deviene en una modernidad desencantada. No obstante, “ambas lecturas incurren en el mismo error. Contemplan la secularización como una especie de juego eliminatorio entre dos contrincantes: por un lado las fuerzas productivas de la ciencia y la técnica desencadenadas por el capitalismo y, por el otro, los poderes conservadores de la religión y la Iglesia. Uno sólo puede ganar a costa del otro, y además, siguiendo las reglas del juego del liberalismo, lo que favorece a las fuerzas motrices de la modernidad”.<sup>4</sup>

Al revisar el fenómeno secularizador, Habermas reformula la canónica tesis de la secularización. Así, tras constatar que “desde los tiempos de Max Weber y Émile Durkheim, la tesis que postula una cercana interrelación entre la modernización de la sociedad y la secularización de la conciencia, no había suscitado mayores controversias”,<sup>5</sup> Habermas se propone llevar a cabo una lectura revisada de dicha tesis, no como una cuestión sustantiva o por sí misma, aclara, sino referida a la comprensión del futuro papel de la religión.<sup>6</sup> Ahora bien, esta no sustantividad o el carácter instrumental de dicha revisión se explica por tres razones: i) porque el autor quiere desligarse del estrecho vínculo que postula la tesis de la secularización con el concepto de evolución social; ii) porque si bien las sociedades desarrolladas son cada vez más secu-

4. Cfr. Jürgen Habermas, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, trad. de R.S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 129-130.

5. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», en: *Diánoia*, N° 60, 2008, p. 4.

6. *Ibid.*, p. 8.

lares, y en este sentido los datos recabados globalmente apoyan a los defensores de la tesis de la secularización, “un examen más cuidadoso de los campos afectados tiende a confirmar la hipótesis de que existe una conexión entre la inseguridad existencial y la necesidad religiosa”;<sup>7</sup> iii) finalmente, el filósofo alemán advierte que la debilidad de la teoría de la secularización se debe a inferencias apresuradas que revelan un uso inapropiado de los conceptos de “secularización” y “modernización”, en la medida que la pérdida de funciones y la tendencia a la privatización no implican necesariamente una pérdida de relevancia e influencia de la religión, ya sea en lo personal, en lo político o en lo cultural,<sup>8</sup> un planteamiento en el que ha insistido en otros lugares.

En este marco, para Habermas, la secularización descansa sobre tres consideraciones:

- a) El progreso de la ciencia y la tecnología promueve un *entendimiento antropocéntrico* del mundo desencantado o desligado de referentes religiosos fuertes.
- b) Como consecuencia de la *diferenciación funcional de los subsistemas sociales*, las iglesias y otras organizaciones religiosas pierden el control o la influencia sobre la ley, la política, el bienestar público, la cultura, la educación y la ciencia, y quedan restringidas a su función de administrar los medios de salvación.
- c) “El paso de sociedades agrarias a sociedades postindustriales condujo a niveles más altos de bienestar y seguridad social, y con la disminución del riesgo y la creciente seguridad existencial se atenuó también la necesidad, profundamente arraigada, de una práctica que prometía manejar las contingencias incontrolables acudiendo a la fe en un poder ‘superior’ o cósmico”.<sup>9</sup>

Debe aclararse que el cuestionamiento de la teoría dominante de la secularización no trae consigo el desconocimiento del hecho de estar ante un contexto social y político secularizado que, por lo demás, impone consecuencias muy puntuales, como propiciar un *nivel secular*

7. *Ibid.*, pp. 8 y 6.

8. *Ibid.*, p. 7; Habermas, *¡Ay Europa! Pequeños escritos políticos*, trad. de Pedro Madrigal y Francisco Javier Gil Martín, Madrid, Trotta, 2009, p. 67.

9. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», *op.cit.*, p. 4.

de entendimiento mutuo en el cual los interlocutores deben aprender a limitarse exclusivamente a los argumentos que pudieran, en principio, convencer a cualquiera, independientemente de sus compromisos metafísicos o religiosos subyacentes.<sup>10</sup> En el ámbito político, una consecuencia central consiste en que “la legitimidad democrática es la única posible hoy día. La idea de reemplazarla o complementarla con una fundamentación supuestamente más profunda que la Constitución de manera vinculante para todos equivale a oscurantismo. Con esto no se niega, sin embargo, la gran intuición de John Rawls: que la Constitución liberal misma no debe ignorar las contribuciones que los grupos religiosos puedan hacer al proceso democrático dentro de la sociedad civil”.<sup>11</sup>

En otras palabras, cuestionar la *teoría* de la secularización no supone ignorar o desconocer el *hecho* de la secularización. Supone, sí, poner en entredicho los supuestos de aquella y las conclusiones que arroja. Pero sobre todo, lleva a poner en tela de juicio la versión secularista de la modernidad. En este orden de ideas, la revisión de la teoría dominante de la secularización conduce a la reevaluación del paradigma racionalista moderno. De este modo, “lo que está en cuestión no es el sentimiento respetuoso hacia el posible significado existencial de la religión, sino la superación autorreflexiva de un autoentendimiento de la modernidad exclusivo y endurecido en términos secularistas”,<sup>12</sup> es decir, aquel que invalida cualquier posibilidad de reconocer parámetros religiosos, o inspirados en estos, como razones de validez universal. Para el autor alemán, tal revisión del paradigma racionalista conduce a que la conciencia laica se ejercite en un trato reflexivo con los límites de la Ilustración.<sup>13</sup>

En ese marco secularizado, el reconocimiento de un contexto institucional y cultural secularizado es el punto de partida de nuevas preguntas, de nuevos planteamientos que estén a tono con la situación actual, específicamente con el carácter acaso irreversible de la secula-

10. *Ibid.*, p. 11.

11. Cfr. Habermas, «Lo político: el sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política», en: Jürgen Habermas, Charles Taylor, Judith Butler y Cornel West, *El poder la religión en la esfera pública*, trad. de José María Carabante y Rafael Serrano, Madrid, Trotta, 2011, p. 33.

12. Cfr. Habermas, *Entre naturalismo y religión*, trad. de Francisco Javier Gil Martín, Barcelona, Paidós, 2006, p. 146.

13. Cfr. Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*, trad. de Isabel Blanco y Pablo Largo, Madrid, Encuentro, 2006, p. 45.

rización y el pluralismo cosmovisional. Por ello, según Habermas, “es un dato inapelable que en el mundo moderno los fundamentos de la cultura se han secularizado, de tal modo que la fe en la legitimidad del orden social de dominación ‘ya no puede contar con las certezas colectivas proporcionadas antaño por la religión y la metafísica’ y, por tanto, en algún sentido habrá de poder apoyarse en la racionalidad del derecho”.<sup>14</sup> Ahora bien, como fenómeno sociocultural, la secularización implica la ruptura del monopolio de la interpretación, de la hermenéutica del sentido. Con ello se actualiza la conocida tesis weberiana del *politeísmo de los valores*, según la cual “la modernidad se caracteriza no sólo por el abierto y radical conflicto entre las diversas esferas culturales de valor, sino por la ausencia de una instancia capaz de dirimir tal tipo de litigios”.<sup>15</sup>

Ante este escenario adquiere plena validez la pregunta acerca de qué elementos reemplazan el papel cohesionador de la religión en la sociedad actual, o si, por el contrario, no se produce dicha sustitución. Velasco hace notar que “con cierta frecuencia, Habermas se pregunta de una manera más o menos explícita si, en lo tocante a las necesidades de integración social, el sistema jurídico puede compensar los espacios dejados vacantes por las religiones en las plurales y complejas sociedades de nuestros días. Según su propia percepción, desde el siglo XVIII el discurso social de la modernidad jamás ha dejado de girar en torno a un único tema: cómo pensar tras el desencantamiento del mundo en un ‘equivalente del poder unificador de la religión’”.<sup>16</sup>

En efecto, los desafíos que conlleva la misión de integración para la política y el derecho renuevan el *shock* que ambos experimentaron antaño a causa de la pérdida de legitimidad religiosa,<sup>17</sup> y del cual aún se sienten sus efectos, amén de las dificultades que uno y otro experimentan para mantener cohesionada a la sociedad. Así las cosas, el desencantamiento del mundo ofrece el punto de partida para la legitimación de la teoría de la acción comunicativa habermasiana, puesto que, como señala Innerarity, “en la medida en que las razones últimas han dejado de ser plausibles, las condiciones formales de jus-

14. Cfr. Juan Carlos Velasco, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza, 2003, p. 70.

15. *Ibid.*, p. 122.

16. *Ibid.*, p. 70.

17. Cfr. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 5ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008, p. 423.



tificación cobran fuerza legitimante por sí mismas y las premisas del acuerdo racional se elevan a la categoría de principio”.<sup>18</sup>

## 2. Racionalidad secular y racionalidad religiosa: una dialéctica histórica

Jürgen Habermas considera que la oposición entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa hunde sus raíces en la historia de Occidente. Es decir, no se trata de un hecho reciente ni inédito como sugieren las expresiones “resurgimiento”, “des-secularización” o “reaparición” de la religión,<sup>19</sup> que son esgrimidas por algunos intelectuales para dar cuenta del renovado papel de la religión en el ámbito público. De hecho, la antigüedad clásica presencié cómo la mutua compenetración del cristianismo y la metafísica griega quedaron reflejadas en la forma espiritual de una dogmática religiosa y de una helenización del cristianismo. Del mismo modo, tal dialéctica propició la apropiación de contenidos genuinamente cristianos por parte de la filosofía. Algunos de ellos, como los conceptos filosóficos de persona, libertad, individualización, historia, responsabilidad, comunidad y solidaridad están cargados de experiencias y connotaciones que proceden de la doctrina bíblica y de su tradición;<sup>20</sup> más aun, son una herencia directa de la ética judía de la justicia y de la ética cristiana del amor, y quedaron plasmados en entramados conceptuales normativos. De esta forma, la herencia de estas categorías se mantiene inalterada en su sustancia, pero asimilada críticamente e interpretada de nuevo. “Cualquier otra cosa (que se diga) sería palabrería postmoderna”.<sup>21</sup>

En este orden de ideas, los conceptos señalados y otras estructuras mentales como las formas de la conciencia moderna del derecho, la ciencia moderna, el arte autónomo, entre otros, “no se hubieran desarrollado sin las formas organizativas del cristianismo helenizado y la

18. Cfr. Innerarity, *op. cit.*, p. 222.

19. A mi juicio, el papel público de la religión en el mundo moderno es mejor descrito por los términos “revitalización” y “asunción de un papel público”, como se sugiere en: José Casanova, *Religiones públicas en el mundo moderno*, Madrid, PPC, 2000, p. 17.

20. Cfr. Habermas, *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe*, trad. de Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona, Paidós, 2009, p. 237.

21. Cfr. Habermas, *Israel o Atenas. Ensayos sobre religión, teología y racionalidad*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2001, p. 185.

Iglesia romana, sin las universidades, monasterios y catedrales".<sup>22</sup> Por consiguiente, un proceso similar al de la época antigua ocurre en la llamada Edad Media. Ciertamente, sobre el Aquinate, el autor más destacado del pensamiento cristiano medieval, y a quien Habermas considera un exponente de un pensamiento "serio", comenta: "Cuando me sumerjo en la *Summa contra gentiles* de Tomás de Aquino me siento arrebatado por la complejidad, por el nivel de diferenciación, por la seriedad y la rigurosidad de la argumentación elaborada de manera dialógica. Soy un admirador de Tomás de Aquino". A renglón seguido, constata como un hecho que hoy no existe "una roca de tal envergadura en la rompiente del mar de las religiosidades desvanecientes [...] todo pierde su seriedad en la niveladora sociedad de los medios de comunicación, ¿quizás también el propio cristianismo institucionalizado?",<sup>23</sup> se pregunta.

Si bien la tradición secular moderna transforma el sentido originalmente religioso o teológico de las categorías aludidas, no lo vacía, no lo devalúa, ni tampoco lo consume,<sup>24</sup> sino que lo seculariza. De allí que, como sugirió Carl Schmitt, de cara al ámbito político, todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son "conceptos teológicos secularizados".<sup>25</sup> Ahora bien, el hecho de que el pensamiento postmetafísico se haya inspirado en contenidos religiosos en modo alguno borra la frontera entre la fe y el conocimiento, pues al fin y al cabo los distintos enunciados apelan a bases de justificación diferentes.<sup>26</sup> Esta dialéctica juega un importante papel también en sentido contrario, es decir, de cara al enriquecimiento de la racionalidad secular. De este modo, la razón secular intenta apropiarse, con los medios del pensamiento postmetafísico, de contenidos traducidos de la doctrina cristiana aplicando sus propios baremos. Así, una parte de la herencia cristiana es transferida a discursos de fundación de sentido,

22. *Ibid.*, p. 184.

23. *Ibid.*, p. 189.

24. Cfr. Habermas y Ratzinger, *op. cit.*, pp. 41-42.

25. Cfr. Carl Schmitt, *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, trad. de Francisco Javier Conde, Buenos Aires, Struhart, 1998, p. 54. Hay que anotar que Habermas no asume la tesis de Schmitt de la modernidad como un mero resultado de la secularización. Por el contrario, sugiere que este resultado sigue dependiendo de sus raíces teológicas, lo cual pone de presente su aprendizaje y que la secularización sería un proceso aún en marcha. Cfr. Habermas, Taylor, Butler y West, *op. cit.*, pp. 27-37.

26. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», *op. cit.*, p. 17.

los cuales ya no se miden por la autoridad de la fe vivida sino por patrones válidos y específicos del saber mundano.<sup>27</sup>

La dialéctica entre el universo simbólico y lingüístico tanto religioso como secular tiene su punto de inflexión en la modernidad, pues a causa de la ruptura de la cristiandad, del impacto cultural de la Reforma, de la neutralidad del poder estatal, de la configuración de una tradición intelectual secularista y de la generalización de la libertad religiosa, la religión, específicamente el cristianismo, renuncia progresivamente a la pretensión de un monopolio interpretativo y de total estructuración de la vida humana. En esa línea, “el cristianismo ya no puede esperar para su concepción de la salvación y del orden de la creación, un reconocimiento universal en el mismo sentido en el que puede hacerlo una teoría procedimental del derecho y de la moral en relación con los derechos humanos y los principios del Estado de Derecho”.<sup>28</sup> En otras palabras, desde la modernidad, lo universal y universalizable son, básicamente, las categorías políticas y jurídicas seculares, mientras que las categorías religiosas y metafísicas, si bien pueden mantener sus pretensiones normativas y de validez –como en efecto sucede–, deben reconocer y aceptar de buen grado –como hizo, por ejemplo, el Concilio Vaticano II<sup>29</sup> y el magisterio pontificio reciente–,<sup>30</sup> el carácter eminentemente secularizado que adquirió el mundo moderno en sus formas institucionalizadas, es decir, en el Estado y en las instituciones políticas y jurídicas más representativas. De este modo, “los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho constituyen, en las sociedades multiculturales, los puntos de cristalización de una cultura política que incluya a todos los ciudadanos”.<sup>31</sup> Pero, al mismo tiempo, la transformación de la conciencia religiosa posterior a la Reforma conlleva a la modernización de la fe. Precisamente, de esta modernización, para la cual la Iglesia y la religión ya han satisfecho importantes condiciones de partida, es de la que proceden una sociedad secularizada y un pluralismo de visiones del mundo que luego, a su vez, las formas de fe religiosa y práctica

27. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, op. cit., pp. 236-237.

28. Cfr. Habermas, *Israel o Atenas*, op. cit., p. 180.

29. Algunos documentos en los que se percibe un claro propósito dialógico con el mundo moderno, son: *Gaudium et spes* y *Dignitatis humanae*.

30. Algunos documentos en los que se percibe un claro propósito dialógico con el mundo moderno, son: *Laborem exercens* (1981), *Centesimus annus* (1991), *Veritatis splendor* (1993), *Evangelium vitae* (1995), y *Fides et ratio* (1998), de Juan Pablo II; y *Caritas in veritate* (2009), de Benedicto XVI.

31. Cfr. Habermas, *Israel o Atenas*, op. cit., p. 181.

eclesiástica han necesitado reestructurar en términos cognitivos<sup>32</sup> para adaptarse a dichas condiciones históricas.

El proceso histórico de modernización y secularización de Occidente coincide con la desclericalización de las sociedades europeas y, correlativamente, con una mayor toma de conciencia individual y social de la legítima autonomía de las realidades temporales. Es decir, el proceso de secularización moderno no es unívoco, pues en él convergen tanto la desclericalización como la afirmación de la autonomía absoluta de las realidades temporales de toda instancia trascendente, lo que configura una *modernidad ideológica*<sup>33</sup> o *secularista*. De cualquier forma, parece evidente que la modernidad trae consigo una crisis de la racionalidad religiosa, específicamente de la teología cristiana, originada, entre otras causas, por el giro copernicano operado en su relación con las ciencias y con el mundo. Asimismo, con la separación funcional de subsistemas sociales se produce también la separación de la vida de la comunidad religiosa de su entorno social.<sup>34</sup> Como consecuencia de ello, la modernidad configura “una dialéctica específica entre la comprensión filosóficamente ilustrada que la modernidad tiene de sí y la comprensión teológica que tienen de sí las grandes religiones del mundo”.<sup>35</sup> En esta línea, la fe subjetivizada del mundo moderno asume una posición reflexiva que la lleva a plantear sus pretensiones en clave de una disputa civilizada de convicciones.<sup>36</sup>

Como consecuencia de esta dialéctica histórica, que parecería saldarse en favor de la racionalidad secular, las sociedades modernas operan básicamente con el derecho positivo, adoptan una política secularizada y una moral racionalista, y con ello exigen de sus miembros una actitud reflexiva respecto de las propias tradiciones culturales.<sup>37</sup> Precisamente la actitud reflexiva hacia la tradición secular y racionalista dominante es lo que justifica la vigencia de la dialéctica entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa, y con ello, la necesidad de la mutua revisión. De este modo, la autocomprensión de la modernidad adopta mayoritariamente un cariz racionalista y secula-

32. *Ibid.*, p. 186.

33. Cfr. Mariano Fazio Fernández, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, 2ª ed., Madrid, Rialp, 2007, p. 21.

34. Cfr. Habermas y Ratzinger, *op. cit.*, p. 44.

35. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, *op. cit.*, pp. 55-56.

36. Cfr. Habermas, «La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho», en Charles Taylor, *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, 2ª ed., México, FCE, 2009, p. 191.

37. Cfr. Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 389-390.

rista. Esto significa que, en el proceso de secularización ha triunfado la concepción ideológica de la modernidad, aquella que la concibe como un proceso de emancipación de toda heteronomía, ya sea esta religiosa, metafísica o política. Con este resultado, el otro proceso, el de desclericalización no sólo no adquiere tanta relevancia, sino que además, con frecuencia es ignorado por algunos, sobre todo por ciertos agnósticos que siguen concibiendo a las tradiciones religiosas como enemigas acérrimas de todos los valores que la modernidad puso de relieve. Esto lleva a la falsa creencia según la cual únicamente los laicos o agnósticos están legitimados para defender y abanderar principios modernos como el pluralismo, las libertades y los derechos individuales.<sup>38</sup> En la idea de que el ideario moderno sólo puede ser legítimamente abanderado por la racionalidad secular se puede hallar una de las explicaciones de los malentendidos en el diálogo entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa.

Como se puede prever, la dialéctica entre razón secular y razón religiosa no conlleva consecuencias únicamente para una de ellas, la razón secular. Por su parte, la religión debe aceptar la neutralidad ideológica del Estado, la igual libertad para todas las comunidades religiosas así como la independencia y autonomía de las ciencias. De este modo, para la religión, no sólo se trata de renunciar al poder político y al posible ejercicio de coacción de la conciencia destinado a imponer las verdades religiosas o teológicas, sino que también señala el imperativo de que la conciencia religiosa se vuelva reflexiva ante la necesidad de poner en relación las propias verdades de la fe tanto con otras instancias de fe religiosa con las que compite, como con el monopolio de las ciencias en la producción de los saberes seculares.<sup>39</sup> En otras palabras, la dialéctica no sólo opera desde la religión *ad extra*, es decir, con el pensamiento secular, sino también *ad intra*, esto es, entre las diversas cosmovisiones religiosas. Con este enfoque se abren nuevas perspectivas de diálogo entre la religión y las ciencias, cuyo trasfondo, como se puede entrever, es la permanente dialéctica entre el saber secular y el saber religioso, lo que no lleva necesariamente a que las convicciones religiosas tengan que asociarse forzosamente a un *fallibilismo* como el del saber hipotético de las ciencias experimentales.<sup>40</sup>

38. Cfr. Iván Garzón Vallejo, «Fe, universidad y modernidad», en *El Mundo*, Medellín, 1 jul. 2010, p. A3.

39. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, *op. cit.*, pp. 70-71.

40. Cfr. Habermas, «La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho», *op. cit.*, pp. 190-191.

En otras palabras, la dialéctica entre la razón religiosa y las ciencias naturales no conlleva la renuncia a las pretensiones de verdad de aquella, ni tampoco a las coordenadas de su propia identidad.

Adicionalmente, el contexto secularizado moderno trae consigo otra importante consecuencia para las cosmovisiones religiosas y metafísicas, y consiste en que, en el marco de una disposición reflexiva, estas cosmovisiones pierden su carácter fundamentalista y así “sin abandonar su pretensión de verdad habrán de aceptar los presupuestos falibilistas del pensamiento secularizado, en cuanto reflexionen sobre la circunstancia de que compiten con otras interpretaciones del mundo dentro del mismo universo de pretensiones de validez”.<sup>41</sup> De este modo, en las sociedades modernas, las doctrinas religiosas tienen que entenderse en competencia con otras instancias de fe y saber, que conllevan pretensiones de verdad.<sup>42</sup> En una palabra, el contexto moderno es pluralista y está signado por múltiples voces, a diferencia de lo que ocurría otrora, cuando la *Respublica Christianae* albergaba una unidad cultural, religiosa y espiritual sobre la cual existía un amplio consenso. De esto se desprende el hecho evidente de que tanto las doctrinas religiosas como la conciencia del creyente deben entablar un diálogo “tanto con los enunciados alternativos de otras religiones como con las objeciones de la ciencia y del *common sense* secularizado y semicientificado”,<sup>43</sup> pues este pluralismo no es aséptico: supone una competencia civilizada y, en lo posible, discursiva, por el reconocimiento y la legitimidad de los ciudadanos. En efecto, Habermas sugiere que es en el ámbito de la deliberación pública donde las doctrinas religiosas pueden intervenir con su potencial normativo y sus pretensiones de verdad y, con ello, tratar de influir en el proceso de formación de la opinión y voluntad políticas.

De la lectura de la relación dialéctica entre la razón secular y la razón religiosa se sigue una importante lección para la filosofía, que consiste en que, cuando entra en relación con la religión, debe procurar dialogar *con* ella en vez de limitarse a hablar *sobre* ella. De este modo, logra superar una actitud agnóstica e instrumental, reemplazándola por una disposición a aprender.<sup>44</sup> Este cambio de perspectiva, al que subyace un cambio de paradigma, implica que la conciencia de vivir en una sociedad secular ya no está vinculada inexorablemente

41. Cfr. Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 390, n. 39.

42. Cfr. Habermas, *Israel o Atenas*, op. cit., p. 187.

43. *Ibid.*

44. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, op. cit., pp. 227-228.

con la *certeza* de que la creciente modernización cultural y social se realizará a expensas de la importancia –tanto pública como personal– de la religión.<sup>45</sup> Por el contrario, la conciencia de vivir en una sociedad postsecular lleva a reconocer que el ámbito público está compuesto de tradiciones laicas o seculares y religiosas, las cuales se *fecundan* y *transforman* mutuamente.<sup>46</sup> En este orden de ideas, la relación entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa es formulada en forma dialéctica y no disyuntiva.

Ahora bien, si es un hecho tal crisis de la racionalidad religiosa, y específicamente de la racionalidad cristiana y teológica, ¿se puede hablar también de una crisis de la racionalidad secular moderna? Si es así, ¿de dónde procede el déficit de la razón secular? El desfase que evidencia el paradigma de la racionalidad moderna con los fenómenos de las últimas décadas pone en evidencia que este modelo también atraviesa una crisis, que ya fue destacada por Max Horkheimer y Theodor Adorno. En este contexto, y de cara a la situación política contemporánea, Habermas pone de presente tal crisis de la racionalidad secular al señalar que el sujeto político actual se encuentra ante un “déficit motivacional”. Es decir, se siente más cliente que ciudadano, más consumidor de bienes que protagonista de proyectos políticos; de ahí la duda sobre si encuentra en la cultura política en la que habita razones para defender valores que trascienden su propio interés.<sup>47</sup> Este déficit motivacional es expresión de una problemática epistémica que reside específicamente en la razón práctica, la cual se desdibuja cuando “no es capaz de despertar ni mantener despierta, en los ánimos profanos, la conciencia de una solidaridad herida en todo el mundo, la conciencia de lo que falta, de lo que clama al cielo”.<sup>48</sup> Ahora bien, ¿qué reemplazará la fuerza que hace falta? Según Stanley Fish, “la respuesta está más que implícita en la referencia al cielo: la religión la reemplazará”.<sup>49</sup>

45. Cfr. Habermas, *¡Ay Europa!*, *op. cit.*, p. 68.

46. Cfr. Manuel Mate Reyes, «El debate Habermas-Flores d’Arcais. La religión en una sociedad postsecular», en: *Claves de Razón Práctica*, N° 181, 2008, p. 31. El destacado en itálicas es mío.

47. *Ibid.*, p. 33.

48. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, *op. cit.*, pp. 64-65.

49. Cfr. Stanley Fish, «¿Sabe la razón lo que le falta?», trad. de Luis E. Guarín, [http://www3.eltiempo.com/culturayocio/lecturas/ARTICULO-WEB-PLANTILLA\\_NOTA\\_INTERIOR-7966883.html](http://www3.eltiempo.com/culturayocio/lecturas/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-7966883.html) (consultado: 5 oct. 2010). En el mismo sentido, aunque no comentando a Habermas, Luc Ferry apunta que el sentimiento de vacío está estructuralmente vinculado a uno de los motivos más esenciales del mundo laico. Cfr. Ferry, Luc, *El hombre-Dios o el sentido de la vida*, trad. de Marie-Paule Sarazin, Barcelona, Tusquets, 1997, p. 20.

Para ayudar a superar este dilema del pensamiento postmetafísico, se requiere de un planteamiento distinto de la genealogía y de los alcances de la razón que lleve, entre otras cosas, a “poner bajo otra luz el proceso de aprendizaje en el que ya se hallan mutuamente imbricadas la razón política del Estado Liberal y la religión”.<sup>50</sup> Es decir, se trata de llevar más allá la dialéctica secular religiosa a un plano de aprendizaje y complementariedad. Ahora bien, este déficit motivacional sugiere una pregunta, que no podemos entrar a responder acá, y es: ¿dicho déficit revela la carencia del patriotismo constitucional o de la insuficiencia vivencial del proyecto político de la Ilustración para mantener cohesionadas y políticamente movilizadas a las sociedades actuales?

Ante el “déficit motivacional” de los ciudadanos que revela a su vez la crisis de la racionalidad secular, aparece el potencial semántico, normativo, de sentido y de cohesión social de las tradiciones religiosas. Se trata de un potencial que la filosofía no puede despreciar, pues al fin de cuentas “la integración social depende en gran medida de una acción orientada al entendimiento que descansa en el reconocimiento de pretensiones de validez falibles”,<sup>51</sup> y el proceso de argumentación mutua conlleva un entrelazamiento entre los participantes del diálogo.<sup>52</sup> La insuficiencia de la racionalidad ilustrada permite tomar conciencia de los límites de aquella y proponer caminos de superación que se hallan de la mano de la dialéctica con la racionalidad religiosa. Por consiguiente, la propuesta habermasiana de replantear la relación entre la razón secular y la razón religiosa en el seno de sociedades postmetafísicas, postseculares y modernas debe ser entendida a partir de la tríada *crisis-revisión-reconstrucción-aprendizaje* de la razón.

### 3. Una racionalidad secular, no secularista

Al igual que John Rawls, Jürgen Habermas pretende proponer una lectura secular, no secularista, del contexto político-religioso en el Estado Constitucional Democrático,<sup>53</sup> y consecuentemente, de las relaciones entre creyentes y agnósticos en la sociedad postsecular. De este modo, aunque la secularización es un dato inexorable de la mo-

50. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, *op. cit.*, pp. 64-65.

51. Cfr. Jürgen Habermas y John Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1998, p. 153.

52. Cfr. Habermas, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad. de Ramón Vilá Vernis, Barcelona, Paidós, 2003, p. 31.

53. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», *op. cit.*, p. 14.



dernidad, se debe advertir que este autor pretende entenderla desde imperativos seculares y no secularistas, es decir, desde presupuestos que no apelan a ningún principio teológico o autoridad religiosa,<sup>54</sup> pero que no rechazan *de iure* cualquier influencia o contribución de este tenor. De allí que, comentando la propuesta habermasiana, Ulrich Beck apunte que si se absolutiza el secularismo “se enreda en una circularidad universalista que se ciega y nos ciega al reconocimiento cosmopolita de la otredad de las otras tradiciones confesionales”.<sup>55</sup>

En este marco, la función de la secularización no es la de un filtro que elimina los contenidos de la tradición, sino la de “un transformador que transmuta la corriente de la tradición”.<sup>56</sup> En este marco se sitúa su propuesta de entender el fenómeno de secularización cultural y social como un doble proceso de aprendizaje que, como veremos más adelante, lleve tanto a las tradiciones de la Ilustración como a las enseñanzas religiosas a una reflexión sobre sus propios límites.<sup>57</sup> Desde este enfoque, y como consecuencia de la moderna división del trabajo entre la política y la metafísica, se opera una relación complementaria entre el agnosticismo *público* y la confesión *privatizada*, esto es, entre el poder neutral de un Estado ciego a las coloraciones confesionales y la fuerza iluminadora de concepciones del mundo que compiten por la verdad.<sup>58</sup>

¿Cómo concibe Habermas dicha perspectiva secular? Aunque generalmente se asocia el carácter secular de la razón con el sentido negativo de abstenerse de formular premisas que apelan a la revelación divina, y en este sentido la filosofía ha sostenido su independencia de la verdad revelada,<sup>59</sup> sin embargo, para este autor, la autonomía de la razón no sólo depende de la distinción entre *lumen naturale* y *sacra doctrina*, sino que también significa que la fe no puede agregar nada relevante al conocimiento propiamente dicho. De este modo, “la razón secular debe insistir en la diferencia entre las certezas de la fe y las pretensiones de validez públicamente criticables, pero abstenerse de evaluar la racionalidad o irracionalidad de la religión como tal”,<sup>60</sup> por ello, el carácter

54. Cfr. Robert George, *Moral pública*, trad. de Miriam Rabinovich, Santiago de Chile, IES, 2009, p. 123.

55. Cfr. Ulrich Beck, *El Dios personal. La individualización de la religión y el “espíritu” del cosmopolitismo*, trad. de Rosa S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2009, p. 162.

56. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, *op. cit.*, p. 62.

57. Cfr. Habermas y Ratzinger, *op. cit.*, p. 26.

58. Cfr. Habermas y Rawls, *op. cit.*, p. 159.

59. Cfr. Jürgen Habermas, *Israel o Atenas*, *op. cit.*, p. 202.

60. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», *op. cit.*, p. 18.

secular de la razón conduce a que esta no asuma una actitud autosuficiente y altiva en la que considera implícita o explícitamente que otras formas de conocimiento son irracionales. En suma, se trataría de asumir que tanto la razón como la fe son dos formas mediante las cuales el ser humano accede al conocimiento y a la verdad.<sup>61</sup> De este modo, la razón y la fe, que no se confunden, comparten el objetivo común de proporcionar una forma de transitar el camino del conocimiento.

Esta disposición no arrogante de la razón secular desemboca en un “agnosticismo moderado”, toda vez que, en la disputa entre las diferentes religiones o enseñanzas cosmológicas no se puede establecer racionalmente quién tiene la razón.<sup>62</sup> No obstante, paradójicamente, Habermas reconoce que una religión que se incorpora a la filosofía aceptando la pretensión de esta de determinar qué es o no racional, deja de ser una religión para los creyentes.<sup>63</sup> En otros términos, la autonomía y la independencia no sólo operan desde la razón hacia la fe, sino también de la fe hacia la razón secular o natural. Desde una perspectiva postmetafísica, una concepción secular de la razón implica que el pluralismo de visiones del mundo se transforme en un estímulo para el desarrollo de una moralidad autónoma y un derecho profano de respeto igualitario para todos, ambos fundados únicamente en la racionalidad. De este modo, esta moralidad racional y esta concepción del derecho se abstienen de privilegiar cualquiera de las formas vinculantes de concepciones de la vida buena. Por tanto, sólo pueden “contar” aquellos enunciados que logren acuerdos independientes de los contextos implícitos de las religiones o cosmológicas.<sup>64</sup>

Ahora bien, un filósofo postilustrado como Jürgen Habermas, que conserva una honda confianza en las posibilidades de la razón, ¿por qué se interroga acerca de las características y, más aun, por el estatuto epistemológico de la racionalidad secular? Pues, en efecto, se podría pensar que dicho estatuto y sus alcances quedaron definidos ya en la filosofía ilustrada, de la que, por lo demás, él se declara continuador. Sin embargo, la respuesta a este interrogante está en que en el seno del Estado Liberal se halla una profunda y crucial disputa entre las convicciones seculares y las religiosas.<sup>65</sup> Este desacuerdo entre los

61. Cfr. Juan Pablo II, *Fides et ratio*, 1998, p. 1.

62. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», *op. cit.*, pp. 14-15.

63. *Ibid.*, p. 16.

64. *Ibid.*, p. 15.

65. Cfr. Habermas, *Carta al Papa*, *op. cit.*, p. 68.

creyentes y los agnósticos o buena parte de las élites políticas e intelectuales, atraviesa a la sociedad civil en todos los países y está referido a la manera en que debe ser entendida la razón secular misma.<sup>66</sup> De allí la necesidad de reevaluar el uso, la autocomprensión y los límites de la misma, todo ello en consideración al actual contexto cultural e intelectual. Por supuesto, dicha revisión no lleva a desconocer que para Habermas la posibilidad del entendimiento hunde sus raíces en la naturaleza misma de la comunicación intersubjetiva, toda vez que el lenguaje está orientado a alcanzar un entendimiento, por lo cual los usos instrumentales o estratégicos del mismo son más bien parasitarios.<sup>67</sup> En otras palabras, la revisión de la racionalidad secular parte de la base de que ésta es nuestra mejor herramienta para alcanzar un entendimiento común, y además de que la misma mantiene un papel rector en la vida humana. Luego, revisión no es deconstrucción, ni devaluación.

Planteado este problema, la cuestión consiste en cómo abordar, dentro del desarrollo actual de las diversas sociedades, la relación entre el juego del lenguaje secular y el religioso, o bien entre los ciudadanos creyentes y las instituciones seculares. ¿Existe una relación complementaria entre ambos, o se debe aceptar la prioridad de una forma sobre la otra a partir de argumentos políticos y éticos? ¿Qué potencial poseen los distintos juegos de lenguaje y símbolos religiosos para el ciudadano agnóstico?<sup>68</sup> ¿Estos sólo tienen un potencial normativo y de significado para los creyentes, más aun, únicamente para estos, y sólo al interior de sus propias comunidades religiosas? La respuesta a algunos de estos interrogantes conduce al último punto a desarrollar: las formas de relación entre creyentes y agnósticos.

#### **4. La secularización como aprendizaje mutuo y complementario entre creyentes y agnósticos**

Teniendo en cuenta sus irreductibles diferencias, Habermas le propone a los creyentes y agnósticos una suerte de reto: concebir la

66. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», *op. cit.*, p. 13.

67. Cfr. Michael H. Lessnoff, *La filosofía política del siglo xx*, trad. de Germán Cano, Madrid, Akal, 2001, p. 403.

68. Cfr. Michael Reeder y Josef Schmidt, «Habermas y la religión», en: Habermas, *Carta al Papa*, *op. cit.*, p. 20.

secularización como un proceso de aprendizaje mutuo y complementario. En el contexto teórico dominante, que oscila entre el laicismo y el fundamentalismo, dicha propuesta es audaz aunque no es absolutamente novedosa en su desarrollo teórico, si se considera que la concepción de la política deliberativa lleva ínsita el propósito del aprendizaje, por lo cual dicha propuesta “pierde mucho de su aspecto extraño e irreal cuando se la considera como un proceso de aprendizaje articulado en términos reflexivos, el cual sirve de descarga a los procesos de integración social que discurren latentemente y a la vez los prosigue dentro de un sistema de acción que se especializa en tal trabajo de descarga”.<sup>69</sup>

De este modo, uno de los requisitos de la política deliberativa, la cual trae consigo el tratamiento racional de temas, razones e informaciones, es precisamente que esto se desarrolle en el contexto de una cultura abierta al aprendizaje, compuesta a su vez por unos ciudadanos capaces de aprender. Lo que obstaculiza tal contexto son “las imágenes dogmáticas del mundo”<sup>70</sup> que, para el caso de las cosmovisiones religiosas, serían las actitudes fundamentalistas, no así las doctrinas metafísicas o religiosas de carácter ortodoxo. Ciertamente, Habermas distingue entre fundamentalismo, dogmatismo<sup>71</sup> y ortodoxia. Esta última, y no aquellas –toda vez que no exhiben argumentos públicos ni respetan la secularización institucional del mundo moderno–, pueden tomar parte en dicho proceso de aprendizaje. Si tomamos una cosmovisión religiosa como el catolicismo, con el ánimo de llevar a cabo el ejercicio sugerido por el filósofo, se puede comprobar que, si se toma como referente el discurso del magisterio de la Iglesia expresado en sus declaraciones y documentos oficiales, la religión católica constituye un candidato válido para embarcarse en el proceso de aprendizaje mutuo con la racionalidad secular, pues no se trata de una versión fundamentalista ni dogmática de la religión. Por el contrario, se trata de una religión con una ortodoxia cuyo contenido se puede consultar en sus documentos oficiales, así como en la tradición apostólica, algo

69. Cfr. Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 399.

70. *Ibid.*, p. 403.

71. Alguien podrá objetar que la Iglesia, al sostener dogmas o verdades de fe, está excluida de tal categorización. Sin embargo, el sentido que Habermas parece darle al término *dogmatismo* no parece ser el propio de la teología dogmática, sino el de una perspectiva cerrada sobre sí misma y, en esa medida, irracional. Más adelante se verá cómo Habermas no pone como requisito de la participación de los creyentes en el debate público que dejen de creer en las verdades religiosas.

de lo que carecen religiones cuyo epicentro es la tradición oral y no tienen una estructura jerárquica y doctrinaria identificable.

Una consecuencia central de que la postura religiosa y la laica<sup>72</sup> conciban la secularización como un proceso de aprendizaje complementario, es que se toman en serio mutuamente sus aportaciones en temas públicos controvertidos. Esto se muestra más pertinente si se advierte que “en las controversias acerca de la legalización del aborto o la eutanasia, o sobre problemas bioéticos de la medicina reproductiva, o sobre cuestiones como la protección de los animales y el cambio ambiental, en estos tópicos y temas similares, los argumentos son tan controvertidos que de ninguna manera puede considerarse de antemano que alguna de las partes posea las intuiciones morales más convincentes”.<sup>73</sup> En este orden de ideas, el proceso de aprendizaje mutuo comienza desde el punto de vista cognitivo,<sup>74</sup> y desde allí se sustentan algunas exigencias prácticas que cobijan a todos sus miembros: el Estado, los creyentes y los agnósticos.

Por parte del Estado, ámbito en el que ha sido reconocida y formalizada la secularización institucional del poder político, este debe mantener su secularidad y, con ella, su imperativo de neutralidad ante la religión. Esta se despliega como una neutralidad cosmovisiva que lleva a garantizar las mismas libertades para todos los ciudadanos. De lo anterior se sigue que dicha neutralidad es incompatible con la generalización política de una visión laicista y secularista del mundo. Dicho de otro modo, la separación institucional entre la Iglesia y el Estado y, como telón de fondo, entre el derecho, la política y la religión, no puede pretender trascender de lo institucional al plano mental y psicológico.<sup>75</sup> Por consiguiente, no se debe confundir la secularización del poder estatal con la secularización de la sociedad<sup>76</sup> o con la promoción de una cosmovisión secularista desde los ámbitos institucionales del Estado.

Para los creyentes, su principal deber consiste en *traducir* en el debate público sus convicciones religiosas a un lenguaje universal-

72. Habermas utiliza el término *laico* como no religioso o agnóstico, como es usual en el debate público europeo.

73. Cfr. Habermas, «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?», *op. cit.*, p. 8. El destacado en itálicas es mío.

74. Cfr. Habermas y Ratzinger, *op. cit.*, pp. 43-44.

75. Cfr. Habermas, *Entre naturalismo y religión*, *op. cit.*, p. 137.

76. Cfr. Habermas, «La voz pública de la religión. Respuesta a las tesis de Paolo Flores d'Arcais», *op. cit.*, p. 5.

mente accesible para todos. Más que un deseo –pues no se trata de una obligación jurídica o política–, este imperativo es consecuencia de la separación institucional entre la Iglesia y el Estado, pues esta exige que entre las dos esferas haya un filtro encargado de dejar pasar únicamente las aportaciones “traducidas” en términos seculares, y procedentes de toda la babel de voces del ámbito público, trasladándolas así hasta las agendas de las instituciones estatales.<sup>77</sup> El deber para los creyentes de traducir sus argumentos religiosos constituye un *requisito sine qua non* de la intervención y admisibilidad de los argumentos religiosos en los debates cuyo epicentro son los ámbitos políticos institucionales. Así, por ejemplo, cuando los católicos y los protestantes reclaman que el óvulo fecundado fuera del vientre materno tenga el estatus de portador de derechos fundamentales, intentan traducir al lenguaje secular de la Constitución la semblanza divina de la criatura humana.<sup>78</sup>

Finalmente, los agnósticos deben abrir sus mentes al posible contenido de verdad de las contribuciones religiosas y participar en un diálogo en el que podrían esgrimirse razones religiosas en forma de argumentos universalmente accesibles.<sup>79</sup> En otros términos: los agnósticos o los no creyentes no pueden, en tanto ciudadanos del Estado Liberal, “denegar por principio el potencial de verdad de las visiones religiosas del mundo, ni cuestionar el derecho de los conciudadanos creyentes a hacer aportaciones en un lenguaje religioso a la discusión pública”.<sup>80</sup> Más aun, cuando una cultura política liberal puede incluso esperar de ellos que participen, en una suerte de actitud proactiva, en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público general.<sup>81</sup>

## Conclusiones

Para terminar, conviene resumir los cuatro aspectos centrales que he tratado de exponer en las líneas precedentes.

- a) La revisión de la tesis de la secularización lleva a Habermas a poner en entredicho uno de los aspectos centrales de esta

77. Cfr. Habermas, *¡Ay Europa!*, *op. cit.*, p. 79.

78. Cfr. Habermas, «El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?», *op. cit.*, p. 136.

79. *Ibid.*

80. Cfr. Habermas, *Entre naturalismo y religión*, *op. cit.*, p. 313.

81. Cfr. Habermas y Ratzinger, *op. cit.*, pp. 46-47.

teoría: la equiparación entre modernidad y secularización, básicamente porque hoy no es válido seguir asumiendo que el predominio de un contexto social y político secularizado traiga consigo inexorablemente la pérdida de la relevancia social de la religión. Aunque ha perdido el papel monopolizador de sentido y de ordenación última de las esferas vitales del ser humano, la religión sigue desempeñando diferentes roles públicos en las sociedades de hoy.

- b) La relación entre la racionalidad secular y la racionalidad religiosa no debe ser disyuntiva sino dialéctica. Para ello, Habermas postula razones *históricas* (así se ha realizado en el devenir intelectual de Occidente), *sociológicas* (el contexto cultural actual da cuenta de la existencia de tradiciones seculares y religiosas), *políticas* (el déficit motivacional de los ciudadanos en el Estado Liberal), *religiosas* (la racionalidad religiosa ha perdido el carácter hegemónico en la competencia cosmovisional) y *epistemológicas* (dicho intercambio hace posible la fecundación y aportación mutua). Esta dialéctica supone que una y otra racionalidad reconozcan sus propios límites y estén dispuestas a emprender transformaciones que surjan, a su vez, de la apertura al contenido de la mentalidad opuesta.
- c) De parte de la racionalidad secular, la dialéctica con la racionalidad religiosa propicia una apertura que la lleva a tomar en serio sus pretensiones de verdad y a reconocer que, en el seno del Estado Democrático, existen profundas discrepancias sobre los alcances de dicha racionalidad en las cuestiones éticas y antropológicas más controversiales. Por ello, la racionalidad secular, inspiradora de la moral, el derecho y la política moderna, no debe clausurar por principio ninguna aportación o influencia proveniente de la racionalidad religiosa.
- d) El proceso de aprendizaje entre creyentes –abanderados de la racionalidad religiosa– y agnósticos –abanderados de la racionalidad secular– requiere una disposición mutua de apertura al potencial de verdad que subyace en la posición contraria. Al mismo tiempo, requiere que unos y otros sean capaces de expresar sus convicciones en forma que todos puedan entenderlas. El Estado, que no es propiamente un árbitro en dicho proceso pero sí un testigo privilegiado del mismo, no debe imponerle a la sociedad una visión laicista o secularista del mundo desde los ámbitos institucionales.

## Bibliografía

- BECK, Ulrich. *El Dios personal. La individualización de la religión y el "espíritu" del cosmopolitismo*. Trad. de Rosa S. Carbó. Barcelona, Paidós, 2009.
- CASANOVA, José. *Religiones públicas en el mundo moderno*. Madrid, PPC, 2000.
- CONCILIO VATICANO II. *Documentos completos*. 16ª ed. Bilbao, Desclée de Brower, 1999.
- FAZIO FERNÁNDEZ, Mariano. *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*. 2ª ed. Madrid, Rialp, 2007.
- FERRY, Luc. *El hombre-Dios o el sentido de la vida*. Trad. de Marie-Paule Sarazin. Barcelona, Tusquets, 1997.
- FISH, Stanley. «¿Sabe la razón lo que le falta?». Trad. de Luis E. Guarín. Disponible en: [http://www3.eltiempo.com/culturayocio/lecturas/ARTICULO-WEB-PLANTILLA\\_NOTA\\_INTERIOR-7966883.html](http://www3.eltiempo.com/culturayocio/lecturas/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-7966883.html) (consultado: 5 oct. 2010).
- GARZÓN VALLEJO, Iván. «Fe, universidad y modernidad». En: *El Mundo*, 01 jul. 2010, p. A3.
- GEORGE, Robert P. *Moral pública*. Trad. de Miriam Rabinovich. Santiago de Chile, IES, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *¡Ay Europa! Pequeños escritos políticos*. Trad. de Pedro Madrigal y Francisco Javier Gil Martín. Madrid, Trotta, 2009.
- . *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe*. Trad. de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona, Paidós, 2009.
- . «La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho». En: Taylor, Charles. *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*. 2ª ed. México, FCE, 2009.
- . «La voz pública de la religión. Respuesta a las tesis de Paolo Flores d'Arcais». En: *Claves de Razón Práctica*. Nº 180, 2008, pp. 5-6.
- . «El resurgimiento de la religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?». En: *Diánoia*. Nº 60, 2008, pp. 3-20.
- . *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. 5ª ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 2008.
- . *Entre naturalismo y religión*. Trad. de Francisco Javier Gil Martín. Barcelona, Paidós, 2006.
- . *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Trad. de Ramón Vilá Vernis. Barcelona, Paidós, 2003.



- . *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Trad. de R.S. Carbó. Barcelona, Paidós, 2002.
- . *Israel o Atenas. Ensayos sobre religión, teología y racionalidad.* Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 2001.
- y John RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político.* Trad. Gerard Vilar Roca. Barcelona, Paidós, 1998.
- y Joseph RATZINGER. *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión.* Trad. de Isabel Blanco y Pablo Largo. Madrid, Encuentro, 2006.
- , Charles TAYLOR, Judith BUTLER y Cornel WEST. *El poder de la religión en la esfera pública.* Trad. de José María Carabante y Rafael Serrano. Madrid, Trotta, 2011.
- INNERARITY, Daniel. «Habermas y el discurso filosófico de la modernidad». En: *Daimon. Revista de Filosofía*. Nº 1, 1989, pp. 217-224.
- JUAN PABLO II. *Fides et ratio.* Vaticano, Imprenta Vaticana, 1998.
- LESSNOFF, Michael H. *La filosofía política del siglo xx.* Trad. de Germán Cano. Madrid, Akal, 2001.
- MATE REYES, Manuel. «El debate Habermas-Flores d'Arcais. La religión en una sociedad postsecular». En: *Claves de Razón Práctica*. Nº 181, 2008, pp. 28-33.
- REDER, Michael y Josef SCHMIDT. «Habermas y la religión». En: Jürgen Habermas, *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe.* Trad. de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona, Paidós, 2009.
- SCHMIDT, Josef. «Un diálogo en el que sólo puede haber ganadores». En: Jürgen Habermas, *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe.* Trad. de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona, Paidós, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía.* Trad. de Francisco Javier Conde. Buenos Aires, Struhart, 1998.
- SUÁREZ MOLANO, José Olimpo. *Crítica a la razón en la filosofía del siglo xx.* Medellín, Universidad de Antioquia, 2006.
- VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas.* Madrid, Alianza, 2003.



# El dilema histórico de la decisión judicial. La teoría del derecho de Jürgen Habermas

Óscar Mejía Quintana\*

## Introducción

Sin duda la teoría del derecho de Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (1992), constituye uno de los clásicos más significativos del pensamiento jurídico de finales y comienzos de siglo. Junto a Kelsen, Pashukanis, Radbruch, Hart, Rawls, Dworkin, Alexy, Kaufmann y Kennedy, entre los que para mí constituyen la “biblioteca mínima” iusfilosófica y teórico-jurídica, la obra de Habermas se inscribe como una de las más representativas y significativas no sólo de la filosofía del derecho sino de la teoría jurídica contemporáneas.

Habermas carga el estigma, especialmente entre los abogados, de ser en esencia un “filósofo” en general, y ni siquiera un filósofo del derecho y mucho menos un teórico jurídico. Ignoran que desde la década de los setenta Habermas cambia la filosofía como esquema de interpretación societal por el de una sociología reconstructiva, en la línea de la sociología reflexiva de la primera Teoría Crítica, precisamente para obviar el argumento simple y descalificador de que sus planteamientos respondían a un deber ser irrealizable y no al ser de la realidad. Al contrario, las propuestas de Habermas se fundan en estudios sociológicos, empíricos y especializados, no en pretensiones imperiales de un “deber ser” filosófico que hace mucho dejó de tener vigencia vinculante para las ciencias sociales y empírico-analíticas, como lo fue hasta el siglo XIX.

Pero, además, la comunidad jurídica desconoce que desde *Teoría de la acción comunicativa* (1981), Habermas no sólo reconstruye lo más distintivo de la sociología jurídica de Weber a Parsons sino que, a partir de ello, traza uno de los diagnósticos más demoledores sobre el derecho moderno después del planteado por Hegel a nivel filosófico:

---

\* Filósofo de la Universidad Nacional. Magíster en Filosofía Moral y doctor en Filosofía Política de la Pacific Western University. Doctor en Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor titular y coordinador académico del Doctorado y de la Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Par acreditador del CNA para programas de Derecho. Correo electrónico: omejiaq@unal.edu.co.

el del derecho como colonizador interno del mundo de la vida. E ignora también que su teoría del derecho es la respuesta a la crítica que Robert Alexy le formula a mediados de los ochenta, en *Concepto y validez del derecho*, cuando le dice que su teoría de la acción comunicativa, precisamente por su implacable diagnóstico sobre el derecho, no puede resolverse sino como una teoría jurídica.

Ese “guantazo”, como diríamos coloquialmente, lo recoge Habermas –no sin dolor– y procede a estudiar el derecho, ya no desde el “punto de vista externo”, de acuerdo con la clásica distinción del profesor Hart, sino desde el “punto de vista interno”, durante varios años. De ahí que *Facticidad y validez* sea el fruto de un seminario permanente de expertos europeos y norteamericanos sobre derecho privado y derecho constitucional, cuya estrategia de investigación y estructura teórica cumple los cánones requeridos de todo texto teórico-jurídico.

En efecto, el libro presenta inicialmente una noción de validez jurídica que ilustra con la metáfora de la doble cara de Jano: la validez del derecho tiene que garantizar no sólo una integración sistémica, procesalizada jurídicamente, sino, de manera simultánea, una integración social, democráticamente mediada. Planteado esto, que funge como hipótesis valorativa, Habermas procede, en la línea de los textos clásicos, reitero, primero –como espero mostrarlo más abajo– a reconstruir un concepto de derecho que le permite inferir la proyección normativa que las revoluciones democráticas angloamericana y francesa del siglo XVIII definieron –en los términos político-morales que un proceso constituyente lo dispone– y, segundo, a contrastar este concepto de derecho con el carácter que la decisión judicial asume en las escuelas teórico-jurídicas dominantes de nuestro tiempo: el iusnaturalismo o hermenéutica, el realismo y el positivismo.

En este punto, exactamente, es donde se presenta la discusión que este escrito quiere abordar y que Habermas define de manera puntual como el dilema histórico que enfrenta el derecho en los tiempos actuales: el carácter deontológico o axiológico que la decisión judicial tiene que perseguir en términos de “decisiones justas para todos” o de “decisiones buenas para algunos”.

Para ello, zanja una discusión entre Dworkin y Alexy que en Colombia ha tomado ribetes caricaturescos al mostrar que los dos representan soluciones opuestas y enfrentadas a esta disyuntiva histórica, en la medida que el primero –en la línea de Rawls– encarna la perspectiva deontológica y el segundo, por el contrario, la perspectiva axiológica del derecho, oponiendo y clarificando así las diferencias y distancias entre la teoría de la respuesta correcta dworkiniana y la teoría de la

ponderación de Alexy que en el contexto colombiano hemos querido, erróneamente, identificar en la misma corriente.

Esto a su vez, para que no quepa duda, lo contrasta Habermas con los paradigmas de adjudicación constitucional, que en el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos se confrontan, lo que le permite sugerir un tercer paradigma constitucional sustentado sociológicamente, como el que mejor garantizaría la perspectiva deontológica de decisiones justas para todos, frente a decisiones buenas para algunos que deslegitiman al sistema jurídico y político, en el nivel más alto que la justicia constitucional representa para la sociedad en su conjunto.

En ese orden de ideas, la hipótesis de trabajo que este escrito buscará desplegar es la siguiente:

Frente a la indeterminación del derecho y la irracionalidad de la justicia que el iusnaturalismo, el realismo y el positivismo propician, adoptando así cada una de ellas una perspectiva axiológica de decisiones judiciales “buenas para algunos”, Habermas apuesta por una perspectiva deontológica de decisiones judiciales “justas para todos” que reivindica a partir de la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, en línea con Rawls, frente a la de la ponderación de Alexy, igualmente axiológica, y que en todo caso complementa con un modelo alternativo de adjudicación constitucional que, en contraste con los modelos dominantes tanto en el contexto alemán (ponderación) como en el contexto angloamericano (liberal y republicano), propone a la opinión pública –basado en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía–, en la dialéctica de públicos dominantes y contrapúblicos contrahegemónicos de Nancy Fraser, como álgter ego del tribunal constitucional, que le permita a este garantizar decisiones justas para todos y no buenas para algunos.

Para ilustrar lo anterior seguiré el siguiente itinerario: en una primera parte retomaré a Rawls para mostrar de qué forma en la jerarquización de los principios de justicia, que este recoge en la figura del orden lexicográfico, se encuentra el origen de la perspectiva deontológica del derecho que Dworkin desarrolla y Habermas reivindica. Posteriormente, abordaré las teorías de Dworkin y Alexy para exponer sus principales elementos y señalar, en especial, las diferencias sustanciales que sus dos modelos teóricos entrañan frente a la cuestión del

balanceo y la ponderación los principios, como dos metodologías contrapuestas de adjudicación constitucional. En la tercera parte reconstruiré la teoría del derecho de Habermas en función de esclarecer su concepto de derecho, la reivindicación que hace, a partir de Dworkin, de la perspectiva deontológica del derecho y la decisión judicial frente a la axiológica de Alexy y su modelo alternativo de adjudicación constitucional que en últimas remite a un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía.

Quisiera terminar esta introducción aclarando la ubicación de este trabajo en el terreno de la teoría jurídica, incluso si se quiere de la filosofía del derecho, no de la hermenéutica ni de la interpretación constitucional. Su objetivo no es confrontar los cánones hermenéutico-constitucionales criollos sobre los que discurren sus altas cortes –aunque ganas no le falten–, sino plantear una discusión de la teoría transnacional del derecho, como diría el profesor Diego López, con el fin de dar claridad sobre los términos originales de la problemática tal como se ha llevado a efecto en el ámbito central y su singular recepción periférica, específicamente en Colombia, la cual no ha recogido fielmente sus planteamientos sino que ha estado además sustancialmente desenfocada. Pero hay que reconocer, como dirán Rawls y Dworkin, que la última palabra en un sistema jurídico no la tienen los profesores de filosofía y teoría del derecho, ni los académicos en general, sino los jueces en sus decisiones judiciales.

## 1. Rawls: la jerarquización de los principios

### 1.1. La posición original

Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual como instrumento para garantizar que los principios de justicia social que deban orientar a la sociedad sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad normativa de los mismos.<sup>1</sup> El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la *posición original*, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior.<sup>2</sup>

1. Cfr. John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1978, pp. 35-40.

2. *Ibid.*, p. 36.

Aquí vale la pena aclarar que la posición original no es sino el consenso político que se produce al interior de un congreso constituyente como quedará claro al inicio de la segunda parte de *Teoría de la justicia*, específicamente en el apartado sobre la “secuencia de cuatro etapas” donde queda en evidencia que el recurso contrafáctico de la posición original alude realmente al consenso sobre los mínimos fundamentales que se produce al interior de un proceso constituyente.

En ese contexto, el *velo de ignorancia*, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la potencial discusión simétrica sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando la libertad e igualdad argumentativas de los grupos sociales con el fin de garantizar que la concepción pública de la justicia que se concierte sea el fruto de un procedimiento dialogal amplio y deliberativo.

Rawls introduce enseguida la noción de *bienes sociales primarios* por cuanto que son ellos los que le imponen “límites de realidad”, tanto a la concepción como a la realización de los principios de justicia seleccionados en la posición original. Estos bienes primarios son necesidades que los ciudadanos requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, como tales, tienen conocimiento de ellos en sus consideraciones al interior de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia deben asegurarles un número suficiente de estos en su vida ciudadana.<sup>3</sup>

Del procedimiento de discusión consensual, Rawls deriva los dos principios de justicia que buscarán regular la estructura básica de la sociedad y disponer la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.

Estos principios no sólo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de legitimidad, validez y eficacia de las diferentes medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan pues, en general, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

---

3. *Ibid.*, pp. 289-290.

## 1.2. Jerarquización de los principios

En las *condiciones formales de lo justo*, ya al interior de la posición original, Rawls había planteado las cinco características que tendrían los principios que, consensualmente a su interior, se concertarían, a saber: universales, generales, públicos, jerarquizados y definitivos. El cuarto rasgo plantea que los principios no pueden ser aplicados en un orden discrecional sino que tienen que serlo en el orden dispuesto por consenso en esa posición original, es decir, como fruto del acuerdo político al interior del congreso constituyente.

Aquí se introduce tanto una restricción moral y política como constitucional que será clave para la hipótesis que quiero ilustrar en este trabajo: a los principios se les confiere una jerarquía especial, un orden en su aplicación, interpretación y adjudicación que no puede ser cambiado ni por los legisladores, ni por el ejecutivo, ni por los jueces. Estos últimos tendrán en sus manos la defensa de los principios, frente a las mayorías legislativas que siempre buscarán cambiarlos en su provecho o frente al ejecutivo que querrá aplicarlos de acuerdo con las necesidades del momento, pero no podrán cambiar su jerarquización.

En efecto, del procedimiento de discusión consensual Rawls deriva los dos *principios de justicia*. Los principios buscan regular la estructura básica de la sociedad y disponen la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.

En ese marco, Rawls introduce un nuevo subconstructo, de especial importancia para nuestra reflexión, que denomina *orden lexicográfico consecutivo*, un "orden serial" por el cual ningún principio interviene mientras no hayan sido satisfechos los primeros.<sup>4</sup> De esta forma, el principio de igual libertad será situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, quedando el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales supeditado a él.

El orden lexicográfico consecutivo garantiza no sólo el orden de aplicación de los principios sino el criterio permanente para solucionar los eventuales conflictos de interpretación y aplicación que puedan presentarse.

---

4. *Ibid.*, p. 83.



La *formulación final* de los *principios de la justicia* es, entonces, la siguiente:

*Primer principio*

Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.

*Segundo principio*

Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

- a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

*Primera norma de prioridad* (la prioridad de la libertad)

Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma. Hay dos casos:

- a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos;
- b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptada por aquellos que detentan una libertad menor.

*Segunda norma de prioridad* (la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar)

El segundo principio de la justicia es lexicográficamente anterior al principio de la eficacia, y al que maximiza la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos:

- a) la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos;
- b) una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga.

*Concepción general*

Todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases de respeto mutuo– han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados.<sup>5</sup>

5. *Ibid.*, pp. 340-341.

El orden lexicográfico define igualmente las dos normas de prioridad. En primer lugar, la prioridad de la libertad y, en segundo lugar, la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar; estos principios y subprincipios no sólo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un *criterio de adjudicación* sobre todas las normas que pretendan regular la estructura básica de la sociedad. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

## 2. Dworkin vs. Alexy: peso vs. ponderación de los principios

En nuestro contexto ha hecho carrera una interpretación totalmente errada de las teorías de Dworkin y Alexy, sin duda al tenor de las necesidades adjudicativas que la Constitución de 1991 tuvo desde sus comienzos. Esta interpretación terminó maridando a Dworkin y Alexy en la figura de la “ponderación” sosteniendo, por tanto, que en las teorías de ambos autores, frente a la colisión de estos, los principios eran “ponderados” de acuerdo con la “optimización” que se hiciera entre ellos en la perspectiva de resolver “casos concretos”.

En lo sucesivo quisiera mostrar las dos posiciones divergentes de Dworkin y Alexy que, más adelante, Habermas terminará de dilucidar cuando contraste las dos posiciones antagónicas que los dos representan en cuanto al dilema histórico de la decisión judicial. Esta divergencia se presenta básicamente en que para Dworkin, en la línea de Rawls, los principios tienen un peso específico, en el caso de los Estados Unidos dado por el Constituyente de Filadelfia inicialmente, y es ese balanceo (*balancing theory*) el que debe ser adecuadamente interpretado por el juez, en el ejercicio adjudicativo, para darle al principio en conflicto el peso correspondiente. El juez debe desentrañar y justificar en los tres momentos (preinterpretativo, interpretativo y postinterpretativo), así como el peso correspondiente de un principio frente a otro.

Por el contrario, Alexy operará partiendo de unos principios aparentemente horizontales cuyo conflicto tiene que ser resuelto en función de optimizar la aplicación del uno o del otro frente a un caso concreto particular, gracias a unas subreglas que permiten determinar el grado de optimización práctica entre ellos, logrando afinar un criterio pragmático de implementación en la aplicación de los derechos.

## 2.1. Dworkin: teoría del balanceo de los principios

### 2.1.1. Derecho como concepto interpretativo

Dworkin parte de lo que denomina una concepción interpretativa del derecho, que le confiere al juez, como el principal protagonista del proceso judicial, una importancia decisiva en el desarrollo del derecho.<sup>6</sup>

Superando la dicotomía, establecida por el utilitarismo, el positivismo y la filosofía analítica del derecho, entre derecho y moral, Dworkin muestra su estrecha correspondencia y la necesidad de establecer sólidos nexos entre ambos, manteniendo, por supuesto, la autonomía de sus respectivas esferas.

La pregunta por el derecho remite, entonces, a la pregunta por la interpretación:

Pero si el derecho es un concepto interpretativo, cualquiera jurisprudencia digna de tener debe ser construida sobre algún punto de vista sobre qué es la interpretación [...]. La forma de interpretación que estudiamos, la interpretación de una práctica social, es como la interpretación artística [...]. Denominaré ambas formas como formas de interpretación “creativa” para distinguirlas de la interpretación científica y la conversación.<sup>7</sup>

El derecho, como práctica social, es una interpretación creativa de la realidad que Dworkin denomina, además, como “constructiva”. Cumple determinadas etapas: una etapa preinterpretativa, donde se esclarecen las reglas y normas de una práctica dada; una etapa interpretativa, donde el intérprete establece una hipótesis de trabajo, en el marco de las reglas y normas anteriores, y la justifica; y una etapa postinterpretativa donde evalúa y eventualmente reforma o no los resultados previos de su interpretación.<sup>8</sup>

Obviamente, el derecho no está sujeto a una sola interpretación, precisamente por la existencia de determinados paradigmas dominantes:

Ciertas soluciones interpretativas [...] son muy populares durante una época, y su popularidad, ayudada por la inercia intelectual normal, alienta a los jueces para que las adopten

6. Cfr. Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 76.

7. *Ibid.*, p. 47.

8. *Ibid.*, pp. 57-58.

para todo propósito práctico. Son los paradigmas y los cuasi-paradigmas de su época [...]. De repente, lo que parecía inobjetable es objetado, se desarrolla una interpretación nueva [...] de la práctica legal [...]. Los paradigmas se rompen y surgen nuevos paradigmas.<sup>9</sup>

Lo que en últimas permite que, tras la multiplicidad de interpretaciones de esas “minorías progresivas” que en forma permanente introducen nuevos esquemas de interpretación, el derecho no explote en multitud de fragmentos es la interpretación de los jueces articulada a través del precedente. Los jueces, no como meros técnicos jurídicos, sino en la medida en que ellos sí producen, a diferencia de los “filósofos de la justicia”, reglas semánticas útiles para el derecho:<sup>10</sup>

Es así como la opinión de cualquier juez es en sí una filosofía del derecho, aun cuando esa filosofía se encuentra escondida y el argumento visible esté dominado por citas y listas de hechos. La jurisprudencia es [un] prólogo silencioso a cualquier decisión en derecho.<sup>11</sup>

El juez introduce un principio de orden en la discusión iusfilosófica determinando, con su interpretación de las prácticas y normas legales, un “acuerdo inicial suficiente” que pueda ser tenido en cuenta por los abogados –los otros participantes del y en el sistema jurídico– para que “discutan sobre la mejor interpretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea”.<sup>12</sup>

Paralelo a las discusiones de los filósofos del derecho, el juez, como un filósofo de hecho, al interpretar como principal protagonista del proceso jurídico, las normas legales y determinar con ello sus reglas de juego, establece con su práctica y su jurisprudencia justificatoria un parámetro que ordena el proceso jurídico y el cual es tenido en cuenta por los otros actores del mismo.

El juez integra los tres momentos interpretativos en la decisión judicial que toma ateniéndose, en los casos difíciles, a la prioridad del principio adjudicativo sobre el legislativo en el marco de lo que

9. *Ibid.*, pp. 73-74.

10. *Ibid.*, p. 74.

11. *Ibid.*, p. 74.

12. *Ibid.*

Dworkin denomina el “derecho como integridad” que, en contraste con el “pragmatismo legal” y el “convencionalismo”, permite tomar una “respuesta correcta”:

[El derecho como integridad] sostiene que los derechos y responsabilidades provienen de decisiones anteriores y por lo tanto tienen valor legal [no sólo] cuando están explícitas en estas decisiones sino también cuando provienen de principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen a través de la justificación.<sup>13</sup>

En efecto, el juez abarca en su interpretación un espectro de elementos hermenéuticos para tomar una decisión en derecho que complementa –desde la dimensión de los principios– el marco de las reglas legales. Su objetivo no es sólo el funcionamiento del aparato jurídico y la aplicación de las normas legales, sino de la justicia, en el más amplio y profundo sentido del término:

El mal juez [...] es el juez rígido y “mecánico” que hace cumplir la ley para beneficio de esta, sin importarle la miseria, la injusticia o la ineficiencia que provoque. El buen juez prefiere la justicia a la ley.<sup>14</sup>

### 2.1.2. El juez Hércules

A partir del análisis de casos difíciles, como en general de todas las prácticas del derecho consuetudinario, Dworkin llega a la conclusión de que para resolverlos el juez necesita operar con una especie de razón hermenéutica, “imaginación interpretativa” la denomina,<sup>15</sup> con el objeto de interpretar un amplio espectro de intenciones individuales, contextos sociales e históricos, normas legales vigentes y jurisprudencia, perspectivas del legislador, entre tantos otros. Sólo así puede su decisión final, en derecho, ser íntegra y justa.

Semejante tarea, que sólo el juez puede realizar y que realiza, además, a diario, supone concebirlo como un “superjuez”, cuyo método debe garantizar también la integridad de su interpretación:

13. *Ibid.*, p. 78.

14. *Ibid.*, p. 20.

15. *Ibid.*, p. 237 y ss.

El derecho como integridad requiere que un juez que decide un caso de derecho consuetudinario [...] se considere como un autor en la cadena del derecho consuetudinario [...]. La decisión del juez (sus conclusiones postinterpretativas) debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido anteriormente, hasta donde sea posible. Por tanto en derecho como en literatura, el juego entre adaptación y justificación es complejo [...]. La interpretación [...] en derecho es un delicado equilibrio entre convicciones políticas de diferentes tipos [...]. Debo tratar de mostrar esa compleja estructura de la interpretación legal y para ello utilizaré un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobre-humanos que acepta el derecho como integridad. Llamémoslo Hércules.<sup>16</sup>

La interpretación del juez, al intentar comprender toda esa amplia estructura sociojurídica, incluso la intención primigenia del legislador y aplicarla a un nuevo contexto, lo desborda, convirtiéndose, de hecho, en un supraleislador que, por encima de las circunstancias que le dieron origen, preserva el espíritu de la ley a costa de superar su letra muerta. Y aunque hay restricciones a esa interpretación integral que debe hacer el juez, a la hora de la valoración final pesan más sus criterios de justicia, equidad y las convicciones políticas que considera que mejor interpretan y realizan el significado de una ley en cuestión:

Su interpretación debe ser sensible no sólo a sus convicciones acerca de la justicia [...], sino también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad política y el debido proceso en cuanto a que estos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia.<sup>17</sup>

Esto coloca al juez en el vórtice de los conflictos doctrinarios y sociopolíticos en la medida en que siempre su decisión final estará mediada por su interpretación personal del derecho, tomando, en ocasiones, una dirección iusfilosófica en lugar de otra. De allí que el juez Hércules sea susceptible de todo tipo de objeciones y críticas, señala Dworkin, como la de que juega a la política, que es un fraude, que es

---

16. *Ibid.*, p. 173.

17. *Ibid.*, p. 239.

arrogante, que es un mito, lo cual es refutable ante la necesidad misma de lograr y mantener la necesaria integridad del derecho por cuyo fin existe.<sup>18</sup>

Incluso la Constitución es susceptible de tales interpretaciones por parte del juez Hércules, quien no se detiene ante nada en la pirámide de normas legales:

La Constitución tiene una gran diferencia con los estatutos ordinarios. La Constitución es fundamental [...] de modo que la interpretación de Hércules [...] también debe ser fundamental. Deben adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política [...]. En la teoría constitucional, la filosofía está más cerca de la superficie del argumento y, si la teoría es buena, se hace explícito en ella.<sup>19</sup>

### 2.1.3. El balanceo de los principios

Pero la esencia de la propuesta dworkiniana reside en la “*balancing theory*”, en la teoría del balanceo, en la explicitación que el juez debe hacer del peso de los principios. En nuestro contexto, la recepción de Dworkin ha tenido varios tropiezos. El primero, el paleopositivismo (como lo denominaría Ferrajoli) según el cual todo principio es externo al ordenamiento: de ahí que para ellos Dworkin sea “iusnaturalista”.<sup>20</sup> Por supuesto, quienes así opinan no han leído a Dworkin cuando sostiene:

Un principio pertenece a un orden jurídico si figura en la teoría o concepción del derecho más sólida o mejor fundada que pueda formularse como justificación de las reglas sustantivas e institucionales que explícitamente integran dicho orden jurídico.<sup>21</sup>

18. *Ibid.*, p. 186 y ss.

19. *Ibid.*, p. 267.

20. Cfr. Pablo Bonorino y Jairo Iván Peña, «Iusnaturalismo moderno», en: *Filosofía del derecho*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Lara Bonilla / Universidad Nacional (Facultad de Derecho), 2002, pp. 58-66.

21. Cfr. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 128.

Un *segundo tropiezo* ha sido el desconocimiento de la *Teoría de la justicia* (1971) de John Rawls como puente en la discusión entre Hart (*El concepto de derecho*, 1961) y Dworkin (*Los derechos en serio*, 1977). Ello ha permitido que proliferen la interpretación errada de que en el debate Hart-Dworkin<sup>22</sup> la postura rawlsiana no tuvo nada que ver cuando, en realidad, en el punto de los principios que se articulan con la moralidad política en el marco de un consenso constituyente, no sólo Rawls confronta a quien fuera su profesor en la pasantía de doctorado en Oxford, H.L.A. Hart, sino que Dworkin retoma de Rawls tanto la mencionada categoría como la noción del peso diferenciado de los principios:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso [...]. Cuando los principios se interfieren [...] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber una mediación exacta y el juicio respecto de si un principio [...] es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar [...] qué peso tiene. Las normas no tienen esta dimensión.<sup>23</sup>

En efecto, siguiendo lo que fue la discusión constituyente de Filadelfia, Dworkin muestra –en la línea de Rawls– los principios moral-políticos subyacentes a la deliberación (igualdad e igual tratamiento y respeto), que posteriormente se constitucionalizan *qua* principios y derechos explícitos del ordenamiento (debido proceso y tratamiento equitativo), precisamente en la consideración rawlsiana de un orden lexicográfico de los principios, así determinado por el constituyente.

Lo anterior tiene varias implicaciones relevantes. La *primera* es que es el juez el encargado por el constituyente de defender los principios frente a las mayorías legislativas que siempre querrán cambiarlas a favor de las mayorías electorales que las han elegido, en desmedro de las minorías. Precisamente por esa razón el constituyente deja en manos de los jueces la defensa del consenso: porque estos no van a estar sometidos a las presiones políticas del momento y tienen el deber,

22. Cfr. César Rodríguez, «Estudio preliminar», en: *El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.

23. Cfr. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 77-78.



no sólo constitucional, sino moral y político, de defender el consenso constituyente frente a la “tiranía de las mayorías”.

El supuesto argumento contramayoritario de las decisiones judiciales queda así desvirtuado: los jueces defienden el consenso de todos frente a la voluntad de muchos. El consenso universal prima sobre la voluntad de las mayorías, con lo cual el juez garantiza a las minorías la plenitud de sus derechos, en concordancia con la disposición consensual constituyente que así expresaba su decisión de igualdad para todos y tratamiento equitativo para las minorías.

La *segunda*, que es la que preocupa a Dworkin, es sustancialmente la restricción de la discrecionalidad judicial. La “respuesta correcta” se entiende en dos sentidos: primero, es la decisión que en los casos difíciles se atiene al peso de un principio sobre otro, de acuerdo con una serie de factores que el Juez Hércules debe tener en cuenta: el consenso político constituyente que definió los términos de equidad en su momento (en la línea del Rawls de *Teoría de la justicia*), la historia constituyente y legislativa, el historial de precedentes. Segundo, como quedará después ratificado por Habermas, en el sentido de “decisiones justas para todos” y no de “decisiones buenas para algunos”.

El modelo normativo de decisión judicial propuesto por Dworkin (juez Hércules-respuesta correcta) garantiza la propia seguridad jurídica al constreñir la discrecionalidad de los jueces y explicitar y/o restablecer en un proceso interpretativo de tres etapas (pre, interpretativo y post) que puede ser racionalmente acompañado, el peso de un principio frente a otro que, como veremos más adelante, no se trata de escoger, en función del caso concreto y su optimización pragmática, un principio frente a otro.

## 2.2. Alexy: argumentación jurídica y ponderación

Tres momentos quisiera destacar en la obra de Alexy. El primero, en la línea de Habermas, la aplicación de los principios de la ética discursiva habermasiana, en el marco de la tradición kantiana, a las *reglas de argumentación jurídica* logrando lo que más tarde llamará aquella “estabilización del punto de vista moral en los procedimientos jurídicos”, lo que sin duda constituye un avance fundamental en la reconsideración del paleopositivismo y la democratización de los procedimientos jurídicos.

El segundo, su reflexión sobre la *norma básica* que le permite destacar, de una parte, la importancia que la misma tiene para el análisis de un sistema jurídico en cuanto es a partir de ella que se define

la validez del sistema en general y de las normas aisladas en particular. Y, de otra, las debilidades de las tres teorizaciones en torno a la misma: la normativa (Kant) por cuanto amarra la norma básica a un contenido predeterminado difícilmente aceptado socialmente sin un procedimiento democrático preestablecido. La analítica (Kelsen) por cuanto su vaciedad y su supuesta neutralidad desarmen al sistema jurídico de sus posibilidades de corrección frente a casos de injusticia extrema. Y la empírica (Hart) porque fácilmente puede caer en un círculo vicioso al establecer criterios meramente empíricos de validez que suponen, sin embargo, contenidos sustantivos no explicitados.

El tercero que quiero destacar es la *teoría de la ponderación*, íntimamente ligada a su propia teoría de los derechos fundamentales. Aquí, sin embargo, como más adelante lo mostraremos con Habermas, Alexy se aleja de la tradición deontológica kantiana y adopta, por el contrario, una posición axiológica más en la línea de Aristóteles y Hegel, lo cual resulta paradójico dado que es esta tradición, a través de Perelman, la que había confrontado en su primer momento. En lo que sigue expondré sucintamente los dos momentos anotados, que, junto con la teoría dworkiniana, serán finalmente rescatados por Habermas en su teoría del derecho y de la decisión judicial.

### 2.2.1. Reglas de la argumentación jurídica

El concepto de racionalidad práctica es sumamente vago y a eso se suma la multiplicidad de interpretaciones que han surgido sobre ella. Básicamente hace referencia a los patrones de orientación que asumimos en la vida cotidiana. En este conflicto de interpretaciones resaltan tres tradiciones constituyentes que más tarde darán pie a la proliferación de posiciones actuales: la tradición aristotélica, la hobbesiana y la kantiana. De estas derivarán luego autores como MacIntyre en el comunitarismo, Buchanan y Gauthier en la teoría de la elección racional y Habermas en la kantiana.<sup>24</sup>

Alexy problematiza su fundamentación de la razón práctica a partir de la tradición kantiana, cuyo principio de universalidad es la clave de la misma, en contraste con la tradición aristotélica (centrada en la vida buena) y hobbesiana (centrada en la elección estratégica):

24. Cfr. Robert Alexy, «La polémica acerca del concepto de razón práctica», en: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 132-135.

En la discusión actual, compiten sobre todo tres conceptos de la razón práctica o de la racionalidad práctica que, tomando como punto de referencia los modelos históricos, pueden ser llamadas la “aristotélica”, la “hobbesiana” y la “kantiana” [...]. Intentaré defender la concepción kantiana en una variante teórico-discursiva [...]. La base de toda concepción kantiana de la racionalidad práctica es la idea de la universalidad. Esta idea puede ser interpretada de muy diversa manera. Aquí habrá de interesar sólo la interpretación de la teoría del discurso.<sup>25</sup>

En efecto, Alexy es muy claro en cuanto a defender una teoría normativa del discurso práctico, en la línea general de la filosofía kantiana y, específicamente, en la de la teoría del discurso de Habermas, que más adelante se abordará. Su intención es sustentar una teoría procedimental universalista a partir de un procedimiento de argumentación cuyo concepto nuclear es el del juicio racional.

Un discurso práctico es racional si cumple dos tipos de reglas de argumentación práctico-racional: una primera que se refiere a la estructura de los argumentos y una segunda al procedimiento del discurso.<sup>26</sup> Las primeras reglas que se refieren a la estructura de los argumentos exigen:

[...] la no contradicción, la universalidad en el sentido de un uso coherente de los predicados utilizados, la claridad lingüístico-conceptual, la verdad de las premisas empíricas utilizadas, la completud deductiva de los argumentos, la consideración de las consecuencias, ponderaciones, el intercambio de los roles y el análisis del surgimiento de las convicciones morales. Todas estas reglas son también monológicamente utilizables y [...] ninguna teoría de la argumentación práctico-racional [...] puede renunciar a ellas.<sup>27</sup>

Las segundas reglas son de tipo no-monológico:

1. Todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- 2.1. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.

25. *Ibid.*, pp. 133.

26. *Ibid.*, pp. 136-137.

27. *Ibid.*, p. 137.

- 2.2. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.
- 2.3. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades.
3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en (1) y (2), cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza.<sup>28</sup>

Y enseguida puntualiza que “estas reglas expresan, bajo un ropaje teórico-argumentativo, el carácter universalista de la concepción teórico-discursiva de la racionalidad práctica”.<sup>29</sup> De donde se deduce, para Alexy, el siguiente principio, en una disgregación de los principios de la ética del discurso de Habermas: “AU: una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos”.<sup>30</sup>

Al atenerse una norma a estas condiciones logra una aprobación universal ideal y, por tanto, se constituye en una norma moral idealmente válida, ateniéndose así, señala Alexy, al principio del poder legislador kantiano: “De ahí que sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora”.<sup>31</sup>

Aplicada al sistema jurídico, esta fundamentación kantiana de racionalidad práctica, sustentada en la pretensión de universalidad tal como Habermas la ha mediatizado en su ética discursiva, posibilita una democratización de los procedimientos jurídicos que logra estabilizar el punto de vista moral, es decir, el consenso, al interior de los mismos, garantizando así una dimensión de corrección discursiva, no axiológica ni estratégica, en el derecho en general.

### 2.2.2. Validez triádica del derecho

En un segundo momento de su obra que quisiera destacar, Alexy aborda los tres tipos de normas fundamentales de acuerdo con las

28. *Ibid.*, pp. 137-138.

29. *Ibid.*, p. 138.

30. *Ibid.*

31. Cfr. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Berlín, Real Academia Prusiana de Ciencias, 1907, pp. 313 y ss., citado por Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 138.

propuestas de Kant, Kelsen y Hart respectivamente, en la perspectiva de justificar un *concepto de derecho* que integre una validez no sólo jurídica, sino social y moral simultáneamente, con la perspectiva de superar las debilidades de aquellos sobre la norma básica.<sup>32</sup>

Para Alexy, Kant define un tipo de *norma fundamental normativa* cuya obligatoriedad es conocida *a priori* por la razón.<sup>33</sup> La legislación positiva debe estar precedida por una ley moral que fundamenta la autoridad del legislador. La norma que precede a las leyes no es sólo un presupuesto epistemológico sino una ley natural. Pese a que la norma fundamental es una norma de derecho racional de carácter iusnaturalista existe una prioridad iusracional del derecho positivo sobre aquel, lo que desemboca en que no se admita el derecho de resistencia, con lo que Kant sucumbe a la perspectiva autoritaria de obediencia absoluta al derecho.<sup>34</sup>

Kelsen, por su parte, define un tipo de *norma fundamental analítica*.<sup>35</sup> La norma fundamental cimienta la validez de todas las normas de un sistema jurídico con tres características sustanciales. Es necesaria, por cuanto el cumplimiento de la Constitución supone en el participante su aceptación. Es posible, pese a que no puede ser identificada conforme al orden social y a su eficacia. Su contenido es neutral, pues no se identifica con ningún valor moral. En cuanto a sus tareas estas son, esencialmente, la transformación de categorías del ser en deber ser, la determinación de los criterios de hechos creadores de derecho, así como el ser fuente de unidad del sistema jurídico en general, siendo su estatus la de ser presupuesta, hipotética, sólo pensada y no fundamentada. Como queda claro, se presenta una contradicción irresoluble entre las características y las tareas de esa pretendida norma fundamental.

Hart, finalmente, plantea un tipo de *norma fundamental empírica* denominada "regla de reconocimiento", que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus.<sup>36</sup> La regla de reconocimiento contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas. Tanto en la cuestión de su contenido como de su validez,

32. Cfr. Robert Alexy, «La norma fundamental», en: *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 95-130.

33. Cfr. en general, José Luis Colomer, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Madrid, CEC, 1995.

34. *Ibid.*, pp. 116-120.

35. *Ibid.*, p. 96 y ss.

36. *Ibid.*, pp. 121-130.

se trata siempre de cuestiones empíricas. Hart infiere la aceptación de la regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Su validez se deriva de su existencia como criterio de práctica jurídica, con lo cual el argumento deviene circular y la concepción empírica fracasa.

A partir de las debilidades de las tres propuestas, Alexy propone como alternativa un concepto *triádico* de validez del derecho. Una *dimensión sociológica* que define que una norma vale socialmente si es obedecida o, en caso de desobediencia, que se aplica una sanción gradual. Una *dimensión ética* que define que una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada y se basa exclusivamente en su corrección, es decir, en su justificación moral. Finalmente, una *dimensión jurídica* que incluye las anteriores pero supone también que la norma sea dictada por órgano competente y según el procedimiento previsto.<sup>37</sup>

Para los sistemas de normas, la validez jurídica depende más de la validez social que de la moral pues el sistema puede subsistir aunque no sea moralmente justificable. Los sistemas de normas que no formulan ni explícita ni implícitamente una *pretensión de corrección* no son sistemas jurídicos y no valen jurídicamente. La injusticia aunque se aplica sólo a las normas aisladas puede invalidar al sistema en general cuando se extiende a tal número que no existe el mínimo de normas justas para conservarlo como tal.

En cuanto a las normas aisladas, la derogación corresponde a la pérdida de un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia, lo que origina la pérdida de validez jurídica de una norma debido a la pérdida generalizada de su eficacia. Las normas aisladas pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas con lo cual la validez social y la validez moral son estructuralmente iguales cuando se trata de normas aisladas. La norma fundamental debe ser entendida, en últimas, como los principios del ordenamiento y es allí donde reside la *posibilidad de corrección* que el sistema jurídico puede esgrimir frente a normas aisladas o prácticas parcial o extremadamente injustas.

### 2.2.3. Teoría de la ponderación

Las colisiones de validez que se presentan en los tres órdenes anteriores y que remiten en última instancia al concepto de derecho que se defiende y, en su marco, a la noción de norma fundamental que se articule con ello, conducen a la dimensión donde aquellas colisiones

---

37. *Ibid.*, pp. 87-94.

tendrían que resolverse y que consigna, precisamente, para Alexy, el *problema de la ponderación*.<sup>38</sup>

Si acepta lo hasta aquí dicho, hay que partir del hecho de que en todo sistema normativo justificable existen tanto derechos individuales como bienes colectivos con fuerza propia. La experiencia muestra que cotidianamente se producen colisiones entre ambos. La cuestión de la solución conduce al problema de la ponderación.<sup>39</sup>

En efecto, para Alexy el ámbito que justifica la ponderación es la colisión permanente que se presenta entre derechos individuales y bienes colectivos en cuanto estos últimos son, igualmente, bienes individuales. Sin embargo, “sólo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si [...] tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización”.<sup>40</sup> Por el contrario, si tienen carácter de reglas son sólo un conflicto de reglas y no precisan ponderación: simplemente se resuelve declarando la invalidez o introduciendo una excepción a alguna de ellas.

La ponderación define un procedimiento que pretende garantizar la realización más amplia posible, jurídica y fáctica, de los principios, en tanto mandatos de optimización que son. Según Alexy, cuanto mayor es el grado de no satisfacción de un principio tanto mayor es la satisfacción del otro que lo confronta. En la necesaria justificación que tiene que hacerse, el modelo de ponderación vincula la ley de ponderación a la teoría de la argumentación jurídica racional.

Ponderación es un procedimiento cuyo resultado es un enunciado de preferencias condicionado que, según la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. No se trata de una cuestión de todo o nada sino de una tarea de optimización [...] modelo de fundamentación del enunciado de preferencia, conduce a la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias entre valores y principios.<sup>41</sup>

38. Cfr. Robert Alexy, «El problema de la ponderación», en: *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 203-208.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*, p. 204.

41. Cfr. Robert Alexy, «Concepto de ponderación», *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 157 y ss.

Finalmente, Alexy concibe una *regla de proporcionalidad* para regular la ponderación de un principio frente a otro y el cual a su vez está mediado por tres subreglas, a saber: *proporcionalidad* (cuál derecho es más beneficioso al ser aplicado), *idoneidad* (qué beneficio se deriva de la aplicación del derecho) y *necesidad* (si alguna acción o medida puede ser mejor al aplicarse), los cuales tendrían que ser suficientes para la adecuada elección de un principio frente a otro.

### 3. Habermas: teoría del derecho y decisión judicial

#### 3.1. El concepto de derecho

En los primeros capítulos de *Facticidad y validez*, Habermas –en una autocrítica sutil, de hondo calado, a su teoría de la acción comunicativa– plantea, en la línea de las teorías del derecho clásicas, el concepto de validez que pretende fundamentar.<sup>42</sup> Para ello descarta a Rawls –un tanto injusta y contradictoriamente, lo que quedará en evidencia unos años más tarde en la polémica sobre el *liberalismo político*–, reivindica la dimensión deliberativa de Hobbes, retoma elementos de Kant pero, sobre todo, fiel a su giro societal antes que filosófico, una vez más acude a la reconstrucción sociológica reivindicando a Parsons para mostrar que si en el esquema cuatrifuncional parsoniano el derecho puede amarrar a los subsistemas por arriba, al estar estos montados sobre plexos mundo vitales, también puede entonces amarrarlos desde abajo.<sup>43</sup>

Así pues, el derecho válido, acudiendo a la figura mítica de la doble cara de Jano, tiene que garantizar no sólo la integración sistémica sino también la integración social, como se ve en el siguiente esquema.

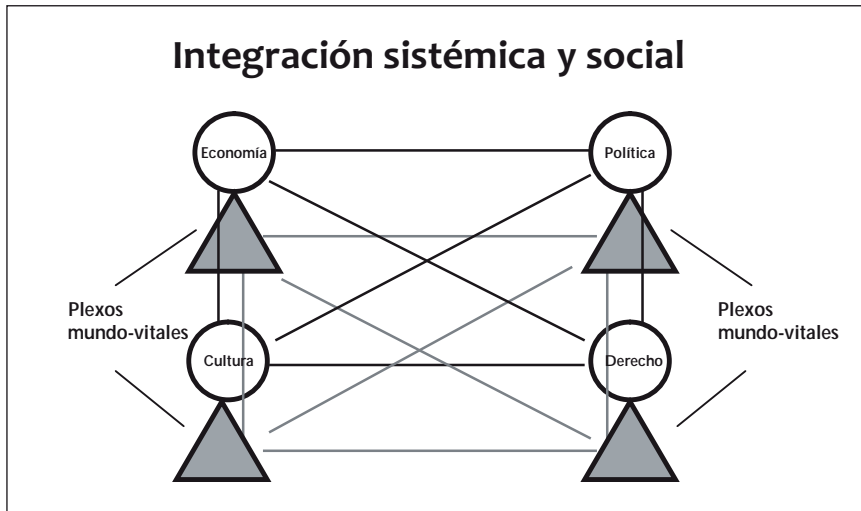
Planteadas su hipótesis de trabajo, la de una validez dual a la vez sistémica y social, Habermas emprende el largo y tortuoso camino de ilustrar esta, la columna vertebral de su teoría del derecho, en una reivindicación del derecho, como categoría de la integración social, a nivel epistemológico, y como *medium* de la integración social a nivel ontológico-social. Pero la reivindicación del derecho no será la del derecho convencional ni la de sus paradigmas tradicionales sino, por

42. Cfr. Jürgen Habermas, «El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez», en: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1988, pp. 63-104.

43. *Ibid.*, «Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia», pp. 105-146,



el contrario, una audaz reinterpretación de la proyección normativa que los procesos democrático-constituyentes del siglo XVIII, en especial el de París, tendrán para los ordenamientos jurídico-políticos contemporáneos. La fundamentación en este orden, antes que filosófica, será histórica y sociológica.

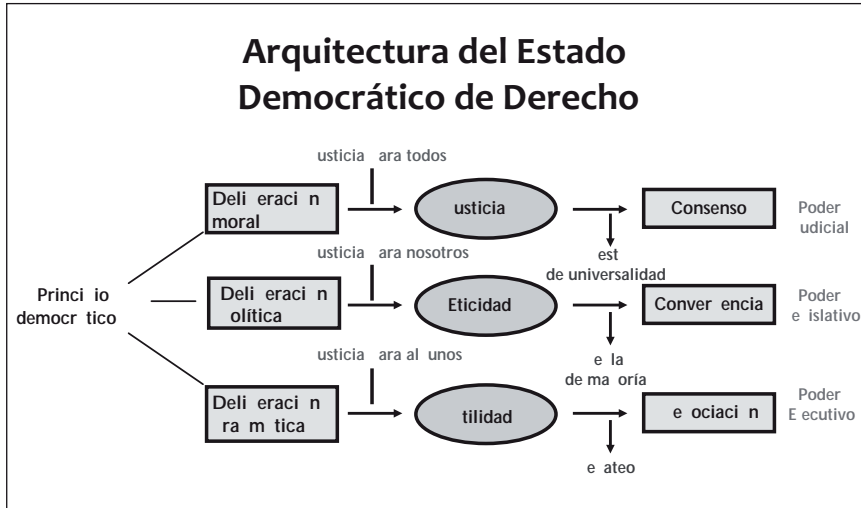


El primer paso, por tanto, será la reconstrucción del concepto de derecho. En los siguientes capítulos Habermas procede inicialmente en dos sentidos: de una parte, muestra que el principio consensual de su ética del discurso responde al *factum* histórico constituyente de Filadelfia y de París, si bien el primero, como Hanna Arendt lo sugiere, pudo responder más al esquema de una revolución conservadora –lo cual es discutible– y el segundo mejor a una revolución plenamente moderna y al concepto normativo de democracia radical que Habermas busca sustentar como criterio prescriptivo del Estado Democrático y Social de Derecho contemporáneo.<sup>44</sup>

Y de otra, en un *tour de force* muy original, eleva su *principio D*, de un principio de argumentación moral a un principio de consenso político-jurídico que, inmediatamente, matiza en un principio democrático que le permite moderar la aplicación del consenso, a partir de la recuperación kantiana de los tres usos de la razón pública. Esto le posibilita –a diferencia de Rawls– no sólo moderar la pretensión de consenso, que Rawls no logra matizar convirtiendo toda discusión ins-

44. *Ibid.*, «Reconstrucción interna del derecho (i): el sistema de derechos», pp. 147-198.

titucional prácticamente en un plebiscito moral, sino justificar normativamente, a partir de aquel, la arquitectura de los Estados Democráticos de Derecho contemporáneos (ver siguiente esquema).



De lo anterior, Habermas infiere una conclusión determinante: las deliberaciones morales conducen, institucionalmente, a que el poder judicial se oriente normativamente por una *pretensión de "justicia para todos"*, no de "justicia para nosotros" y tampoco solamente de "justicia para algunos". El concepto de derecho, en general, y la administración de justicia, en particular, tienen que orientarse hacia esa exigencia normativa (en términos morales y jurídico-constitucionales).<sup>45</sup>

## 3.2. Derecho, justicia y tribunales constitucionales

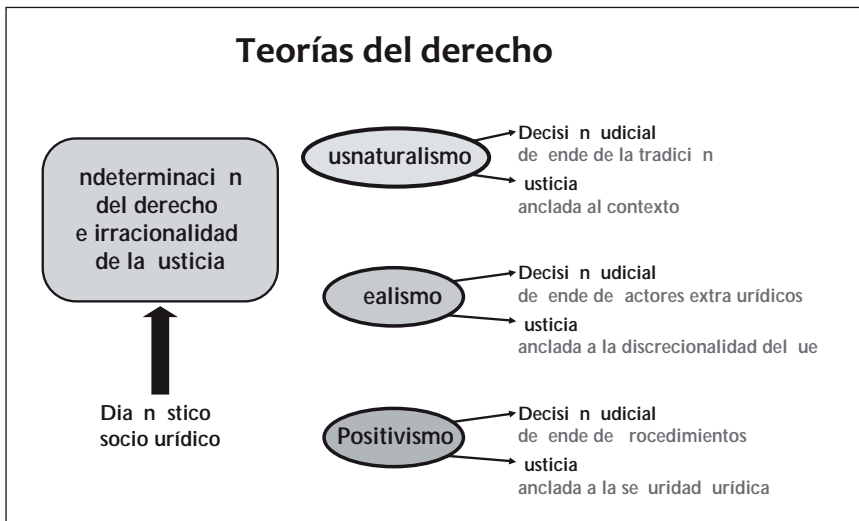
### 3.2.1. Indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia

Recogiendo estudios sociojurídicos sobre el impacto que las escuelas teórico-jurídicas dominantes (hermenéutica, realismo y positivismo) han tenido en los campos jurídicos respectivos, Habermas aborda sus consecuencias en términos de la indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia que han propiciado a nivel de la decisión judicial, contrastando sus criterios prescriptivos y sus implicaciones prácticas con la exigencia normativa, en términos moral y jurídico-

45. *Ibid.*, «Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del Estado de Derecho», pp. 199-262.

constitucionales, del poder judicial en cuanto tiene que orientarse por un criterio regulador de “justicia para todos”, no de “justicia para nosotros” ni de “justicia para algunos”.<sup>46</sup>

Habermas adopta aquí, críticamente, el diagnóstico de los *Critical Legal Studies* en cuanto a la indeterminación del derecho que ha sido siempre esgrimido, en general, por la teorías críticas del derecho pero, contrario a su argumento de que ello potencia eventualmente medidas favorables a los sectores desfavorecidos gracias a la discrecionalidad del juez, Habermas pone de presente que esta discrecionalidad sobre el carácter que la decisión judicial tiene en cada una de ellas, genera efectos perversos en cuanto a la posibilidad de supervisar racionalmente sus efectos en términos de qué tan justas pueden ser sus respectivas decisiones. El siguiente esquema resume las falencias de cada una de ellas:



En este punto, Habermas confronta todas estas teorías por la discrecionalidad que suponen, propiciando con ello una alta indeterminación de la decisión judicial y, consecuentemente, una enorme irracionalidad de la justicia; así, se originan decisiones que no cumplen con el ideal regulativo de la decisión judicial. Habermas introduce aquí lo que constituiría el dilema histórico e ideal-regulativo de la decisión judicial en nuestros tiempos: o el derecho defiende una *perspectiva axiológica* de “decisiones buenas para algunos” o, por el contrario, una *perspectiva deontológica* de “decisiones justas para to-

46. *Ibid.*, «Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia», pp. 263-310.

dos". Habermas rechaza la primera y se adhiere a la segunda como la única legítima en una sociedad pluralista.

En la teoría contemporánea del derecho, esta última está representada por Ronald Dworkin y su *teoría de la respuesta correcta*, la cual tendría que ser leída precisamente como la pretensión de reducir la discrecionalidad del juez y tomar decisiones justas para todos y no buenas para algunos, si bien la metáfora del superjuez Hércules de Dworkin se revela como una figura monológica antes que dialógica, pese a su bien intencionada visión deontológica.

La perspectiva monológica de Dworkin sólo puede superarse a través de una teoría discursiva del derecho. Habermas retoma críticamente la teoría de la argumentación de Robert Alexy para mostrar que sólo una interpretación dialógica del derecho, como la que esta supone, permite superar el "solipsismo" del superjuez Hércules dworkiniano y fundamentar, argumentativamente, "las presuposiciones y procedimientos" del discurso legal como tal.

Pero la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, si bien corrige dialógicamente el exceso monológico dworkiniano, permitiendo estabilizar el punto de vista moral al interior de los procedimientos jurídicos, representa para Habermas –en el espectro de las teorías jurídicas contemporáneas– la perspectiva axiológica del derecho que busca confrontar, en la medida en que su *teoría de la ponderación*, derivada de aquella, propicia "decisiones buenas para algunos" y no "decisiones justas para todos".

En efecto, con la ponderación de principios Alexy propicia una alta discrecionalidad del juez en la medida en que, al escoger un principio frente a otro en orden a optimizar su aplicación para la solución de un caso concreto, el momento de selección que excluye a uno y asume el otro, primero, no puede ser acompañado racionalmente pues pese a las subreglas de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, constituye un criterio profundamente subjetivo y arbitrario del juez y, segundo, introduce con ello patrones axiológicos particulares que ambientan una decisión buena para quienes compartan tal abanico de valores pero no justa para quienes no la hacen.

Para Habermas, por tanto, contrario además a un pensamiento postmetafísico, los derechos fundamentales interpretados como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en medio de realización de patrones de vida buena:<sup>47</sup>

---

47. *Ibid.*, «Normas vs. valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional», pp. 326-339.

[L]os derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y la forma de vida de una comunidad jurídica particular... Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles.<sup>48</sup>

Y más adelante enfatiza:

Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no una *preferibilidad particular o especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquías a los que se está acostumbrado.<sup>49</sup>

La ponderación favorece “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”, creando así, a largo plazo, una gran inseguridad jurídica pero también propiciando una deslegitimación progresiva del sistema jurídico. Esto en la medida en que las decisiones judiciales van a estar signadas por un alto grado de discrecionalidad y, en cuanto no son compartidas sino por las formas de vida cuyos valores se ven en la decisión representados y defendidos, son confrontadas por las formas de vida que se sienten discriminadas. La sociedad pierde confianza en las decisiones judiciales porque percibe que no responden a una regla cierta y confiable.

48. *Ibid.*, p. 329.

49. *Ibid.*, p. 332.

Adicionalmente, parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis absoluto en el dominio jurídico y su toma de distancia frente a una concepción pública de justicia para todos y no para algunos le hace olvidar el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso jurídico-político y constitucional y de qué manera es a través de ella, es decir de la expresión comunicativa plural e institucionalizada de la sociedad civil, que le es posible al juez constitucional inferir discursivamente los contenidos normativos del derecho –en sentido moral, jurídico-político y constitucional– y de la decisión judicial desde una perspectiva deontológica de “igualdad para todos” y no axiológica de “buenas para algunos”.

Con esto, Habermas deja en claro varios puntos: primero, que es un error identificar, como lo hemos hecho en Colombia, a Dworkin con Alexy. Mientras que Dworkin (en la línea del orden lexicográfico de Rawls) busca balancear los principios en términos de explicitar el peso de uno frente a otro, generando con ello un nuevo precedente que garantice “decisiones justas para todos”, Alexy pondera los principios excluyendo uno frente al otro para el caso concreto y generando, por el grado de discrecionalidad ética (no moral) que en ello se involucra, “decisiones buenas para algunos”. Segundo, que el dilema histórico que el derecho se juega en general en nuestros tiempos, y que en particular el juez (ya constitucional, ya de cualquier área dogmática) se plantea, es esa disyuntiva: ¿cuál criterio regulador debe orientar la decisión judicial: el axiológico o el deontológico? En eso –se infiere de Habermas– se juega su suerte el sistema jurídico.

### 3.2.2. Democracia y adjudicación constitucional

Pero Habermas no se queda en la teoría del derecho. Intenta justificar su propuesta directamente desde los modelos normativos de adjudicación constitucional. Aborda, inicialmente, la *metodología de trabajo* del Tribunal Constitucional alemán al que critica por lo que considera una falsa autocomprensión de la misma, en cuanto que, a través de las figuras de la ponderación y el caso concreto, se asimilan valores morales a principios jurídicos por lo que las decisiones judiciales pierden su carácter deontológico, justo para todos, y adquieren un peligroso sesgo teleológico, bueno para algunos.<sup>50</sup>

50. *Ibid.*, «Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional», pp. 311-362.

La crítica teórica a Alexy se convierte aquí en una crítica institucional al Tribunal Constitucional alemán e, indirectamente, a todos los Tribunales que han adoptado su metodología de trabajo basado en la ponderación y el caso concreto, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana. Como lo vimos, la interpretación de los derechos fundamentales como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en un medio de realización de patrones éticos, tomando partido por unos frente a otros, con lo cual las decisiones judiciales pierden progresivamente su base de legitimidad e, incluso, de eficacia y, a largo plazo, por su discrecionalidad e indeterminación, ponen en entredicho de manera paulatina su propia validez.

De ahí que Habermas considere mejor y más ilustrativa la lectura de la Constitución que se ha adelantado en el contexto norteamericano. En efecto, en los Estados Unidos se ha mantenido históricamente una tensión entre dos interpretaciones de la Constitución por parte de dos paradigmas dominantes.<sup>51</sup> De una parte, el *modelo liberal* y, de otra, el *modelo republicano*, con sus respectivas concepciones de democracia. Aquí Habermas parece adoptar, de nuevo, la postura de los *Critical Legal Studies* en cuanto que toda decisión jurídica es, en los casos difíciles que van más allá de la mera interpretación técnico-jurídica o técnico-constitucional, una decisión igualmente política.

El estudio jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia estadounidense muestra, en efecto, la prevalencia de dos paradigmas de adjudicación constitucional: un paradigma liberal que defiende, en últimas, un modelo de *democracia formal*. Y un paradigma republicano que defiende un modelo de *democracia directa*. Hay que aclarar que este último no debe confundirse con las posturas del Partido Republicano, aunque sin duda tenga raíces históricas comunes, sino que se restringe estrictamente al ámbito de la adjudicación constitucional. Reitero además que no es una "propuesta" iusfilosófica ni teórico-jurídica de Habermas: es un estudio empírico, si se quiere sociojurídico, de las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Cada uno de los paradigmas defiende una concepción de democracia a la cual va estrechamente ligada una interpretación del ciuda-

---

51. Cfr. C.R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990; Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona, Ariel, 1995; *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998. Ver también, entre otros: M.J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1998; F.I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument», en: *Florida Law Review* 41, 1998, pp. 443-490.

dano, de las libertades y de la relación Estado-sociedad. El *paradigma de adjudicación liberal* y su modelo de *democracia formal* propician un modelo pasivo de ciudadanía, sustentado en la prioridad de las libertades individuales, en el cual el ordenamiento jurídico-político se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de un Estado no interventor de la economía.

Por el contrario, el *paradigma de adjudicación constitucional* republicano y su modelo de *democracia directa*, defiende una concepción activa de la ciudadanía, fundamentado en la prioridad de las libertades políticas, poniendo el acento en los procesos deliberativos que la permitan y la sustenten y concibiendo el ordenamiento jurídico-político como soporte de procesos de deliberación pública. Sin embargo, este último paradigma, pese a suponer un concepto altamente protagónico de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre sí, al forzar una *etización de la vida pública* desde su particular concepción de vida buena.

Si estos paradigmas de adjudicación constitucional defienden, en últimas, modelos de democracia, la alternativa consistirá, para Habermas, en sustentar un modelo de democracia alterno que permita sustentar un paradigma de adjudicación constitucional que sepa interpretar la democracia en los términos sociológicos en que aquella se viene presentando en las sociedades complejas pues, indudablemente, la gran debilidad de los dos consiste en que ignoran la dinámica societal que en las últimas décadas viene caracterizando los procesos democráticos en el mundo entero. Habermas intentará mostrar cómo tienen que concebir sociológicamente la democracia los tribunales constitucionales para garantizar la perspectiva deontológica de “decisiones justas para todos” y no “buenas para algunos”.

### **3.3. Adjudicación constitucional y democracia deliberativa**

La única forma de superar el dilema al que parecen condenados los Tribunales Constitucionales contemporáneos en su defensa implícita de los modelos de democracia formal o directa, reside, para Habermas, en el reconocimiento de un modelo sociológico de democracia deliberativa, directamente relacionado con un paradigma alternativo de adjudicación constitucional, que articule las instituciones formales



con una esfera pública abierta y no restringida, conciliando con ello las dicotomías de los paradigmas liberal y republicano.

En una discusión paralela, a nivel de teoría política, a nuestro hilo conductor pero relevante y definitivo para la misma, la *traducción sociológica* que recoge Habermas permite superar, simultáneamente, tanto la definición minimalista de Norberto Bobbio<sup>52</sup> sobre la democracia, como la interpretación tecnocrática de Robert Dahl, para confrontar ambas desde una concepción alterna de política deliberativa.<sup>53</sup> En efecto, las dos definiciones desconocen las condiciones sociales para un procedimiento democrático-deliberativo de toma de decisiones que integre la esfera comunicacional de la opinión pública como protagonista central del proceso. Aunque, a diferencia de Bobbio y su definición minimalista, Dahl logra capturar el sentido deliberativo de los procedimientos democráticos, y sus conclusiones abogan no por la profundización deliberativa de la democracia sino, por el contrario, por un monólogo tecnocrático contrario a la misma.<sup>54</sup>

Frente a este espectro de posiciones, tanto a nivel de la adjudicación constitucional como a nivel de concepciones de democracia, Habermas adopta entonces un *modelo sociológico de política deliberativa de doble vía* que le permita rodear las objeciones de unos y otros a su propuesta, al pretender descalificarla de ideal y meramente teórico-prescriptiva, sin consideraciones empíricas. De ahí su interés en fundar sociológicamente el modelo de democracia que viabilice, plausiblemente, las condiciones de posibilidad reales del paradigma de adjudicación alternativo que busca sustentar. La pregunta clave es: ¿en qué sentido este modelo de democracia deliberativa sirve para garantizar “decisiones justas para todos” frente a las “decisiones buenas para algunos” que propiciaban los otros modelos?

### 3.3.1. Democracia deliberativa y opinión pública

Habermas articula a su modelo sociológico de democracia el de *espacio político público*, concebido como una estructura de comunicación que, a través de la base que para ella representa la sociedad

52. Cfr. Norberto Bobbio, *The Future of Democracy*, Cambridge, 1987.

53. Cfr. Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

54. Cfr. Habermas, «Sobre la traducción sociológica del concepto normativizante de política deliberativa», en: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 393-405.

civil, queda enraizada en el mundo de la vida.<sup>55</sup> Este espacio se convierte en una *caja de resonancia* que permite el desplazamiento de los problemas del mundo de la vida a la esfera de discusión del sistema administrativo, jurídico-político.

Para Habermas, los problemas son detectados por una serie de sensores, al servicio del espacio político público, que cumplen características básicas: una primera, la de no ser especializados, favoreciendo así su distribución a lo largo del conjunto de subsistemas sociales y, una segunda, la de tener la capacidad de transmitir sus impresiones a lo largo y ancho de toda la red. Con el apoyo de estos sensores, el espacio político público capta el lugar y las causas que originan los problemas significativos y los organiza para que representen un elemento de presión para las instituciones que operan en el espacio administrativo.

El espacio político público tiene sus raíces en *la esfera de la opinión pública*. La opinión pública no puede entenderse como una serie de instituciones u organizaciones que operan sistémicamente. Por el contrario, es una *red comunicacional espontánea* de opiniones diversas, amarradas a temas específicos, y dirigida hacia cuestiones socialmente relevantes. Su origen se encuentra en la acción comunicativa, ejercida por medio del lenguaje natural.

Los agentes a su interior no son *actores estratégicos*, concebidos para el logro de determinados fines, sino *actores generados comunicativamente*, constituidos a través de sus interpretaciones y posiciones. Esto genera un proceso discursivo de inclusión que impone nuevas condiciones a la dinámica comunicativa en cuanto supone mayor explicitación de los temas a discutir, poniendo de presente su importancia y forzando a la política a hacer uso de lenguajes asequibles a todos los individuos.

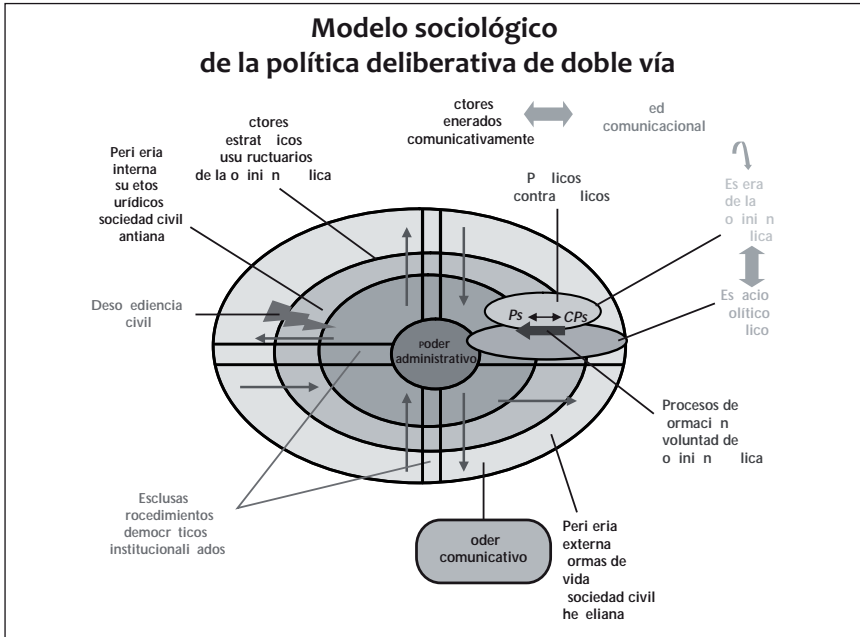
El papel de la opinión pública es proporcionar una serie de discursos que permitan *valorar las disposiciones* tomadas por el poder administrativo y, en caso de no estar de acuerdo con alguna de ellas, ejercer presión, incluso a través de la desobediencia civil, para obligar a su reevaluación. Todos estos elementos se ponen de manifiesto en el modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que Habermas ilustra con su "metáfora hidráulica de esclusas",<sup>56</sup> como en el siguiente esquema:

Para Habermas, la sociedad se concibe sobre un modelo de *esferas concéntricas*, comunicadas a través de un sistema de esclusas que

---

55. *Ibid.*, «Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública», pp. 407-468.

56. *Ibid.*, pp. 440-441.



permiten que la presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a este. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican a la periferia. Dentro del modelo, el Estado está ubicado en el centro, rodeado por sucesivos círculos que comprenden la sociedad civil kantiana, *periferia interna*, con toda la formalización que posee, y la sociedad civil hegeliana, *periferia externa*, compuesta por las diferentes formas de vida, donde se generan las posiciones propias de los sujetos colectivos particulares.

De aquí se infiere el tipo de *estrategias de iniciativa exógena* frente a lo político que aplica cualquier grupo fuera de la estructura de gobierno y, reivindicando lo que eventualmente se presente como una vulneración de sus intereses, propenda por involucrar en el problema a otros actores para introducir el tema en la agenda pública, creando así una presión sobre quienes toman las decisiones.<sup>57</sup>

La sociedad civil periférica posee mayor sensibilidad ante los problemas porque está imbuida de ellos. Por su parte, quienes actúan en el escenario político deben su influencia al público en general. Y aunque los temas, sostiene Habermas, cobran importancia sólo cuando los medios de comunicación los propagan al público, eventualmente son también necesarias acciones de protesta masiva para que los temas

57. *Ibid.*, pp. 460-466.

sean reconocidos en el ámbito político. De esta manera, se genera una *conciencia de crisis* vehiculizada a través de movilizaciones ciudadanas que, por medio de una comunicación pública informal, se mueve por vías que impiden la formación de masas adoctrinadas, reforzando así los potenciales críticos del público.

### 3.3.2. Opinión pública postburguesa

Fraser hace un análisis del triunfo relativo de la democracia liberal en 1989 cuando se comienza a hablar del “fin de la historia”. Frente a ello, el reto para el pensamiento crítico postsocialista es construir una *teoría crítica de la democracia*, urgente en países antes socialistas o con anteriores dictaduras o regímenes de dominación racial. En esa línea, Fraser reconstruye críticamente el concepto de esfera pública y muestra que la confusión que se generó en el socialismo en la relación entre Estado y movimientos sociales, espacios públicos y asociaciones ciudadanas impulsó formas estatistas autoritarias en lugar de mecanismos democráticos participativos.<sup>58</sup>

Para Fraser, el concepto de *esfera pública* de Habermas supera en parte las anteriores dificultades. Es un espacio institucionalizado de interacción discursiva, distinto al Estado, donde se producen y circulan discursos. Es diferente a la economía porque hay relaciones discursivas no estratégicas donde se debate y delibera.

Fraser propone una *alternativa matizada* sobre la esfera pública que complementa el planteamiento habermasiano y de cuya problematización se concluye que el modelo de opinión pública liberal no es el adecuado para sociedades complejas. De ahí la necesidad de concebir y propender por un *modelo postburgués de esfera pública* que piense en públicos fuertes y débiles, públicos hegemónicos y contrapúblicos subalternos, así como en sus eventuales formas híbridas que permitan concebir una democracia deliberativa más allá de la democracia liberal existente. La multiplicidad de públicos es preferible a un público hegemónico y una sola esfera pública dominante.

Fraser introduce el concepto de *contrapúblicos subalternos* para referirse a los “espacios discursivos paralelos donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contradiscursos, lo que a su vez les permite formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades”, y añade: “[...] en las so-

58. Cfr. Nancy Fraser, *Iustitia interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, pp. 115-117.

ciudades estratificadas, los contrapúblicos subalternos tienen un doble carácter. Por un lado, funcionan como espacios de retiro y reagrupamiento; por el otro funcionan también como bases y campos de entrenamiento para actividades de agitación dirigidas a públicos más amplios. Es precisamente en la dialéctica entre estas dos funciones donde reside su potencial emancipatorio”.<sup>59</sup>

Tal exploración sobre los contrapúblicos conduce a una *esfera pública postburguesa*, que nunca debe identificarse con el Estado. Hoy se puede reconocer la aparición de esferas públicas no estatales surgidas de iniciativas de la sociedad civil. Del rechazo a una concepción hegemónica de los públicos aparece un modelo pedagógico orientado hacia la experimentación de formas de autoorganización y autoaprendizaje. Su objetivo es producir nuevas estructuras que puedan dar lugar a formas inéditas (en red, desjerarquizadas, descentralizadas, deslocalizadas) de articulación de procesos culturales y sociales, agenciando el surgimiento de nuevos públicos y contrapúblicos.<sup>60</sup>

## Conclusión

La pregunta en este punto es, primero, en qué medida tanto el modelo sociológico de política deliberativa de doble vía de Habermas como la teoría de los públicos y contrapúblicos de Fraser pueden articularse con la discusión sobre adjudicación constitucional que venía dando Habermas; y, segundo, en qué sentido ello contribuye a la perspectiva deontológica de lograr “decisiones justas para todos”, contrario a la perspectiva axiológica de “decisiones buenas para algunos”.

La apuesta de Habermas es para que el juez constitucional deje de adoptar, la mayoría de las veces de manera no explícita, los modelos de democracia que en últimas viene asumiendo, el liberal de democracia formal y el republicano de democracia directa, y reconozca, de acuerdo con este tercer modelo sociológico, que hoy por hoy la democracia discurre en términos de lo que podemos denominar una democracia deliberativa o de opinión pública. El álter ego del tribunal constitucional no son los meros procedimientos democráticos (democracia formal) ni la voluntad de las mayorías (democracia directa) sino la deliberación ciudadana que se manifiesta en la dinámica comunicativa de la esfera pública.

59. *Ibid.*

60. Cfr. Michael Warner, *Publics and Counterpublics*, Boston, Zone Books, 2002, p. 65.

Pero incluso adoptando la óptica de este tercer modelo no queda claro cómo ello garantiza la perspectiva deontológica de la decisión judicial que, en la línea de Rawls y Dworkin, Habermas reivindica frente a la metodología de la ponderación de Alexy. Ahí es donde Fraser media y puntualiza: la decisión del juez constitucional debe considerar dos elementos estructurales, incluso yendo más allá del modelo normativo de Dworkin que pretende ignorarlo: primero, la deliberación entre públicos y contrapúblicos que le permita formarse un juicio integral sobre los discursos e interpretaciones en discusión en la esfera pública. Y, segundo, especialmente debe tener en cuenta la voz de los contrapúblicos como públicos débiles a los que tiene que escuchar y favorecer como minorías.

En el primer factor, no se trata, por tanto, ni de recoger la mera voz procedimental de las mayorías formales, legislativas o electorales (democracia formal) ni tampoco la voz activa de supuestas mayorías sociales, militantes y beligerantes por alguna causa (democracia directa). Se trata –segundo factor– de escuchar, en la medida en que la esfera pública –como caja de resonancia– hace eco de sus voces, a los que no tienen voz, a los públicos débiles, a los públicos subalternos, a los públicos minoritarios. Sólo al escucharlos y tenerlos en cuenta puede el juez constitucional garantizar una defensa de sus derechos y expectativas frente a meros procedimientos formales o al activismo de las mayorías para, de esa manera, garantizar decisiones justas para todos y no sólo buenas para algunos, en este último caso a favor de las mayorías formales o hegemónicas.

El juez constitucional es intérprete de textos jurídicos y de contextos sociopolíticos. Habermas recoge a Habermas para poner de presente que los ciudadanos son también intérpretes constitucionales y que sus reivindicaciones, sus reclamos al Estado, sus voces de protesta, no sólo tienen que ser tenidos en cuenta por las autoridades sino que son, en su expresión política, interpretaciones sobre sus derechos, sobre el ordenamiento jurídico-político, sobre la Constitución que los rige y, por lo tanto, los tribunales constitucionales deben considerar también ello como posiciones legítimas y exigencias de facto sobre sus derechos que deben ser tenidas en cuenta.<sup>61</sup>

---

61. Cfr. Peter Häberle, «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales», en: *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 109-152.

Pero es también la consideración de que la Constitución no es sólo un texto abierto sino es también un texto falible y que el juez constitucional, como los ciudadanos en sus expresiones de confrontación o apoyo diarios, la complementan y reescriben día tras día.<sup>62</sup> El presupuesto formalista de que la Constitución es un texto intocable por ser la voluntad prístina de un constituyente sin conflictos ni tensiones, simplemente hipostasia la voluntad popular en una letra muerta que ahoga el espíritu innovador que le dio vida, como ya Negri lo había mostrado y lo retoma Habermas en su famoso opúsculo «Soberanía popular como procedimiento» (1988).

Creemos que así hemos ilustrado plenamente la *hipótesis de trabajo* que animó este escrito, a saber:

Frente a la indeterminación del derecho y la irracionalidad de la justicia que el iusnaturalismo, el realismo y el positivismo propician, adoptando así cada una de ellas una perspectiva axiológica de decisiones judiciales “buenas para algunos”, Habermas apuesta por una perspectiva deontológica de decisiones judiciales “justas para todos” que reivindica a partir de la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, en línea con Rawls, frente a la de la ponderación de Alexy, igualmente axiológica, y que en todo caso complementa con un modelo alternativo de adjudicación constitucional que, en contraste con los modelos dominantes tanto en el contexto alemán (ponderación) como en el contexto angloamericano (liberal y republicano), propone a la opinión pública –basado en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía–, en la dialéctica de públicos dominantes y contrapúblicos contrahegemónicos de Nancy Fraser, como álter ego del tribunal constitucional, que le permita a este garantizar decisiones justas para todos y no buenas para algunos.

---

62. Cfr. José Antonio Estévez, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, pp. 41-90.

## Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce. *El futuro de la revolución liberal*. Barcelona, Ariel, 1995.
- . *La política del diálogo liberal*. Barcelona, Gedisa, 1998.
- ALEXY, Robert. «Concepto de ponderación». En: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 157 y ss.
- . «El problema de la ponderación». En: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 203-208.
- . «La norma fundamental». En: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 95-130.
- . «La polémica acerca del concepto de razón práctica». En: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 132-135.
- BOBBIO, Norberto. *The Future of Democracy*. Cambridge, 1987.
- BONORINO, Pablo y Jairo Iván PEÑA. «Iusnaturalismo moderno». En: *Filosofía del derecho*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Lara Bonilla / Universidad Nacional (Facultad de Derecho), 2002.
- COLOMER, José Luis. *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*. Madrid, CEC, 1995.
- DAHL, Robert. *Democracy and Its Critics*. New Haven, Yale University Press, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1992.
- . *Los derechos en serio*. Barcelona, Gedisa, 1992.
- ESTÉVEZ, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994.
- FRASER, Nancy. *Iustitia interrupta*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- HÄBERLE, Peter. «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales». En: *Constitución como cultura*. Bogotá, Universidad Externado, 2002, pp. 109-152.
- HABERMAS, Jürgen. «Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 105-146.
- . «El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 63-104.
- . «Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 263-310.



- . «Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 311-362.
- . «Normas vs. valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 326-339.
- . «Reconstrucción interna del derecho (i): el sistema de derechos». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 147-198.
- . «Reconstrucción interna del derecho (ii): los principios del Estado de Derecho». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 199-262.
- . «Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 407-468.
- . «Sobre la traducción sociológica del concepto normativizante de política deliberativa». En: *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1988, pp. 393-405.
- KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Berlín, Real Academia Prusiana de Ciencias, 1907.
- MICHELMAN, F.I. «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument». En: *Florida Law Review* 41, 1998, pp. 443-490.
- PERRY, M.J. *Morality, Politics and Law*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México, FCE, 1978.
- RODRÍGUEZ, César. «Estudio preliminar». En: *El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de Los Andes, 1997.
- SUNSTEIN, C.R. *After the Rights Revolution*. Cambridge, 1990.
- WARNER, Michael. *Publics and Counterpublics*. Boston, Zone Books, 2002.



# La modernidad como campo de concentración: ingenuidad y cinismo discursivo del Estado

Édgar Hernán Fuentes Contreras\*

*Si quisiera describirlo, diría que [...] la gente no ha inventado una expresión para describir lo que era Auschwitz. Era el infierno en la tierra [...]. Sólo fue destrucción.  
Edith P.\*\**

## Introducción

Resulta evidente que la generación de postulaciones comparativas y correlacionales trae consigo iguales observaciones críticas, con un interés preventivo, y que centren su interés, preferencialmente, en las disconformidades de la estructuración. De esta forma, se hace pertinente aseverar, como aclaración inicial, que difícilmente el presente texto busca establecer con pulcra exactitud similitudes cercanas a la *identidad* entre las figuras de la modernidad y los campos de concentración; incluso, podría afirmarse sin ningún tipo de contricción que yacería con mayor facilidad el reconocimiento de puntos discordantes sobre la postura metafórica que aquí se emplea. Sin embargo, he preferido en la presente ocasión, en el uso de los juegos del lenguaje, emplear connotaciones de carácter más *cínico*,<sup>1</sup> o si se prefiere provocador, y acercarme a un modelo epistemológico relativista y a una metodología cognoscitiva

---

\* Abogado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Becario de la Fundación Carolina. Magíster Oficial en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Culminó los cursos doctorales en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Sevilla. Profesor del Programa de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Autor de diversos artículos investigativos y publicaciones. Correo electrónico: edgar.fuentes@utadeo.edu.co.

\*\* Testimonio tomado de: [http://redescolar.ilce.edu.mx/redescolar/act\\_permanentes/historia/html/testimonios.htm](http://redescolar.ilce.edu.mx/redescolar/act_permanentes/historia/html/testimonios.htm).

1. "El cinismo es 'lo más elevado que puede alcanzarse en la tierra; para conquistarlo hacen falta los puños más audaces y los dedos más delicados'". Cfr. Carlos Ignacio Soto Olhabé, «Michel Onfray: cinismos. Retrato de los filósofos llamados "perros"», <http://www.onomazein.net/14/14-14.pdf> (consultado: 05 nov. 2011).

que, si bien podría situarse en un pesimismo metodológico,<sup>2</sup> procura estructurar la deconstrucción de aquello que se ha denominado como la *realidad contemporánea*, figurada y establecida como requerimiento del humanismo ilustrado y los procesos de unificación, domesticación, alienación, propios de manifestaciones ideológicas, y que pueden ver su punto pleno y de referencia en el nominado *holocausto judío*.

En consecuencia de ello, me es posible aseverar, siguiendo en el tono pretendido para el presente discurso, que Auschwitz, como campo de concentración durante el régimen Nacional Socialista en Alemania, es la conclusión de la maximización de la teoría ilustrada y el punto de referencia de cómo continuar haciéndolo sin que sea visible.

Auschwitz, para el pesar de muchos, no es el final de una era sino, por el contrario, una manifestación histórica, un suceso relativo y un punto de construcción autopoietica del Estado Contemporáneo.

Las formas de garantizar la no repetición de los penosos hechos del *holocausto*, lejos están de constituirse, pese a su promoción de dicha manera, en parámetros objetivos y unificadores que reconozcan las limitantes de la visión del *progreso humanista*. El desempeño de actividades *científicas y teóricas* posteriores a Auschwitz no ha podido fortalecer y expandir mecanismos realmente disidentes respecto a las formulaciones que sirvieron de origen para la catástrofe alemana a mediados del siglo xx; por mucho, han sufrido sólo una serie de adaptaciones o mutaciones que se vinculan con un efecto de camuflaje o de cinismo.

Si bien las enunciaciones teóricas ilustradas posteriores a la Segunda Guerra Mundial coinciden, casi a plenitud, con la preocupación de establecimiento de limitantes (axiológicos, instrumentales y/o procedimentales) ya no en el actuar del Estado propiamente dicho –como sucedió con la Revolución Francesa y su ataque al *Ancien régime*–, sino de las posibles implementaciones de las masas o el conglomerado social, mediante el empleo de las herramientas o ingenios democráticos; la nueva modernidad se estipula como ente unificador y a su vez excluyente a los *no incluidos*, donde las modulaciones se acercan más al idealismo y al fortalecimiento de las ideologías que al reconocimiento de las insuficiencias existentes, salvo para ser asimiladas y proyectadas

---

2. "Hay que distinguir el pesimismo metodológico del pesimismo existencial. El pesimismo metodológico se impone porque pensar en lo peor es la base misma del análisis. Pero el oficio del profesor consiste en pensar lo peor llevando una vida feliz. [...] Pues el deber del hombre es ser feliz. Si se quiere escapar de la trampa del resentimiento, hay que desear la felicidad". Cfr. Adolfo Vásquez Rocca, «Peter Sloterdijk: del pesimismo metodológico al cinismo difuso de nuestras sociedades exhaustas», <http://www.konvergenencias.net/vasquezrocca138.pdf> (consultado: 05 nov. 2011).

sistémicamente. El Estado Contemporáneo, ese Estado formado después de la Segunda Guerra Mundial, desde el ámbito teórico, no es otra cosa que el prelude de futuras catástrofes, tan mitigadas y escondidas bajo parámetros y descripciones consensuales o aspiraciones axiológicas que sólo maduran en el establecimiento de una *conciencia ingenua*.

De este modo, durante las siguientes páginas, centraré la atención en tres intentos principales, dentro del marco cronotopológico posterior a la Segunda Guerra Mundial: el primero de ellos relacionado con la exhibición de los caracteres propios de la Ilustración y su vínculo con Auschwitz, como modelo expansivo de su mentalidad. Seguidamente se descifrarán las medicaciones teóricas recetadas desde un carácter procedimental, especialmente por Jürgen Habermas como uno de los máximos exponentes filosóficos actuales de la Escuela de Frankfurt. Con ello debo informar que haré caso omiso a las postulaciones aludidas directamente como axiológicas o que se enmarcan en el reconocimiento de contenidos específicos inmutables e indiscutibles —los cuales ostentan una estrecha vinculación con el iusnaturalismo moderno—; ello al considerarlas metodológicamente como *impertinentes* y con un carácter fácilmente vislumbrado hacia la unificación y supresión de percepciones cognitivas y/o valorativas que difieran de lo establecido por el *orden, derecho o razón natural*;<sup>3</sup> esta circunstancia genera que hablar desde ellas de domesticación resulte no un trabajo formulativo e interpretativo sino de mera observación y atención.<sup>4</sup> En este orden de ideas, el tercer aspecto a desarrollar se encuentra delimitado por connotaciones estipulativas y críticas, no precisamente por de-

3. Aunque la afirmación se constituye como una exhibición certera, no quiero, tampoco, desconocer el papel desarrollado desde la Escuela Iusnaturalista en la formulación, comprensión y desarrollo del universo normativo, con énfasis en el espacio denominado como ordenamiento jurídico. Sin embargo, debo compartir con el profesor Hans Kelsen, por la congruencia de sus afirmaciones y el desarrollo de mis postulados, que el reconocimiento de *contenidos* universales son tan inciertos y al tiempo sólo admisibles si se cuenta con la pretensión de generalizar o universalizar una posición; lo cual no es más que una forma iracunda e ingenua de imposición de una postura como cierta y válida universalmente, por toda la eternidad. Una percepción relativista como la que sostendré en mi desarrollo, no encuentra, en este sentido, congruente el vigor de un solo enfoque, sino es por un mero acto de fe.
4. Evidentemente, el trabajo de percibir los aspectos ideológicos de una observación, incluso científica, no resultan en la actualidad tan llanos como se esperan. El reconocimiento de la travesía entre el carácter de *ingenua conciencia* y *falsa conciencia*, materializa la idea que plantea Peter Sloterdijk de la siguiente fórmula ideológica: “Ellos saben muy bien lo que hacen, pero aun así, lo hacen” (*Crítica de la razón cínica I y II*, trad. de Miguel Ángel Vega, Madrid, Taurus, 1989). Cfr. Slavoj Žižek, *El sublime objeto de la ideología*, trad. de Isabel Vericat Núñez, Buenos Aires, Siglo XXI; 2009; Žižek (comp.), *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, FCE, 2008.

finiciones persuasivas, respecto a la teoría conformante del Estado Contemporáneo, como proceso discursivo, y su vínculo con los procesos de domesticación, generalización y homogenización que confluyen para proferir una percepción de insuficiencia, ante lo que podría titularse como las *promesas rotas* del Estado Contemporáneo. Efectivamente, si se me permite elaborar una conclusión preliminar: lo afirmable se reduce a considerar que el Estado Contemporáneo no teme ya a las catástrofes, sino que su labor se concibe respecto a las mismas de cómo hacer que puedan ser aceptadas, reconocidas, anticipadas por procesos idealistas, *naif*, originados desde el consenso; el reconocimiento del *riesgo* habilita la actuación preventiva del Estado, pero el peligro contemporáneo sigue existiendo porque nace y se contiene o limita en el mismo y por el mismo sujeto y contexto. No por poco el sentimiento generalizado de que algo va mal, se mezcla con la idea de que lo peor está aún por venir.

## 1. El actuar ilustrado y el fenómeno de maximización homogenizante: Auschwitz como modelo

Una premisa angular que no puede ser desconocida es que el establecimiento del Estado Moderno se configuró arquitectónicamente en dos estrategias congruentes y conjuntas del movimiento *ilustrado*: por un lado, la construcción de un manto de *oscuridad* y por el otro, la promesa de que el candor de la nueva *racionalidad* será el faro que irradie el progreso de la humanidad. La Ilustración prescribió sus posturas, en un primer momento, a la separación y degradación de los fundamentos éticos, sociales y teóricos, entre otros, anteriores a ella –salvo aquellos que pudiesen serles útiles–; negando así la existencia de formas que difirieran a la suya para llegar al quehacer cognitivo, el cual fue titulado con ahínco como científico y establecido casi como una verdad absoluta e irrefutable. Así, se puede percibir que se levantó una vestidura opaca a la Edad Media, tildada como oscurantista pese a evidentes y reconocidos avances que se alcanzaron durante ella<sup>5</sup> y a una realidad histórica cierta e incuestionable: el Renacimiento y sus efectos no aparecieron por obra y gracia de Dios.

5. Algunos fenómenos como la aparición de las universidades, la filosofía escolástica, la adopción de los números arábigos, del sistema decimal, los avances del calendario lunar y solar, la aparición del molino, el tiro para el arado, las operaciones quirúrgicas como las ligaduras de arterias o las traqueotomías y por supuesto los progresos en la ciencia de los Alquimistas, son una muestra contundente de que la oscuridad u oscurantismo medieval puede ser visto más como una estrategia persuasiva que como una realidad palpable.

Sumado a ese manto, la Ilustración significó, además, la supresión o disminución de las *racionalidades* que diferían a la por ella defendida, la señalización de la existencia de *pseudociencias* desde un carácter peyorativo y la *satirización* del conocimiento tradicional y/o vulgar, entre otros, marcó la delimitación conceptual y cognitiva de la racionalidad ilustrada en un afán de universalización, imparcialidad y objetivización: el conocimiento se volvía, por así decirlo, accesible presuntamente para todos, pero alcanzable por caminos limitados y previamente determinados. Congruentemente, la Ilustración exhibía dichos accesos como viables y comprensibles mediante un proceso de reducción de la complejidad de la actividad cognitiva:

“Ilustración significa ampliación de la capacidad humana de tomar y reducir la complejidad del mundo”, “desarrollo de mecanismos de reducción de la complejidad”; consiste en la comprensión pero también en la reducción de la complejidad. Esto nos lo ha enseñado lúcidamente Niklas Luhmann, un mentor que hasta ayer todo jurista se sentía obligado a citar al menos una vez en su obra (casi como el celoso musulmán tiene la obligación de realizar una visita a La Meca durante el curso de su vida). Luhmann, el teórico de la complejidad, con su sociología de renovados fundamentos ilustrados, se convierte en el teórico de la reducción.

La reducción tuvo y tiene sus valores positivos: el panorama jurídico es simple, por lo tanto claro; iluminado por una sabia dirección centralista, es también armonioso. En suma, un panorama persuasivo que a los ojos del historiador tiene dos vicios graves: la abstracción y su consecuente carácter artificial.<sup>6</sup>

Pero el trabajo de oscurecer la labor anterior o aquella que difiere, implicó, adicionalmente, la faena de difundir las ideas que lo *novedoso*, es decir, aquello que promulgó es compatible con el antónimo del pasado, es el alumno que mata a su maestro, el uso de una técnica de negación y profanación para la exaltación de lo *nuevo*; de este modo, no es otra cosa que la construcción de la idea de progreso y supresión de la mentalidad de que todo tiempo pasado fue mejor.

El movimiento ilustrado elaboró así la formación terminológica de una colisión: la luz versus la oscuridad. El oscurantismo medieval

---

6. Cfr. Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 50.

en contra del Iluminismo, del Siglo de la Luzes, de la Ciudad Luz, de la Ilustración misma. Es, por ende, el impacto lingüístico una medida y protocolo de acción, es la urbanización y cimentación de la *nueva fe* a través de las herramientas lingüísticas que ofrecían la aparición de la imprenta, del Enciclopedismo, la difusión en las academias o teatros; era la producción de una comunidad ilustrada, en términos epistolares, el uso del espacio y plaza pública al tiempo de la difusión de las ideas de formación y concepción de todos como aparentemente iguales; sin embargo, lo único que provocaba de manera eficiente era generar una ilusión e idealismo que vendía pero que, sencillamente, no podía asegurar. La característica principal del Estado Moderno se consagró, en esta medida, en la oferta de un futuro prometedor, en la idea de progreso y de evolución, en la postulación de tomar las riendas de la humanidad para que ello pasara.

En congruencia con la anterior exposición, la construcción del Estado es la reproducción e imagen de la mayoría de edad, a la cual alude Immanuel Kant<sup>7</sup> y a la cual ha accedido la humanidad en medio de la Ilustración. Es, por tanto, una garantía de superación, por una parte, del modelo de entendimiento del mundo que se había unido coherentemente a postulados aristotélicos para encaminarse hacia un vínculo con el cientificismo y el positivismo como posturas de apreciación de lo natural y lo social; pero, asimismo, es la comprensión del Estado como la voz de la superación de marcos fácticos que evitaban el desarrollo de la presunta noción de *independencia*: es la ruptura de las cadenas del modelo feudal y absolutista, como teoría, “ideología” y práctica; y, sin embargo, el encadenamiento a una nueva visión que presumía de su aparente carácter incluyente, pese a que al mismo tiempo separaba y discriminaba a aquellos que no eran dignos, salvo que se sometiesen al proceso de domesticación ilustrado.

De esta forma, la Ilustración implicaba un proceso incluyente, si por este se presume la posibilidad de ingresar al *club* pero con una posición determinada y/o, en su defecto, con negación de cualquier tipo de habilitación que discrepara con lo establecido. La Ilustración era, por ende, humana y racional, si por los términos anteriores somos capaces de entender *hombre* y maximización de los beneficios individuales, respectivamente. Sólo de esa manera se puede asumir la generación de parámetros discriminatorios y excluyentes como la esfera pú-

---

7. Cfr. Immanuel Kant, «¿Qué es Ilustración?», <http://www.librosgratisweb.com/pdf/kant-immanuel/que-es-ilustracion-en-filosofia-de-la-historia.pdf> (consultado: 22 feb. 2011).



blica y privada, el establecimiento de la democracia representativa, la reducción del papel femenino y la percepción de peligro con respecto a modelos económicos y/o sociales que se vincularan con opciones alternativas más vinculables con la comunidad o que simplemente no avalaran al liberalismo, por haber abandonado la ingenuidad, y fuesen conscientes de la crisis forjada por una mano invisible que quedó totalmente eclipsada.

Marx procuró, como otros de su época,<sup>8</sup> con una brillantez determinante, aludir al problema social, en lo que podríamos denominar como una contusión imperceptible causada por una ingenua o falsa conciencia.<sup>9</sup> Con todo, el dilema marxista se encuentra en que su construcción crítica no es más que un reproche ideológico a la ideología, que evade la sátira y se construye desde el interior, *ad intra*, con los presupuestos epistemológicos ilustrados contra la propia Ilustración. De cualquier forma, y aunque pudiese ser interesante entablar una conversación sobre las producciones ideológicas, lo cierto es que la elaboración de los espacios reducidos me hacen emitir estrictamente la conclusión de que la disertación marxista, evidentemente congruente en aspectos de importancia, no alcanzó, por la misma ausencia de bifurcación metodológica, a contrarrestar la elaboración ilustrada sino a promover su *mejoramiento* o progreso en técnicas más avanzadas de domesticación y exclusión –así ése no fuese su propio objetivo–. Es incluso allí donde las aspiraciones contractualistas de negociación, de preexistencia de derechos naturales, de exaltación de la burocracia y la ley como expresión del sentir democrático, encuentran un punto de cercamiento en pro de resistir y oponerse a la crítica y al virus *marxista*, mediante el fortalecimiento del Estado: no en razón de instrumento, sino como fin último para conservar lo adquirido, obtenido y ganado con la Ilustración. En ese espacio, los regímenes totalitarios del siglo xx se muestran como el resultado propio de un proceso de exclusión, resistencia y sobreprotección a un modelo individualista de masas difundido por la Ilustración y la modernidad.

8. Aunque sería interminable la lista, quisiera hacer alusión, entre otros, a Robert Owen, Henri de Saint-Simon, Charles Fourier, Étienne Cabet, Pierre-Joseph Proudhon y Mijaíl Bakunin.

9. Ésta es probablemente la dimensión fundamental de la “ideología”: la ideología no es simplemente una “falsa conciencia”, una representación ilusoria de la realidad, es más bien esta realidad a la que ya se ha de concebir como “ideológica” –“ideológica” es una realidad social cuya existencia implica el no conocimiento de sus participantes en lo que se refiere a su esencia–, es decir, la efectividad social, cuya misma reproducción implica que los individuos “no sepan lo que están haciendo”. En términos de Žižek, la “ideológica” no es la “falsa conciencia” de un ser (social) sino este ser en la medida en que está soportado por la “falsa conciencia”. Cfr. Slavoj Žižek, *El sublime objeto de la ideología*, op. cit., pp. 46-47.

De este modo, se puede señalar que el reconocimiento histórico de lo acontecido en Oświęcim (en polaco) o Auschwitz (en alemán) vinculará, congruentemente, la estructuración teórica del mundo contemporáneo. Las actividades desempeñadas en esa población polaca ubicada a unos sesenta kilómetros al sudoeste de Cracovia, consiguieron establecerse en las opciones pertinentes que reforzaran la aplicación más radical del modelo ilustrado; obviamente no de la muestra o idealismo dispersado y difundido de la Ilustración, donde se grita como elementos claves: ¡*Liberté, égalité, fraternité!*, sino de su aplicación más sincera y escueta: aquella que fortalece no las virtudes que predica sino los vicios que de ellas se desprenden.<sup>10</sup>

Tal como quedó manifiesto en expresiones empleadas con anterioridad, la Revolución Francesa difiere plenamente de los ideales que predica: no sólo respecto a la *fraternidad* como virtud olvidada, sino, además, a la igualdad con el establecimiento de postulaciones que excluían a las de género femenino en la participación en el quehacer público, reduciéndolas, casi como a los esclavos en la antigua Grecia, a las labores del ámbito privado; y por supuesto, respecto a la libertad que sólo se presentará en los términos más contundentes hasta 1848 con la abolición definitiva de la esclavitud en Francia.<sup>11</sup>

La Alemania del Partido Nacional socialista Obrero Alemán, o si se quiere empleando terminología nazista, Tercer Reich o III Imperio Alemán, se configuró como la exhibición de los clásicos elementos propuestos por la Ilustración: el Tercer Reich era la garantía de la aplicación de los mecanismos democráticos, donde se incluía la intervención, incluso no sólo en la elección sino en la aprobación popular de las medidas que se insertaban en el ordenamiento jurídico. Conjuntamente, se constituyó en la materialización del concepto de soberanía popular,<sup>12</sup>

10. Los extremos contrarios a las virtudes que predica la Ilustración, desde una construcción aristotélica, se resumen en: el egoísmo, la envidia y los celos. De esta forma, se podría aseverar que el fortalecimiento del egoísmo se construye a partir de la maximización de la propia libertad, "sólo seré plenamente libre si los otros no existen". Por su parte, la solicitud de igualdad puede ser vista como la exigencia de tener o poseer en la medida que el otro también tiene dicho acceso. Por último, encontramos que los celos se vinculan con la labor de la consecución de la fraternidad, de ganar el querer del otro, la complacencia de mi actividad y que el tercero no la obtenga.

11. El 4 de febrero de 1794 se suprime por primera vez la esclavitud en Francia, en la Convención Nacional. No obstante, fue restablecida por Napoleón el 20 de mayo de 1802; y sólo hasta el 27 de abril de 1848 se realiza la abolición definitiva.

12. Cfr. Dieter Wyduckel, «La soberanía en la historia de la dogmática alemana», <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/primer/pdf/wyducke.pdf> (consultado: 14 nov. 2011).

de legitimidad y legalidad, y de una presunta racionalidad vinculada con postulaciones *iusnaturalistas* –pese a la constante alusión y acusación al positivismo jurídico–,<sup>13</sup> referidas a la existencia de un derecho natural de espacio vital bajo la órbita de la raza superior. De esta forma, nada incongruente resulta aseverar que el Estado alemán durante los años posteriores a 1933 no dejó de ser la manifestación de un Estado Ilustrado, sino el robustecimiento del mismo, como expresión democrática y de las exigencias del conglomerado. En consecuencia, Auschwitz, como los otros campos de concentración, era el reflejo de la reproducción ilustrada, aunque a su expresión más indignante, y de sus factores o puntos de satisfacción: educación, progreso, trabajo y exclusión.

De tal modo, el régimen nazi ubicó en Auschwitz uno de los complejos de concentración más reconocidos y aludidos por las recuperaciones históricas efectuadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En un territorio de unos cuarenta kilómetros cuadrados y donde se podía apreciar un letrero sobre la puerta de entrada que señalaba el lema “El trabajo te hará libre”,<sup>14</sup> se instituyó el campo de concentración más recordado por las escandalosas cifras de personas asesinadas y muertas –se ha llegado aseverar que superan los tres millones de individuos–. Auschwitz contaba con las más diversas funciones y, por supuesto, con las de mayor calibre para el régimen:<sup>15</sup> como las de concentración, experimentación y exterminio.

---

13. Cfr. Édgar Hernán Fuentes Contreras, «La tolerancia como construcción epistemológica del sistema democrático global», en: Édgar Hernán Fuentes Contreras (coord.), *Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010, pp. 115-145.

14. Cfr. «El campo de concentración de Auschwitz. 1940-1944», [http://www.corazonnes.org/lugares/polonia/auschwitz/auschwitz\\_concentracion.htm](http://www.corazonnes.org/lugares/polonia/auschwitz/auschwitz_concentracion.htm) (consultado: 06 nov. 2011).

15. Cuando se hace alusión a los campos de concentración, los mismos no eran del todo iguales, debido a que se constituían para la realización de funciones específicas; entre ellas se cuentan: a) exterminio, b) tránsito, c) ordenamiento, d) concentración, e) trabajo, f) educación, g) experimentación. Cfr. «Tipos de campos de concentración nazis, 1933/1945», [http://www.generaciones-shoa.org.ar/images/tipos\\_de\\_campos\\_de\\_concentracion.pdf](http://www.generaciones-shoa.org.ar/images/tipos_de_campos_de_concentracion.pdf) (consultado: 05 nov. 2011).

Karl Kraus, hacia 1914, profetiza a Viena como el “campo de pruebas para la destrucción del mundo”.<sup>16</sup> No obstante, Kraus, el gran ensayista satírico, el antiperiodista, con su muerte en 1936, seguramente no pudo observar con detenimiento que sus afirmaciones estaban medianamente lejanas de la realidad: lo sucedido en la Viena de los Habsburgo, anterior a la Primera Guerra Mundial, no era significativamente vinculante frente a aquello que se estableció durante el régimen nazi y de Auschwitz como modelo de apreciación y orientación. Auschwitz, definido por los sobrevivientes, no era precisamente un mero campo de experimentación del final del mundo, era más que eso, era el infierno mismo:

Allí toda crueldad e infamia, toda bestialidad y aberración, toda atrocidad y todos los horrores, se habían dado cita para transformar el lugar en un verdadero infierno. Continuas muertes por enfermedades y por inanición, frío, fatigas agotadoras, escorbuto, disentería, traumas e infecciones. El pelotón de fusilamiento acribillaba a docenas a la vez contra un paredón forrado de caucho, para atenuar el ruido del disparo. En la plaza de armas, cinco personas subían a la banqueta. El verdugo les colocaba el lazo al cuello. Con una patada a la banqueta quedaban las víctimas suspendidas.

Auschwitz se había hecho famoso por la instalación de la primera cámara de gas, la cual comenzó a operar el día 15 de agosto de 1940. Lo que más se temía no eran las balas, ni las horcas, ni las cámaras de gas, sino los sótanos de la muerte o “Bunkers”, por la lenta agonía y el martirio enloquecedor del hambre y de la sed. [...]

Auschwitz es la personificación de las atrocidades del siglo xx. Representa el lugar en donde se llevó a cabo un genocidio planificado y organizado hasta los más mínimos detalles. Las víctimas no fueron enterradas, sino calcinadas. Sus cenizas fueron esparcidas sobre los campos colindantes.<sup>17</sup>

16. “Con motivo de la Primera Guerra Mundial parecía que se acercaban ‘los últimos días de la Humanidad’. Hermann Broch, que fue sensible como pocos a la extraordinaria ‘crisis de valores’ en que se debatía la época, se refería, en su estudio sobre Hofmannsthal, a esa época como el ‘feliz Apocalipsis’, en el que anhelos de renovación y expectativas de destrucción se combinaban de forma inexorable. Era la ‘destrucción de un mundo’, pero en algún momento pudo parecer que era la aniquilación absoluta de toda pretensión de ‘humanidad’ lo que estaba teniendo lugar”. Cfr. Francisco Serra Jiménez, «Kelsen en Kakania (cultura y política en el joven Kelsen)», <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFID-1992-1-8AD5F649&dsID=PDF> (consultado: 08 nov. 2011). Véanse, además, Allan Janik y Stephen Toulmin, *La Viena de Wittgenstein*, Madrid, Taurus, 1974, y Pedro Medina, «Iluminaciones vienesas».

17. *Ibid.*

Auschwitz, con una acepción tan penosa y trágica para la humanidad, significó una razón de reformulación del modelo implementado tan posiblemente desgastado, para algunos, o tan inacabado, para otros, que requería una sustitución o replanteamiento, respectivamente. Los parámetros ilustrados –reflejados en los modelos democráticos– que prometían tanto<sup>18</sup> no habían conseguido contener el avasallante poderío de las ideas nacionalsocialistas alemanas, y de cierta forma similar a las expresiones fascistas en Italia y falangistas en la España de Franco. De este modo, los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial pueden ser leídos, desde una óptica historicista e instrumental, como el acceso a una formalización y modificación de la modernidad a estructuras post-modernas que bien rompan el esquema dilucidado por la modernidad, es decir, la pretensión de una nueva confección que difiera de la Ilustrada, tan fenecida e incompleta para el futuro que no valdría la pena sostenerla. O, en otra versión desde una postura con un mayor grado de optimismo pero igualmente crítica, la valoración de que el modelo ilustrado no ha sido aún plenamente desarrollado sino que, por el contrario, se constituye como un proyecto inacabado<sup>19</sup> que no debería ser abandonado sino ser replanteado para obtener sus beneficios a plenitud. Sin embargo, replantearlo puede ser visto, metafóricamente, como darle un nuevo tanque de oxígeno a una asmática modernidad que desde el siglo XVIII, compartiendo las observaciones en este punto con Habermas, ha estrechado su aspiración en hallar y establecer elementos equivalentes a aquellos que ostentaba la religión durante la época medieval: la modernidad vacía en sí misma pese a sus bastas construcciones axiológicas, no ha podido establecer un discurso pleno que tenga similares características al poder unificador que tuvo la religión. La cercanía con dicha aspiración fue efecto y causa del Tercer Reich, tan moderno y unificado

---

18. Una visión alternativa, que comparto parcialmente, sobre las promesas de la democracia puede ser vista en las manifestaciones del profesor Gustavo Zagrebelsky: “La democracia no nos ha dicho ‘venid conmigo y os prometo una vida de amorosas delicias’, y después se hubiera descubierto que no es sino una repulsiva bruja que nos somete a una vida animal. La democracia no es algo independiente y fuera de nosotros; peor para nosotros si nos hemos desilusionado. No es lícito hablar de promesas incumplidas de o por la democracia, como si nos hubiera pedido fiarnos de ella y después dicha confianza hubiera revelado vana. La democracia no promete nada a nadie pero exige mucho de todos”. Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Contra la ética de la verdad*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Trotta, 2010, p. 115.

19. Cfr. Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989.

como se quiso, pero insostenible como parece ser en ocasiones cualquier modelo ilustrado, salvo si se logra la perduración de la conciencia ingenua o, en altares contemporáneos, conciencia cínica.<sup>20</sup>

El sujeto cínico está al tanto de la distancia entre la máscara ideológica y la realidad social, pero pese a ello insiste en la máscara. La fórmula, como la propone Sloterdijk, sería entonces: “Ellos saben muy bien lo que hacen, pero aun así lo hacen”. La razón cínica ya no es ingenua, sino que es una paradoja de una falsa conciencia ilustrada: uno sabe de sobra la falsedad, está muy al tanto de que hay un interés particular oculto tras una universalidad ideológica, pero aun así no renuncia a ella.<sup>21</sup>

## 2. ¿El Estado como discurso o el discurso del Estado? La aplicación y resultado del consenso ilustrado

La reaparición de los intentos de fisurar o desgarrar en su totalidad el modelo Ilustrado –si es que en algún momento han desvanecido totalmente– viene a proferirse y a prescribirse, especialmente y en ocasión a su afectación directa, en el mundo europeo de la segunda postguerra, durante la década de los años setenta. Las manifestaciones filosóficas, epistemológicas, sociales, económicas, políticas e, inclusive, jurídicas<sup>22</sup>

20. “Esto es lo que produce nuestra primera definición: cinismo es la *falsa conciencia ilustrada*. Es la conciencia modernizada y desgraciada aquella en la que la Ilustración ha trabajado al mismo tiempo con éxito y en vano. Ha aprendido su lección sobre la Ilustración, pero ni la ha consumado ni puede siquiera consumarla”. Cfr. Peter Sloterdijk, *Crítica de la razón cínica I*, op. cit., p. 34.

21. Cfr. Žižek, *El sublime objeto de la ideología*, op. cit., pp. 56-57.

22. “Las bases del movimiento de crítica en el derecho se gestaron a finales de la década de los sesenta, a través de la influencia sobre juristas europeos de las ideas provenientes del economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), de la relectura gramsciana de la teoría marxista hecha por el grupo de Althusser, de la teoría frankfurtiana y de las tesis arqueológicas de Foucault sobre el poder. El movimiento, atravesado por tesis de inspiración neomarxista y de contracultura, comenzaba a cuestionar el sólido pensamiento juspositivista reinante en el medio académico y en las instancias institucionales. Así, se proyectaban en el campo del derecho investigaciones que desmitificaban la legalidad dogmática tradicional y a la vez introducían análisis sociopolíticos del fenómeno jurídico, aproximando más directamente el derecho al Estado, al poder, a las ideologías, a las prácticas sociales y a la crítica interdisciplinaria”. Cfr. Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 31.

construyeron diversas expresiones, posturas y *teorías críticas*<sup>23</sup> frente a los dogmas ilustrados. Esa labor reformulativa de la modernidad, a través de los conceptos de la razón, fue evidentemente propugnada, incluso desde la propia década de los años veinte del siglo xx –aunque no de forma exclusiva– desde la llamada Escuela de Frankfurt.<sup>24</sup>

En conexión con los desarrollos de la Escuela de Frankfurt, quisiera destacar, al ser considerado como el heredero nato y sucesor de los fundadores de la Escuela, Max Horkheimer y Theodor W. Adorno, al teórico y filósofo, entre muchos otros apelativos, Jürgen Habermas. Habermas, retomando las percepciones racionales ilustradas, organizará su teoría a través de un presupuesto de entendimiento básico del contexto social y la articulación de este con la existencia de una debilidad en el desarrollo de las ideas de la Ilustración: el fracaso de la modernidad no se debe, en realidad, a la presencia de un exceso de razón, sino, ciertamente, a un defecto de la misma. Por consiguiente, Habermas procura establecer elementos de una razón comunicativa donde confluya la razón práctica y teórica, mediante el lenguaje y la formación discursiva del consenso:

Desde sus primeros escritos Habermas ha desentrañado las claves de este proceso histórico de revisión de los tópicos de

- 
23. “La teoría crítica de la sociedad se propuso interpretar y actualizar la teoría marxista originaria según su propio espíritu. Por ello, entiende que el *conocimiento* no es una simple reproducción conceptual de los datos objetivos de la realidad, sino su auténtica formación y constitución. La teoría crítica se opone radicalmente a la idea de *teoría pura* que supone una separación entre el sujeto que contempla y la verdad contemplada, e insiste en un conocimiento que está mediado tanto por la *experiencia*, por las *praxis* concretas de una época, como por los intereses teóricos y extrateóricos que se mueven dentro de ellas”. Cfr. Sergio Néstor Osorio, «La teoría crítica de la sociedad de la Escuela de Frankfurt. Algunos presupuestos teórico-críticos», [http://www.unne.edu.ar/institucional/documentos/formacion\\_doc/RevNo1vol1.Art8.pdf](http://www.unne.edu.ar/institucional/documentos/formacion_doc/RevNo1vol1.Art8.pdf) (consultado: 06 dic. 2011).
24. “La Escuela de Frankfurt es, sin duda alguna, uno de los centros de irradiación del pensamiento más influyentes del siglo xx. En muchos aspectos filosóficos, políticos, jurídicos y sociológicos expresa la crisis de la cultura que se vive desde la segunda mitad del xix a consecuencia del desencanto de la razón y el embate contra la dialéctica de Hegel, último gran sistema de filosofía del mundo moderno. La Escuela padece y refleja las condiciones de su siglo de formas múltiples, desde su fundación en 1923 y su exilio, debido a la amenaza nazi que se cierne sobre sus fundadores, la vuelta al hogar en 1950 y su estigma de judaísmo, la heterogeneidad de los pensadores que albergan y el inevitable eclecticismos que propicia y cuya culminación en la obra de Habermas la enlaza con la hermenéutica de Gadamer, hasta se denodada lucha por rescatar la razón para el siglo y su fracaso final, que le añade un capítulo a su destino trágico”. Cfr. Alejandro del Palacio Díaz, «La Escuela de Frankfurt: el destino trágico de la razón», <http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2005/palacio.pdf> (consultado: 06 dic. 2011).

la filosofía moderna, obteniendo un resultado que puede sintetizarse en lo que constituye la comunicación. Se trata de una dirección ignorada casi por completo, apenas ensayada y a las que no se ha prestado la suficiente atención. Ni la tradición marxista con su culto a la praxis, ni el positivismo obsesionado por los hechos, ni el postestructuralismo francés que reduce la cultura a una naturaleza arcaica que actúa como principio determinante, se han tomado en serio la estructura racional del lenguaje. [...]

Resulta evidente que, en la época moderna, los procesos de racionalización se han desarrollado de una manera selectiva. El problema que ahora se presenta consiste en integrar las esferas de racionalidad parcial que han evolucionado autónomamente sin destruir su lógica específica. En esta reconstrucción de una racionalidad global sólo puede ayudarnos el *a priori* lingüístico que cualquier tipo de racionalidad contiene. El lenguaje adquiere así una importancia central, sobre todo teniendo en cuenta que Habermas no propugna ninguna clase de metafísica –sea de corte aristotélico o kantiano– para poner a salvo las conquistas del mundo moderno de la crítica radical de la razón [...].

Aunque la modernidad ha despertado la exigencia de una legitimación discursiva –en el orden político, científico y moral– no ha conseguido satisfacerla adecuadamente. “El contenido normativo de la Ilustración se ha expresado en las ideas de autoconciencia, autodeterminación, autorrealización. Este ‘auto’ (*Selbst*) ha sido entendido, no obstante, en el sentido de una fría subjetividad y autoafirmación burguesa, en el sentido de un individualismo autoritario”. Sustituir la subjetividad monológica kantiana por una comunidad de comunicación permite, simultáneamente, corregir la dirección del pensamiento moderno y hacerlo respondiendo a una exigencia que la propia modernidad plantea.<sup>25</sup>

De tal modo, en Habermas, el campo discursivo dirigido al consenso permite garantizar la concurrencia no de una mera *negociación*, como puede ser percibido medianamente en el proceso descrito en

---

25. Cfr. Daniel Innerarity, «Habermas y el discurso filosófico de la modernidad», <http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/daimon/001/daimon001-13.pdf> (consultado: 14 nov. 2011).



autores clásicos del *contractualismo* e incluso, de cierta forma, en las propuestas del mismo John Rawls,<sup>26</sup> sino en la conformación de una aspiración de universalización y generalización del producto discursivo, sin que por ello exista una pretensión de petrificación de dicho resultado, es decir, de permanencia, de inamovilidad, de eternidad – lo cual desintegra que la propuesta habermasiana tenga una primera orientación o tendencia axiológica o iusnaturalista–. En términos prácticos, la exhortación de Habermas aborda globalmente el interés individual –que exige parámetros de libertad– con las concreciones conjuntas, mediante la elaboración y primacía de modelos dialógicos sobre aquellos caracterizados por la predilección monológica, es decir, el individuo considerado por sí solo cuenta con la libertades para participar en el diálogo, pero se le exige, para dicha participación, una pretensión de aplicación conjunta del imperativo categórico kantiano; en otras palabras, libremente elijo, mediante un proceso discursivo y comunicativo, la formulación de disposiciones consensuales que sean universales, teniendo como referencia no una aspiración individualmente considerada, sino construida por los participantes en el discurso.

Sólo como participantes en un diálogo inclusivo y orientado hacia el consenso se requiere de nosotros que ejerzamos la virtud cognitiva de la empatía hacia las diferencias con los otros en la percepción de una situación común. Se supone que debemos interesarnos por cómo procedería cada uno de los demás participantes, *desde su propia perspectiva*, para la universalización de todos los intereses implicados. El discurso práctico puede interpretarse así como un modelo para la apli-

---

26. Cfr. John Rawls, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 25-26. "Rawls abandona el llamado 'proyecto ilustrado' de fundamentar teóricamente los principios y los derechos de la justicia liberal (un proyecto que, en realidad, había dejado a medio hacer en su primer libro), para abrazar el proyecto consistente en lograr la acomodación práctica de la pluralidad de doctrinas morales, religiosas y filosóficas. La justicia liberal se presenta así como una prolongación del principio de tolerancia que puso fin a las guerras de religión de los siglos XVI y XVII, con la pretensión de extender el mismo espíritu al desacuerdo razonable que escinde nuestras sociedades actuales en las cuestiones fundamentales sobre la vida buena. En dicho proyecto, la única legitimación que se busca para las instituciones de la justicia radica en el éxito de esa acomodación práctica, por lo que se elimina cualquier justificación que no parta de las prácticas y tradiciones que conforman la cultura común de una sociedad democrática". Cfr. Mariano C. Melero de la Torre, «El contrato social en el liberalismo político de Rawls», <http://mingaonline.uach.cl/pdf/reviver/v16/art01.pdf> (consultado: 15 dic. 2011).

cación recurrente del imperativo categórico. Los participantes en la discusión no pueden esperar alcanzar un acuerdo acerca de aquello que responde igualmente a los intereses de todos, a menos que todos se sometan al ejercicio de una “toma de perspectiva mutua”, que llevaría a lo que Piaget llama un “descentramiento” progresivo de la propia comprensión ego y etnocéntrica de uno mismo y del mundo.<sup>27</sup>

Dichos elementos permiten que se construya una percepción normativa y estatal basada en la formulación no de unas razones pre-determinadas y preestablecidas: el derecho moderno no puede, así, fundamentarse ni (a) en la existencia de unos contenidos mínimos,<sup>28</sup> como lo afirman los iusnaturalistas estableciendo conexiones necesarias entre sistemas morales y jurídicos, tampoco (b) en unos “significados sociales”, en términos comunitaristas,<sup>29</sup> ni menos en una mera formulación escalonada que no se preocupa por consagrar necesariamente un derecho racionalmente construido sino simplemente con

27. Cfr. Habermas, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona, Paidós, 2010, pp. 23-24.

28. Afirmación que se contempla incluso en el análisis internacional que efectúa Habermas y que se predica en versiones como: “No puede haber justicia en sentido jurídico entre naciones, porque cualquier concepción de justicia no deja esencialmente de ser controvertida”. Cfr. Habermas, *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional + Europa: en defensa de una política exterior común* (en colaboración con Jacques Derrida), Buenos Aires, Katz, 2008, p. 24.

29. “El comunitarismo propone recuperar la relevancia de la comunidad en el debate político-filosófico contemporáneo con la revisión de autores como Aristóteles o Hegel; en contraposición a aquellas teorías que, como la liberal, basan su discurso en el individuo como sujeto desvinculado de su contexto social y hunden sus raíces en la tradición liberal clásica representada por autores como Hobbes, Locke o Kant. [...] Dentro del comunitarismo, he distinguido dos clases del mismo: ‘comunitarismo orgánico’ (Macintyre y Sandel) y ‘comunitarismo estructural’ (Walzer y Taylor). El ‘comunitarismo orgánico’ hace referencia a un *comunitarismo en sentido fuerte* que reivindica un cierto modelo de comunidad sustraído a la historia y que se habría olvidado en la modernidad de las sociedades liberales. Por su parte, el ‘comunitarismo estructural’ se refiere a un *comunitarismo más débil o relativo* que, en principio, únicamente reivindica la presencia dentro del marco político, moral y jurídico de algunos elementos básicos de definición que habrían sido censurados, entre los que ocuparían el lugar esencial la comunidad y la cultura tradicional, por lo que no llega a establecer de una forma cerrada cuál es esa comunidad, ni el alcance de su superioridad moral.

“A pesar de esta distinción que nos sirve a efectos explicativos, el núcleo del pensamiento comunitarista es común, y se refiere a la crítica que realiza al liberalismo. [...] Pues bien, la crítica comunitarista al liberalismo se refiere, sobre todo, al liberalismo igualitarista que representa la *Teoría de la justicia* de

un aparente carácter aplicativo.<sup>30</sup> En Habermas la estipulación de la normatividad jurídica y el Estado como consecuencia de esta requiere, para obtener el carácter de legítimo, la concurrencia de elementos de facticidad y validez; la carencia de ellos no permite que se conciba a la producción jurídica como un derecho racionalmente construido, como un derecho estructurado a partir de los *beneficios* de la modernidad:

[E]l derecho que posea solamente esa vertiente fáctica y que no sea fruto de la voluntad y el consenso de sus destina-

---

John Rawls. [...] Pues bien, la crítica comunitarista al liberalismo se concreta en la crítica a los siguientes presupuestos de la teoría política liberal: crítica a la concepción de la persona como un yo sin ataduras, sin horizontes; rechazo de la prioridad del derecho sobre el bien; crítica al individualismo asocial, al universalismo y al pluralismo razonable; refutación del antiperfeccionismo y la neutralidad estatal; crítica al subjetivismo moral; y afirmación de la diferencia frente a la homogeneidad liberal.

“La crítica comunitarista al liberalismo se asienta sobre un mismo denominador común en los cuatro autores más representativos de la misma: todos basan su obra en la concepción de la persona en particular, orientada hacia la comunidad. Es decir, los cuatro autores comunitaristas señalados se hallan unidos en torno a una concepción del individuo que considera que éste es intrínsecamente relativo a la comunidad cultural y lingüística en la que habita”. Cfr. Sergio Pérez Barahona, «Comunidad y nación. El problema de la identidad en Charles Taylor», <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero2/barahona.pdf> (consultado: 19 dic. 2011).

30. “El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. Puesto que pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano; así, cuando se funda la validez de los Diez Mandamientos en el hecho de que el Dios Jehovah los entregó en la cima del Sinaí; o cuando se dice que se debe amar a los enemigos porque Jesús, el Hijo de Dios, así lo ordenó en el Sermón de la Montaña. En ambos casos el fundamento de validez, por cierto no formulado expresamente, pero su presupuesto, no es el hecho de que Dios, o el Hijo de Dios, haya promulgado en determinado tiempo y en determinado lugar una norma determinada, sino una norma: la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos, y la norma según la cual debe obedecerse lo que su Hijo mande” (cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 9ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 201). “Kelsen considera el sistema efectivamente impuesto *como si* fuera orden del *deber ser*. Y para no caer en el error de romper con su postulado epistemológico de separación entre los mundos del *ser* y del *deber* precisa de una ordenación normativa en la que cada una de sus normas –como *deber ser*– se fundamente en otra norma, en otro deber. La construcción normativa, como conjunto unificado de normas, supra e infraordenadas, sigue el principio de la lógica kantiana que afirma que los conceptos están subordinados unos a otros y unificados entre sí para que no aparezca la contradicción”. Cfr. José Antonio Sanz Moreno, «Kelsen y la unidad del Estado/derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada», <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0909230175A/21807> (consultado: 19 dic. 2011).

rios cumple, al menos elementalmente su función de orden e integración, bien como consecuencia de la fuerza, del miedo o, sobre todo, de la manipulación ideológica, pero que carece de las notas que permitirían calificarlo como racional, legítimo o justo. Y aquí es donde la doctrina de Habermas puede aportar sus mejores frutos, en cuanto teoría de la justicia más que, como él pretende, como teoría de la validez jurídica. Pues esto último sólo lo consigue, como ya hemos indicado, a costa de una tesis que no se atreve a formular en todo su alcance: entender que el derecho injusto, ilegítimo, no es válido. Habermas parece insinuar, por decirlo en términos de teoría del derecho, que ese derecho no puede ser eficaz. De ese modo parece sustraerse a los reproches habituales al iusnaturalismo. Pero queda a merced del desmentido de la historia, de la sociología y de una teoría del derecho que desde hace décadas sabe distinguir entre facticidad o eficacia, validez o positividad y justicia o legitimidad. Habermas, en cambio, habla de validez y facticidad para acabar entendiendo que ambas forman una síntesis cuya clave está en un tercer elemento que poco a poco va ocupando la plaza de ambas: la legitimidad.<sup>31</sup>

De esta forma, el requerimiento de una construcción discursiva implicará tres elementos importantes:

- a) El reconocimiento de unas garantías necesarias para la participación en el discurso, partiendo de la autonomía y racionalidad y una serie de derechos mínimos.<sup>32</sup>
- b) El establecimiento de un Estado de Derecho como espacio e instrumento de materialización de la legitimidad.
- c) La ausencia de elemento o argumentos ciertos, más allá de aquellos que se establecen como procedimiento para llegar

31. Cfr. Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 22-23.

32. Habermas enumera esos derechos "que los ciudadanos se deben reconocer recíprocamente si quieren regular de modo legítimo en su convivencia mediante el derecho positivo" (109). Son los derechos exigidos para hacer posible la efectiva realización del principio discursivo, base del procedimiento democrático y fundamento de la legitimidad (y, con ello, de la validez) de las normas resultantes. *Ibid.*, pp. 27-28. Véase, además: Gerardo A. Durango Álvarez, «Aproximación a los derechos fundamentales desde la perspectiva habermasiana», en: <http://www.rtfed.es/numero11/1-11.pdf> (consultado: 19 dic. 2011).

al consenso, es decir, la permanencia del principio discursivo y del medio jurídico.

En Habermas no existen, de este modo, argumentos definitivos ni de mayor calidad para la consecución del consenso. La relevancia que ostenta la decisión que se asuma en el desarrollo del principio discursivo se vincula especialmente con el proceso argumentativo y no precisamente con el peso que puedan atribuírsele a los argumentos de forma abstracta o dentro de un marco colectivo. A diferencia de las tesis comunitaristas y sus delimitaciones a través de las apreciaciones de procesos de autocomprensión colectiva, la construcción consensual es producto de la participación dentro del procedimiento discursivo, en busca de la generalización de la misma, en desarrollo de la racionalidad de los participantes o intervinientes en el proceso. Así las cosas, “una vez que el derecho moderno se ha autonomizado de la moral y del respaldo religioso o metafísico de sus normas queda constituido como un ámbito abierto a la argumentación, a la acción comunicativa, que sólo puede basarse en el entendimiento como fuente de la legitimidad de las normas”.<sup>33</sup>

En este sentido, en Habermas el derecho, autónomo de la moral,<sup>34</sup> existe como propia facticidad similar al principio discursivo, que es una primera manifestación consensual sin consenso, es decir, el principio discursivo, como reglas procedimentales para la construcción consensual, está por sentado y en caso de que no existiese o se hubiese sometido a discusión, se presupone que todos los participantes estarían de acuerdo sobre éste. En consecuencia,

[...] el principio discursivo, como *principio consensual*, tiene entonces dos proyecciones: en una dirección, es un principio consensual de argumentación moral que, en la línea de la ética del discurso, persigue el consenso de todos los impli-

33. Cfr. Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, op. cit., p. 25.

34. Partiendo de la complementariedad no estructural entre moral y derecho, en un giro que recuerda al de Hart al proponer un *derecho mínimo natural* como piso común a los sistemas normativos de la moral y el derecho, Habermas eleva a un grado de abstracción mayor el *principio D* de argumentación moral y lo convierte en un *principio discursivo* del que se deriva un *principio democrático* que expresa la necesaria co-originalidad del derecho y la política. Cfr. Óscar Mejía Quintana, «La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación», en: Númas Gil (comp.), *Filosofía del derecho y filosofía social (Memorias del Tercer Congreso Nacional)*, Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

cados y, en la otra, es un principio democrático que pone de presente la complementariedad estructural del derecho y la política y la proyección institucional de ese consenso en sus respectivos órdenes de deliberación ciudadana institucionalizada. No hay democracia sin procedimiento institucionalizado ni procedimiento institucional sin participación democrática.<sup>35</sup>

Por lo tanto, mencionará Habermas: “Una comunidad política no debe desintegrarse en la multiplicidad de sus subculturas, y pienso que esto sólo puede asegurarse bajo la condición de que todos los ciudadanos puedan reconocerse, por encima de las barreras entre sus respectivas subculturas, en una y la misma cultura política”.<sup>36</sup>

Con todo, el proyecto habermasiano, como expresión ilustrada, es mucho más que aquello que se ve, se formula y, aparentemente, se promueve. El Estado como manifestación del discurso, no es otra cosa que la modificación y alteración del discurso del Estado, pero en el fondo sigue compartiendo una perspectiva ilustrada que pregona, en voz baja, parámetros de homogenización y sacralización respecto a la intervención ciudadana, augurando y prometiendo, con fundamento en un optimismo humanista, un *mundo mejor*.

En este aspecto,

[...] nadie expuso las inconsistencias de Habermas con la fuerza y el desparpajo con que lo hizo Sloterdijk insistiendo en que Habermas no cree en sus teorías salvo cuando le conviene. De este modo Sloterdijk nos previene de que no debemos hacer caso sólo de lo que Habermas dice sino fijarse –principalmente– en lo que hace, es decir, en cómo procede en su quehacer filosófico. Porque muy bien puede suceder que niegue o rechace algo que al mismo tiempo esté practicando.<sup>37</sup>

De ello me ocuparé en el siguiente acápite de la presente exposición, donde se dilucidan las formulaciones críticas al proyecto habermasiano de la modernidad, y se desvela, con este, una pretensión de

35. *Ibid.*

36. Cfr. Jürgen Habermas, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, *op. cit.*, p. 55.

37. Cfr. Adolfo Vásquez Rocca, «Las críticas de Habermas a Foucault y Sloterdijk: en torno al discurso filosófico de la modernidad y la teoría consensual», <http://www.observacionesfilosoficas.net/lascriticadehabermas.htm> (consultado: 19 dic. 2011).

construcción de una cosmovisión civil, tan similar y subyugante como cualquier expresión ideológica, anterior a la modernidad y dentro de ella, y, de este modo, tan desventurada como un campo de concentración.

### **3. Ingenuidad, cinismo y Estado. La insuficiencia de la modernidad no es aquello que no se conoce sino lo que no se admite**

Quisiera empezar este apartado efectuando una afirmación categórica e incitante que comparto con el autor Peter Sloterdijk,<sup>38</sup> y la cual pretendo dilucidar en las hojas que restan de este artículo: infaliblemente, observo el desarrollo de la postura de Habermas como la implementación y expansión de una *religión civil* que estructura una cosmovisión secular, profana, que tiene como presupuesto fundamental un *optimismo humanista*, tan incierto e inseguro históricamente que si existiera cualquier teoría o desarrollo social sería simplemente innecesario. Habermas es el profeta del consenso y de un halagador mundo mejor, pero tan improbablemente existente que sus expresiones se entremezclan con la ficción y el deseo, pero se alejan, no de forma contingente, de la realidad.

Sin embargo, quisiera antes de discriminar los contenidos de este acápite, hacer mención nuevamente a una percepción metodológica relevante para la comprensión consecuente de la teoría de Habermas; la misma, tal como fue citado en los términos del profesor Juan Antonio García Amado, no es precisamente una teoría respecto a un orden jurídico determinado ni tampoco en general, es decir, no comparte un contenido estrictamente jurídico sino que a lo sumo es establecida como una teoría de la justicia –independientemente que abogue por aquello que puede llamarse como *justicia para todos* y no una *justicia para algunos*–. En este sentido, se postula y desarrolla más con un interés de justificación del sistema mismo, con todo, no en términos de validez sino de eficacia o legitimidad. De este modo, Habermas estructura una serie de enunciados que se supeditan con la preocupación de la conformación del sistema jurídico a partir de la norma básica del ordenamiento jurídico en dicciones fácticas y políticas y no precisamente jurídicas. Claro está que dicho trabajo resulta elocuentemente sensato si se tiene en

---

38. Su independencia le lleva, sin reparos, no sólo a mostrar su vasta discrepancia con “el sueño ilustrado”, sino que además a hacer suyas las propuestas de filósofos incómodos y no siempre bienvenidos en Alemania: Nietzsche y Heidegger. Cfr. Vásquez Rocca, «Peter Sloterdijk: del pesimismo metodológico al cinismo difuso de nuestras sociedades exhaustas», *op. cit.*

cuenta que ni siquiera el propio Kelsen pudo establecer realmente una justificación jurídica a aquello que denominó como *norma fundamental*-.<sup>39</sup> “En este punto se articula lo que sería la propuesta de Habermas sobre el sentido de la Norma Básica fundada en una necesaria reconstrucción del concepto convencional de derecho”.<sup>40</sup> En consecuencia, la producción normativa básica no parte de contenidos premeditados sino de procedimientos que aspiran a la universalidad, pero no a la perpetuidad de aquello que se origine por obra del consenso.

Es en ese punto constructivo de la teoría habermasiana del consenso donde se percibe y se encuentra la materialización de manifestaciones homogeneizantes seculares y de sacralización, en una órbita de sostenimiento del modelo ilustrado. No es, por consiguiente, la aceptación que puede generarse, en estricto sentido, a las normas procedimentales encaminadas a construir el consenso, sino los fenómenos que atribuyen para la participación en dicho diálogo: el establecimiento de una narración de la racionalidad como únicamente instrumental, lejana a cualquier vínculo con apropiaciones sociales, morales o políticas, es un hipotético carente de garantías, y tan idealista, insostenible y quimérico como el parámetro de la llamada “*posición originaria*”<sup>41</sup> y el “*velo de la ignorancia*”<sup>42</sup> en Rawls. Si bien a Habermas es posible atribuírsele un exceso de suposiciones y requerimientos, una interpretación de la estructura lingüística no superficial en Habermas garantiza que la propia racionalidad instrumental, carente de cosmovisiones, implica la existencia de un modelo racional específico y estructurado, el mismo prometido por la Ilustración, donde se ofrece un espacio a las diferentes versiones de la realidad, sin que por ello se pueda aseverar que se toma a todas en serio. Desde la misma lógica procedimental propuesta se exhibe que la

39. Véanse, entre otros: Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 9ª ed., México, Porrúa, 1997; Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1993; Dante Cracogna, *Cuestiones fundamentales de la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1998.

40. Cfr. Óscar Mejía Quintana, «La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación», *op. cit.*

41. “La posición originaria [...] Es un estado de cosas en el cual las partes están igualmente representadas como personas morales y el resultado está condicionado por contingencias arbitrarias o por el balance relativo de las fuerzas sociales. Así, la justicia como imparcialidad es capaz de usar la idea de la justicia puramente procesal desde el comienzo. Es claro entonces que la posición original es una situación puramente hipotética”. Cfr. John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1995, p. 145.

42. Cfr. Rawls, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 39-40.



racionalidad que se garantiza no es aquella distinta a la moderna, dejando modelos de racionalidad tradicionales o alternativos con posibilidad de participación pero sin comprensión dentro del mismo.

Así lo expone la autora norteamericana Iris Marion Young, rescatando que no basta con reconocer la existencia del multiculturalismo si para ello, después, se negará su racionalidad en el procedimiento que busca el consenso; pone de presente la necesidad de un replanteamiento de esa teoría discursiva y democrática del Estado, ante la existencia de elementos multiculturales y la necesidad de su inclusión en las decisiones políticas de los mismos. En este sentido, no se trata de participar en el discurso sino de conseguir una lógica que admita la posibilidad de darse a entender pese a no compartir el mismo orden racional. Así, Young asume con propiedad la solución frente a la exigencia de imparcialidad en el ámbito del discurso democrático.

Klaus Günther,<sup>43</sup> haciendo referencia a dicha garantía de imparcialidad, diferencia el discurso de creación normativa con el de aplicación: este último realizado por el poder judicial y valorado a través de un principio de adecuación interna y externa (al ordenamiento y al marco discursivo del propio juicio), se distancia de la labor legislativa, en donde la imparcialidad y objetividad está garantizada por el mayor número de participaciones (parcialidades, subjetividades) en el proceso de elaboración de la norma. Pues bien, Young reconoce dicha necesidad de participación, pero además elabora una propuesta para que la misma se lleve a la práctica. En este sentido, hace referencia a tres modelos democráticos: *interés particular*, *deliberativo* y *comunicativo*.<sup>44</sup>

La democracia de *interés particular* se describe como un proceso que habilita la inserción en el discurso y en la búsqueda del consenso de manifestaciones de preferencias y demandas de carácter individual que son escuchadas por medio de herramientas que desembocan en la representación, como lo es el voto popular y, posteriormente, en la formulación de normatividad que sirve para el mayor número de individuos, con la visión de que aquellos que no comparten la norma actuarán de forma similar por la legitimidad que se ostenta. Por su parte, la *democracia deliberativa* se observa como un proceso de de-

43. Véase, por ejemplo: Klaus Günther, «A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification», en: *Ratio Juris*, vol. 2, N° 2, Jul. 1989 (155-66).

44. Cfr. Iris Marion Young, «La democracia y “el otro”: más allá de la democracia deliberativa», trad. de Lelia Mooney Sirovinsky, [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n5N1-2000/051Juridica03.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica03.pdf) (consultado: 16 feb. 2011).

bate público, donde los intereses particulares se transforman en fines o intereses públicos, en el bien común. Sin embargo, esta visión democrática, vinculada con el modelo del consenso, se rompe en la práctica comunicativa dado que no todos participan, como se ha mencionado, e, incluso, aquellos que participan no necesariamente, dadas las diferencias culturales o prácticas, asumen con el rigor los argumentos de los otros; por ello, la democracia puede llevar a contraponer la idea de que la deliberación no es más que una mera competencia, donde gana quien puede imponer la *fuerza del mejor argumento*. Ello hace inconseguible el entendimiento mutuo y el consenso, en los términos del optimismo habermasiano.<sup>45</sup> La comunicación democrática, en este sentido, es el reflejo de una crisis de valoración adonde los excluidos pueden ingresar pero no se les toma en serio; es, en otros términos, la enunciación práctica de que a la racionalidad ilustrada mucho le cuesta aceptar la diferencia, y cuando lo hace se encamina como una posición de exhibición de tolerancia frente al otro, pero no como muestra de un convencimiento sino de una bondad autoritaria, de una caridad simbólica, contundentemente lejana a la efectividad práctica.

El tercer modelo democrático es aquel que propone Young, el cual se construye bajo el establecimiento de un trípode de presupuestos que forman la unidad para la democracia comunicativa: (a) interdependencia significativa, (b) respeto igualmente formal y (c) acuerdo sobre el procedimiento. Estos elementos admiten, según Young, que la experiencia democrática consiga concebirse como cultural, y avalando el significado que ostentan las diferencias. Saludos, retórica y narración complementan el proceso comunicativo propuesto que busca una interacción cultural de comprensión más allá de la mera tolerancia y/o supresión de la misma.

De este modo, el modelo cualificado por Young pone a la vista que las interpretaciones del modelo estatal, y en un sentido más restringido de ciudadanía, con avocación a la Ilustración, no es capaz de dar respuesta una realidad patológica de discriminación intergrupal.

---

45. "En las confrontaciones de la Ilustración con posiciones de conciencia precedentes se trata de todo menos de la verdad: de posiciones de prepotencia, de intereses de clase, de posiciones de escuela, de proposiciones desiderativas, de pasiones y de la defensa de identidades. Estos supuestos conforman el diálogo ilustrado tan fuertemente que sería razonable hablar de una guerra de las conciencias más que de un diálogo de pacífico. Los enemigos no están sometidos a un convenio de paz anteriormente fijado. Más bien están en una situación en la prima un estado de competencia por el desplazamiento y la aniquilación; y no están libres, por lo que respecta a su relación, los poderes que sólo así y no de otra manera hacen hablar a su conciencia". Cfr. Peter Sloterdijk, *Crítica de la razón cínica I*, op. cit., p. 43.

La democracia así concebida, bajo el modelo ilustrado y con él el habermasiano, no solamente cansa sino parece resultar *contra natura*:

La democracia cansa. La opresión despótica suscita reacción y rebelión; la democracia, por el contrario, cansancio. La virtud democrática es cosa *pénible* [penosa], como señalaba ya Montesquieu: “La virtud política [de la democracia] es la abnegación, lo más difícil que hay. Se puede definir esta virtud diciendo que es el amor a la patria y a las leyes. Este amor, prefiriendo siempre el bien público al bien propio, engendra todas las virtudes particulares, que consisten en aquella preferencia”. Por tanto, respecto a los instintos egoístas, la democracia, si no exactamente algo *contra natura*, es por lo menos un desafío permanente.<sup>46</sup>

Esa labor de defensa del establecimiento de la *realidad* ilustrada, como proceso desafiante o *contra natura*, no es nada distinto que la difusión de métodos de domesticación al ser humano, sin la presencia de un lenguaje desafiante, y omitiendo expresiones directas por la vinculación lingüística que hace el colectivo de estos vocablos con las locuciones usadas durante el régimen nazi.<sup>47</sup> Sin embargo,

46. Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Contra la ética de la verdad*, op. cit., pp. 114.

47. “Hay una abundante literatura sobre la polémica velada que Habermas ha mantenido con Sloterdijk desde la publicación de *Reglen für den Menschenparkse*, que se editó en español un año después con el título *Normas para el parque humano*; el así denominado *affaire Sloterdijk* tiene –sin embargo– raíces bastante más profundas y alcances que exceden el incidente aquel. [...]

“Como lo señala el propio Sloterdijk, el origen de las acusaciones de Habermas se encuentra en los espejismos –en los fantasmas revividos del nacionalsocialismo– que siguen ocupando bastas zonas del inconsciente colectivo alemán, de modo tal que ‘campos semánticos enteros se encuentran bloqueados para un uso inteligente’.

“De este modo se asume que, tal como se ha desarrollado el debate en Alemania, expresiones como ‘selección’ han sido puestas en cuarentena entre los hablantes de lengua alemana en razón de que existe una parálisis programada por los miedos atávicos antes señalados.

“Así se puede comprender –prosigue Sloterdijk– que algunos hombres sintieran aversión al concepto de crianza [*Züchtung*] cuando se aplica a la esfera humana. Pero resulta evidente que conceptos de este tenor, sobre todo la tríada educar, domesticar, criar, forman parte de una tradición filosófica o didáctica que se desarrolla desde Platón a Nietzsche”. Cfr. Vásquez Rocca, «Las críticas de Habermas a Foucault y Sloterdijk: en torno al discurso filosófico de la modernidad y la teoría consensual», op. cit.

[...] el hombre –como ha señalado Nietzsche– es el animal que se predice, los propios hombres anuncian hombres venideros. Esta fórmula hace patente que la autoproducción de la condición humana no debe ser entendida de manera solipsista. Por el contrario, los hombres tienen noticia de lo que pueden ser mediante una corriente continua de presagios, designaciones y proclamaciones. Los hombres anuncian a otros hombres, hablan de las posibilidades del hombre por venir. Quien corresponde a la invitación del discurso sobre las más eminentes posibilidades humanas va a parar al centro del proceso de humanización. Al dimensionar la importancia de tales discursos, los individuos experimentan el impulso de no sólo ser oyentes de la palabra, sino convertirse en sus autores. Desde siempre la humanización ha sido un suceso en el que predicadores eminentes proponían a sus semejantes modelos de humanidad, historias ejemplares de los antepasados, los héroes, los santos, los artistas. A esa fuerza demiúrgica de la lengua cabe llamarla promesa, a la ciencia en la que se profiere le corresponde el nombre de profecía y el carácter que por ello asume no puede ser otro que el de los discursos escatológicos.<sup>48</sup>

Los nuevos discursos de la modernidad, y entre ellos el de Habermas como ya se ha destacado, son dulcificaciones lingüísticas para una sociedad golpeada por el holocausto judío, pero con pretensiones homogeneizantes y de domesticación vendidas bajo el establecimiento de concepciones liberales y de contenidos aparentemente no preestablecidos, pero guiados por el reconocimiento de la realidad ilustrada. Evidentemente se ha vendido la virtud de la autonomía, como posibilidad de autodeterminación, ante el ofrecimiento de las ciencias y técnicas ilustradas y, si bien existe la posibilidad de no asumirla, ello implicará la señalización y catalogación de excluidos o marginados. Las nuevas expresiones teóricas y el desarrollo de estas con el Estado favorecen presuntivamente la “libre” elección de las personas, condicionando dicho postulado a la *sapientia* de que una opinión o decisión diferente estaría sometida al sufrimiento, a la angustia de la misma: el Estado respeta así la decisión, pero garantiza la incertidumbre cuando no se toma la “adecuada”. Ella es la labor regocijante de la

48. Vásquez Rocca, «Nietzsche y Sloterdijk: nihilismo, antropogénesis y presagios sobre los últimos hombres», [http://www.psykeba.com.ar/articulos2/AVR\\_Nietzsche\\_Sloterdijk\\_Nihilismo\\_Antropogenesis.htm](http://www.psykeba.com.ar/articulos2/AVR_Nietzsche_Sloterdijk_Nihilismo_Antropogenesis.htm) (consultado: 21 dic. 2011).

modernidad, una modernidad líquida,<sup>49</sup> globalizante, de universalismo procedimental, de domesticación, de adaptación a los requerimientos y que conoce con claridad la importancia de ofrecer a la ingenuidad –cínica– palabras como libertad e igualdad, en este proceso educativo de ingeniería social, en este transcurso donde reconoce, tal como lo hizo efectivamente en los campos de concentración, aquellas palabras de Friedrich Nietzsche: “Virtud es para ellos lo que hace modesto y manso: así han convertido al lobo en perro y al propio hombre en el mejor animal doméstico del hombre”.<sup>50</sup>

## Conclusiones

Las consideraciones aquí presentadas parten, congruentemente, desde una concepción que asume al Estado como un ente autopoietico y, por tanto, que se vincula con la gestación de un proceso compuesto; es decir, el Estado Contemporáneo se ha materializado como un proceso consecuencial donde se incluyen las etapas de selección, discriminación, homogenización y sacralización, lo cual hace revela que al Estado Ilustrado le incomodan las diferencias. El papel unificador del Estado se despliega mediante un proceso inicial de selección, marcado por el establecimiento de parámetros de *inclusión* que generaran un marco discriminatorio y se entrelaza con una propuesta o componente de homogenización, donde se construye un elemento incluyente de segunda mano o, en su defecto, de inclusión bajo el cumplimiento de los estándares impuestos por el modelo ilustrado. Por último se efectúa el fenómeno de la sacralización, el cual es entendido como una reafirmación teórica, una dogmatización de los principios ilustrados, una

---

49. “La caracterización de la modernidad como un ‘tiempo líquido’ –la expresión, acuñada por Zygmunt Bauman– da cuenta del tránsito de una modernidad ‘sólida’ –estable, repetitiva– a una ‘líquida’ –flexible, voluble– en la que los modelos y estructuras sociales ya no perduran lo suficiente como para enraizarse y gobernar las costumbres de los ciudadanos y en el que, sin darnos cuenta, hemos ido sufriendo transformaciones y pérdidas como el de ‘la duración del mundo’, vivimos bajo el imperio de la caducidad y la seducción en el que el verdadero ‘Estado’ es el dinero. Donde se renuncia a la memoria como condición de un tiempo posthistórico. La modernidad líquida está dominada por una inestabilidad asociada a la desaparición de los referentes a los que anclar nuestras certezas”. Cfr. Vásquez Rocca, «Modernidad líquida y fragilidad humana: de Zygmunt Bauman a Sloterdijk», [http://www.slowmind.net/colombo\\_net/almiar.pdf](http://www.slowmind.net/colombo_net/almiar.pdf); (consultado: 12 ene. 2012).

50. Cfr. Peter Sloterdijk, *Normas para el parque humano*, trad. de Teresa Rocha Barco, 5ª ed., Madrid, Siruela, 2008, pp. 62.

instauración de carácter epistemológico donde se fortalece e instituye el universalismo y el racionalismo como modelo cognitivo. De este modo, los procesos construidos, especialmente en la sacralización, hacen que el contexto profano, contrario a la Ilustración, no pueda romper fácilmente con el resultado ilustrado, sino meramente reconstruirse cuando así lo requiere.

La maximización de este proceso ilustrado se concluye, de cierta forma en este parámetro cíclico de la historia, aludido como el *Tercer Reich*. Con todo, no porque después de él los parámetros de la modernidad hayan desaparecido sino porque los mismos interactúan, se proyectan y se catalogan de manera diferente; y sin embargo, reproducen o siguen expandiendo la domesticación bajo las garantías y promesas liberales de autonomía e igualdad, y el modelo democrático como orientación de la racionalidad humana.

La racionalidad, entonces, se establece como el postulado para el ejercicio de la autonomía, entendida esta como autodeterminación. Es el ser racional, en ejercicio de su autonomía, el que participa en el discurso, el que interviene para autodeterminarse individualmente y, al mismo tiempo, frente a los otros, como un proceso recíproco. Bajo estos supuestos, el principio discursivo, como expresión moral, reconoce la participación de todos aquellos que ostentan racionalidad, y los derechos humanos como proposición moral y positivizada a través de los derechos fundamentales<sup>51</sup> garantizan la igualdad de participación y que no se pueda exceptuar a los *incómodos*; por lo que se corrobora al Estado como una secuela del discurso y como materialización del proceso consensuado, donde tarde o temprano se llegará a una solución a las exigencias de los individuos racionales.

Pese a lo anterior, dichas formulaciones y enunciaciones construidas, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se cimientan en un optimismo hacia la razón que no es definitivamente apreciable. Ese optimismo a la razón es compartido, por ejemplo, por Jürgen Habermas, quien aprecia la carencia de esta o su defecto como origen de los problemas que se han producido en la modernidad. La razón, como presupuesto, estaría dirigida mediante un procedimiento formal pragmático a través de reglas de orientación y comunicación, independientes del

---

51. "Los derechos humanos sólo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo". Cfr. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. e introducción de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 93.

contenido de los argumentos, que llevan al consenso.<sup>52</sup> En Habermas, el procedimiento discursivo permite el desarrollo de la autonomía, la percepción de vida buena para los participantes, autodeterminación conjunta; en otras palabras, una autodeterminación individual y colectiva, donde el individuo es en la medida que los demás son y es en ocasión a su autorreconocimiento y su interacción con los otros.<sup>53</sup> Es dicha formación la que garantiza la crítica a la teoría habermasiana: el modelo discursivo termina siendo un proceso de homogenización, universalista, con un contenido “*indefinido*”, de primera mano.

Por consiguiente, la materialización de la autonomía actual difiere de la concepción del liberalismo clásico, que se manifestaba como fenómeno individual, de libre elección y desarrollo de esta, en un sentido interno. Las disposiciones discursivas han puesto de presente la autonomía como sinónimo de autodeterminación, de construcción de las propias decisiones por la existencia de elementos suficientes de información y conocimiento que permite que el sujeto que resuelve, adquiera responsabilidad, aparentemente, absoluta de su conclusión:

Cuando emprendemos acciones orientadas hacia un fin de estimarnos que somos libres de comenzar algo nuevo, y cuando

- 
52. “En síntesis, estas reglas se pueden resumir en tres: 1. Autonomía de cada uno de los participantes para expresar libremente aquellos argumentos que representan sus intereses, teniendo como horizonte último la representación simultánea de los intereses potenciales del resto de sujetos afectados. 2. Simetría de los participantes en cuanto al valor de sus argumentaciones, donde sólo la coacción no violenta del mejor argumento se impondrá definitivamente. Se trata del argumento que mejor representa los intereses de todo el colectivo. 3. Falibilidad del consenso adquirido, en la medida en que nuevas y futuras argumentaciones pueden criticar y mejorar el argumento considerado como el más válido de todos”. Cfr. Alejandro Moreno Lax, «Jürgen Habermas: entre la ética del discurso y la ética de la especie», <http://ecotropicos.saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/pubelectronica/dikaiosyne/vol10num19/articulo4.pdf> (consultado: 10 mar. 2011).
53. “Es así, según Luhmann, como cada cual forja su personalidad, entendida no en términos esencialistas, sino como la imagen con que elegimos presentarnos en sociedad. Desde esta perspectiva, toda distinción entre Ser y Parecer se desvanece: ‘El individuo se convierte en la personalidad como la que se da a conocer’ (1965, 67, 69-70). Una personalidad cuyos límites externos están marcados por los sistemas sociales existentes, por su concreta conjunción en la vida de una persona, y por la lógica interna de cada uno, la cual se sitúa, como hemos visto más allá de toda posibilidad de crítica o revisión. [...] Se trata de reivindicar la idea de que nuestra personalidad, incluidos sus aspectos psicológicos y patológicos, no es sólo resultado de nuestros rasgos biológicos, sino de la rica y compleja interacción de éstos con nuestro entorno social”. Cfr. Blanca Rodríguez Ruiz, «La intimidad genética: perspectivas desde la autonomía individual», en: Antonio Ruiz de la Cuesta (coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 230-234.

interactuamos socialmente, o en un cuadro de comunicación, estamos dispuestos a suministrar razones a aquellos a quienes debemos justificaciones. He ahí lo que tenemos en un rincón de nuestro espíritu cuando nos consideramos los “autores” de nuestra vida y de nuestras elecciones; en tanto que tales tenemos que responder por lo que decimos y hacemos.<sup>54</sup>

De este modo, la autonomía como autodeterminación conjunta se establece mediante la conexión entre la capacidad de autorreconocimiento y competencia frente a la asimilación de los elementos cognitivos que permitirán la toma de la decisión. Dicha dirección protegida, especialmente por la propuesta discursiva, ha sido vislumbrada, además, para la concreción de las “ventajas” de las nuevas tecnologías, las cuales se desarrollan con la nueva dirección que ha tomado la presunción de *progreso* y la domesticación ya no a través de la versión humanista epistolar sino con la intervención genética.

En este sentido, pese a los elementos interesantes propuestos por la teoría habermasiana respecto a la complementariedad y cooriginidad de la esfera pública y privada, entre otros, su doctrina no supera en muchos aspectos dispositivos homogeneizadores, universalistas, racionalistas y optimistas, y que disminuyen las posibilidades discursivas en las ordenaciones multiculturales. Habermas espera una “*situación ideal de comunicación*”<sup>55</sup> y participación en el discurso que desvalora la diferencia entre los grupos sociales y la diversificación de conglomerados internos en la propia sociedad. El modelo democrático habermasiano procura una inclusión que es homogenizante y que, sin lugar a dudas, descarta de primera mano la utilidad de la diferencia,<sup>56</sup> e incluso del conflicto, como lo reconoce Chantal Mouffe.<sup>57</sup>

54. Cfr. Habermas, «Hacia una eugenesia liberal», <http://www.gep-isfg.org/documentos/08.-%20Hacia%20una%20eugenesia%20liberal.pdf> (consultado: 10 mar. 2011).

55. Véase, entre muchos otros textos: Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

56. “El saber postmoderno no es solamente el instrumento de los poderes. Hace más útil nuestra sensibilidad ante las diferencias, y fortalece nuestra capacidad de soportar lo inconmensurable. No encuentra su razón en la homología de los expertos, sino en la paralogía de los inventores”. Cfr. Jean-François Lyotard, *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*, trad. de Mariano Antolín Rato, Madrid, Cátedra, 1987, pp. 4-5.

57. Véase, por ejemplo: Chantal Mouffe, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Paidós, 1999.



En consecuencia, dicho desconocimiento del valor de las diferencias y el papel homogenizante del discurso son las medidas que nos acercan a las expresiones lingüísticas de la modernidad como proceso de domesticación, de crianza, de unificación y totalizador; tan cercanas a las actuaciones de la Alemania nazi, pero tan poco ingenua y cínicamente referidas. La modernidad como campo concentración centra sus aspiraciones en un optimismo antropológico de carácter humanista: "Se puede construir una sociedad mejor", aunque para ello se olvide, por un lado, la garantía real a la incompatibilidad y, por el otro, que la modernidad no es aquello que se predica sino aquello que se intenta esconder.

Inevitablemente, debe advertirse, para terminar, que el afrontar al Estado Ilustrado, descrito especialmente posterior a la Segunda Guerra Mundial, no es ataque y desconocimiento de los logros obtenidos con este; pero no por ello es posible admitir que a la propia luz ilustrada le quedan aún niveles de oscuridad, y tan cínicamente guardados que prefiere la domesticación que la libertad que exhorta.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. e introd. de Luis Villar Borda. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- CRACOGNA, Dante. *Cuestiones fundamentales de la teoría pura del derecho*. México, Fontamara, 1998.
- FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán. «La tolerancia como construcción epistemológica del sistema democrático global». En: Édgar Hernán Fuentes Contreras (coord.). *Hans Kelsen: una teoría pura del derecho*. Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010, pp. 115-145.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid, Marcial Pons, 1993.
- . *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. «A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification». En: *Ratio Juris*. Vol. 2, Nº 2, Jul. 1989, pp. 155-66.
- HABERMAS, Jürgen. *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional + Europa: En defensa de una política exterior común* (en colaboración con Jaques Derrida). Buenos Aires, Katz, 2008.
- . *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid, Taurus, 1989.
- . *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 1998.
- . *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Barcelona, Paidós, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo. 9ª ed. México, Porrúa, 1997.
- LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*. Trad. de Mariano Antolín Rato. Madrid, Cátedra, 1987.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar. «La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación». En: Númas Gil (comp.). *Filosofía del derecho y filosofía social (Memorias del Tercer Congreso Nacional)*. Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 195-268.
- MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Trad. de Marco Aurelio Galmarni. Barcelona, Paidós, 1999.

- RAWLS, John. *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona, Paidós, 2002.
- . *Teoría de la justicia*. México, FCE, 1995.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. «La intimidad genética: perspectivas desde la autonomía individual». En: Antonio Ruiz de la Cuesta (coord.). *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 225-242.
- SLOTERDIJK, Peter. *Crítica de la razón cínica I y II*. Trad. de Miguel Ángel Vega. Madrid, Taurus, 1989.
- . *Normas para el parque humano*. Trad. de Teresa Rocha Barco. 5ª ed. Madrid, Siruela, 2008.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá, ILSA, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Trad. de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid, Trotta, 2010.
- ŽIŽEK, Slavoj (comp.). *Ideología. Un mapa de la cuestión*. Buenos Aires, FCE, 2008.
- . *El sublime objeto de la ideología*. Trad. de Isabel Vericat Núñez. Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.

## Cibergrafía

- DEL PALACIO DÍAZ, Alejandro. «La Escuela de Frankfurt: El destino trágico de la razón». Disponible en: <http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2005/palacio.pdf> (consultado: 06 dic. 2011).
- DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A. «Aproximación a los derechos fundamentales desde la perspectiva habermasiana». Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero11/1-11.pdf> (consultado: 19 dic. 2011).
- «El campo de concentración de Auschwitz, 1940-1944». Disponible en: [http://www.corazones.org/lugares/polonia/auschwitz/auschwitz\\_concentracion.htm](http://www.corazones.org/lugares/polonia/auschwitz/auschwitz_concentracion.htm) (consultado: 06 nov. 2011).
- HABERMAS, Jürgen. «Hacia una eugenesia liberal». Disponible en: <http://www.gep-isfg.org/documentos/08.-%20Hacia%20una%20eugenesia%20liberal.pdf> (consultado: 10 mar. 2011).
- INNERARITY, Daniel. «Habermas y el discurso filosófico de la modernidad». Disponible en: <http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/daimon/001/daimon001-13.pdf> (consultado: 14 nov. 2011).
- JANIK, Allan y Stephen TOULMIN. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid, Taurus, 1974.

- KANT, Immanuel. «¿Qué es Ilustración?». Disponible en: <http://www.librosgratisweb.com/pdf/kant-inmanuel/que-es-ilustracion-en-filosofia-de-la-historia.pdf> (consultado: 22 feb. 2011).
- MEDINA, Pedro. «Iluminaciones vienesas». Disponible en: <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=campo%20de%20pruebas%20de%20la%20destrucci%C3%B3n%20del%20mundo%20karl%20kraus%20pdf&source=web&cd=7&ved=0CEkQFjAG&url=http%3A%2F%2Frevistas.um.es%2Fdaimon%2Farticle%2Fdownload%2F14731%2F14211&ei=Bsy5TqmJECsBtgehiNWqBw&usg=AFQjCNEhK3bu94ugHQH6EO6tcOiDfIO3cQ> (consultado: 08 nov. 2011).
- MELERO DE LA TORRE, Mariano C. «El contrato social en el liberalismo político de Rawls». Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v16/art01.pdf> (consultado: 15 dic. 2011).
- MORENO LAX, Alejandro. «Jürgen Habermas: entre la ética del discurso y la ética de la especie». Disponible en: <http://ecotropicos.saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/pubelectronicas/dikaiosyne/vol10num19/articulo4.pdf> (consultado: 10 mar. 2011).
- OSORIO, Sergio Néstor. «La teoría crítica de la sociedad de la Escuela de Frankfurt. Algunos presupuestos teórico-críticos». Disponible en: [http://www.unne.edu.ar/institucional/documentos/formacion\\_doc/RevNo1vol1.Art8.pdf](http://www.unne.edu.ar/institucional/documentos/formacion_doc/RevNo1vol1.Art8.pdf) (consultado: 06 dic. 2011).
- PÉREZ BARAHONA, Sergio. «Comunidad y nación. El problema de la identidad en Charles Taylor». Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero2/barahona.pdf> (consultado: 19 dic. 2011).
- SANZ MORENO, José Antonio. «Kelsen y la unidad del Estado/derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada». Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0909230175A/21807> (consultado: 19 dic. 2011).
- SERRA JIMÉNEZ, Francisco. «Kelsen en Kakania (cultura y política en el joven Kelsen)». Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFID-1992-1-8AD5F649&dsID=PDF> (consultado: 08 nov. 2011).
- SOTO OLBABÉ, Carlos Ignacio. «Michel Onfray. Cinismos. Retrato de los filósofos llamados “perros”». Disponible en: <http://www.onomazein.net/14/14-14.pdf> (consultado: 05 nov. 2011).
- «Tipos de campos de concentración nazis, 1933/1945». Disponible en: [http://www.generaciones-shoa.org.ar/images/tipos\\_de\\_campos\\_de\\_concentracion.pdf](http://www.generaciones-shoa.org.ar/images/tipos_de_campos_de_concentracion.pdf) (consultado: 05 nov. 2011).

- VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo. «Las críticas de Habermas a Foucault y Sloterdijk. En torno al discurso filosófico de la modernidad y la teoría consensual». Disponible en: <http://www.observacionesfilosoficas.net/lascriticadehabermas.htm> (consultado: 19 dic. 2011).
- . «Modernidad líquida y fragilidad humana. De Zygmunt Bauman a Sloterdijk». Disponible en: [http://www.slowmind.net/colombo\\_net/almiar.pdf](http://www.slowmind.net/colombo_net/almiar.pdf) (consultado: 12 ene. 2012).
- . «Nietzsche y Sloterdijk. Nihilismo, antropogénesis y presagios sobre los últimos hombres». Disponible en: [http://www.psykeba.com.ar/articulos2/AVR\\_Nietzsche\\_Sloterdijk\\_Nihilismo\\_Antropogenesis.htm](http://www.psykeba.com.ar/articulos2/AVR_Nietzsche_Sloterdijk_Nihilismo_Antropogenesis.htm) (consultado: 21 dic. 2011).
- . «Peter Sloterdijk. Del pesimismo metodológico al cinismo difuso de nuestras sociedades exhaustas». Disponible en: <http://www.konvergencias.net/vasquezrocca138.pdf> (consultado: 05 nov. 2011).
- WYDUCKEL, Dieter. «La soberanía en la historia de la dogmática Alemana». Disponible en: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/primero/pdf/wyducke.pdf> (consultado: 14 nov. 2011).
- YOUNG, Iris Marion. «La democracia y “el otro”: más allá de la democracia deliberativa». Trad. de Lelia Mooney Sirotinsky. Disponible en: [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n5N1-2000/051Juridica03.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica03.pdf) (consultado: 16 feb. 2011).



# Cosificación y derecho: aproximación a partir de la teoría de Jürgen Habermas

Carolina Galindo Poblador\*

## Introducción

No es posible entrar a hablar de cosificación sin atender primero el concepto de alienación. Este concepto, que aparece como la reflexión postilustrada de las relaciones del hombre consigo, su entorno y los otros, se ha revelado en palabras del profesor Óscar Mejía Quintana “como la patología social más representativa de la sociedad postmoderna y del capitalismo tardío-global”.<sup>1</sup>

La cosificación no ha perdido su vigencia y permite dar explicación a fenómenos sociales actuales, entre ellos al derecho mismo. No obstante, para los efectos del presente documento no me referiré a la alienación en general, sino a uno de sus niveles, en términos de Lukács; en este sentido, me centraré en la cosificación y lo relacionaré, a partir de Habermas, con un fenómeno jurídico específico: la juridización que deviene en sobrejuridización, asociándola con las funciones del derecho en la segunda modernidad.<sup>2</sup>

La pregunta que pretenderá resolver esta reflexión es cómo opera la juridización, en tanto que fenómeno cosificante de las relaciones sociales, y cómo se intensifica en contextos como el colombiano en el cual predomina una cultura jurídica esencialmente formalista.

Para resolver dichos cuestionamientos plantearé que la segunda modernidad ha redefinido las funciones del derecho circunscritas a la satisfacción del individuo, altamente alienado. Estas funciones son la defensa de las libertades y derechos individuales y la garantía de la seguridad, y son llevadas a cabo por el derecho a través de la juridización que, de acuerdo con Habermas, tiene dos manifestaciones con-

---

\* Abogada. Magíster en Derecho y doctorante de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinadora de la línea de investigación «Cultura jurídica» del Grupo de Investigación «Cultura Jurídico-Política, Instituciones y Globalización», adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.  
Correo electrónico: carolinagalindop@hotmail.com.

1. Cfr. Óscar Mejía Quintana, *Cultura política, sociedad global y alienación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 293.

2. Como se verá más adelante, Georg Lukács considera que el concepto de alienación debe ser visto en tres niveles: la coseidad, la objetivación y alienación.

cretas: por un lado, la expansión del derecho a través de la regulación de asuntos que no se encontraban cobijados por la ley (o la decisión judicial); y por otro, el adensamiento del derecho, es decir, la aparición de especialidades cada vez más específicas.<sup>3</sup> Esta juridización da lugar a un mayor nivel de cosificación de las relaciones sociales. Cosificadas estas relaciones, se convierten en formas relacionales sistémicas, no espontáneas, monetarizadas y burocratizadas y completamente mediadas por el derecho; en otros términos, formalizadas.

Sin embargo, en algunas culturas jurídicas formalistas como la nuestra, la juridización está sobredimensionada y se manifiesta en una incesante actividad legislativa y judicial que, a la postre, no garantiza la efectividad del derecho como mediador pero sí genera una mayor cosificación de las relaciones y una mayor complejidad.

Para ilustrar la hipótesis anteriormente planteada me permitiré dividir el presente documento en cinco apartados: el primero de ellos hace un breve recuento de los conceptos de alienación, objetivación y cosificación; en el segundo realizaré una descripción de los elementos más importantes de la segunda modernidad o “modernidad líquida”. Los apartados tres y cuatro se centrarán en las teorías habermasianas de la cosificación y en del fenómeno de la juridización. En el quinto y último se presenta un breve análisis de dichos fenómenos en el caso colombiano.

## 1. Alienación, objetivación y cosificación

La alienación como “problema central de la sociedad moderna”<sup>4</sup> se enuncia en primer momento en la obra de Hegel como un problema filosófico de la relación del hombre con el mundo, y está caracterizada por una constante tensión vital.<sup>5</sup> Sin embargo, el desarrollo del concepto de alienación alcanza su mejor expresión en el pensamiento marxista, o por lo menos una mejor elaboración que será retomada posteriormente por las escuelas ortodoxa y heterodoxa, aunque en diferentes sentidos.

Según Karl Löwith, la evolución del concepto de alienación, en Marx, se debe fundamentalmente a que ya no sólo se ocupará del frente al espíritu, sino que lo materializará, humanizándolo, retomando el pensamiento antropológico de Feuerbach.<sup>6</sup> Al humanizar la alienación,

3. Cfr. Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires, Taurus, 1990, p. 504.

4. Cfr. Mejía Quintana, *Cultura política, sociedad global y alienación*, op. cit.

5. *Ibid.*, p. 295.

6. Cfr. Karl Löwith, *Marx Weber y Karl Marx*, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 82.



no sólo deberá ser superada en los aspectos político y económico sino también en el humano. La concreción de su concepto de alienación dará lugar a la noción de enajenación. Esta evolución del concepto traerá como consecuencia una reconfiguración de la teoría marxista tradicional y la posibilidad de explicar, a partir de ella, nuevos fenómenos de índole social.

Para Marx, la principal manifestación de la enajenación humana se encuentra en la “mercancía” como “carácter verdadero de todos los objetos del mundo moderno”,<sup>7</sup> mas no la única. La alienación está más allá de la mercancía y se manifiesta en otras formas: en primer lugar, la enajenación del hombre frente a su propio trabajo; segundo, la enajenación del acto mismo de producción; tercero, la enajenación de la propia humanidad y, por último, la enajenación frente a los otros. Adam Schaff, en un ejercicio de sistematización del pensamiento marxista de línea heterodoxa, hablará de la existencia de dos grandes vertientes de la alienación: alienación objetiva y alienación subjetiva.<sup>8</sup> Según Schaff, la alienación objetiva se refiere a la alienación de los productos humanos objetivamente existentes (dentro de los cuales se encuentra la mercancía) en tres categorías: la alienación económica, la alienación de las instituciones sociopolíticas y la alienación de los productos del espíritu. La alienación subjetiva se referirá, por su parte, a la alienación de sí mismo, la alienación del hombre frente a un sistema de relaciones determinado.<sup>9</sup>

Es en la alienación económica donde se encuentra la mercancía, la enajenación de los productos materiales del trabajo humano sometidos al mercado, independientes de la voluntad<sup>10</sup> y sometidos al capricho del desarrollo social espontáneo. El punto de partida de Marx estará en el trabajo humano como marco de análisis de la alienación económica.

Recordemos que el trabajo humano asalariado es, para Marx, trabajo enajenado, no sólo en el sentido del producto sino del proceso. El obrero produce objetos que dentro de una sociedad capitalista no le pertenecen sino que se separan de él y se enfrentan como un poder independiente.<sup>11</sup> No obstante, Marx considera que no sólo el objeto

7. *Ibid.*, p. 86.

8. Cfr. Adam Schaff, *La alienación como fenómeno social*, Barcelona, Crítica, 1977, p. 144.

9. *Ibid.*, p. 188.

10. *Ibid.*, p. 144.

11. Cfr. Karl Marx, *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, México, Grijalbo, 1968, p. 77.

producido es externo al obrero, el trabajo mismo (la fuerza de trabajo) se convierte en mercancía que el obrero vende para poder vivir.<sup>12</sup> El trabajo asalariado es ajeno al obrero, no forma parte de su esencia, lo hace a disgusto, no es libre y mortifica su cuerpo y su espíritu.<sup>13</sup> Esta alienación que está más allá del simple fetiche de la mercancía, dará lugar a la alienación misma del hombre, frente a sí mismo, como individuo y frente a los demás.

Otra forma de alienación objetiva presentada por Schaff es la alienación de las instituciones sociopolíticas. Esta alienación se entiende como la expresión genuina de la alienación, dado que el Estado se presenta como un poder superior a la sociedad misma: el Estado es poder enajenado.<sup>14</sup>

Por último, en relación con la alienación objetiva, Schaff se refiere a aquellos productos del hombre que no son de orden material: los productos espirituales. Entre ellos considera al lenguaje, la ideología y la religión.<sup>15</sup>

La alienación subjetiva se referirá específicamente a la separación del hombre de su relación consigo mismo, con su especie y la creación de vacíos existenciales, la pérdida de la relación del hombre con la existencia misma. Se genera entonces una alienación política, una alienación cultural y la alienación del propio *yo* que se manifiesta en comportamientos como la autonegación del *yo* real y la consiguiente autoidealización.<sup>16</sup>

Será Lukács quien realice otra importante clasificación de la alienación: la alienación referida a "coseidad", la "objetivación" y la alienación como tal. Son tres procesos diferentes que tienen implicaciones sobre el hombre y sobre sus relaciones con el mundo. Así pues, siguiendo a los autores vistos anteriormente, en Lukács sólo la alienación como tal se refiere a la relación del hombre con el fetiche de la mercancía, los otros dos procesos tienen implicaciones por fuera de la economía y se aproximan a la función del derecho.

La "objetivación" se refiere a la transformación del mundo por el hombre, es decir, la forma en que el hombre interviene en el mundo, materializa su pensamiento, lo convierte en objeto. Para Lukács es un proceso natural. Pese a ello, cuando el objeto se separa del creador, se

12. Cfr. Schaff, *La alienación como fenómeno social*, op. cit., p. 145.

13. Cfr. Marx, *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, op. cit., p. 78.

14. Cfr. Schaff, *La alienación como fenómeno social*, op. cit., p. 155.

15. *Ibid.*, p. 184.

16. *Ibid.*, p. 247.

extraña de él, se aliena y da lugar a la aparición de la mercancía, dejando de considerarlo propio.

Esta objetivación será la base de la idea de cosificación, que en Lukács no sólo se remite a los comportamientos que relacionan a los hombres en su vida práctica sino también en la reconstrucción simbólica que hacen los hombres de su propia realidad. La novedad de esta construcción en Lukács está en el hecho de incorporar a la cosificación, la categoría de “conciencia” convirtiéndola en “conciencia cosificada” que se presentará en dos formas específicas: primero, la reconstrucción del mundo social en donde los seres humanos son objetos, y a la vez, segundo, los objetos sociales que se manifiestan con una existencia independiente de los sujetos. Esto dará lugar a la idea de que dichos objetos sociales, cuya existencia es independiente, no se inscriben en el devenir histórico social, sino que son esencialidades temporales. Adicionalmente, el ser humano, que percibe la naturaleza como ajena e inalterable, se someterá a ella sin ninguna resistencia.

Cabe aclarar, en todo caso, que existen otras posturas sobre la idea de cosificación, sólo para enunciar una de las más importantes será la planteada por Theodor Adorno que encontrará en Habermas a uno de sus principales críticos. En Adorno, la cosificación es un concepto dialéctico que buscará hacer una mediación entre aquellas categorías que la razón ilustrada ha generado en lógicas de reflejo (sujeto/objeto, estructura/superestructura). No obstante, la forma en la que se lleva a cabo esta mediación es considerada por los críticos de la postura como irracional y anticientífica.

Dejaremos momentáneamente de lado el concepto de cosificación para, a continuación, tomar el segundo concepto que interesa para la presente reflexión.

## **2. Segunda modernidad y derecho**

Este fenómeno de alienación nace con la modernidad pero sin duda es en la segunda modernidad cuando este fenómeno se profundiza y encuentra mayores expresiones. Es por ello que me centraré en esa segunda modernidad y en las consecuencias sobre los fenómenos alienantes.

### **2.1. Segunda modernidad**

La segunda modernidad aparece como una reacción a la crisis de la primera modernidad y a la necesidad de terminar con todo lo sólido y convertirlo en un fluido capaz de sortear los obstáculos, de

empapar, de filtrarse.<sup>17</sup> El primero de los elementos sociales que logró esa plasticidad, esa forma líquida, fue el dinero. El dinero logró romper las fronteras físicas, sobrepasando lugares pero a la vez, en palabras de Habermas, colonizando el mundo de la vida, generando nuevas formas de socialización.<sup>18</sup>

La liquidez de la nueva modernidad ha tenido importantes repercusiones. La desestructuración del sistema, la autorreflexión, la intensificación de la idea de libertad individual, una tajante separación entre espacio y tiempo, una mayor capacidad de expansión. Estas características le dan a la modernidad líquida la capacidad de llegar a lugares a los cuales nunca llegó la modernidad industrial.

Su rapidez y vocación colonizadora permitieron que la modernidad líquida se apoderara en muy poco tiempo de los espacios más íntimos, incluso convirtieron el compromiso amoroso en parte del mercado de consumo, una transacción comercial<sup>19</sup> profundizando la alienación y sus efectos sobre las relaciones sociales.

Para Zigmunt Bauman existe otra característica que diferencia la segunda modernidad de la modernidad industrial: “La desregulación y la privatización de las tareas y responsabilidades de la modernización”; en otras palabras, la individualización, la atribución de tareas a la “energía humana”, la autoafirmación del individuo a través de todo un discurso de “derechos humanos”,<sup>20</sup> es un cambio radical de la expectativa de sociedades justas a simple cumplimiento de respeto y garantía de derechos humanos, como derechos individuales.

Ulrich Beck denomina este momento de la modernidad como “modernidad reflexiva”, enmarcada en una sociedad no lineal donde los individuos disfrutaban de una libertad indeterminada, arriesgada y precaria.<sup>21</sup>

---

17. Cfr. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, 11ª ed., Buenos Aires, FCE, 2009, p. 8.

18. “Al orientar ahora los agentes su conducta por valores de cambio, su mundo de la vida se contrae y reduce a mundo objetivo: adoptan frente a sí mismo y frente a los demás la actitud objetivamente propia de la acción orientada al éxito, convirtiéndose de este modo a sí mismos en objeto de manejo por los demás actores. Pero al precio de esta cosificación de las interacciones consiguen la libertad de acción estratégica, orientada al logro de los propios fines individuales”. Cfr. Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, op. cit., p. 457.

19. Cfr. Bauman, *Amor líquido*, 3ª ed., Buenos Aires, FCE, 2006, p. 30.

20. Cfr. Bauman, *Modernidad líquida*, op. cit., p. 35.

21. Cfr. Scott Lash, «Individualización a la manera no lineal», en: Ulrich Beck y Elizabeth Beck-Gershein, *La individualización*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 10.

Estos mismos autores coinciden en que la segunda modernidad implicó altos niveles de individualización de los sujetos dentro de la sociedad, en la cual la identidad se convierte en una meta y no en algo dado o preestablecido, en obvia oposición a la sociedad estamental premoderna y a la sociedad de clases nacida durante la modernidad industrial.

La autonomía permite entonces una paulatina desaparición de las funciones de la sociedad y del poder público en la modernidad líquida.<sup>22</sup> El individuo, con sus obligaciones de autocuidado y auto-responsabilidad es responsable, lo quiera o no, de sus acciones, de construir y de enfrentar sus miedos.

No obstante, entre los muchos defectos de esta paulatina individuación, Bauman resalta dos: la soledad y la incertidumbre; la separación total, la alienación más efectiva. El contacto con los demás es absolutamente tangencial y el *yo* se ve enfrentado ante lo desconocido; según Ulrich Beck, el individuo se convierte en “un ego desnudo, atemorizado y agresivo en busca de amor y ayuda”.<sup>23</sup>

Así mismo, este individuo se vuelve funcional al mercado, al nuevo tipo de capitalismo liviano; se convierte en consumidor, en un individuo con preferencias y necesidades en quien predomina el principio de placer sobre el principio de realidad. Se trata de un ser individual al cual poco o nada le interesa la permanencia del goce, el placer espontáneo que se encuentra al alcance de la mano.

Tanto Elizabeth Beck-Gershein como Ulrich Beck van a mostrar la individualización como un proceso diferenciado del proceso de creación del individuo del libre mercado. Es por ello que adoptan el concepto de individualismo institucionalizado para referirse al proceso sociológico por medio del cual el individuo se convierte en la razón de ser de todo un aparato institucional, especialmente de garantía de derechos civiles, políticos y de política pública alejada de la comunidad.<sup>24</sup> La individualización institucionalizada significa, en últimas, la degradación de lo social en beneficio de lo particular en el marco de una sociedad que es vista con mayor frecuencia como una suma de individualidades.

La vida moderna dota al individuo, en estas circunstancias, de un cúmulo de “libertades precarias”, dependientes en todo de la ha-

---

22. Cfr. Bauman, *Modernidad líquida*, *op. cit.*, p. 43.

23. *Ibid.*

24. Cfr. Beck y Beck-Gershein, *La individualización*, *op. cit.*, p. 30.

bilidad personal.<sup>25</sup> Para los autores la individualización implica dos rasgos fundamentales: primero, la desintegración de formas sociales existentes como la clase social, el rol de género y la familia; y, segundo, los individuos se enfrentan a nuevas exigencias, controles y constricciones derivadas de la regulación de la libertad.<sup>26</sup>

En cuanto al segundo rasgo, es importante aclarar que tanto las constricciones como los controles enfrentados por los individuos son una consecuencia directa de su propio actuar: el individuo asume como individuo las cargas de su propio actuar mediado por las regulaciones de su libertad. El error, la equivocación, la falla recaen directamente sobre él, nunca sobre otra instancia pues cada individuo construye su camino de desgracia o de éxito.

## 2.2. El papel del derecho

Como lo expresan los esposos Beck, la individualización se lleva a cabo de forma institucionalizada respaldada en la consideración del individuo como sujeto de derechos fundamentales. El derecho, entonces, se propone dar garantías totales del ejercicio de la libertad individual, de la configuración del individuo y del ejercicio de los derechos fundamentales. No obstante, esta función viene acompañada de una que puede ser considerada paralela: un deber punitivo que le permita a la institucionalidad asignar responsabilidades de tipo personal a quien abuse de su derecho de “hacer lo que quiera” de actuar con libertad.

El derecho, que asume el papel de garante, concentra todos sus esfuerzos en el individuo. Garantizar las libertades individuales ocupa el aparato judicial dejando de lado las reivindicaciones sociales, generando una impotencia colectiva<sup>27</sup> frente a la falta de relación entre lo individual y lo colectivo, es decir, entre la defensa de la individualidad y la libertad y la creación de políticas públicas destinadas a la satisfacción de demandas sociales.

Así, el derecho se encarga de satisfacer las demandas individuales. La garantía de los derechos fundamentales les permite a los individuos asegurarse la libertad, la dignidad, la vida, la expresión, incluso algunos derechos sociales bajo el argumento de la “conexidad”. Sin embargo, estas satisfacciones inmediatas logran desdibujar los temas

---

25. *Ibid.*, p. 38.

26. *Ibid.*, p. 39.

27. Cfr. Bauman, *Buscando la política*, Buenos Aires, FCE, 2007, p. 10.

públicos. Es cada vez más difícil que las demandas privadas se traduzcan en temas de preocupación pública.<sup>28</sup>

Pese a ello, el derecho va a adquirir una revitalizada función a partir de los hechos del 11 de septiembre de 2001: la garantía de la seguridad personal. Esto lo logrará a partir del establecimiento de un aparato punitivo fuerte, capaz de intervenir hasta la más mínima esfera personal. Puedo ser observado, perseguido, etiquetado o lo pueden ser los demás, siempre y cuando eso me garantice el ejercicio de mi libertad y la seguridad personal suficientes.

La seguridad se convierte en el único elemento unificador de los individuos pues todos requieren seguridad para el ejercicio de sus libertades precarias. No obstante, esta solicitud aglutinadora de individualidades no genera por sí misma modalidades de asociación, es simplemente un punto común en el cual convergen los miedos de estos dentro del conglomerado social. Dicho fenómeno genera que la sociedad se convierta en una sociedad del miedo, en la cual confluyen los miedos (especialmente relacionados con la seguridad) de los individuos y que, al tiempo, crean “un insaciable deseo de seguridad”,<sup>29</sup> deseo que no es posible saciar.

El bienestar social se reduce dramáticamente al control del crimen, a la implementación de castigos cada vez más fuertes y a la persecución de los “enemigos de la libertad”, de la individualidad.<sup>30</sup>

Esta función garante del derecho permite que este colonice en mayor medida el mundo de la vida o, por lo menos, el mundo de las relaciones entre los individuos. Por ello son necesarias cada vez mayores regulaciones del ejercicio de los derechos así como de los comportamientos punitivos.

Estas funciones del derecho se ven satisfechas a través de la juridización, es decir, de la expedición de normatividad capaz de integrar las expectativas de los individuos frente al derecho. Sin embargo, esta juridización, que resulta de la implementación de un “individuo institucionalizado” y profundamente alienado, dará lugar a la profundización de la cosificación y de sus consecuencias en el marco de las relaciones sociales.

---

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, p. 32.

30. Cfr. Bauman, *Archipiélago de excepciones*, Buenos Aires, Katz Editores, 2008, p. 14.

### 2.3. Cosificación y derecho en la teoría de Jürgen Habermas

Retomando a Lukács, la cosificación se presenta como la alienación del hombre frente a sus relaciones externas; se refiere a la forma en que los hombres “pierden su capacidad de implicarse con interés en la personas y en los sucesos”,<sup>31</sup> los hombres se transforman en meros observadores de cosas. La cosificación (o reificación) se constituye para Lukács en un proceso pero también en un resultado.

Sin embargo, es Habermas quien llevará el concepto de cosificación a una mayor elaboración conceptual. Pasa de la idea de la cosificación como proceso de mera observación a la cosificación como un proceso que permea las relaciones sociales y ponen en peligro la acción comunicativa.<sup>32</sup> Para entender el postulado de Habermas, es necesario hacer una pequeña reconstrucción de su teoría.

Habermas plantea su *teoría de la acción comunicativa* en 1981, con tres objetivos fundamentales: primero, desarrollar el concepto de racionalidad comunicativa; segundo, construir un concepto de sociedad en el cual se integren los conceptos de mundo de la vida y sistema; y, tercero, crear una teoría crítica de la modernidad a partir de la idea de un “proyecto inacabado de ilustración”.<sup>33</sup> Esta teoría se caracteriza, además, por proponer un paradigma intersubjetivo del lenguaje en el cual se reconoce que la realidad está medida por procesos de intercambios simbólicos y lingüísticos y que, por tanto, se hace necesaria la existencia de una “racionalidad comunicativa” que permita que ese intercambio se lleve a cabo de manera válida, reconociendo la intersubjetividad del otro, y que por consiguiente dé lugar a acuerdos motivados racionalmente por los participantes.<sup>34</sup>

Esa “acción comunicativa” se lleva a cabo en el “mundo de la vida” que es el espacio que impone las condiciones de validez y racionalidad para la práctica comunicativa.<sup>35</sup> No obstante, con el paso de la sociedad tradicional a la sociedad moderna se dio una separación

31. Cfr. Axel Honneth, *Reificación*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007, p. 84.

32. *Ibid.*, p. 89.

33. Cfr. Zulay Díaz-Montiel y Álvaro Márquez Fernández, «La modernidad en Habermas: del “sistema” represor al “mundo de la vida” (liberador)», en: *Revista de Artes y Humanidades*, año 9, N° 21, Maracaibo, Universidad Católica Cecilio Acosta, 2008, p. 71.

34. *Ibid.*

35. Cfr. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, op. cit., p. 597.



entre “mundo de la vida” y sistema, generando la característica tensión de la teoría de Habermas.<sup>36</sup> Mientras que el “mundo de la vida” se caracterizará, para Habermas, por reproducir la acción comunicativa y permitir la reproducción simbólica de la sociedad, el “sistema” reproducirá la racionalidad instrumental y, por ende, será el encargado de la reproducción material de la sociedad.

El “mundo de la vida” tendrá entonces tres componentes estructurales: la cultura, la personalidad (integración social) y la sociedad. Estos componentes se reproducen al interior del mundo de la vida a través de la reproducción cultural que garantiza la superación de las necesidades de entendimiento, la recuperación del sentido; la integración social que mantiene la identidad de grupo y, por último, la socialización que se encarga de armonizar la vida individual con la colectiva.<sup>37</sup> Por su parte, el sistema tratará de intervenir en el mundo de la vida, de “colonizarlo”. Esta colonización se llevará a cabo a través de las formas de reproducción del sistema: el dinero y el poder.<sup>38</sup> Estas formas de reproducción del sistema que se entrometen en el mundo de la vida, terminan “sustituyendo el lenguaje como medio que reproduce el mundo de la vida y la integración social”.<sup>39</sup>

A cambio de ello, la integración social se convierte en una integración sistémica en la cual se cosifican las estructuras de la vida cotidiana. La cosificación no es más que la institucionalización, por medio del derecho, de los ámbitos del mundo de la vida, la colonización en la cual se pierde la intersubjetividad y se asume al otro y lo otro como cosa cuantificable y sometible.

El derecho opera, entonces, como el instrumento que impone las mediaciones sistémicas del dinero y poder sobre las relaciones del mundo de la vida. Esta imposición se hace a través de la juridización. Para mantener el orden social, el derecho debe estar en capacidad de absorber las inestabilidades de socialización mediante la afirmación o negación de pretensiones de validez,<sup>40</sup> tal y como lo hacía la comunicación en el “mundo de la vida”. El derecho, en consecuencia, permitirá el mantenimiento del orden social y la socialización a través de la

36. Cfr. Díaz-Montiel y Márquez Fernández, *op. cit.*, p. 80.

37. *Ibid.*, p. 82.

38. Cfr. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, *op. cit.*, p. 774.

39. Cfr. Díaz-Montiel y Márquez Fernández, *op. cit.*, p. 84.

40. Cfr. Guillermo Hoyos Vásquez, «La filosofía política de Jürgen Habermas», en: *Ideas y Valores*, N° 116, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 135.

norma de acuerdo con el derecho moderno. Así, la cosificación genera un determinado tipo de juridización.<sup>41</sup>

## 2.4. Juridización como fenómeno cosificante

La juridización es definida por Habermas como la tendencia de las sociedades modernas a generar un aumento del derecho escrito. Esta juridización puede darse en dos sentidos: primero, en la regulación del derecho de nuevos asuntos sociales o, en segundo modo, en el adensamiento del mismo debido a la superespecialización. Como lo mostraré más adelante, la sobrejuridización se verifica por el exceso de creación de derecho escrito pero también por un activismo judicial exacerbado.

Para Habermas esta juridización no es beneficiosa para el “mundo de la vida”, puede desembocar en un proceso de “colonización del mundo de la vida” que ponga en peligro su potencial deliberativo.<sup>42</sup> Según este autor, la juridización se ha dado en cuatro momentos diferentes: el Estado Burgués, el Estado de Derecho, el Estado Democrático de Derecho y el Estado Social y Democrático de Derecho.

a) *Estado Burgués*: coincide con el desarrollo del Estado Absolutista, pero es en el Estado Burgués cuando se construye el orden político y se transforma la sociedad estamental en la sociedad adquisitiva del capitalismo. En esta etapa de la juridización se da un impulso al desarrollo del derecho privado, especialmente con relación a la garantía de la propiedad y libertad privadas; se establecen reglas del debido proceso como la igualdad formal de las personas y la normativización como manifestación de la seguridad jurídica. La función del derecho es la de garantizar un mínimo de paz, la supervivencia física y la accesibilidad a los recursos conforme a las reglas del mercado. Estas medidas garantizan a su vez la subsistencia de los subsistemas económicos y el Estado a través de sus medios de reproducción, trabajo y disponibilidad a la obediencia.<sup>43</sup>

41. Cfr. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, op. cit., p. 504.

42. Cfr. Gerardo Pisarello, «Las afinidades constitucionales de Habermas», en: revista *Jueces para la Democracia*, N° 39, Madrid, 2000, p. 52.

43. Cfr. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, op. cit., p. 505.

- b) *Estado de Derecho*: concuerda con el establecimiento del constitucionalismo alemán del siglo XIX y se caracteriza por una novedosa normación jurídico-constitucional encargada de la limitación y regulación del poder público, la adjudicación de derechos subjetivos públicamente exigibles y de darle rango constitucional tanto a las libertades como al derecho de propiedad.<sup>44</sup>
- c) *Estado Democrático de Derecho*: toma forma por primera vez en la Revolución Francesa. Además de constitucionalizar con mayor fuerza la idea de libertad, los ciudadanos quedan provistos de derechos de participación política. Se establecen procedimientos parlamentarios, y se acentúa la división de poderes profundizando así la diferenciación de funciones.<sup>45</sup>
- d) *Estado Social y Democrático de Derecho*: "Puede entenderse como la constitucionalización de una relación de poder social anclada en la estructura de clases"<sup>46</sup>. No obstante, este modelo trae consigo una gran paradoja: la garantía de la libertad y privación de la misma. Los medios que permiten el ejercicio de las libertades pueden tener como consecuencia la privación de las mismas en los beneficiarios. Para Habermas, sin duda, una de las principales críticas a este modelo de Estado es el de la aparente "pacificación" del conflicto de clases y la gran cadena clientelar que ello genera. El Estado Social genera, según Habermas, una mayor burocratización y monetarización de los ámbitos nucleares del mundo de la vida.<sup>47</sup>

Por lo menos en la última etapa de juridización, es de vital importancia el papel del poder legislativo. Para Habermas, la función legislativa constituirá una parte esencial del proceso de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas sometidas a la presión de imperativos sistémicos. Esta función debe estar en capacidad de contribuir a absorber las inestabilidades de la socialización hecha a partir de pretensiones de validez.

---

44. *Ibid.*, p. 508.

45. *Ibid.*, p. 510.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*, p. 511.

## 2.5. Sobrejuridización: la práctica legislativa en Colombia

A partir de lo anterior quisiera plantear dos ideas clave:

- a) Que la juridización en el contexto de una cultura jurídica formalista puede degenerar en una sobrejuridización en la cual no sólo se opera a través de la creación de un nuevo derecho escrito, sino en un activismo judicial exacerbado.
- b) Colombia es un ejemplo patente de esta situación; se trata de un país cuya cultura jurídica predominante es formalista, donde es común la expedición y modificación de leyes y donde los jueces adquirieron un papel fundamental en la satisfacción de las pretensiones sociales frente al derecho.

Estos puntos se vieron estimulados con la expedición de la Constitución Política de 1991; una Constitución que se inscribe en la última hornada de juridización de Habermas pero que tiene algunas particularidades que permiten la aparición de la sobrejuridización.

Según Diego López Medina<sup>48</sup> en Colombia ya imperaba el positivismo jurídico antes de la llegada de la teoría kelseniana hacia el año de 1930, la existencia de teorías jurídicas como *l'exégèse* y la *Begriffs-jurisprudenz*, francesa y alemana, respectivamente, formaron una cultura jurídica en la cual los actores jurídicos abordaron la interpretación y aplicación, no sólo de la codificación civil sino del derecho mismo, como incuestionables. La llegada del pensamiento kelseniano no significó entonces el arribo de un nuevo paradigma: en la lectura local que se hizo de la teoría pura del derecho, sobre todo en los sectores no académicos, se interpretaron erradamente u obviaron las diferencias sustanciales con los paradigmas preexistentes.

Esa concepción formalista del derecho, hegemónica desde mediados del siglo XIX y durante todo el siglo XX, arraigada en la conciencia de jueces, litigantes, estudiantes, profesores de derecho y sociedad en general, constituyó el sustrato sobre el cual se erigió una nueva Carta Política y sobre el cual se ha venido desarrollando.

Adicionalmente, la existencia de graves conflictos sociales, una gran discrepancia entre la Constitución y la realidad y las presiones sociales sobre el sistema jurídico debido a las crecientes expectativas

---

48. Cfr. Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2008, p. 345.

generadas, dieron lugar a un activismo judicial desmesurado en el cual el juez constitucional asume la responsabilidad de neutralizar las presiones contra el sistema e impedir que este colapse.

Dado que el papel de los jueces también se ha visto sobrepasado por las exigencias del orden social, la salida ha sido la expedición casi compulsiva de normas. Por ejemplo, durante 2008 se expedieron un total de 88 leyes, en 2009, 102 leyes y en 2010 fueron aprobados 71 leyes y 10 actos legislativos reformatorios de la Constitución.

La tendencia continúa, para 2011 se aprobaron setenta y siete proyectos de ley y, en resumen, desde la expedición de la Constitución de 1991 se han aprobado aproximadamente 1.508 leyes. Así pues el exceso legislativo demuestra las aporías del sistema jurídico en Colombia. En ese mismo, Gunther Teubner va a tener una apreciación similar de los riesgos de la juridificación de la sociedad: “La juridificación introduce disfuncionalidades al sistema, cambios en la función del derecho, en su legitimación y en su estructura, y por tanto, el derecho se convierte en un instrumento para la invención política del Estado Social de Derecho. En este sentido el derecho deja de ser un instrumento para la solución de conflictos y se constituye en un derecho regulatorio”.<sup>49</sup> Frente a este fenómeno, Teubner va a proponer un derecho reflexivo que garantice la regulación de la forma de producción de normas coherentes con los distintos sistemas sociales.<sup>50</sup>

## Conclusiones

- 1) La alienación como “problema central de la sociedad moderna” se enuncia en primer momento en la obra de Hegel; sin embargo, el desarrollo del concepto de alienación alcanza su mejor expresión en el pensamiento marxista, según el cual

49. Cfr. Carlos Morales de Setién, «Estudio preliminar», en: *La fuerza del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes / Instituto Pensar / Siglo del Hombre, 2005, p. 42. En este mismo estudio se explican los diferentes tipos de juridificación del derecho para Teubner: 1. La explosión legal: entendida como un crecimiento incontrolado del número de normas y de la intensión reguladora del legislador. 2. Expropiación del conflicto: cuando se retira del dominio de otro tipo de actores sociales la solución del conflicto y el derecho asume esta función. 3. Despolitización: entendida como la intervención legislativa estatal dirigida a la neutralización de las luchas políticas a través de la regulación legal. 4. Materialización: que para Teubner es el mejor ejemplo de juridificación, ya que representa una mayor intervención del Estado a través del derecho en la determinación de los fines de la sociedad.

50. Cfr. Gunther Teubner, «Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno», en: *La fuerza del derecho*, *op. cit.*, pp. 102-106.

- la principal manifestación de la enajenación humana se encuentra en la “mercancía” mas no es la única; la alienación está más allá de la mercancía y se manifiesta en otras formas.
- 2) Es precisamente Lukács quien ve diferencias entre las formas de alienación: objetivación, cosificación y alienación propiamente dicha. La cosificación es presentada como la alienación del hombre frente a sus relaciones externas, la forma en que los hombres “pierden su capacidad de implicarse con interés en las personas y en los sucesos”.
  - 3) En la segunda modernidad, tanto los fenómenos de alienación y cosificación responderán a la aparición del “individuo institucionalizado” que delimita al derecho en dos funciones específicas: la defensa de las libertades y los derechos individuales y la garantía de seguridad. Estas funciones del derecho se llevarán a cabo a través de la juridización de la vida del individuo y la ruptura de las expectativas sociales frente al derecho, fenómeno que profundiza los efectos de la cosificación en las relaciones sociales.
  - 4) Habermas va a identificar la cosificación con la sustitución de la integración social por una integración sistémica en la cual se cosifican las estructuras de la vida cotidiana. La cosificación no es más que la institucionalización, por medio del derecho de los ámbitos del mundo de la vida, la colonización en la cual se pierde la intersubjetividad y se asume al otro y lo otro como cosa, cuantificable y sometible.
  - 5) Esta juridización, como principal mecanismo de cosificación, puede darse en dos sentidos: en la regulación del derecho de nuevos asuntos antes ajenos a él o en el adensamiento del mismo debido a la superespecialización. De acuerdo con Habermas, la juridización se ha dado en cuatro momentos diferentes: el Estado Burgués, el Estado de Derecho, el Estado Democrático de Derecho y el Estado Social y Democrático de Derecho.
  - 6) No obstante, cuando la juridización se lleva a cabo en medio de una cultura jurídica formalista como la colombiana, esta degenera en una sobrejuridización en la cual no sólo se opera a través de la creación de un nuevo derecho escrito, sino en un activismo judicial exacerbado debido adicionalmente al papel adquirido por los jueces en relación con la satisfacción de las pretensiones sociales frente al derecho.
  - 7) Este fenómeno, lejos de contribuir a la integración social, ocasiona un grave desgaste institucional que en algún momento llevará al colapso del sistema jurídico en Colombia.

## Bibliografía

- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Buenos Aires, FCE, 2006.
- . *Archipiélago de excepciones*. Buenos Aires, Katz, 2008.
- . *Buscando la política*. Buenos Aires, FCE, 2007.
- . *Modernidad líquida*. Buenos Aires, FCE, 2009.
- BECK, Ulrich y Elizabeth BECK-GERSHEIN. *La individualización*. Barcelona, Paidós, 2002.
- DÍAZ-MONTIEL, Zulay y Álvaro MÁRQUEZ FERNÁNDEZ. «La modernidad en Habermas: del “sistema” represor al “mundo de la vida” (liberador)». En: *Revista de Artes y Humanidades*. Año 9, N° 21. Maracaibo, Universidad Católica Cecilio Acosta, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Buenos Aires, Taurus, 1990.
- HONNETH, Axel. *Reificación*. Buenos Aires, Katz, 2007.
- HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo. «La filosofía política de Jürgen Habermas». En: *Ideas y Valores*. N° 116. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2008.
- LÖWITH, Karl. *Marx Weber y Karl Marx*. Barcelona, Gedisa, 2007.
- MARX, Karl. *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*. México, Grijalbo, 1968.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar. *Cultura política, sociedad global y alienación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- MORALES DE SETIÉN, Carlos. «Estudio preliminar». En: *La fuerza del derecho*. Bogotá, Universidad de los Andes / Instituto Pensar / Siglo del Hombre, 2005.
- PISARELLO, Gerardo. «Las afinidades constitucionales de Habermas». En: revista *Jueces para la Democracia*. N° 39. Madrid, 2000.
- SCHAFF, Adam. *La alienación como fenómeno social*. Barcelona, Crítica, 1977.
- TEUBNER, Gunther. «Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno». En: *La fuerza del derecho*. Bogotá, Universidad de los Andes / Instituto Pensar / Siglo del Hombre, 2005.





# La deconstrucción como herramienta del rastreo del origen de los significantes. Su relación con la validez del derecho\*

Mateo Jaramillo Vernaza\*\*

El presente documento se estructura desde dos perspectivas.

- 1) En primer lugar, se pretende analizar la relación que la *deconstrucción* como herramienta de rastreo del origen de los significantes, tiene con el concepto de derecho;<sup>1</sup> y,
- 2) En segundo lugar, aclarar que la validez de una norma no es resultado de la búsqueda de un ideal de justicia, sino de un proceso interpretativo que tiene origen en un discurso performativo inicial, legitimado por la fuerza.

## 1

Desde el inicio del estudio del lenguaje, y particularmente desde las teorías que lo desarrollan, se ha intentado en la elaboración de las mismas determinar, de manera evidente, la relación que se genera entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, en tanto la aprehensión de la realidad, por parte de los seres, se manifiesta en el proceso de

---

\* Ponencia expuesta en las *Jornadas Académicas Internacionales de Argumentación y Filosofía del Derecho: Reconstruyendo la Filosofía Jurídica. Estudio Crítico de las Postulaciones de Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas*, celebradas el 18 de noviembre de 2011 en las instalaciones de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

\*\* Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Financiero y en Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad del Rosario (Bogotá). Estudiante de Maestría en la Universidad de los Andes (Bogotá). Áreas de interés: derecho privado (particularmente teoría de las obligaciones civiles), derecho financiero y régimen de la responsabilidad fiscal. Profesor de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: matjaver@yahoo.com.ar.

1. Para Derrida es claro que el derecho, como conjunto de normas, se sustenta en la aplicación inicial de una fuerza que se auto legitima, y que justifica de esa manera la imposición de una ideología, a través de un *discurso* que encuentra su sustento es un “poder performativo”, y no en la identificación de dichas normas con la justicia como *significado*. Cfr. Jacques Derrida, *De la gramatología*, trad. de Óscar del Barco y Conrado Ceretti, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 139.

determinación e individualización de los objetos a través de su interiorización psíquica<sup>2</sup> (Derrida, p. 7).

La facultad cognitiva es viable en tanto existe una realidad cognoscible, es decir, en razón de la consistencia de las cosas que habitan en la naturaleza, y de su permanencia, si bien no eterna, sí por lo menos percible en el tiempo. Tal y como resulta del estudio del *Cratilo*, la existencia de una realidad deriva en el proceso cognoscitivo y lo determina. No puede considerarse un proceso de este tipo si no existe la causa del mismo, es decir, no se puede generar un lenguaje que no parta de la presencia física de lo que se adhiere al pensamiento.<sup>3</sup>

Por otra parte, es necesario señalar que la realidad percibida inicialmente<sup>4</sup> se disipa al momento de su aprehensión, dando paso al proceso de interiorización que constituye el inicio del lenguaje, en tanto genera una relación permanente entre lo que Saussure denomina como “un concepto y una imagen acústica”, relación que no es otra cosa que “el signo lingüístico [...], una entidad psíquica de dos caras”. El concepto será lo que comúnmente se conoce como *significado* y su imagen como *significante* (Saussure, p. 127).<sup>5</sup>

Por su parte, dicho proceso de producción del lenguaje será determinado de acuerdo con las condiciones históricas y culturales en las que sea producido, es decir, no es atemporal, depende del momento en que el signo, como relación entre *significante* y *significado*, sea pensado.

2. Para Derrida, el *logos* ocupa un lugar primordial, e inherente al origen de la historia de la metafísica.

3. Para Sócrates (Platón) la aprehensión de la realidad implica necesariamente la distribución de nombres, los cuales pueden ser “verdaderos” o “falsos” dependiendo, en últimas, de la calidad de quien individualiza el objeto aprehendido. Cfr. Platón, *Cratilo o del lenguaje*, Madrid, Trotta, 2002, p. 149 y ss.

4. Hobbes señala que cualquier percepción que se tenga sobre el mundo, así como también la crítica que sobre él resulte, deberán ser aceptados como válidos, no por la objetividad con que perciban el mundo, sino, en tanto cumplan con una construcción verbal razonable, es decir con un proceso de reducción de la percepción, en lo que el mismo Hobbes denomina *teoremas* o *aforismos*. Cfr. Thomas Hobbes, *Leviatán*, trad. de Antonio Escohotado, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 69.

5. Para Saussure, el proceso de determinación de esta relación entre el *concepto* y su *imagen acústica*, entre *significado* y *significante* (la individualización del signo y por lo tanto del lenguaje, dentro de un grupo social), no resulta de un proceso natural, sino que es producto de la arbitrariedad: “En efecto todo medio de expresión recibido de una sociedad se apoya en principio en un hábito colectivo o, lo que viene a ser lo mismo, en la convención”. Cfr. Ferdinand de Saussure, *Curso de lingüística general*, trad. de Amado Alonso, Buenos Aires, Losada, 1945, p. 130.

Tenemos, entonces, que la determinación de la relación inicial entre lo que se conoce y quien conoce, da lugar a la interiorización, a través de un proceso psíquico en donde se produce el *signo*, es decir, se genera una infrarrealidad mental que se encuentra determinada, en muchos casos, por el proceso de enseñanza al que se somete el sujeto que interioriza.<sup>6</sup> En otras palabras, el sujeto que conoce no se somete al proceso de aprehensión de realidades de manera directa, sino a través de los cánones preestablecidos, de acuerdo con las condiciones históricas y con la ideología preponderante en ese momento.

El lenguaje como convención, además de ser una necesidad evidente, es en todos los casos una realidad innegable; lo que nos permite comunicarnos está determinado por la escogencia de los cánones lingüísticos *apropiados*. Dicha escogencia, por lo menos en lo que respecta al derecho, será resultado de la imposición que quienes ostentan el poder realicen al momento de la determinación de las reglas *válidas* y, por supuesto (visto a través del lente de la deconstrucción), de las *inválidas*.

Con todo lo anterior, el derecho, en un momento histórico determinado, nace como una institucionalización de la “fuerza que se justifica” en su proceso mismo de aplicación, es decir, de una fuerza que por su misma posibilidad de imponerse, justifica y legitima a su autor, y lo que éste considere que debe ser la normatividad aplicable en ese momento determinado (Derrida, p. 132).

El derecho será entonces un discurso resultante de la fuerza, en tanto la validez de sus preceptos obedece única y exclusivamente a una imposición inicial que se ha mantenido durante un periodo de tiempo, pero que en ningún momento implica su sustento en una idea del bien universal, sino en lo que se definió como tal por quienes ostentan el poder.<sup>7</sup>

El derecho será resultado, por tanto, de la imposición de unas formas de conducta definidas por los deseos de quien tiene la fuerza para imponerlas. No puede pretenderse que la normatividad (que nace en un momento histórico determinado), sea de suyo el resultado de una simple evolución cultural y pacífica que se adhiere a un concepto de justicia inicial, existente en la naturaleza. Por el contrario, la impo-

---

6. Es evidente que los procesos de aprendizaje se sustentan, la mayoría de veces, en concepciones predeterminadas sobre lo que es el mundo. Rara vez el aprendizaje resulta de la experiencia empírica del sujeto cognoscente.

7. Podría pensarse que la deconstrucción no es más que la lectura sintomal que se realiza sobre el derecho, tal y como está establecido en las leyes.

sición de las normas obedece a una violencia inicial que se verifica en la producción del derecho; en otros términos, en el lenguaje que se va construyendo a partir de dicha violencia. “El discurso encuentra ahí su límite: en él mismo, en su poder performativo mismo. Es lo que yo propongo aquí denominar lo místico. Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador. Encerrado, emparedado, porque este silencio no es exterior al lenguaje” (Derrida, p. 139).

No puede considerarse, en consecuencia, una ley, más que una estructura lingüística, dirigida a *respaldar* la violencia inicial que da lugar a las condiciones de vida impuestas para un grupo determinado. Precisamente lo que pretende el proceso de deconstrucción es hacer evidente el conjunto de *capas textuales* que sirven de argumento a la imposición de la fuerza primera.

La deconstrucción no pretende, entonces, en ningún caso, llegar al significante de justicia a través del rastreo de los significantes posteriores que van dando lugar a la formación de dichas capas. La justicia es la deconstrucción misma, es ese proceso interpretativo que busca encontrar razones al momento de tomar una decisión o de crear una norma.

Lo que pretende Derrida no es más que explicar las calidades construibles y deconstruibles del derecho, en tanto dichas calidades son las que permiten la interpretación de lo que existe como norma o lo que se propone como decisión.<sup>8</sup>

Así las cosas, la posibilidad de interpretar el derecho a través de su naturaleza conceptual, en donde lo que determinará la validez de la norma es el proceso de construcción o de deconstrucción, es la que permite establecer la relación que existe entre el discurso performativo que dio origen a la legalidad y cualquier expresión jurídica (Derrida, p. 141).

## 2

Teniendo en cuenta lo dicho, según lo cual el derecho se justifica a través del proceso de deconstrucción que persigue su relación con la fuerza legitimadora inicial, la justicia no es el significante del derecho, es decir no hace parte de la relación conocida como *signo lingüístico*.

Al contrario, la justicia es la deconstrucción que lleva a determinar la relación que el lenguaje existente en un momento determinado

8. La prueba de que el derecho (como conjunto de leyes), no es más que una expresión lingüística, es precisamente la posibilidad de su deconstrucción, de realizar sobre él una lectura sintomal.

ostenta con la fuerza inicial. *La justicia es la deconstrucción, el rastreo que se realiza para validar el derecho a través de su conexión con el fenómeno de imposición inicial.*

En este proceso de interpretación que se sustenta en una deconstrucción hacia la fuerza inicial, el papel del juez se vuelve absolutamente relevante al momento de motivar las decisiones que produce. “Para ser justa, la decisión de un juez, por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor por un acto de interpretación reinstaurador como si la ley no existiera, como si el juez la inventara él en cada caso” (Derrida, p. 149).

Es así como el derecho, pensado como un complejo conceptual, lingüístico, deja por fuera cualquier motivación a través de conceptos metafísicos, absolutos, imprescindibles de justicia. El derecho como lenguaje subvierte la idea de que su aplicación implica necesariamente un ideal de justicia. El ideal, el signo lingüístico y, más precisamente, el significante, se sustentan en la aplicación deconstruktiva de dicho signo, es decir, en el rastreo hacia sus orígenes, en la búsqueda de la relación con el discurso performativo que dio lugar a lo que se conoce y se acepta como válido.

La justicia será entonces la relación, el nexos, la posibilidad de lograr que lo que se decide descansa en la deconstrucción que se hace desde el final hacia el inicio, no basta con la simple expresión del signo jurídico (esto es, del derecho como lenguaje), debe ir más allá, debe autoimputarse una relación con la fuerza de origen; en otras palabras, debe justificarse con la violencia impuesta, respetando los criterios objetivos que dan lugar a la decisión, los presupuestos de hecho que permiten la actuación del juez.

Aunque la deconstrucción del lenguaje del derecho busca en todo momento evidenciar la conexidad con el inicio de las normas, cada aplicación de dicho lenguaje, es decir, cada decisión, debe buscar su propia deconstrucción hacia el inicio. La diferencia en las condiciones que dan lugar a la actuación del aparato judicial (cada caso concreto) implica la búsqueda de un camino autónomo en el proceso de deconstrucción. Señala Derrida: “Cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente. Si hubiera una regla que la garantizase de una manera segura, entonces el juez sería una máquina de calcular –lo que a veces sucede–, y entonces no se diría que es justo, libre y responsable” (Derrida, p. 149).

La deconstrucción permitirá, tal y como lo hemos señalado, la determinación de las características propias de cada ideología, y es por esa razón que el lenguaje y los criterios de interiorización señalados al inicio juegan un papel fundamental en el proceso de definición de las normas y, por ende, en su aplicación ulterior. Como herramienta, dicha deconstrucción permite determinar el origen *metafórico* del derecho, el carácter interpretativo que se adhiere y que parte de la ideología impuesta y enseñada a los sujetos. Tal como menciona Balkin: "The deconstructive critique reminds us that our social vision and system of laws are not based upon human nature as it really is, but rather upon and interpretation of human nature, a metaphor, a privileging" (p. 23).

Por lo anterior es necesario señalar que el derecho en tanto lenguaje no es ajeno a la construcción de sus parámetros a través de los procesos ideológicos impuestos a partir de la violencia inicial. Sin embargo, su justificación parte de su relación con dicha ideología y no de su vinculación con un concepto metafísico de justicia. La justicia no existe más allá de su carácter de mecanismo de vinculación, es decir, de la verificación de la relación mencionada.

Por ello podemos concluir, en primer lugar, que el lenguaje, como evidencia de los *signos lingüísticos*, parte de la imposición de una serie de convenciones, *nombres* adheridos a un significado que se interioriza por parte de quien ostenta el poder de nombrar.

En segundo lugar, es importante señalar que en cuanto al lenguaje jurídico, su aplicación se encuentra determinada por la imposición mencionada que descansa en los criterios ideológicos impuestos a través de la fuerza inicial, y que son verificables a través de la deconstrucción (Balkin, p. 24).

Con todo lo anterior, tenemos que cada ideología determinará las capas lingüísticas que existen entre el origen del orden impuesto y la normatividad actual. Dicho de otra manera, y teniendo en cuenta que la justicia es el proceso mismo de deconstrucción hacia el origen, cada ideología llevará implícita su concepto de justicia, su proceso de deconstrucción y su justificación a través de la verificación del discurso performativo inicial. El lenguaje termina siendo un mecanismo para adherir capas, existe como la herramienta más adecuada para fortalecer el proceso de legalización del momento inicial, de la fuerza impuesta, es una herramienta que permite perpetuar el poder.

## Bibliografía

- BALKIN, J.M.: «Deconstructive Practice and Legal Theory». En: 96 *Yale Law Journal* 743, 1987. Disponible en: <http://www.yale.edu/law-web/jbalkin/balkbibl.htm> (consultado: 01 nov. 2011).
- DERRIDA, Jaques. *De la gramatología*. Trad. de Óscar del Barco y Conrado Ceretti. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- . «Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad». Disponible en: [http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/derecho\\_justicia.htm](http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/derecho_justicia.htm) (consultado: 01 nov. 2011).
- HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Trad. de Antonio Escotado. Buenos Aires, Losada, 2007.
- PLATÓN. *Cratilo o del lenguaje*. Edición de Atilano Domínguez. Madrid, Trotta, 2002.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística general*. Trad. de Amado Alonso. Buenos Aires, Losada, 1945.







**Sobre Ferrajoli**



# Los fines de la pena en la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Carlos Alberto Suárez López\*

*Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas; y tanto más justas son las penas, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a su súbditos.*  
Cesare Beccaria

## Introducción

Resulta supremamente grato para mí poder escribir algunas modestas líneas sobre el pensamiento de uno de los filósofos del derecho penal más importantes de los últimos años, como lo es el italiano Luigi Ferrajoli. Este autor, que no es propiamente un penalista sino un iusfilósofo o teórico del derecho, le ha prestado, no obstante, un servicio muy grande al derecho penal contemporáneo y a la ciencia que lo estudia, y es, ni más ni menos, que el de “establecer las bases iusfilosóficas de un modelo o sistema de derecho penal mínimo o garantista”.<sup>1</sup> Ferrajoli parte del sistema penal garantista postulado por el pensamiento liberal e ilustrado de finales del siglo XVIII, pero le añade algunas importantes correcciones para hacerlo practicable en la actualidad.<sup>2</sup> Esto, *per se*, es supremamente valioso, tiene aun más mérito si se tiene en cuenta que lo hace en una época en la cual precisamente imperan posturas filosófico-

---

\* Abogado y especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá). Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Consultorio Jurídico y del Área de Derecho Penal de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: carlos.suarezl@utadeo.edu.co.

1. El “derecho penal mínimo” y el “derecho penal máximo” se configuran en el pensamiento de Ferrajoli por referencia “bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas”. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 104.
2. Como el mismo Ferrajoli lo anota: “El pensamiento ilustrado representa sin duda el momento más alto de la historia –nada honorable en su conjunto– de la cultura penalista. [...] Sin embargo, el esquema garantista que de él se ha recibido, basado en la idea de juicio como silogismo perfecto y del juez como boca de la ley, tiene un intrínseca debilidad política debida, entre otras cosas, a que es totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente impracticable”. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón, op. cit.*, p. 23.

penales y político-criminales opuestas que tienden a legitimar modelos de derecho penal máximo o eficientista.<sup>3</sup>

La obra fundamental dedicada al derecho penal de Ferrajoli es *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*,<sup>4</sup> la cual data de 1989 y que ha sido traducida al castellano, para fortuna nuestra, por algunos académicos españoles. Se trata de un voluminoso tomo en el cual se sientan las bases epistemológicas, axiológicas, teóricas y fenomenológicas de “un sistema de derecho penal mínimo o garantista”,<sup>5</sup> que siempre será un modelo ideal, un deber ser al cual se debe aspirar, una meta a la cual se debe arribar; si se quiere, una *utopía*, que aun cuando hasta el momento no ha sido realizada por ningún Estado completamente (y quizás no pueda ser realizada completamente nunca por ninguno), ofrece una guía, una brújula, unas coordenadas acerca de cuáles deben ser las características esenciales de un sistema penal respetuoso de los derechos y garantías fundamentales, y coherente con el modelo de Estado de Derecho.<sup>6</sup>

Por supuesto que un análisis integral del pensamiento penal de Ferrajoli excedería con creces el estrecho marco de este texto. Así que me voy a concentrar en un tema por el que siempre he tenido una particular debilidad y que puede considerarse el tema fundamental del derecho penal contemporáneo: *los fines de la pena* o –lo que es lo mismo– *la justifica-*

3. Cfr. Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 475 y ss.; AA.VV., *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Iñaki Rivera Beiras (coord.), Barcelona, Anthropos / Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, 2005, pp. 219 y ss.

Un buen ejemplo de estas posturas político-criminales eficientistas y expansivas es la teoría del “derecho penal del enemigo” del profesor alemán Günther Jakobs. Cfr. Günther Jakobs, «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en: Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Centro de Investigación en Filosofía y Derecho), 2005, pp. 17 y ss.

4. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*

5. En principio Ferrajoli se dedica en la obra a sentar los fundamentos de una teoría penal garantista, pero en la última parte de la misma, formula, a partir de lo expuesto con anterioridad sobre el sistema penal, algunos elementos esenciales de una teoría general del garantismo.

6. El mismo Ferrajoli manifiesta que el sistema penal mínimo o garantista por él propuesto “se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible” (cfr. *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 93). En el mismo sentido, Norberto Bobbio expresa en el prólogo de la obra: “El garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda ser nunca alcanzada del todo”. Cfr. «Prólogo», en: Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 15.

ción o legitimación de la pena.<sup>7</sup> Y hablar de la justificación o legitimación de la pena equivale prácticamente a hablar de *la justificación o legitimación del derecho penal*, pues lo que caracteriza a este sector del ordenamiento jurídico es precisamente el hecho de establecer la pena como consecuencia jurídica de esos supuestos fácticos denominados delitos.<sup>8</sup>

Ferrajoli trabaja este tema fundamentalmente en la segunda parte de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, que titula «Axiología. Las razones del derecho penal». En este apartado expone su particular “doctrina normativa de los fines de la pena”,<sup>9</sup> que –desde ya podemos

7. Aunque el tema de los fines de la pena se ha convertido en los últimos años en el tema por excelencia de la ciencia del derecho penal, al punto de que es posible afirmar que en la actualidad los sistemas jurídico-penales se construyen a partir de la doctrina del fin de la pena que se adopte, no cabe la menor duda de que esta discusión es muy antigua. Como el mismo Ferrajoli lo expresa: “El problema de la justificación de la pena, es decir, del poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho” (cfr. *Derecho y razón, op. cit.*, p. 247). En el mismo sentido, afirma Bernardo Feijóo Sánchez: “Desde que el hombre se dedica a la reflexión filosófica, especulativa o ética, se plantea el sentido y finalidad de las sanciones y los castigos”. Cfr. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Montevideo / Buenos Aires, B de F, 2007, p. 2.
8. Como bien lo anotan Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro W. Slokar: “El derecho penal se ocupa de la interpretación de las leyes penales; estas leyes habilitan poder punitivo, o sea, penas; por ende, la diferencia entre leyes penales y no penales finca en que las primeras habilitan penas. De este modo, resulta que la delimitación del campo del derecho penal respecto del resto del derecho está siempre referido al concepto de *pena*”. Cfr. *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar / Temis, 2005, p. 33.
9. Ferrajoli considera que se deben distinguir las *teorías de la pena*, las *doctrinas de la pena* y las *ideologías de la pena*. Para este autor, “las tesis axiológicas y los discursos filosóficos acerca del fin que justifica (o no justifica) la pena o más en general el derecho penal no son ‘teorías’ en el sentido empírico o asertivo comúnmente asociado a esta expresión. Son *doctrinas normativas* –o más sencillamente normas, o modelos normativos de valoración o justificación– formuladas o rechazadas por referencia a valores. A la inversa, son *teorías descriptivas* –y no ‘doctrinas’–, en la medida en que consisten en aserciones empíricas verificables y falsables, sólo las explicaciones de las funciones de la pena ofrecidas por la historiografía y la sociología de las instituciones penales, así como las de sus motivaciones jurídicas formuladas por la ciencia del derecho positivo” (cfr. *Derecho y razón, op. cit.*, p. 323). Posteriormente, agrega Ferrajoli que son “ideologías” tanto las doctrinas como las teorías “que incurrn en la confusión entre modelos de justificación y esquemas de explicación. ‘Ideología’ [...] es en efecto toda tesis o conjunto de tesis que confunde el ‘deber ser’ y el ‘ser’ (o las proposiciones normativas y las proposiciones asertivas), contraviniendo de este modo el principio meta-lógico conocido como ‘ley de Hume’, según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa” (*ibid.*). Nuestro autor aclara: “Son por consiguiente doctrinas, aunque en su mayor parte ideológicas, las respuestas ético-normativas a la pregunta ‘¿por qué castigar?’ [...] y es igualmente una doctrina, en la medida en que también es normativo, el esquema de justificación del derecho penal que propondré” (*ibid.*, 345). Como quiera que a través de este texto se le quiere rendir un homenaje al destacado iusfilósofo italiano, en él vamos a tratar de seguir esta terminología.

anticiparlo— es *justificacionista*, pero sólo de “un derecho penal mínimo o garantista”. En otros términos, Ferrajoli, a diferencia de los abolicionistas, legitima o justifica el derecho penal, pero, a diferencia de los eficientistas, sólo lo legitima o justifica “en cierta medida mínima y bajo algunos parámetros muy estrictos”.

Esta breve exposición sobre los fines de la pena en el pensamiento de Ferrajoli se dividirá en cuatro apartados: en primer término, se expondrán los presupuestos iusfilosóficos de los cuales parte Ferrajoli para construir su doctrina de los fines de la pena; en segundo término, se pondrán en evidencia las principales críticas que les realiza a las tradicionales doctrinas del fin de la pena, motivo por el cual las rechaza, al menos en su gran mayoría; en tercer lugar, se presentarán los rasgos esenciales de la doctrina de los fines de la pena a la cual alude arriba Ferrajoli; y, finalmente, se hará una breve valoración crítica de la misma. Lo anterior implica realizar un análisis integral del apartado de axiología de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, lo cual explica la extensión del texto.

## 1. Presupuestos iusfilosóficos de la doctrina de los fines de la pena de Ferrajoli

Ferrajoli parte del presupuesto, ya sentado en el primer apartado de su obra, es decir, en el de la epistemología, según el cual “el modelo o sistema penal ideal es el garantista, es decir, el derecho penal mínimo”.<sup>10</sup> Bajo ese entendido, para el italiano “la doctrina de la pena ideal es la que puede legitimar o justificar el derecho penal, pero sólo un derecho penal mínimo y garantista”.

Para Ferrajoli sólo existen dos vías acumulativas para lograr la legitimación o justificación de un modelo de derecho penal mínimo y garantista, es decir, para elaborar una doctrina del fin de la pena que, a la vez que legitime el derecho penal, le imponga límites. Estas dos vías acumulativas son: la radical separación entre derecho penal y moral; y el utilitarismo penal reformado.

10. Según Ferrajoli, “es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad* y de *certeza*” (cfr. *Derecho y razón, op. cit.*, p. 104). Agrega el mismo autor: “A la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la *incertidumbre* y la *imprevisibilidad* de las condenas y las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y anulación” (*ibid.*, p. 105).

## 1.1. La radical separación entre derecho penal y moral

Ferrajoli afirma que el presupuesto teórico y axiológico del modelo penal garantista es la estricta separación entre la *legitimación externa* y la *legitimación interna* del derecho penal, es decir, entre la *legitimación ético-política* y la *legitimación jurídica* o, en otros términos, entre *moral* y *derecho penal*.<sup>11</sup>

Señala nuestro autor:

La teoría de la separación entre legitimación externa y legitimación interna [...] constituye el presupuesto teórico y axiológico del modelo penal garantista; y ello en el doble sentido de que excluye tanto la autolegitimación ético-política como la heterolegitimación jurídica del derecho, exigiendo que su legitimidad política sea sólo externa, es decir, fundamentada en valores e intereses individuales o colectivos efectivamente tutelados por él, y que su legitimidad jurídica sea sólo interna, esto es, fundada en la ley de manera hasta donde sea posible, exclusiva en cuanto a las fuentes y exhaustiva en cuanto a los contenidos según los principios convencionalistas y cognoscitivistas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad.<sup>12</sup>

Agrega:

La confusión entre las dos legitimaciones –interna y externa, jurídica y ético-política– va siempre acompañada, tanto en la versión iusnaturalista como en la ético-legalista, de modelos penales de tipo sustancialista y autoritario: ya sea subordinando el derecho a la moral y desconociendo por ello mismo la fuente positiva del derecho en favor de criterios subjetivistas y de opciones valorativas que comprometen a la vez el principio convencionalista y el cognoscitivista; o bien, en cambio, subordinando la moral al derecho y por consiguiente legitimando moralmente, sobre la única base de sus fuentes legales, los contenidos de las leyes cualesquiera que estos sean, incluso si a causa de su indeterminación dejan espacio libre al poder judicial de disposición. Es más: todo modelo sustancialista, según la hipótesis que aquí se presenta, se caracteriza en última

11. *Ibid.*, p. 213 y ss.

12. *Ibid.*, pp. 215 y 216.

instancia de manera más o menos expresa por la confusión entre legitimación interna y legitimación externa.<sup>13</sup>

En última instancia, para Ferrajoli todo modelo penal sustancialista y autoritario, que es la verdadera antítesis del modelo penal garantista, se caracteriza por una confusión entre derecho penal y moral. Por ello, para el maestro italiano “la mejor doctrina de la pena es la que no confunde derecho penal y moral”, sin que ello sea suficiente para fundar un derecho penal mínimo. La separación entre derecho penal y moral es entonces un requisito necesario, mas no suficiente, para legitimar un derecho penal garantista.

La separación entre derecho penal y moral, que se verificó durante la Ilustración y que se encuentra en los orígenes del Estado de Derecho, se concreta para Ferrajoli en seis tesis, tres de ellas *teóricas* o *asertivas* y tres de ellas *axiológicas* o *prescriptivas*.

Las tres tesis *teóricas* o *asertivas* son, en síntesis, las siguientes: (1) una *tesis meta-lógica* que consiste en la denominada ley de Hume, “que veta en tanto que ‘falacia naturalista’ la derivación del derecho válido o ‘como es’ del derecho justo o ‘como debe ser’ y viceversa”;<sup>14</sup> (2) una *tesis científica* “que excluye como falaz la idea de que la justicia sea una condición necesaria o suficiente de la validez de las normas jurídicas”;<sup>15</sup> y (3) una *tesis metacientífica* que radica en “la recíproca autonomía del ‘punto de vista interno’ (o jurídico) y el ‘punto de vista externo’ (ético-político o, en otro sentido, sociológico) en el estudio del derecho”.<sup>16</sup>

Las tres tesis *axiológicas* o *prescriptivas*, relativas respectivamente a la concepción del delito, del proceso penal y de la pena, son en resumen: (1) “que el derecho penal no tiene la misión de imponer o de reforzar la (o una determinada) moral, sino sólo la de impedir la comisión de acciones dañosas para terceros”,<sup>17</sup> es decir, el *principio de lesividad, ofensividad o de antijuridicidad material*; (2) “que el juicio no verse acerca de la moralidad, o el carácter, u otros aspectos sustanciales de la personalidad del reo, sino sólo acerca de *hechos* penalmente prohibidos que le son imputados y que son, por otra parte, lo único

13. *Ibid.*, p. 216.

14. *Ibid.*, p. 220.

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*, p. 221.

17. *Ibid.*, p. 222.



que puede ser empíricamente probado por la acusación y refutado por la defensa”,<sup>18</sup> esto es, el *principio del derecho penal de acto*; y (3) “que tampoco la sanción penal debe tener ni contenidos ni fines morales”,<sup>19</sup> es decir, el *principio de la autonomía ética del individuo*.<sup>20</sup>

La última de estas tesis, por estar referida directamente a la cuestión de la pena, es la que en apariencia mayor influencia tiene para la formulación del fin de este instituto, pues supone que la sanción penal no puede perseguir en ningún caso una finalidad etizante o moralizante, lo cual es propio –como se verá– de varias de las tradicionales doctrinas del fin de la pena. Pero en términos generales, la separación radical entre derecho penal y moral, entre legitimación interna y legitimación externa, entre legitimación jurídica y legitimación ético-política, tiene un efecto muy importante para la doctrina de los fines de la pena: “la pena sólo puede justificarse o legitimarse por suponer una utilidad para la sociedad que la impone y para el individuo que la sufre”, no siendo suficiente justificación su moralidad o eticidad. De esta forma, este presupuesto filosófico de la doctrina de los fines de la pena de Ferrajoli entronca con el siguiente, es decir, con el utilitarismo penal reformado.

## 1.2. El utilitarismo penal reformado

El segundo presupuesto filosófico del cual parte Ferrajoli es el *utilitarismo penal reformado*. Para nuestro autor sólo una justificación utilitarista permite legitimar un derecho penal mínimo.<sup>21</sup> Ello desde ya supone que las justificaciones de la pena no utilitaristas, como las retribucionistas o absolutas, no son admisibles para el profesor italiano (sobre esto se volverá abajo).

Pero para Ferrajoli no es cualquier utilitarismo el que permite legitimar un derecho penal garantista. Existen varias clases de utilitarismos y la mayor parte de ellos, lejos de permitir legitimar un derecho penal mínimo, conducen a la legitimación de un derecho penal máxi-

18. *Ibid.*, p. 223.

19. *Ibid.*

20. Expresa Ferrajoli: “Esos principios representan efectivamente [...] la base filosófico-política de todas las *garantías* penales y procesales tal y como fueron en primer lugar elaboradas teóricamente por las doctrinas reformadoras de la Ilustración y más tarde incorporadas positivamente en los códigos y en las constituciones” (*ibid.*, p. 224).

21. *Ibid.*, pp. 258 y ss.

mo. En efecto, el postulado fundamental del utilitarismo es que “X es valioso si X es útil”. Las preguntas que quedan latentes, tratándose del derecho penal, son: “¿En qué consisten las utilidades aportadas y los daños prevenidos por el derecho penal?, ¿y cuáles son los sujetos a cuya utilidad se hace referencia?”.<sup>22</sup> Para nuestro autor, “de las respuestas a estas preguntas depende la configuración garantista de las concepciones utilitaristas de la pena”.<sup>23</sup>

Dice Ferrajoli que hay una versión del utilitarismo de claro signo autoritario y que va acompañada de modelos de derecho penal máximo inexorablemente. Es el utilitarismo *ex parte principis*, es decir, que entiende la utilidad como *utilidad para el príncipe*, bien sea que de manera realista esté referido a la utilidad de los gobernantes, o bien que de modo idealista esté enfocado en la utilidad del Estado como sujeto político autónomo y situado por encima de la sociedad.<sup>24</sup> Afirma nuestro autor que estas doctrinas son relativamente raras en el derecho penal porque en esta materia la *razón de Estado* –a la cual responden en últimas estos utilitarismos penales– siempre “ha sido bastante más practicada que explícitamente teorizada”.<sup>25</sup>

La otra gran clase de utilitarismo es el utilitarismo *ex parte populi*, es decir, que entiende la utilidad como *utilidad para el pueblo*. En otros términos, que tiene como referencia el bienestar o utilidad, ya no de los gobernantes sino de los *gobernados*.<sup>26</sup> Sin embargo, este tipo de utilitarismo sigue siendo una doctrina ambivalente. Desde un punto de vista lógico, pueden distinguirse –según Ferrajoli– dos versiones de este utilitarismo:

Una primera versión es la que “ajusta el fin (de la pena) a la *máxima utilidad posible* que quepa asegurar a *la mayoría formada por los no desviados*”.<sup>27</sup> Esta primera versión refiere el fin de la pena (sólo) a los intereses de la seguridad social, distintos y opuestos a los de aquellos a los que se inflige la pena.<sup>28</sup> Por tanto, esta versión del utilitarismo *ex parte populi* hace imposible la ponderación entre costes y beneficios y, por ende, no permite ponerle límites al derecho penal.<sup>29</sup>

---

22. *Ibid.*, p. 260.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, pp. 260 y 261.

25. *Ibid.*, p. 260.

26. *Ibid.*, p. 261.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

La mayor parte de doctrinas sobre el fin de la pena parten de un utilitarismo de esta índole.

La segunda versión del utilitarismo *ex parte populi* es la que “ajusta el fin (de la pena) al *mínimo sufrimiento necesario* que haya que infligir a *la minoría formada por los desviados*”.<sup>30</sup> Esta segunda versión refiere el fin de la pena (también) a los intereses de los destinatarios de la pena, que a falta de esta podrían sufrir males extrapenales mayores, y por consiguiente hace conmensurables con ellos los medios penales adoptados.<sup>31</sup> Esta doctrina sí permite entonces limitar el derecho penal: su intervención se limita al *mínimo necesario*.<sup>32</sup>

Por ello, es de esta última versión del utilitarismo de la cual parte Ferrajoli para configurar su doctrina del fin de la pena. “La pena debe ser útil para la mayoría conformada por los no desviados, en cuanto que les brinde seguridad social, pero también debe ser útil para la minoría conformada por los desviados, en cuanto suponga para ellos el *mínimo sufrimiento necesario*”. Esta *doble perspectiva utilitarista* es un fundamento clave de la doctrina de los fines de la pena del autor que estudiamos.

## 2. Críticas a las diversas doctrinas tradicionales de los fines de la pena

Para Ferrajoli las tradicionales doctrinas sobre la justificación o la legitimación de la pena se pueden dividir en dos grandes categorías: las *doctrinas abolicionistas* y las *doctrinas justificacionistas*.<sup>33</sup> Las primeras, que son de diversa raigambre, pretenden deslegitimar y, por ende, abolir el derecho penal. Las segundas, que son aun de más diverso abolengo, pretenden legitimar o justificar y, por consiguiente, mantener vigente el derecho penal.

---

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*, pp. 247 y ss.

## 2.1. Las doctrinas abolicionistas

De entrada hay que decir que Ferrajoli desecha las diversas doctrinas abolicionistas. El profesor italiano comienza por aclarar su concepto de doctrinas abolicionistas, pues en torno a las mismas existe mucha confusión en la teoría penal.<sup>34</sup> Manifiesta nuestro autor:

Considero *abolicionistas* sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social.<sup>35</sup>

En términos generales, considera Ferrajoli que estas doctrinas (sostenidas en la actualidad, principalmente, por el holandés Louk Hulsman, y los noruegos Nils Christie y Thomas Mathiesen) suponen un moralismo utópico y una nostalgia regresiva de modelos arcaicos y tradicionales de comunidad sin derecho.<sup>36</sup> En última instancia, estas doctrinas terminan siendo autoritarias pues la cuestión decisiva es: ¿qué va a ocurrir el día en que, por fin, sea abolido el derecho penal y sus odiosos instrumentos? Parecería que entonces la alternativa sería o “una *sociedad salvaje* carente de cualquier orden y abandonada a la ley natural del más fuerte”<sup>37</sup> o “una *sociedad disciplinaria*, pacificada y totalizante, en la que los conflictos son controlados y resueltos o, peor aun, prevenidos, mediante mecanismos ético-pedagógicos de interiorización del orden, o de tratamiento médico, o de panoptismo social e incluso policial”.<sup>38</sup> Ambos modelos de sociedad no resultan muy halagadores.

34. Expone Jesús María Silva Sánchez: “En ocasiones, cuando se habla de abolicionismo no se sabe muy bien a qué se hace referencia: si a la abolición de la cárcel tal como esta se entiende hoy, a la abolición de la cárcel ‘*tout court*’ o a la abolición del derecho penal”. Cfr. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 18.

35. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 248.

36. *Ibid.*, pp. 249 y ss.

37. *Ibid.*, p. 251.

38. *Ibid.*

Sin embargo, Ferrajoli les reconoce un mérito a los abolicionistas y es el de deslegitimar el derecho penal y terminar entonces trasladándole a los justificacionistas la “carga de la prueba” sobre la utilidad de la pena.<sup>39</sup>

## 2.2. Las doctrinas justificacionistas

Dentro de las doctrinas justificacionistas, cabe distinguir dos grandes tipos: las *doctrinas retribucionistas o absolutas* y las *doctrinas utilitaristas o relativas*.

Según Ferrajoli:

Son teorías “absolutas” todas las doctrinas *retribucionistas*, que conciben la pena como *fin* en sí mismo, es decir, como “castigo”, “compensación”, “reacción”, “reparación” o “retribución” del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos aun un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento. Son por el contrario teorías “relativas” todas las doctrinas *utilitaristas* que consideran y justifican la pena sólo como un *medio* para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.<sup>40</sup>

Agrega:

La diferencia entre justificaciones absolutas o retribucionistas y justificaciones relativas o utilitaristas se halla expresada del modo más nítido en un conocidísimo pasaje de Séneca: las justificaciones del primer tipo son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado; las del segundo son *ne peccetur*, esto es, miran al futuro.<sup>41</sup>

### 2.2.1. Las doctrinas retribucionistas o absolutas

Las *doctrinas retribucionistas o absolutas* encuentran sus principales exponentes en los dos grandes filósofos del idealismo alemán: Immanuel

39. *Ibid.*, p. 252.

40. *Ibid.*, p. 253.

41. *Ibid.*

Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel.<sup>42</sup> Es más, las doctrinas retribucionistas tienen dos grandes vertientes que se identifican con cada uno de estos dos autores. Todas ellas se fundamentan “en la máxima de que es justo ‘devolver mal por mal’”.<sup>43</sup> Pero mientras Kant defiende una *retribución ética*, “justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflige”,<sup>44</sup> Hegel sostiene una *retribución jurídica*, “justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado”.<sup>45</sup>

Para Ferrajoli estas doctrinas retribucionistas sobre la pena no son admisibles por varias razones. En primer término, porque sus presupuestos son de carácter metafísico e indemostrable. Anota el florentino que en la base de las doctrinas retribucionistas “está la oscura pero enraizada creencia en la existencia de algún nexo necesario entre culpa y castigo. Se trata, en efecto, de una supervivencia de antiguas creencias mágicas que derivan de una confusión entre derecho y naturaleza”.<sup>46</sup> Agrega: “En todos los casos esta concepción primordial de la justicia penal es filosóficamente absurda. De hecho, sigue sin ser superada la obvia objeción que le planteó Platón, a saber, ‘que lo que está hecho no puede ser deshecho’”.<sup>47</sup>

En segundo lugar, porque confunden dos problemas completamente distintos: el problema de la *razón legal* de la pena y el problema de la *razón judicial* de la misma. En otras palabras, el problema de

42. Es bueno recalcar que Hegel y especialmente Kant defendieron doctrinas retributivas de la pena al no poder conciliar las doctrinas preventivas de la pena con el postulado de la dignidad humana. En palabras de Kant: “La *pena judicial* (*pœna forensis*), distinta de la *natural* (*pœna naturalis*) [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real [...]; frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil” Cfr. *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 2005, p. 166. En el mismo sentido, Hegel afirmaba sobre la doctrina de la prevención general negativa de Anselm von Feuerbach (que se expondrá abajo): “Con esta fundamentación de la pena se actúa como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro” Cfr. *Principios de la filosofía del derecho*, trad. de Juan Luis Vermal, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, p. 103.

43. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 254.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*, p. 255.

“¿por qué castigar?” y el problema de “¿cuándo castigar?”. Las doctrinas absolutas de la pena han pretendido responder la pregunta: “¿por qué castigar?”. No obstante, apunta Ferrajoli, “decir que la pena está justificada *ob malum actionis, quia peccatum, quia prohibitum*, o algo por el estilo, si bien equivale a decir *cuándo* está justificado (o es posible, o lícito) castigar, no dice sin embargo absolutamente nada acerca de *por qué* está justificado (o es necesario, u oportuno) castigar”.<sup>48</sup>

En tercer término, porque suponen una confusión entre derecho penal y moral, ya que su fundamentación es netamente moral o ética (sobre todo en Kant, pero también en Hegel). Según Ferrajoli, las doctrinas retribucionistas “sólo son explicables como el fruto más o menos consciente de una total confusión entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre legitimación interna y justificación externa”.<sup>49</sup> Añota:

La confusión resulta explícita en las concepciones de la pena como “retribución ética”, que atribuyen directamente a la pena un valor moral correlativo al desvalor moral ontológicamente asociado al delito. Pero está implícita también en las doctrinas de la pena como retribución jurídica, que atribuyendo valor ético, más que a las penas directamente al orden jurídico que éstas habrían de restablecer, equivalen a una legitimación moral de las penas aun más apriorística e incondicionada.<sup>50</sup>

Finalmente, porque conducen a modelos de derecho penal máximo. Señala Ferrajoli que “estas doctrinas resultan idóneas para justificar modelos autoritarios de derecho penal máximo, en la medida en que casan o bien con concepciones jurídico-sustancialistas del delito y de la verdad judicial, o bien con concepciones ético-formalistas del delito y del poder punitivo y prohibitivo”.<sup>51</sup>

### 2.2.2. Las doctrinas utilitaristas o relativas

El carácter utilitarista de las doctrinas relativas de la pena ya revela que Ferrajoli puede llegar a aceptar alguna de ellas, aunque recordemos que nuestro autor no defiende cualquier tipo de utilitarismo penal,

48. *Ibid.*, pp. 256 y 257.

49. *Ibid.*, p. 257.

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*, pp. 257 y 258.

sino únicamente el que representa utilidad, no sólo para la mayoría de los no desviados, también para la minoría de los desviados.

Estas doctrinas utilitaristas o relativas de la pena se han clasificado tradicionalmente en dos grandes tipos: las doctrinas de la *prevención especial* y las doctrinas de la *prevención general*. Las primeras “refieren el fin preventivo a la persona del delincuente”,<sup>52</sup> mientras que las segundas “lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados”<sup>53</sup><sup>54</sup>. A su vez, cada una de ellas se puede dividir en positivas o negativas, según que el efecto que se quiera lograr pueda ser catalogado, en principio, como positivo o negativo.<sup>55</sup>

Todas estas tradicionales doctrinas preventivas de la pena tienen, según Ferrajoli, un denominador común:

En coherencia con el criterio de la máxima utilidad para el mayor número, que corresponde a la primera de las dos versiones [...] del utilitarismo penal, todas las doctrinas utilitaristas han asignado siempre a la pena el fin único de la prevención de los futuros delitos para la tutela de la mayoría no desviada, y no al mismo tiempo el de la prevención de las reacciones arbitrarias o excesivas para la tutela de la minoría de los desviados y de cuantos son considerados como tales; hasta el punto de justificar su calificación indiferenciada como doctrinas de la “defensa social” en sentido amplio.<sup>56</sup>

52. *Ibid.*, p. 253.

53. *Ibid.*

54. En últimas, como lo ha puesto en evidencia Feijóo Sánchez, para las dos clases de doctrinas preventivas de la pena, esta tiene por *finalidad* prevenir futuros delitos, prevenir futuras lesiones a los bienes jurídicos. Lo que las diferencia es la *estrategia*: las de la *prevención especial* actúan sobre el individuo que ha delinquido para que no lo vuelva a hacer, mientras que las de la *prevención general* actúan sobre los miembros de la sociedad que no han delinquido, pero que se pueden ver tentados a hacerlo, o sobre la sociedad en general como un todo. Cfr. *Retribución y prevención general*, *op. cit.*, p. 12.

55. Según Ferrajoli, “la tipología de las doctrinas utilitaristas se ha enriquecido recientemente con una nueva distinción: la que media entre doctrinas de la *prevención positiva* y doctrinas de la *prevención negativa*, según que la prevención –especial o general– se realice positivamente a través de la corrección del delincuente o de la integración disciplinar de todos los asociados, o bien negativamente, mediante la neutralización del primero o la intimidación de los segundos”. Cfr. *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 253. Sin embargo –como se verá– Ferrajoli termina por adoptar parcialmente y bajo ciertos parámetros una de las denominadas doctrinas preventivas “negativas”.

56. *Ibid.*, pp. 262-264. Como consecuencia de ello, estas doctrinas están expuestas a “desarrollos autoritarios hacia modelos de derecho penal máximo” (*ibid.*, p. 264).



Pese a que cada una de las doctrinas utilitaristas o relativas de la pena pretende legitimar o justificar la pena sosteniendo un fin preventivo único o, al menos, prevalente, la tendencia actual es adoptar doctrinas preventivas *mixtas, eclécticas o de la unión*, que combinan algunos o todos estos discursos preventivos legitimadores.<sup>57</sup>

### 2.2.2.1. Las doctrinas de la prevención especial positiva y negativa

Las doctrinas de la *prevención especial positiva* o de la *corrección* “atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo”.<sup>58</sup> Por su parte, las doctrinas de la *prevención especial negativa* o de la *incapacitación* “le asignan [a la pena] la función negativa de eliminar o, de un modo u otro, neutralizar al reo”.<sup>59</sup> Ferrajoli afirma que aunque dichas doctrinas se remontan a los orígenes del pensamiento filosófico penal, han recibido un vigoroso desarrollo sobre todo por obra de la cultura penal de la segunda mitad del siglo XIX y del siglo XX con el desarrollo del *correcionalismo*.<sup>60</sup> En realidad, aunque las dos finalidades preventivo-especiales son conceptualmente distintas, en el pensamiento correcionalista “no se excluyen entre sí, sino que concurren acumulativamente en la definición del fin de la pena como fin

57. Ferrajoli manifiesta en ese sentido que “desde el final del siglo pasado [del siglo XIX] se asiste sin embargo a un retorno a concepciones polivalentes y de distintos modos eclécticas acerca del fin del derecho penal, ya sea asignando diferencialmente los distintos fines a los distintos tipos de pena diversificados según los tipos de delincuentes, ya asociándolos por el contrario a los diferentes momentos del *iter* institucional de la intervención punitiva, es decir, a la previsión legal, a la aplicación judicial o a la ejecución administrativa de la pena”. *Ibid.*, p. 263.

Un buen ejemplo de ello es la doctrina del fin de la pena del profesor alemán Claus Roxin, para quien es necesario distinguir los tres momentos del *iter* institucional de la pena a efectos de determinar el fin de la misma relevante en cada uno de ellos: en el momento de la conminación penal en abstracto la única finalidad de la pena que debe ser relevante es la prevención general, en el instante de la imposición judicial de la pena en concreto deben jugar un papel tanto la prevención general como la prevención especial, y durante la ejecución administrativa de la pena el único fin de este instituto que debe importar es la prevención especial. Todo ello bajo el límite máximo de la culpabilidad del sujeto, es decir, que la pena nunca puede ser mayor a la culpabilidad de la persona, aunque sí puede ser menor por razones de prevención general o de prevención especial. Cfr. Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, tomo 1, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 78 y ss.

58. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 263.

59. *Ibid.*

60. *Ibid.*, p. 264.

diversificado según la personalidad, corregible o incorregible, de los condenados".<sup>61</sup> Así, para los delincuentes corregibles la finalidad de la pena sería la prevención especial positiva o corrección, mientras que para los incorregibles lo sería la prevención especial negativa o incapacitación.<sup>62</sup>

Para Ferrajoli cabe diferenciar tres orientaciones de la prevención especial, distinguibles en razón de sus motivaciones filosóficas o políticas: (1) las moralistas de la *enmienda*; (2) las naturalistas de la *defensa social*; y (3) las teleológicas de la *diferenciación de la pena*.<sup>63</sup> Más allá de sus notables matices, afirma el autor estudiado que "todas estas orientaciones miran no tanto a los delitos como a los reos, no a los hechos sino a sus autores, distinguiendo por características personales antes que por su actuar delictivo".<sup>64</sup>

Además, estas doctrinas tienen un denominador común:

Cultivan un programa común que se acomoda de distintos modos con sus premisas eticistas, deterministas o pragmatis-  
tas: el uso del derecho penal para el fin no sólo de prevenir los  
delitos, sino también de transformar las personalidades desvia-  
das de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o,  
alternativamente, de neutralizarlas mediante técnicas de am-  
putación y saneamiento social.<sup>65</sup>

En última instancia, estas tres doctrinas "consideran los delitos como patología, poco importa que sea moral, natural o social, y las penas como terapia política a través de la curación o la amputación".<sup>66</sup>

61. *Ibid.*, pp. 264 y 265.

62. Un buen ejemplo de ello es la doctrina de la pena del alemán Franz von Liszt, para quien la prevención especial, que era la única finalidad de la pena por él admitida, podía darse de tres maneras distintas frente a tres clases distintas de delincuentes: corrigiendo al delincuente corregible, intimidando al delincuente que aún es intimidable y, finalmente, haciendo inofensivo al delincuente que no es corregible ni intimidable. Cfr. *La idea del fin en el derecho penal*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 62 y ss.

63. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 265 y ss.

64. *Ibid.*, p. 265.

65. *Ibid.* Agrega el profesor italiano que para estas doctrinas "la pena [...] asume la forma de *tratamiento* diferenciado, que apunta a la transformación o a la neutralización de la personalidad del condenado –no importa si es con auxilio del sacerdote o con el del psiquiatra– mediante su reeducación hacia los valores dominantes o, peor aun, su liberación médica" (cfr. *ibid.*, p. 271).

66. *Ibid.*, p. 270.

Por ende, las doctrinas de la prevención especial, tanto positiva como negativa, contradicen las tres tesis axiológicas o prescriptivas en las cuales se concreta la separación entre derecho penal y moral en el pensamiento de Ferrajoli (el principio de lesividad, ofensividad o de antijuridicidad material; el principio del derecho penal de acto; y el principio de la autonomía ética del individuo). Lo anterior las hace *per se* abiertamente inadmisibles para este autor.

Pero además, estas doctrinas sobre el fin de la pena son para Ferrajoli muy criticables en la medida en que su meta es irrealizable<sup>67</sup> y, aun en caso de que se pudiese hipotéticamente realizar, sería moralmente inaceptable por ser contraria a principios como la libertad, la igualdad y la dignidad humana.<sup>68</sup>

En fin, estas doctrinas sobre el fin de la pena son, para nuestro autor, “las más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas, y justifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado”.<sup>69</sup>

#### 2.2.2.2. Las doctrinas de la prevención general positiva

Como ya se ha advertido, las doctrinas de la *prevención general* también pueden ser clasificadas en doctrinas de la *prevención general positiva*<sup>70</sup> y doctrinas de la *prevención general negativa*. Las doctrinas de la *prevención general positiva* o de la *integración* “le asignan [a la pena] la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido”.<sup>71</sup> En cambio, las doctrinas de la *prevención general*

67. Según Ferrajoli, “el fin pedagógico o resocializador propugnado por todas estas diversas doctrinas no es realizable. Una rica literatura, corroborada por una secular y dolorosa experiencia, ha mostrado en efecto que no existen penas correctoras o terapéuticas y que la cárcel, en particular, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito” (cfr. *ibid.*, p. 271).

68. *Ibid.*, p. 271 y 272.

69. *Ibid.*, p. 270.

70. Siguiendo a Ferrajoli, ubicamos aquí a las doctrinas de la *prevención general positiva* o de la *integración* como subtipo de las tradicionales doctrinas preventivas o relativas de la pena, aunque, como bien lo pone en evidencia Feijoo Sánchez: “Creo que teorías importantes en la actualidad, como la de Jakobs, no tienen cabida adecuada dentro de la clasificación tradicional entre teorías absolutas y teorías relativas, especialmente porque cuando se refieren a la *prevención* no se refieren, exactamente, al significado instrumental de *prevención de delitos* o de *reducción de cifras de delincuencia* que tradicionalmente ha ido vinculado a este término”. Cfr. *Retribución y prevención general*, op. cit., p. 14.

71. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 263.

*negativa* o de la *intimidación* “le asignan la función de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena”.<sup>72</sup>

Para Ferrajoli las doctrinas de la *prevención general positiva* o de la *integración* –que hoy en día gozan de mucha aceptación, en especial después de la formulación de la doctrina de la pena de Jakobs<sup>73</sup>–son también inaceptables por confundir derecho y moral. Para el florentino:

Con seguridad confunden derecho y moral, inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatalismo éticos, las recientes doctrinas de la prevención general llamada *positiva*, que atribuyen a las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al Estado así como de la promoción del conformismo de las conductas: desde las doctrinas que conciben genéricamente el derecho penal como un instrumento insustituible de “orientación moral” y de “educación colectiva”, hasta la reciente doctrina de Günther Jakobs que, inspirándose en las ideas sistémicas de Niklas Luhmann, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones.<sup>74</sup>

Según Ferrajoli, estas doctrinas, aparte de no ser del todo nuevas (una teoría similar fue sostenida por el sociólogo francés Émile Durkheim a finales del siglo XIX, pero no con el objetivo de justificar la pena, sino sólo de explicarla),<sup>75</sup> constituyen “una ideología de legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena”.<sup>76</sup>

Pero además, “al reducir al individuo a ‘subsistema físico-psíquico’ funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de

---

72. *Ibid.*

73. Cfr. Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 9 y ss.

74. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 275.

75. *Ibid.*

76. *Ibid.*

derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona”.<sup>77</sup>

Por último, para nuestro autor, en estas doctrinas del fin de la pena: “El punto de vista de la justificación externa desaparece [...] quedando enteramente reducido al punto de vista interno, importando poco que este, en vez de identificarse con el *ethos* del Estado o con cualquier pretendida moralidad interna del derecho, se haya convertido en la mera exigencia funcional de autoconservación del sistema político”.<sup>78</sup>

### 2.2.2.3. Las doctrinas de la prevención general negativa

A la luz del pensamiento de Ferrajoli nos quedan entonces solamente en pie las doctrinas de la *prevención general negativa* o de la *intimidación*. Para nuestro autor se deben distinguir dos tipos de prevención general negativa: la que se debe cumplir a través de la *pena ejemplar* y la que se debe cumplir a través de la *amenaza legal*.

Ferrajoli les reconoce a todas las doctrinas de la prevención general negativa una virtud que, sin duda alguna, es muy seductora para él: son las que menos confunden derecho penal y moral. En ese sentido manifiesta:

Las doctrinas de la prevención general llamada negativa o de la intimidación, tienen el mérito de ser las únicas que no confunden programáticamente el derecho con la moral o la naturaleza, o por lo menos de ser en sus propósitos ideológicamente neutrales. Ello depende del hecho de que no fijan su vista en los delincuentes, ni como individuos ni como categorías tipológicas, sino en la generalidad de los asociados, no atribuyendo sin embargo valor de un modo apriorístico –como

77. *Ibid.*

78. *Ibid.* La verdad es que Ferrajoli –a diferencia de lo que hace con las otras doctrinas tradicionales del fin de la pena– no describe aquí los diferentes matices de las doctrinas de la prevención general positiva. Las críticas del italiano pueden ser válidas frente a doctrinas preventivo-generales autojustificadoras como la Jakobs o etizantes como la de Hans Welzel, pero no considero que sean predicables de otras doctrinas de esta índole de carácter liberal como la de Winfried Hassemer. Sobre estas doctrinas del fin de la pena y sus particularidades, véase: Feijóo Sánchez, *Retribución y prevención general*, *op. cit.*, pp. 311 y ss.

hacen las doctrinas de la prevención positiva– a la obediencia política de éstos a las leyes.<sup>79</sup>

### **2.2.2.3.1. Las doctrinas de la prevención general negativa a través de la pena ejemplar**

Las doctrinas de la prevención general negativa que se han enfocado en el ejemplo de la pena impuesta en concreto, fueron postuladas principalmente por autores preilustrados e ilustrados como, por ejemplo, Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham y Gaetano Filangieri, es decir, por pensadores iusnaturalistas de los siglos xvii y xviii.<sup>80</sup>

Estas doctrinas de la prevención general negativa tienen –según Ferrajoli– el gran defecto de resultar “idóneas para fundamentar modelos de derecho penal máximo”.<sup>81</sup> Ello por cuanto si todo el fin de la pena se centra en la imposición judicial y en la ejecución ejemplar de la pena, teniendo como objetivo único disuadir o intimidar a quienes se puedan ver tentados a delinquir, se pueden terminar imponiendo y ejecutando penas supremamente severas aun para los delitos más ínfimos y socavando derechos y garantías penales y procesales, todo con

79. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 276. Por otra parte, estas doctrinas del fin de la pena son las que menos confunden derecho penal y moral también por otra razón que radica en que los individuos de la sociedad hacia los cuales va dirigido el mensaje de la pena –a diferencia de las doctrinas de la prevención general positiva– no son vistos como personas éticas o morales, fieles por principio al derecho, sino apenas como individuos calculadores e incluso deshonestos, carentes de ética o de moral, que si no existiera la amenaza de la pena establecida en abstracto y el ejemplo de la pena impuesta en concreto, con gusto delinquirían. En ese sentido anotan Zaffaroni, Alagia y Slokar: “Se parte de una idea del humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios. La antropología básica es la misma de la lógica de mercado, e incluso se la ha racionalizado expresamente, aplicando el modelo económico al estudio del delito, presuponiendo que los delincuentes son sujetos racionales que maximizan la utilidad esperada de sus conductas por sobre sus costos”. Cfr. *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar / Temis, 2002, p. 57.

80. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 276.

81. *Ibid.*

el ánimo de disuadir o intimidar de la manera más eficaz.<sup>82</sup> En últimas, un derecho penal inspirado coherentemente en esta finalidad punitiva desemboca en la pena de muerte para todos los delitos, es decir, en un derecho penal del terror.<sup>83</sup>

Pero además, considera Ferrajoli que esta tipología de las doctrinas de la prevención general negativa, más que cualquier otra doctrina utilitarista del fin de la pena, “queda expuesta de hecho a la objeción kantiana según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son ajenos, por sociales y loables que sean; y es por consiguiente, si se comparte este principio moral, una justificación del derecho penal expresamente inmoral”.<sup>84</sup>

#### **2.2.2.3.2. Las doctrinas de la prevención general negativa a través de la amenaza legal**

Por otra parte, las doctrinas de la prevención general negativa que se centran en la amenaza legal de la pena establecida en abstracto, son más modernas y han sido sostenidas, por ejemplo, por Anselm von Feuerbach, Giandomenico Romagnosi, Francesco Pagano y Arthur

82. Roxin afirma: “Así como en la concepción preventivo-especial no es delimitable la duración del tratamiento terapéutico-social y en el caso concreto puede sobrepasar la medida de lo defendible en un orden jurídico liberal, el punto de partida preventivo-general tiene en general tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Si durante la guerra se dictaron las penas más graves, incluso sentencias de muerte, a delitos insignificantes, esto sucedió indudablemente por motivos de prevención general. Ahora bien, si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio, algo así no puede ser conforme a Derecho”. Cfr. «Sentido y límites de la pena estatal», en: Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 18.

83. Manifiestan en ese sentido Zaffaroni, Alagia y Slokar: “En el plano político y teórico esta teoría permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca se logra la disuasión, como lo prueba la circunstancia de que los crímenes se siguen cometiendo. De este modo, el destino final de este sendero es la pena de muerte para todos los delitos, pero no porque con ella se logre la disuasión, sino porque agota el catálogo de males crecientes con que se puede amenazar a una persona”. Cfr. *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 59.

84. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 276.

Schopenhauer.<sup>85</sup> Para Ferrajoli estas doctrinas del fin de la pena no entrañan el mencionado peligro de excesos terroristas, al menos a nivel judicial, pues la pena vendría ya definida previamente por el legislador y ello evitaría de entrada dichas desproporciones.<sup>86</sup>

Además, pese a su aparente trivialidad,<sup>87</sup> este fin de la pena, “precisamente por su carácter formal, es el único que asegura un fundamento racional a tres principios garantistas esenciales implicados por él como condiciones necesarias y que delimitan de diferentes modos la potestad punitiva del Estado”.<sup>88</sup> Dichos principios son los de estricta legalidad, de materialidad de los delitos y de culpabilidad.<sup>89</sup>

Como es evidente, esta es la única doctrina tradicional de la pena que nuestro autor ve, en cierta medida, con buenos ojos, aun cuando reconoce: “Aunque un fin semejante justifique la pena como medio para asegurar la eficacia de las prohibiciones penales, no justifica las prohibiciones mismas y por consiguiente no puede bastar [...] para justificar el derecho penal en cuanto tal”.<sup>90</sup>

85. *Ibid.*, p. 277. La más paradigmática de dichas doctrinas de la prevención general negativa es la de Anselm von Feuerbach (el denominado “padre” de la ciencia penal alemana), conocida como la teoría de la “coacción psicológica”, quien sostenía a principios del siglo XIX: “Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa *que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho*. Para fundar la convicción general acerca de la vinculación necesaria entre esos males y las injurias, será menester: i) que una ley la establezca como necesaria consecuencia del hecho (conminación legal). Para que la imaginación de todos asiente en la realidad, esta conexión ideal de la conminación legal deberá, también; ii) mostrarse esa relación en la realidad, a cuyo efecto, apenas la contravención haya tenido lugar, deberá ser infligido el mal que a ella se conecta (ejecución). La coacción psicológica se configura, pues, mediante la efectividad armónica de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el común objetivo intimidatorio”. Cfr. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, 14ª ed., trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 60.

86. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 277.

87. *Ibid.* Ferrajoli señala que “decir que la prohibición penal tiene la función de disuadir es como decir que una prescripción tiene la función de persuadir”.

88. *Ibid.*

89. *Ibid.*, pp. 277 y 278.

90. *Ibid.*, p. 277. Nuestro autor expresa: “A semejanza de las doctrinas retribucionistas, que responden *quia peccatum* o *quia prohibitum* a la pregunta ‘¿por qué castigar?’ confundiéndola con la de ‘¿cuándo castigar?’, también las doctrinas de la prevención general negativa, respondiendo *ne peccetur* a la misma pregunta, eluden la cuestión preliminar y totalmente externa ‘¿por qué prohibir?’” (p. 278).



De igual manera, el florentino les reconoce aun dos defectos a estas doctrinas de la prevención general negativa centradas en la amenaza legal de la pena. En primer término, que “la prevención general a través de la amenaza legal de la pena, si bien brinda garantías contra el terrorismo penal judicial, no impide el terrorismo penal legislativo, al estar claro que la amenaza penal, habiendo de servir como ‘contraestímulo’, ‘contramotivo’ o ‘coacción psicológica’, resulta tanto más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con las que se amenaza”.<sup>91</sup> Y, en segundo lugar, que ni siquiera estas doctrinas preventivo-generales-negativas se sustraen “a la objeción kantiana de que ninguna persona puede ser tratada como medio para un fin que no es suyo”.<sup>92</sup>

Por ende, concluye Ferrajoli que “el fin de la prevención general mediante la amenaza legal, si bien es necesario para justificar las penas respecto a los delitos previstos, no es suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de derecho penal mínimo y garantista”.<sup>93</sup> En otros términos, este fin de la pena tomado exclusivamente, aun cuando puede superar la exigencia ferrajoliana de la separación entre derecho penal y moral, no es suficiente para satisfacer la otra consistente en el utilitarismo penal reformado, que también debe tener en cuenta a la minoría conformada por los desviados. De modo que esta doctrina del fin de la pena, aun siendo admisible bajo ciertos parámetros para el maestro italiano, debe ser entonces complementada con otros elementos y ello lo pretende hacer dicho autor al formular su particular doctrina de la pena, que se expone a continuación.

### **3. La doctrina de los fines de la pena de Ferrajoli: el doble fin preventivo general negativo de la pena**

#### **3.1. Distinciones previas**

Para articular su propia doctrina del fin de la pena, Ferrajoli comienza por exponer y desarrollar algunas distinciones previas que a su juicio no han sido percibidas generalmente por las tradicionales doctrinas del fin de la pena.

---

91. *Ibid.*, p. 279.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*, p. 280.

### 3.1.1. Doctrinas, teorías e ideologías de la pena

Para empezar, el maestro italiano traza la diferenciación, ya comentada arriba, entre doctrinas (filosóficas) de la pena, teorías (científicas) de la pena e ideologías de la pena o, en otros términos, entre doctrinas que responden a la pregunta normativa de “¿por qué debe existir la pena?”, teorías que contestan el interrogante descriptivo de “¿por qué existe la pena?”, e ideologías que, contraviniendo la “ley de Hume”, confunden estos dos problemas que pertenecen a esferas epistemológicas distintas (las esferas del deber ser y del ser).<sup>94</sup>

Las respuestas al primer interrogante son para Ferrajoli doctrinas filosóficas o normativas del *fin* de la pena y constituyen *justificaciones axiológicas* de la misma.<sup>95</sup> El segundo interrogante –a juicio del florentino– puede ser entendido en dos sentidos diferentes: “*por qué existe el fenómeno de la pena*, es decir, se castiga de hecho”, que es un problema histórico o sociológico, y “*por qué existe el deber jurídico de la pena*, es decir, se castiga de derecho”, que es un problema jurídico.<sup>96</sup> Las respuestas a esta primera interpretación del segundo interrogante son teorías científicas de la *función* de la pena, mientras que las respuestas al segundo entendimiento del mismo son teorías científicas de la *motivación* de la pena.<sup>97</sup> En uno u otro caso se trata de *explicaciones (fácticas o jurídicas)* de la pena.<sup>98</sup> Para Ferrajoli:

El vicio metodológico detectable en muchas de las respuestas [...] a la pregunta “¿por qué castigar?” consiste en su confusión de la función o motivación con el fin, o del ser (de hecho o de derecho) con el deber ser (axiológico) de la pena, y en la consiguiente consideración de las explicaciones como justificaciones o viceversa. En esta confusión incurrirán ante todo cuantos producen o sostienen doctrinas filosóficas de la justificación presentándolas como “teorías de la pena”. [...] Pero en una confusión análoga caen también cuantos producen o sostienen teorías jurídicas o sociológicas de la pena presentándolas como *doctrinas* de justificación.<sup>99</sup>

94. *Ibid.*, pp. 321 a 324.

95. *Ibid.*, p. 322.

96. *Ibid.*

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*, pp. 322 y 323.

Ello supone que la mayor parte de las tradicionales “teorías de la pena” son en realidad, para nuestro autor, meras *ideologías*, pues confunden el deber ser de la pena con el ser de la misma o viceversa. Expone en ese sentido el maestro italiano:

[L]as doctrinas normativas del fin de la pena se degradan en ideologías (normativistas) cuando se las hace pasar por teorías, es decir, cuando asumen como descriptivos, sólo porque se consideran justos, los que solamente son modelos o proyectos normativos; mientras que las teorías descriptivas de la función o de la motivación de la pena se degradan a su vez en ideologías (naturalistas) cuando se las hace pasar por doctrinas, es decir, cuando asumen como prescriptivos o justificadores, sólo porque se consideran verdaderos, los que solamente son esquemas explicativos. Tanto las doctrinas ideológicas del primer tipo como las teorías ideológicas del segundo son lógicamente falaces: o porque toman el deber ser por ser, deduciendo aserciones de prescripciones, o porque toman el ser por deber ser, deduciendo prescripciones de aserciones.<sup>100</sup>

### 3.1.2. Doctrinas de justificación y justificaciones de la pena

Otra distinción que realiza Ferrajoli es la que existe entre “las doctrinas de justificación del derecho penal o de la pena en general y las justificaciones (o no justificaciones) de este o aquel ordenamiento penal o de esta o aquella institución punitiva”.<sup>101</sup> Esta diferenciación está estrechamente vinculada a la que existe entre doctrinas normativas y teorías explicativas de la pena, ya expuesta. Así, las *doctrinas de justificación* son “discursos normativos acerca de la justificación o acerca de los fines justificadores”,<sup>102</sup> mientras que las *justificaciones* (o *no justificaciones*) son “discursos asertivos acerca de la correspondencia (o no correspondencia) entre los fines normativamente asumidos y las funciones asertivamente explicadas y reconocidas”.<sup>103</sup>

100. *Ibid.*, p. 324.

101. *Ibid.*, p. 324.

102. *Ibid.*, p. 325.

103. *Ibid.*

En otros términos:

Mientras las doctrinas de justificación son discursos normativos que tienen por objeto las justificaciones mismas, es decir, la validez ético-política de los fines con los que se justifican el derecho penal y las penas, las justificaciones (y las no justificaciones) son discursos asertivos que tienen por objeto el derecho penal mismo y las penas, y específicamente el hecho de que satisfacen o no satisfacen el fin o los fines previamente asumidos como justificadores en virtud de la doctrina de justificación adoptada.<sup>104</sup>

Para Ferrajoli, bajo ese entendido:

El defecto epistemológico que suele viciar las justificaciones de la pena sugeridas por las doctrinas de la justificación –y en particular por las doctrinas utilitaristas– es la confusión entre los dos niveles del discurso [...]. A causa de esta confusión las doctrinas normativas de justificación son casi siempre presentadas directamente como justificaciones. De ello resultan justificaciones apriorísticas: no de este o aquel ordenamiento penal o de esta o aquella de sus instituciones particulares, sino del derecho penal o de la pena en cuanto tales, o de la *idea* de derecho penal o de pena. En este caso la violación de la ley de Hume se refiere no a la doctrina de justificación sino a la justificación misma. De la doctrina normativa, que señala un determinado fin como criterio de justificación de la pena o del derecho penal en general, se deduce en efecto que las penas o los ordenamientos penales concretos satisfacen de hecho ese fin y por consiguiente están justificados. El resultado es una *falacia normativista* del todo idéntica a la confusión de los fines con las funciones en la que incurren las doctrinas ideológicas normativistas. Las justificaciones, en efecto, se obtienen *a posteriori*, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es apriorística, es decir, prescinde de la observación de los hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista.<sup>105</sup>

104. *Ibid.*, p. 325. Para utilizar una metáfora jurídico-penal, las doctrinas de justificación son como el tipo penal, mientras que las justificaciones (o no justificaciones) corresponden a la tipicidad (o atipicidad) de un comportamiento a la luz de dicho tipo penal, después de realizar el proceso de adecuación típica.

105. *Ibid.*, pp. 325 y 326.

Sin embargo:

En un vicio ideológico simétrico [...] incurren [...] también muchas doctrinas abolicionistas, que discuten el fundamento axiológico de las primeras [de las doctrinas de justificación de la pena] con el argumento asertivo de que la pena no satisface de hecho los fines que se le señalan [...]. Críticas de este tipo están en línea de principio viciadas a su vez por la *falacia naturalista*, al ser imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas.<sup>106</sup>

Para Ferrajoli sólo hay un caso extremo en el cual las consideraciones acerca del *ser* de la pena pueden llegar a tener un efecto sobre las consideraciones acerca del *deber ser* de la misma y se da cuando las críticas abolicionistas “argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador”.<sup>107</sup> Ello obedece a que las doctrinas normativas del fin de la pena son, precisamente, *normas*, proposiciones de deber ser, y “es condición de sentido de cualquier norma la posibilidad alética de que sea observada (además de violada)”.<sup>108</sup>

### 3.2. Condiciones metaéticas de la justificación de la pena

Sentadas estas distinciones lógicas, Ferrajoli traza los requisitos metaéticos de un modelo de justificación de la pena que pueda ser capaz de escapar a los distintos tipos de falacia (naturalista o normativista) y, por ende, no verse degradado a mera ideología de legitimación apriorística.<sup>109</sup>

Un primer orden de requisitos “se refiere a la valoración del fin penal justificador y de los medios penales a justificar”.<sup>110</sup> En ese orden de ideas, con el fin de que queden excluidas las autojustificaciones ideológicas del derecho penal y de las penas viciadas por la falacia naturalista, son necesarios para Ferrajoli dos requisitos: primero, “que el fin sea reconocido y compartido como un *bien extrajurídico*, externo al derecho”,<sup>111</sup> y, segundo, “que el medio jurídico [la pena] sea reconocido como un *mal*,

106. *Ibid.*, p. 326.

107. *Ibid.*

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

es decir, como un coste humano y social que precisamente por ello ha de ser justificado".<sup>112</sup>

Un segundo orden de requisitos "se refiere a las relaciones entre medios y fines penales".<sup>113</sup> Para Ferrajoli, a efectos de que una doctrina de justificación no se preste a ser utilizada directamente como justificación apriorística viciada por la falacia normativista, son necesarios, a su vez, dos requisitos: de un lado, "que los medios sean adecuados a los fines, de manera que los fines justificadores del derecho penal sean empíricamente realizables con las penas y no realizables sin ellas";<sup>114</sup> y, de otro, que haga suyo "también el punto de vista radicalmente externo de los destinatarios de las penas, a fin de que también para ellos resulte congruente y consistente la relación empírica entre medios penales y fines extrapenales y ninguno de ellos sea tratado como una cosa o un 'mero medio' para fines ajenos".<sup>115</sup>

Aclara Ferrajoli:

Un modelo de justificación que satisfaga estos dos órdenes de requisitos está en condiciones de fundamentar no sólo justificaciones sino también, según los casos, justificaciones de las penas y de los sistemas penales. Por tanto puede operar como modelo o doctrina no sólo de legitimación sino también de deslegitimación ético-política del derecho penal.<sup>116</sup>

Para el maestro italiano el primer orden de exigencias no es cumplido por las doctrinas absolutas o retribucionistas y por las doctrinas de la prevención general positiva. En efecto, en ambos casos "la pena (al igual que la prohibición) no queda justificada por fines extra-punitivos, sino por el valor intrínseco asociado a su imposición, configurada como un bien en sí y como fin en sí misma por el valor intrínseco y no extra-penal que se asocia del mismo modo a la prohibición".<sup>117</sup>

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*, p. 327.

114. *Ibid.* Ferrajoli agrega que "sólo así son posibles justificaciones *a posteriori* basadas en investigaciones empíricas que excluyan la irrealizabilidad del fin justificante y comprueben que éste se ha realizado en un grado suficiente".

115. *Ibid.* Para nuestro autor sólo de esta forma se puede "replicar de un modo convincente a la provocación abolicionista y por otro lado a la objeción kantiana según la cual toda persona es un fin en sí mismo".

116. *Ibid.*

117. *Ibid.*, p. 329.

Por otra parte, para nuestro autor las doctrinas de la prevención especial positiva no llenan el segundo orden de exigencias, ya que “acreditan como función el fin correccional de la pena, asumiendo que queda satisfecho de un modo apriorístico aunque de hecho no esté realizado o incluso sea irrealizable, deduciendo así el ser del deber ser”.<sup>118</sup>

En cambio, en opinión de Ferrajoli, las doctrinas de la prevención especial negativa y de la prevención general negativa no son cuestionables desde esta perspectiva, pues disocian los medios penales, entendidos como males, de los fines extrapenales idóneos para justificarlos.<sup>119</sup> El problema con estas doctrinas es que su fin justificador “es sólo la máxima utilidad posible de los no desviados y *no además* el mínimo sufrimiento necesario de los desviados”,<sup>120</sup> es decir, que no resultan coherentes con el utilitarismo penal reformado del cual parte Ferrajoli. Por ello conducen a modelos de derecho penal máximo.

### **3.3. El doble fin preventivo general negativo de la pena como doctrina de justificación sólo de un derecho penal mínimo y garantista**

Sentados todos estos presupuestos, llegamos por fin a la doctrina del fin de la pena de Ferrajoli propiamente dicha. La misma, como ya se ha mencionado, es *justificacionista*, pero sólo de un derecho penal mínimo y garantista.

Sin embargo, como se verá, el hecho de que sea justificacionista no significa que legitime *a priori* el derecho penal y la pena de manera universal o el derecho penal y la pena de algún Estado particular. Más bien lo que hace Ferrajoli es establecer los *parámetros* o *criterios* para establecer la legitimidad o justificación de los ordenamientos penales y las sanciones penales específicas de cada Estado. En otras palabras, nuestro autor postula una *doctrina de justificación* y no una justificación. La justificación específica de cada derecho penal y de cada pena sólo se puede obtener *a posteriori* una vez se contrasten estos con los criterios o parámetros de justificación que ofrece la doctrina de justificación adoptada.

118. *Ibid.*, p. 330.

119. *Ibid.*

120. *Ibid.*, p. 330.

### 3.3.1. La prevención general negativa de los delitos

Para Ferrajoli la pena y el derecho penal se pueden ver justificados en cierta medida al posibilitar un doble efecto preventivo general negativo.<sup>121</sup> Por una parte, la pena debe tener por finalidad *prevenir delitos* en forma de *prevención general negativa* enfocada en la *amenaza legal* de la pena. De esta forma, la pena le brinda una utilidad a la mayoría de los no desviados y dicha utilidad consiste en que evita la comisión de delitos por parte de la minoría de los desviados.<sup>122</sup>

No obstante, dicha justificación de la pena es insuficiente, pues no atiende también a la utilidad (o, concretamente, al mínimo sufrimiento necesario) de la minoría de los desviados, al no lograr ponerle límites al derecho penal.<sup>123</sup> Es más, dicha finalidad de la pena, en caso de aceptarse como única meta de la misma, conlleva casi necesariamente a modelos de derecho penal máximo, pues “en rigor, cualquier delito cometido demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que para tal fin habría sido necesaria una mayor”.<sup>124</sup> En última instancia, conlleva –como ya se ha mencionado– a la pena de muerte para todos los delitos.

#### 3.3.1.1. La prevención general negativa de las reacciones punitivas informales

Sin embargo, para Ferrajoli hay otro fin legítimo de la pena que, aparte de justificarlo, puede ponerle límites al derecho penal. Dicho fin consiste en la prevención general negativa de otro mal antitético al delito.<sup>125</sup> Según el profesor italiano:

Este otro mal es la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, *punitiva pero no penal*– que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal.<sup>126</sup>

121. *Ibid.*, pp. 331 y ss.

122. *Ibid.*, p. 331.

123. *Ibid.*, pp. 331 y 332.

124. *Ibid.*, p. 332.

125. *Ibid.*

126. *Ibid.*



Agrega:

Pretendo decir que la pena no sirve sólo para prevenir futuros delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone sólo *ne peccetur*, sino también *ne punietur*; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas.<sup>127</sup>

De esta manera “la pena ‘mínima necesaria’ de la que hablaban los ilustrados [...] no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito”.<sup>128</sup> Por ende, “a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el *límite máximo* de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales”.<sup>129</sup>

Lo anterior significa, en otros términos, que para Ferrajoli –atendiendo igualmente a la utilidad (o al mínimo sufrimiento necesario) para la minoría de los desviados– la pena tiene también por finalidad prevenir de manera general la *venganza privada* frente al delito y, en última instancia, la *cadena interminable de violencia* que se generaría (dado que seguramente dicho victimario que se convierte en víctima y sus allegados también buscarían venganza privada) si el Estado no interviniera frente a algunos conflictos sociales de especial gravedad a través de una pena.<sup>130-131</sup>

127. *Ibid.*

128. *Ibid.*

129. *Ibid.*

130. Una finalidad de la pena así entendida es, a mi juicio, defendible en el derecho penal colombiano, toda vez que el artículo 4º del Código Penal vigente dispone: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”. Tomando para el análisis sólo la última parte de la norma, ¿de qué se puede proteger al condenado? Considero que precisamente de la venganza privada, del linchamiento por parte de la víctima y sus allegados.

131. Repárese en algo: sólo los delitos más graves (genocidios, homicidios, desapariciones forzadas, secuestros, violaciones, torturas, extorsiones, etc.), podrían generar, por regla general, esta posibilidad de reacciones punitivas informales en la sociedad. Así que sólo frente a tales delitos realmente graves sería posible legitimar la pena bajo el paradigma del doble fin preventivo de Ferrajoli. De esta forma sólo se justifica un derecho penal mínimo.

A la luz de esta doctrina, la pena –pese a perseguir también la finalidad de prevenir los delitos de manera general, principalmente a través de la amenaza legal de su imposición– encuentra una limitante: nunca puede ser más gravosa de lo que sería la hipotética reacción punitiva informal en caso de no intervenir el Estado a través de la pena. De otra manera no tendría ninguna justificación frente al desviado el hecho de que se sustituya dicha reacción punitiva informal por la pena. De otro modo no se estaría atendiendo también a su utilidad consistente en sufrir el mínimo necesario. En síntesis:

[E]l derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal.<sup>132</sup>

Estos dos fines y los dos intereses utilitarios de fondo entran en *conflicto* en el proceso penal y las partes (la acusación y la defensa, respectivamente) son sus portadores. Sin embargo, “de los dos fines, el segundo –por lo general olvidado– es sin embargo el más significativo y el que en mayor medida merece ser subrayado”. Ello porque:

[M]ientras que es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente el primero –no pudiéndose ignorar las complejas razones sociales, psicológicas y culturales de los delitos, ciertamente no neutralizables mediante el mero temor a las penas (en vez de a las venganzas)–, es por el contrario bastante más segura su idoneidad para satisfacer el segundo, aun sólo con penas modestas y poco más que simbólicas.<sup>133</sup>

Pero además, y sobre todo, “porque sólo el segundo fin y no el primero es a la vez necesario y suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista”.<sup>134</sup>

132. *Ibid.*, p. 334.

133. *Ibid.*

134. *Ibid.*

Por otra parte, considera Ferrajoli que al asignarle al derecho penal y a la pena este doble fin preventivo general negativo, estos estarán siempre del lado del más débil, protegiéndolo contra el abuso del más fuerte: “Del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él”.<sup>135</sup>

Vale la pena anotar que para el maestro italiano su doctrina del fin de la pena no sólo permitiría determinar la legitimidad de una pena en particular, sino también la justificación de un sistema penal valorado globalmente. En efecto, un sistema penal “está justificado sólo si la suma de las violencias –delitos, venganzas y castigos arbitrarios– que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para estos”.<sup>136</sup> En otros términos, el poder punitivo está tanto más justificado “cuanto más bajos sean los costes del *derecho penal* respecto a los costes de la *anarquía punitiva*”.<sup>137</sup> Concluye entonces Ferrajoli que su modelo normativo de justificación de la pena satisface “todas las condiciones de adecuación ética y de consistencia lógica exigidas para el plano metaético”.<sup>138</sup>

En primer lugar, es una doctrina del fin de la pena que no confunde el derecho penal y la moral “al orientar el derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa –de las penas (informales) así como de los delitos–”.<sup>139</sup> En segundo término, es una doctrina de justificación de la pena que “responde tanto a la pregunta ‘¿por qué prohibir?’ como a la pregunta ‘¿por qué castigar?’”.<sup>140</sup> La primera pregunta es respondida satisfactoriamente por la finalidad de prevenir generalmente los delitos, es decir, por el máximo bienestar posible de la mayoría de los no desviados, mientras que el segundo interrogante es contestado de manera adecuada por el fin de prevenir generalmente las reacciones punitivas informales, esto es, por el mínimo malestar necesario para la minoría de los desviados.<sup>141</sup>

135. *Ibid.*, p. 335.

136. *Ibid.*, p. 336.

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

139. *Ibid.*

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*

En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, es una doctrina del fin de la pena que es coherente con el utilitarismo penal reformado asumido como punto de partida por Ferrajoli, es decir, que atiende tanto a la máxima utilidad de la mayoría de los no desviados como a la máxima utilidad (entiéndase el menor sufrimiento necesario) de la minoría de los desviados.<sup>142</sup>

Finalmente, es una doctrina de justificación de la pena que, en cuanto tal, “excluye autojustificaciones apriorísticas de modelos de derecho penal máximo y permite solamente justificaciones *a posteriori* de modelos de derecho penal mínimo”.<sup>143</sup> Es una doctrina que de entrada reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es de todas formas un *mal* para aquel que la sufre, y ello no cabe encubrirlo con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador que terminan siendo aflictivas.<sup>144</sup> Sin embargo, aun siendo un mal, la pena se puede justificar si se reduce a un mal menor respecto de la venganza y otras reacciones punitivas informales, en última instancia, si reduce la violencia dentro de una sociedad.<sup>145</sup>

## 4. Valoración crítica de la doctrina de los fines de la pena de Ferrajoli

En este último apartado intentaré realizar una valoración crítica de la doctrina de los fines de la pena de Ferrajoli. En otras palabras, mientras el texto hasta aquí ha sido descriptivo (y esa era su principal meta), a partir de este punto haré algunos apuntes normativos o valorativos.

### 4.1. Satisfactoria justificación utilitarista de la pena frente a la sociedad que la impone y aun frente al individuo que la sufre

Me parece que la compleja construcción teórica de Ferrajoli en torno a la justificación o legitimación de la pena y del derecho penal es una de las más interesantes y sólidas que existen en la actualidad. Tomando como presupuestos la separación radical entre el derecho penal y la moral (que incluye la separación radical entre el derecho penal

---

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*, p. 337.

144. *Ibid.*

145. *Ibid.*

y la naturaleza) y el utilitarismo penal reformado, que tiene en cuenta la utilidad, no sólo de la mayoría de los no desviados, sino también de la minoría de los desviados, el profesor italiano demuele casi la totalidad de los tradicionales discursos deslegitimadores y legitimadores de la pena y del derecho penal.

Posteriormente, sobre lo poco que queda en pie (la prevención general negativa enfocada en la amenaza legal de la pena), Ferrajoli construye su propia doctrina del fin de la pena, que (a diferencia de las doctrinas abolicionistas que desecha) es *justificacionista*, pero (a diferencia de las doctrinas eficientistas o expansionistas que también rechaza) sólo de un derecho penal mínimo y garantista. Como ya se ha visto, dicho fin de la pena radica en un doble fin preventivo general negativo: por una parte, la prevención general negativa de *delitos*, y, por otra, la prevención general negativa de *venganzas privadas y penas desproporcionales*. En síntesis, se trata de prevenir la *violencia* dentro de una sociedad.

Así, se tiene en cuenta no sólo la utilidad para la mayoría de los no desviados, sino también la utilidad de la minoría de los desviados,<sup>146</sup> habiendo sido esta última olvidada por prácticamente la totalidad de las tradicionales justificaciones utilitaristas de la pena. Bajo estos parámetros el derecho penal siempre debe estar del lado del más débil para protegerlo del más fuerte. De este modo, en últimas, el derecho penal puede y debe proteger *derechos fundamentales*.

Y, como lo deja bien claro Ferrajoli, dicha doctrina del fin de la pena no supone, de manera apriorística, una justificación de la idea del derecho penal y de la pena o de los derechos penales y las penas concretos de cada Estado, sino que apenas brinda unos *parámetros o criterios* bajo los cuales pueden llegar a ser justificados estos derechos penales y estas penas particulares. Dichos derechos penales e instituciones punitivas concretos podrán ser justificados, en síntesis, cuando la violencia que prevengan en la sociedad sea mayor que la violencia que *per se* supongan, partiendo del presupuesto de que, de cualquier forma, el ejercicio de toda forma de poder punitivo implica violencia.

146. En contra de ello se manifiesta Mariano H. Silvestroni, para quien “desde la óptica del delincuente no se puede afirmar sin más que a este le conviene la pena antes que los castigos informales de las víctimas; me inclino a pensar que casi unánimemente los ofensores preferirían verse sometidos al riesgo de un castigo privado antes que al riesgo de la persecución estatal”. Cfr. *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, pp. 41 y 42.

De esta manera, la doctrina axiológica del fin de la pena de Ferrajoli se convierte en una muy útil herramienta para juzgar la legitimidad o justificación de los derechos penales y las instituciones punitivas propios de los diversos Estados. Seguramente muchos de estos derechos penales tomados globalmente o muchas de sus instituciones no superarán dicho *test de justificación*.

Aunque podría criticarse que realizar tal medición empírica resulta muy difícil en la práctica, pues no está claro cómo se puede colocar en una balanza, por un lado, todo el peso de la violencia ejercida por el sistema penal y, por otro, todo el peso de la violencia que supondría su no existencia u inoperatividad, lo cierto es que esta crítica no afecta en sí a la doctrina normativa del maestro italiano, sino que hace referencia a los instrumentos para llevar a cabo dicho análisis empírico.

En fin, puede afirmarse que la doctrina del fin de la pena de Ferrajoli es una de las más sólidas justificaciones de un derecho penal mínimo y garantista que existen en la actualidad y constituye un aporte de extraordinaria valía de este gran filósofo del derecho a la ciencia del derecho penal, en la cual no siempre se le ha prestado a estas complejas problemáticas axiológicas la atención que merecen o han recibido muchas veces un tratamiento superficial.

#### **4.2. Insatisfactoria justificación moral de la pena frente al individuo que la sufre. La doctrina de la asunción voluntaria de la pena de Nino como complemento**

Sin embargo, considero que la doctrina del fin de la pena de Ferrajoli aún podría recibir un complemento que se lo podría brindar la doctrina de la pena del argentino Carlos Santiago Nino.<sup>147</sup>

Dicha complementación no hace referencia propiamente a la *justificación utilitarista de la pena* frente a la sociedad que la impone y aun frente al individuo que la sufre, cuestión que Ferrajoli contesta con suficiencia en mi criterio, sino a la *justificación moral de la pena* frente al individuo que la padece. Considero que la pena estatal en la doctrina de Ferrajoli se encuentra perfectamente justificada frente a la sociedad que la impone e incluso frente al individuo que la sufre en cuanto a su *utilidad*, pero estimo que no tanto en cuanto a su *moralidad individual*.

---

147. Cfr. Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 195 y ss.

Se trata en realidad de un problema de *justicia distributiva*. El penado podría preguntarse válidamente lo siguiente: está bien, la pena supone una utilidad para la sociedad y aun para mí, pero ¿por qué razón precisamente yo tengo que correr con los costes de esa doble utilidad?, ¿por qué en aras de ese doble efecto preventivo, precisamente yo tengo que padecer ese sufrimiento que implica la pena?, ¿no podría correr *otro* con estos costes? Considero que la doctrina de justificación de la pena de Ferrajoli no podría contestar satisfactoriamente estas inquietudes.

Vale la pena anotar que no se trata de un problema exclusivo de la doctrina utilitarista del fin de la pena de Ferrajoli, sino aun de toda doctrina utilitarista o preventiva del fin de la pena. Como bien lo anota Feijoo Sánchez:

En dicho debate [el debate tradicional sobre el fin o la función de la pena] se han ido tratando dos cuestiones que deben tratarse de forma diferenciada: a) la justificación de la pena de cara a la sociedad que la impone, y b) la justificación de la pena de cara al individuo que la sufre. De hecho, las teorías unitarias o mixtas son teorías que han intentado dar respuesta a ambas cuestiones, pero hasta hoy no han podido ofrecer un modelo teórico que integre, coherentemente, ambos aspectos. Las teorías preventivas han venido siendo, básicamente, discursos sobre el papel de la pena para la sociedad. Normalmente este aspecto es el que ha venido siendo definido como la teoría de los fines (político-criminales) de la pena. Las teorías absolutas de la pena nunca han sido, en cambio, teorías sobre los fines de la pena, sino que se han preocupado, básicamente, de la justificación individual de la pena como algo que se ha merecido o ganado en justicia el condenado.<sup>148</sup>

Es verdad que el defecto propio de toda doctrina utilitarista o preventiva del fin de la pena, consistente en no brindar una justificación moral individual de la pena, se ve matizado en la doctrina de Ferrajoli, ya que este tiene en cuenta que la pena debe representar también una utilidad para la minoría de los desviados, que radica en el mínimo sufrimiento necesario. De esta forma se supera la objeción kantiana según la cual las doctrinas preventivas suponen el castigo de una persona en beneficio de otros y, por lo tanto, su instrumentaliza-

---

148. Cfr. Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general*, op. cit., p. 6.

ción ilegítima. En la doctrina del fin de la pena de Ferrajoli el desviado es castigado en beneficio de la sociedad, pero también en beneficio propio, pues de esta manera se previene una reacción informal en contra de él aun más gravosa que la misma pena.

Pero el hecho de que la pena suponga también una utilidad para el desviado no es –en mi opinión– suficiente *justificación moral* de por qué debe precisamente él padecer los costes propios de la pena. Considero entonces que la mejor respuesta en ese sentido la brinda Nino, sin necesidad de asumir una doctrina retributiva o absoluta de la pena, que no puede ser sostenida realmente sin acudir a criterios metafísicos indemostrables. Para Nino:

La pena no es algo que recae sobre sus víctimas como consecuencia de un hecho fortuito o por la acción de terceros sin posibilidad de control por parte de ellas. Es producto, entre otras cosas, de la *voluntad* de la persona misma que la sufre. Esto es al menos así cuando se respetan ciertos requerimientos relativos a la conducta y actitudes subjetivas del destinatario de la pena.

El caso es que la apelación a que se haga una distribución equitativa de beneficios y cargas está fuera de lugar, cuando el interesado mismo ha aceptado una distribución que no es igualitaria.<sup>149</sup>

Agrega el jurista argentino:

El individuo que ejecuta un acto voluntario –un delito– sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa, del mismo modo que un contratante consiente una consecuencia normativa que resulte del contrato y una persona que asume un riesgo consiente en perder la acción resarcitoria que de lo contrario tendría. El consentimiento a asumir la sujeción jurídica a sufrir una pena es, como en el caso de contratos y la asunción voluntaria de riesgos, irrevocable, e independiente de la actitud del agente respecto del hecho que es objeto de la caracterización normativa. El individuo puede creer que su punición es sumamente improbable o puede intentar evadirla; esto es tan irrelevante para su consen-

149. Cfr. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, op. cit., p. 225.



timiento como la actitud del jugador que tiene la intención de hacer trampas lo es respecto de su consentimiento a asumir la obligación de pagar la apuesta si pierde.<sup>150</sup>

La doctrina de la pena de Nino, que puede ser denominada como doctrina de la *asunción voluntaria de la pena*, parece trivial, pero en realidad abarca un aspecto muy relevante que las justificaciones utilitaristas de la pena (incluso la de Ferrajoli) dejan de lado. El autor de un delito, al decidir delinquir, es consciente de que el hecho que va a realizar es un ilícito penal y que, por ende, cabe la posibilidad de ser sancionado penalmente. Es una *consecuencia normativa* de su acto y él lo sabe. Aun así actúa y con ello *consiente, acepta voluntariamente*, la imposición de la pena en caso de ser efectivamente judicializado y condenado.<sup>151</sup> Allí radica –en mi opinión– la *justificación moral de la pena* frente al individuo que la padece,<sup>152</sup> que complementa a la *justificación utilitarista de la pena* frente a la sociedad que la impone y aun frente al individuo que la sufre que bien brinda Ferrajoli.

En conclusión, considero que la doctrina del fin de la pena de Ferrajoli, con esta adición teórica atinente a su justificación moral individual, constituye una excelente doctrina del fin de la pena. A través de ella se establece un modelo para la eventual justificación o legitimación del derecho penal y de la pena, desvirtuando las utópicas y hasta irresponsables doctrinas abolicionistas. Pero, por otra parte, se le imponen así mismo límites al derecho penal y a la pena, pues estos sólo pueden ser justificados o legitimados en la medida en que correspondan al modelo o sistema penal mínimo y garantista, desvirtuando de esta forma también las autoritarias e irresponsables doctrinas eficientistas y expansionistas.

150. *Ibid.*, pp. 233 y 234.

151. Tal como lo pone en evidencia Silvestroni, en la doctrina de la asunción de la pena de Nino “no se trata de la voluntad de cometer el acto delictivo, sino de la asunción de sus consecuencias jurídicas; en definitiva, ‘se requiere una actitud subjetiva respecto de la pena misma’”. Cfr. *Teoría constitucional del delito, op. cit.*, p. 40.

152. Como lo sostiene Silvestroni: “Nadie puede objetar éticamente el ser objeto de una coerción jurídica que asumió como asociada a su acción, porque ese consentimiento quita a la sanción el carácter de imposición meramente externa, decidida e impuesta autoritariamente por terceros, y coloca al autor del delito dentro de los sujetos que la deciden. El autor asume, consiente, y toma una decisión que es condición *sine qua non* de la cadena de actos que conducen a la imposición legítima de una pena”. Cfr. *Teoría constitucional del delito, op. cit.*, p. 40.

La tarea que queda pendiente por hacer es determinar si los concretos y específicos sistemas penales y, particularmente, el colombiano, superan este auténtico *test de legitimidad* o *de justificación*. Como probablemente ello no sea así, la conclusión es que aún queda mucho trabajo por hacer para llegar a tener un derecho penal justo.

## Conclusiones

- 1) Luigi Ferrajoli ha realizado, desde la filosofía del derecho, un gran aporte al derecho penal y a la ciencia que lo estudia: la fundamentación filosófica de un modelo o sistema de derecho penal mínimo y garantista. Un papel muy importante en ese sistema garantista lo desempeña su doctrina de los fines de la pena, es decir, su axiología.
- 2) Ferrajoli parte de dos presupuestos iusfilosóficos para analizar la problemática de la justificación de la pena: la radical separación entre el derecho penal y la moral; y el utilitarismo penal *ex parte populis* que tiene en cuenta no sólo la utilidad para la mayoría no desviada de la sociedad, sino también para la minoría desviada de ella.
- 3) Partiendo de estos presupuestos iusfilosóficos, Ferrajoli desvirtúa contundentemente la mayor parte de las doctrinas tradicionales de los fines de la pena (tanto abolicionistas como justificacionistas), aceptando sólo, de manera limitada, la doctrina de la prevención general negativa enfocada en la amenaza legal de la pena en abstracto.
- 4) Ferrajoli elabora entonces una doctrina justificacionista del doble fin preventivo general negativo de la pena, según la cual ella tendría por objetivo, por un lado, la prevención general negativa de los delitos a través del efecto disuasorio o intimidador de la ley penal, y, por otro lado, la prevención general negativa de las reacciones punitivas informales, es decir, de la venganza privada de la víctima y sus allegados en contra del victimario y los suyos, en caso tal que el Estado no intervenga a través de la pena frente a los conflictos sociales más graves. En síntesis, el doble fin preventivo de la pena en el pensamiento de Ferrajoli puede ser reconducido a la idea de prevenir la violencia en el seno de la sociedad.
- 5) El mínimo de la pena vendría dado por la finalidad de prevención general de los delitos. La pena mínima sería enton-

ces la necesaria para disuadir o intimidar a los potenciales delincuentes. Pero, por otra parte, esta doctrina del fin de la pena también supone un límite máximo de la pena: aquel por encima del cual no se justificaría para el desviado el que la pena estatal sustituya a las reacciones punitivas informales. De esta manera se legitima sólo un derecho penal mínimo y garantista.

- 6) La doctrina de Ferrajoli no ofrece una justificación de la pena, sino apenas una *doctrina de justificación*. Ello implica que no justifica *a priori* la idea del derecho penal y de la pena, ni tampoco el derecho penal y la pena específicos de algún Estado, sino que establece los parámetros o criterios bajo los cuales el derecho penal y la pena de un Estado pueden llegar a ser legítimos. La justificación del derecho penal y de la pena de un Estado sólo se puede obtener mediante un análisis *a posteriori*. Para ello se requiere que la violencia que el derecho penal de un Estado pueda prevenir sea mayor que la que supone *per se* su intervención. Este *test de justificación* no sólo es predicable de sistemas penales valorados globalmente, sino también de instituciones penales específicas y penas particulares.
- 7) La doctrina de los fines de la pena de Ferrajoli brinda así una satisfactoria justificación *utilitarista* de la pena frente a la sociedad que la impone y aun frente al individuo que la sufre. No obstante –al igual que le ocurre a todas las doctrinas exclusivamente preventivas o utilitaristas del fin de la pena– no ofrece una convincente justificación *moral* de la pena frente al individuo que la padece.
- 8) Bajo ese entendido, la doctrina del fin de la pena de Ferrajoli podría complementarse con la doctrina de la asunción voluntaria de la pena de Carlos Santiago Nino, para quien la pena frente al individuo que la sufre se justifica moralmente en el hecho de que él es consciente de que la conducta que realiza es considerada como un ilícito penal y que, por ende, cabe la posibilidad de ser sancionado penalmente, y aun así actúa, renunciando así voluntariamente a su inmunidad frente a la pena. En otros términos, el desviado consiente la pena como consecuencia normativa del delito que realiza.

## Bibliografía

- AA.VV. (Iñaki Rivera Beiras, coord.). *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, Anthropos / Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, 2005.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Del Puerto, 2005.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Montevideo / Buenos Aires, B de F, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2001.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. 14ª ed. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Trad. de Juan Luis Vermal. Buenos Aires, Sudamericana, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1995.
- . «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo». En: Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia / Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2005, pp. 17 y ss.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 4ª ed. Trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid, Tecnos, 2005.
- LISZT, Franz von. *La idea del fin en el derecho penal*. Bogotá, Temis, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires, Astrea, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, Civitas, 2001.
- . «Sentido y límites de la pena estatal». En: *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid, Reus, 1976, pp. 11 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 1992.
- SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires, Del Puerto, 2004.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro W. SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires, Ediar / Temis, 2002.
- . *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Ediar / Temis, 2005.



# Consensualismo penitenciario: alternativas para una ejecución penal más humana

Rodrigo Oliveira Santana\*

## Introducción

El sistema penal continua selectivo, imprevisible, vertical y sin cualquier orientación racional en sus acciones, además, el sistema penitenciario, parte más importante del sistema penal, continúa igualmente selectivo, imprevisible, vertical, controlador, desculturalizador y aculturalizador. Así, el sistema penitenciario nunca ha dejado de ser la región más sombría del aparato judicial (Foucault, 2002, p. 214).

Esto es resultado de una sociedad que necesita cada vez más seguridad por el miedo. Estas son características de una sociedad moderna globalizada. Este miedo hace que el Estado, que detiene el deber de promover la paz social y la responsabilidad de cuidar de sus gobernados, accione con descuido y, como es común, armado fuerte e innecesariamente contra este sujeto que debería proteger.

Así, el derecho penal, en este paradigma, es el único y eficaz instrumento capaz de imprimir en la sociedad conductas civilizadas y organizadas, y para atingir su objetivo, este agigantase e influya todas las áreas de la vida social.

Este es el inicio de un proceso de irracionalización del derecho penal con un consecuente deseo por la pena, pues aumentándose los tipos penales y las penas, criminalizándose diversas actividades y comportamientos de la vida social se relativizan principios constitucionales con la creación de conceptos y reglas ambiguas, con lo cual aumenta el poder de policía.

Esta paz mascarada que el derecho penal nos proporciona, es la paz por la pena, la paz por la cárcel, la paz por la molestia al otro, y este otro no se quedará en paz. Esta sensación de paz es fruto de un clamor

---

\* Abogado de la Universidade da Amazõnia. Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro). Máster en Derecho del Estado de la Universidade da Amazõnia. Profesor de Derecho Penal de la Universidade da Amazõnia. Miembro de la Agencia de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Brasil. Correo electrónico: adv.rsantana@gmail.com.

público producto de un miedo por lo que puede venir. Es la sociedad del riesgo que busca en la pena una medicina para buscar tranquilidad.

Esa nueva funcionalidad para la pena hace que el Estado trabaje sólo para punir. Así, el derecho penal que hace parte de un sistema de pena estructurado que visa solamente el control de la sociedad, reacciona de manera selectiva, violenta e criminalizadora, pues busca punir a las personas de una determinada clase social (la más baja), sin que se les regalen oportunidades en la vida, pues una vez capturado por el sistema el sujeto estará marginalizado eternamente.

La cárcel es la agencia del sistema penal que más estigmatiza al hombre. Una vez adentro de la institución penitenciaria, el hombre deja de ser un sujeto de derecho y se vuelve una cosa que está a la disposición del sistema. Se utilizan técnicas, llamadas de tratamiento, que no los ayudan; al revés, los convierte en seres pasivos, como si no tuvieran personalidad propia.

El tratamiento impuesto –primer camino para el no tratamiento– crea en el detenido una nueva forma de pensar y actuar, distorsionando su personalidad social adquirida antes de que entrara en la cárcel. Por ello se comporta de acuerdo con la nueva cultura que le fue presentada, una subcultura que hablará cada vez más de la propia estigmatización del detenido y, por qué no decirlo, también de aquellos que trabajan en la institución penitenciaria.

Este modelo de acción no legitima al Estado cuando pune a una persona por una conducta desviante, pues no lo respeta como un sujeto de derechos sino como un instrumento con el que todo se puede hacer y controlar. Sin recursos suficientes para ayudar al hombre delincuente, la institución penitenciaria lo marginaliza y lo deja sin ninguna perspectiva de futuro.

El tratamiento penitenciario impuesto es el primer camino para la irrecuperación, pues la voluntad del individuo no es tenida en cuenta, por lo cual se hace necesaria una justicia de ejecución penal más consensual.

Este propuesto consensualismo es una de las salidas para ayudar al detenido, pues en este paradigma el tratamiento no es impuesto, al contrario, el tratamiento es aceptado por su propia voluntad y de acuerdo con la evolución del tratamiento este podrá tener derechos a algunos beneficios, como por ejemplo, la reducción de la pena.

Está claro que el cambio de este paradigma se hace necesario. Nuestro sistema punitivo no acciona con racionalidad y el hueco sin fin en que nos encontramos es grande y autodestructivo. Zaffaroni (2005) previó el fin al que estamos expuestos por la falta de racionalidad: “Não vai ser verdade que, depois de alguns milhões de anos, tomando



um sol um pouco mais pálido, alguma barata antropológica inteligente fale que existiu uma raça de gigantes que, um dia, suicidou-se, atrás de uma falsa idolatria do poder punitivo” (p. 38).

## 1. Sistema penal de control por las penas: la exteriorización del deseo por punir

La pena es un instituto desde milenios. Existió desde las sociedades más primitivas y era usada como método retributivo de un hecho humano considerado como antisocial. Hubo varios tipos de pena, desde la prisión hasta la pérdida de alguna parte del cuerpo.

Oliveira (1997, p. 11) dice que la pena de prisión como medida reeducativa tuvo su origen en Holanda, en el siglo *xvi*, con la creación de prisiones para hombres y mujeres distintamente. En principio, esta modalidad de prisión era destinada a las personas que vivían en el margen de la sociedad, o por lo menos así eran consideradas, como por ejemplo prostitutas, mendigos, etc.

Tan desmedida fue la utilización de la cárcel como pena por el Estado que en el siglo *xviii*, en el periodo humanista, con el perfeccionamiento del concepto de *persona humana* aunado a los descubrimientos de atrocidades y asombros a los que los detenidos eran sometidos, varios movimientos surgieron combatiendo la cárcel y el tratamiento carcelario. La prisión era un símbolo de perturbación, miedo y opresión.

Este es el fenómeno punitivo fruto de la no aceptación de conductas (acciones humanas naturales) que molestan el sentimiento colectivo de lo que es justo y normal, con la respectiva ruptura de la paz social y de la armonía del ritmo de vida que la sociedad lleva. Esta perturbación tiene que ser punida a través de una pena.

Así, el Estado asume la obligación de punir lo que perturba con la limitación de sus derechos individuales, con el único propósito de asegurar la convivencia pacífica. Interviniendo de esta forma el Estado legitima su acción a través del móvil que lo lleva a punir, pero esa legitimación debe darse de frente al delincuente, tanto en el aspecto individual como en el colectivo, en relación con la comunidad jurídica. Oliveira (1997, p. 15) señala:

O Estado tem de recorrer à pena para reforçar as proibições, indicar o que é permitido e mostrar aos cidadãos que a observância aos mandamentos legais é absolutamente necessária para evitar, na medida do possível, ações ou omissões que

ataquem as bases da convivência social. É a dosagem de vigor da pena que desperta na consciência de cada um o efeito inibidor da norma penal imperativa.

Asimismo, el poder de punir del Estado se ha limitado. Pese a que se convirtió en el único detentor del poder punitivo, es necesario que dicho poder obedezca algunas reglas, pues ahora es responsable del control social. El Estado sanciona y así lo hace no solamente por criterios retributivos, pues, en palabras de Oliveira “ninguém pode virar as costas para a alta relevância do escopo preventivo de reintegrar o condenado na sociedade” (1997, p. 16).

La punición debe darse a través de los órganos que el Estado institucionaliza con la intención de dividir las tareas originarias de su monopolio del poder punitivo. Surge así el sistema responsable por la materialización del derecho positivo, pero eso no significa que ese derecho positivo (derecho penal) no haga parte de este mismo sistema. Surge entonces el sistema penal.

¿En consecuencia, qué es el sistema penal? Zaffaroni lo conceptúa y explica:

Entende por sistema penal o “controle social punitivo institucionalizado”, atribuyendo à vox “institucionalizado” a aceção que concerne a procedimentos estabelecidos, ainda que não legais. Isso lhe permite incluir no conceito de sistema penal casos de ilegalidade estabelecidos como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas (“esquadrões da morte”, por ele referidos como “execuções sem processos”, tortura para obtenção de confissão na polícia, espancamentos “disciplinares” em estabelecimentos penais, ou uso ilegal de celas “surdas” etc.). O sistema penal ao ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam. (Batista, 2007, p. 24)

El sistema penal es una realidad práctica que emerge en el momento en que se practica un delito, o cuando se supone que ha sido practicado y se extiende hasta la ejecución de la pena. Lamentablemente ese sistema penal es demasiado selectivo, prueba de ello es el sistema carcelario. En él están todos los excluidos socialmente, aquellos que en nada contribuyen para la sociedad de consumo.

A máquina legislativa já deu o que tinha de dar. Tem Leis demais; Leis para impressionar o público e Leis para Inglês ver; Leis simbólicas e Leis “tampa-buracos” (da prática social). Junto com as Leis Penais, está aumento o número das prisões e da população penitenciária. E este sistema penal só enche; enche as prisões de negros e pobres; negros quase-pobres; de brancos quase-negros; de pobres quase-brancos-quase-negros (às vezes as minorias são outras, mas os pobres são pobres, as prisões são as prisões e a degradação das condições penitenciárias é global [...]). E justamente numa época em que se está redescobriendo o ideal de um estado enxuto, a prisão e o sistema Gulag no mundo inteiro se tornam cada vez mais vorazes e obesos. (Queiroz, 1998, p. 15)

El discurso del sistema penal es falso y castiga al potencial hombre a ser excluido no sólo en el momento de aplicación de la pena.

A seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária [polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e etc.], medeia um complexo e dinâmico processo de refração. (Andrade, 1997, p. 260)

Así, según lo anterior, es imperioso trabajar el derecho penal en abstracto (criminalización primaria), lo cual engloba no sólo el contenido de la ley penal sino también lo que no contiene la ley.

La sociedad que instituye un sistema selectivo y vertical espeja la exclusión de los más débiles mediante el alcance de esa selectividad, pues tal sistema de control de conductas desviantes revela una contradicción fundamental en su estructura: la igualdad formal defendida abstractamente y la selectividad en la actuación junto a la sociedad, pues lo que es tenido en cuenta es la posición ocupada por el individuo en la escalera vertical de la sociedad. Zaffaroni (1998, p. 19) nos enseña:

La selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de las relaciones horizontales o comunitarias, no son características coyunturales sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales.

Se concluye que hay una crisis que reside en la paradoja del discurso jurídico penal y la realidad operativa del sistema penal, lo que desacredita al discurso e impide que pueda existir cualquier innovación de este.

La criminalización secundaria refleja el modo de operación de las agencias que darán vida al derecho abstracto (policía, fiscalía, la judicatura, la institución penitenciaria, etc.) cuando estas vuelven toda la fuerza del derecho penal para actuar contra aquellas personas ya excluidas (igual que si estas personas no han cometido ninguna conducta desviante). Con esto se dan alas a un inmenso proceso de disminución de la persona humana, con el uso de un derecho que, en un primer momento, lo debería proteger.

## **2. Exclusión por la pena: de la deslegitimación del sistema carcelario a la ineficacia del tratamiento penitenciario**

La institución carcelaria tiene por función principal la de resguardar, asistir y recuperar socialmente al individuo con un problema social de delincuencia. Como una institución de readaptación del detenido, está seguida de una determinada estructura social, cultural, política y económica. Por lo tanto, los objetivos de la institución están íntimamente ligados al querer convertir al hombre en un sujeto completamente adaptado a las reglas de comportamiento de la sociedad, y no de vengar a la víctima o a la familia de la víctima, ni a la sociedad por el crimen cometido. La función del sistema es siempre de ayudar y asistir. En este sentido, Marchiori (1985, p. 7) afirma que “la institución penitenciaria, como institución [...] tiene por función principal la de resguardar, asistir y recuperar socialmente al individuo [...]”. Afirma, además, que el discurso del verdadero objetivo de la institución penitenciaria quedó deslegitimado cuando la retaliación que proviene del castigo llevó a todos los países a adoptar un modelo de cárcel con características de asilo, cerrado y de castigo.

Las más grandes situaciones que llevan a un proceso vengativo como consecuencia del crimen cometido, más allá de la pérdida de la libertad con su privación, son también: la imposibilidad de la educación con el núcleo familiar y con la comunidad; el forzoso cambio del modo de vida y de las relaciones interpersonales; las limitaciones psicomotoras; la limitación cultural y, en especial, la pérdida de la noción del tiempo. El ingreso en la institución carcelaria siempre implica un

cambio de lo que es existente en el “yo”, lo que provoca una inmensa angustia, un temor indiscriminado y general.

En este sentido, Marchiori (1985, p. 8) observa la necesidad de un tratamiento penitenciario, diferenciado para cada ingresante, que provenga de un estudio criminológico minucioso: “Cada hombre es único y particular, diferente a los demás, cada persona reacciona de una manera propia, basada en su desarrollo, en sus experiencias, en sus relaciones interpersonales, en sus conflictos, en su inteligencia y vivencias”.

Cuando el detenido egresa de la institución, bien sea un joven, un anciano, un menor, una mujer, una persona que llega por primera vez o que ya tiene la experiencia de la cárcel, y a pesar de que todos reciban el mismo tratamiento penitenciario, se observa que los resultados son diferentes pues cada persona responderá peculiarmente a las propuestas del tratamiento que le fue impuesto. Así, según lo enseña Marchiori (1985, p. 9), en la relación entre delincuente y la institución se debe notar el tratamiento para el ingresante y el resultado de cada tratamiento: “Observamos que en la relación interno-delincuente-institución se plantean dos situaciones claves: el ingreso y el egreso, es decir fundamentalmente quién es el individuo que llega a institución y cómo sale de la institución penitenciaria” (Marchiori, 1985, p. 9).

Todo el análisis que se realiza en el ingresante deberá pasar a través de un minucioso estudio clínico criminológico que procurará investigar la personalidad del interno y sus relaciones humanas que han propiciado el encarcelamiento. También deberá ser aplicado un tratamiento de asistencia y recuperación social con el objetivo de cambiar el paradigma de la institución represiva de la conducta que se considera como antisocial: “En la investigación clínica-criminológica, el objetivo principal es la comprensión del hombre en su modo social de existencia, del hombre real, en relación con un medio ambiente con determinada estructura histórica, social, cultural y económica” (Marchiori, 1985, p. 10).

Esta falta de respeto del Estado en relación con la personalidad del detenido, genera una exclusión social por la pena, una vez que es impuesto el tratamiento penitenciario genérico sin cualquier objetivo, sin reconocer en el detenido a un sujeto de derecho, a un sujeto de voluntades.

Al ingresar en la institución penitenciaria, el tratamiento penitenciario debería evitar la pérdida de la personalidad del agente. A este proceso se le da el nombre de proceso de prisionización, fruto de una intensa situación de bloqueo emocional con lo cual se pierde la identidad social y adviene la identidad penitenciaria.

¿Qué es este proceso? El proceso de prisionización consiste en identificar los efectos de la prisión sobre la identidad de la persona que ingresa en la institución penitenciaria, pues al ingresar a la cárcel el individuo cambia todas sus referencias sobre las cosas y absorberá los nuevos patrones sociales que allá existen, adaptándose rápidamente a las nuevas reglas de convivencia social.

Baratta (2004, p. 189) nos enseña que el proceso de socialización al cual el detenido fue sometido debe darse a partir de dos puntos de vista: la desculturación y la aculturación (este es el proceso de prisionización). El primer punto se caracteriza por la desadaptación a las condiciones necesarias para la vida en libertad, mientras el segundo punto nos presenta el surgimiento de actitudes de los modelos de conducta y de valores característicos de la subcultura carcelaria.

### **3. El consensualismo penitenciario: una alternativa al tratamiento penitenciario criminalizador**

Hace siglos, las relaciones entre Estado y delincuente eran relaciones de autoridad, el primero decidiendo y el segundo obedeciendo. Una vez que el delincuente hubiera cometido una infracción, la autoridad judicial lo castigaba y de inmediato ejecutaba su pena. La voluntad del condenado no era tenida en cuenta. En este paradigma, el condenado sólo poseía voluntad manifiesta en el instante de la violación de la ley, único momento donde este era considerado un sujeto de derecho. Todo el proceso social ulterior lo convertía en un objeto.

Con el desarrollo de las ideas de individualización, socialización y resocialización, de derechos del hombre y de preservación de la condición humana incluso dentro de la cárcel, aliadas a las conquistas de la psicología, este punto de vista pierde su fuerza, obligando hoy a la aceptación de la idea de que el delincuente es un sujeto de derecho, igualmente durante el tratamiento penitenciario. Hay así un consensualismo a nivel de la justicia penal. Carsola (2000, p. 175) nos enseña:

Le consentement au moins tacite du condamné peut lui permettre d'échapper à l'emprisonnement, par exemple dans le sursis à l'exécution de la peine, mais le consentement préalable et exprès est exigé dès lors qu'il est envisagé un travail d'intérêt général; on voit également se développer, à partir de la vieille libération conditionnelle, prudemment, l'idée

d'un consensualisme dans l'exécution même de la peine d'emprisonnement, par exemple pour la mise en œuvre du travail pénitentiaire.

¿Entonces qué es consensualismo en el ámbito del derecho? Pradel enseña que consensualismo es un término más común en el derecho civil o comercial pues es un principio (producto de la autonomía de voluntades), por lo cual todos los actos jurídicos son consensuales. Para este mismo autor, quien habla de que en el consensualismo siempre existe relación con un acto jurídico "en vertu duquel, sauf exception, tous les actes juridiques sont consensuels" (2000, p. 16). Este acuerdo de voluntades en un encuentro jurídico de personas se traduce en cambios, discusiones y concesiones para que se establezca un punto de equilibrio entre la voluntad de ambas partes.

¿Sería posible ver, con claridad, el consensualismo en el derecho penal? De acuerdo con Pradel (2000, p. 146), no se admite que, en la ejecución de la pena, el condenado pueda negociar con la Administración Pública las condiciones de ejecución de su condena, pues el derecho penal, en su vertiente penitenciaria, es de orden público, es de interés general, mientras que la convención civil o comercial pertenece a un interés privado.

Bajo esta óptica, en el derecho de ejecución de la pena, el consensualismo reside en la pura y simple aceptación de un beneficio ofrecido por las autoridades penitenciarias. Así, la pena deja de expresar el *imperium* puro de la justicia penal, y pasa a considerar al detenido como un sujeto de derechos. De esta manera, el derecho penal busca un camino original, esforzándose cada vez más en aplicar la punición sobre el consentimiento del delincuente, pues la sanción más útil es la aceptada por el condenado, porque ella estimula su participación en el alcance de los objetivos dictados por el tratamiento penitenciario, aplicando un consenso de responsabilidades.

En este intento de despertar en el recluso su conciencia de responsabilidades a través de la aceptación de algún beneficio o tratamiento de la autoridad penitenciaria, llegamos a una verdadera contractualización de la justicia en la ejecución de las penas con el objetivo de evitar la desocialización del condenado.

De acuerdo con este entendimiento, Rodrigues sigue afirmando que "on dit que, quand les études empiriques mettent en évidence les effets désocialisateurs de la prison, le principal objectif n'est pas la socialisation mais plutôt d'éviter la désocialisation du détenu" (2000, p. 160). De esta manera, el objetivo del tratamiento penitenciario que se

observa en el consensualismo, no es de resocializar al detenido, sino evitar que él se desocialice en la cárcel con la absorción de reglas de conductas típicas de la sociedad carcelaria.

Este modelo de justicia penal ejecutora busca crear un modelo de prisión no desocializadora, pautada en el consentimiento del condenado, pues según lo entiende Rodrigues “l’absence de participation a comme conséquence, entre autres, l’absence de développement du sens des responsabilités qui va gêner la préparation et l’adaptation postérieure à la vie en liberté” (2000, p. 160).

#### **4. Socialización, consentimiento y ejecución penal**

Cuando se comete un crimen, el Estado tiene por obligación buscar al autor del delito con el fin de aplicar la ley penal. Aplicada una pena de reclusión, esta debe ser cumplida en algún establecimiento que integre el sistema carcelario: la cárcel, unidades de detención, instituciones de recuperación para los menores infractores u hospitales de custodia.

El gran problema es que el Estado actúa de manera selectiva ignorando dispositivos que tutelan los derechos de los condenados, imponiendo la disciplina como manera de control del ser humano y no como medida de reinserción social. Además, sumado a estas dificultades, las unidades de detención están demasiado llenas, sus agentes no están preparados, no hay estructura y lo único que tienen para ofrecer es un tratamiento desprovisto de cualquier objetivo que busque ayudar al detenido, y no sólo para castigarlo.

Kloch y Notta afirma que “a execução da pena deve ser, para o preso, um instrumento pedagógico que permita a sua correção, não somente pela força, mas pela educação” (2008, p. 98).

Es evidente que tenemos que repensar el modo como trabajamos la reeducación del detenido, pues nuestra justicia penal no es más la misma justicia autoritaria extraña a cualquier tipo de transacción o compromiso. Ahora tenemos una propuesta de justicia, la nueva justicia abierta a la contractualización.

Esa nueva forma de justicia consensual y racional de la administración de la justicia penal es fruto de una revalorización del ser humano como persona humana que ahora es el propósito, proyecto y el límite del Estado. Así, el Estado pasa a actuar como garantizador y promovedor de los derechos del hombre, con lo que se convierte en el guardián de la concepción de hombre digno que se expresa en



las declaraciones y convenciones internacionales. Esta ruptura en el paradigma es notada por Rodrigues, quien reafirma este pensamiento:

Traditionnellement monolithique et autoritaire, coupée de toute forme concertation, de transaction ou de compromis, la justice s'est ouverte à la «contractualisation». Une justice «imposée», à caractère unilatéral et vertical, qui trouvait sa légitimation dans la transcendance et dans l'autorité «mystique» dont parlait Montaigne, cède le pas à une justice négociée, interactive et horizontale qui recherche la composition des intérêts en utilisant une rationalité dialectique (2000, p. 149).

Este es el paradigma de crisis del sistema de ejecución de la pena, que es fruto de la crisis de un modelo de socialización penal irracional. Este modelo culminó en la transformación y en la reducción de la política criminal en una política de seguridad pública que puso a toda la justicia penal a punto de la desesperación pues se socializaba como simple retribución al maleficio cometido.

Este modelo de justicia, que reconceptuó el criterio de socialización por la retribución, no ha colocado en cuestión la limitación de las sanciones por medio de los principios de la proporcionalidad y la culpabilidad. Al contrario, se pune por el placer de punir, se pune por pertenecer a una determinada clase social, generando un clima represivo y potencialmente inhumano.

Con respecto a este modelo socializador que la criminalidad no disminuyó, Rodrigues (2000, p. 152) afirma que el sistema judicial quedó más lento, las prisiones están llenas, el clima en el interior de las cárceles se agravó y la motivación profesional de los trabajadores también ha disminuido. Así, se hace necesario este cambio de paradigma, ya que se probó que la política de la justa punición no ha aportado ningún fruto satisfactorio, y el concepto de socialización pautado en el consentimiento busca relegitimar el sistema de justicia penal con la prevalencia de los derechos del hombre como sujeto de derecho. Acá no tenemos un modelo de socialización impuesta pero sí uno de socialización voluntaria.

Aplicado a los detenidos, este nuevo modo de regulación social –apoyado en orientaciones rehabilitadoras– aplica y desarrolla, en este dominio, el concepto de que este pertenece a la comunidad. Rodrigues nos afirma que “le ‘renaissance’ de la socialisation court cependant à as perte si elle ne s’inscrit pas dans le cadre des garanties juridiques reposant sur le principe de l’État de droit démocratique” (2000, p. 155).

¿Entonces cuales son los objetivos en este cambio de paradigma? En la opinión de Rodrigues (2000, p. 161-164) el primer objetivo es evitar la desocialización del detenido, pues este es uno de los efectos negativos de la cárcel, como destaca la criminología, poniendo la atención sobre los factores de infantilización del detenido y las influencias ejercidas por la subcultura carcelaria, típicas de una acción desocializadora. Socializar implica afirmar que esos obstáculos serán alejados.

En efecto, busca en principio retirar de la cárcel la carga de estigmatización social traducida por el juzgamiento y por la pena; así como rechazar toda y cualquier posibilidad de más limitación de los derechos sino por motivos urgentes; cambiar las condiciones generales de vida de los detenidos y aproximarlos de condiciones semejantes a las de la vida en libertad (normalización de la vida penitenciaria), y acercar las relaciones de detenido con las del mundo externo.

Esas medidas pueden evitar los efectos desocializadores ya dichos. El cumplimiento de la pena puede desempeñar, por lo menos, un papel funcional en relación con las exigencias de la advertencia, que ahora ya no están en riesgo de ser anuladas por la desocialización.

El segundo objetivo es complemento del primero, pues paralelamente al intento de evitarse los efectos desocializadores, se hace necesario promover la no desocialización de este detenido que ya está adentro de una nueva sociedad. Rodrigues afirma que "c'est probablement là plus grand défi que rencontre actuellement l'organisation du régime carcéral" (2000, p. 162).

La socialización no debe ser considerada exclusivamente como la preparación del detenido para que él se vuelva otra vez un ser social. El estímulo debe ser por la adquisición de una nueva actitud social respetándose los valores jurídicos pues el detenido ya es un ser social, aunque él haya cometido un delito. Esta situación no excluye la titularidad de sus derechos fundamentales, principalmente en cuanto a su personalidad.

La intención de socialización, aunque busque un objetivo positivo, no ha estado siempre acompañada de objetivos de manutención de los derechos fundamentales de los detenidos. Por ello es esencial que antes de ser socializadora, la ejecución de la pena es no desocializadora. Esto en doble sentido: con reducción al mínimo posible de los efectos marginalizadores inherentes a la reclusión y los efectos criminógenos que les son asociados; y que no prive al condenado de sus derechos oriundos de la calidad que él posee como ciudadano.

Rodrigues nos enseña que "seule l'incorporation de la non-désocialisation dans le concept socialisation permettra de dissiper le para-

doxe si souvent dénoncé de vouloir préparer la réinsertion sociale dans un contexte, par définition, asocial" (2000, p. 163).

Las ideas de corrección o de educación no se armonizan con la existencia de regímenes carcelarios duros o degradantes y presuponen, al contrario, el respeto a la dignidad humana pues esta es la única manera de desarrollar el censo de responsabilidad y sociabilidad. Esta exigencia es la base de cualquier pensamiento socializador: es necesario que el tratamiento se centre en la preparación del detenido para que vuelva a la libertad y que así les sean garantizados, como detenido, los derechos que tenía mientras estaba libre. Este es el principio de humanidad en la ejecución.

El principio del tratamiento voluntario debe prevalecer delante del peligro que representa para los derechos fundamentales el tratamiento impuesto. El tratamiento penitenciario es un derecho del individuo y no un deber de imposición por el Estado. Rodrigues afirma que el tratamiento impuesto "sous peine de s'engager sur la voie d'une manipulation de la personnalité, à plus forte raison si le traitement affecte sa conscience ou son échelle de valeurs" (2000, p. 166).

Esta es la emancipación del principio de la dignidad humana.

## Conclusiones

El sistema penal está compuesto por varias agencias que controlan la sociedad y que no ayudan al hombre, el cual es considerado desocializado. En sentido contrario, seleccionan su objeto dentro de un grupo social que es considerado como peligroso; en contra de este vuelven todas las armas del derecho penal, en el principal instrumento de conformación social.

Este nuevo papel del derecho penal, distinto de aquel que protege los derechos y garantías del hombre, es fruto de una expansión legislativa innecesaria donde cualquier conducta o situación objetiva del derecho penal debe ser penado, todo por el temor al mañana. Este temor hace que el sistema se torne más selecto, pues sólo las clases sociales, así etiquetadas como productoras de riesgos, son objeto de las medidas represoras del Estado.

La institución penitenciaria, en frente de toda esta deslegitimación del discurso jurídico penal, acciona de forma negativa en la persona que ingresa pues la institución detentora de una cultura peculiar distinta de aquella a la cual el detenido estaba acostumbrado, cambia su personalidad, crea acciones, añade nuevas costumbres a los hábitos del hombre.

El tratamiento penitenciario impuesto, fundamentado en la disciplina de la sociedad carcelaria, es el primer paso para la negativa al tratamiento, pues la voluntad del detenido no es respetada ya que en ese momento él no es considerado un sujeto de derecho. La base de este tratamiento es la desconsideración del hecho de que cada hombre es un ser pensante distinto uno del otro, motivo por el cual este tratamiento nunca resultará satisfactorio.

Se presenta así una alternativa a este tratamiento impuesto, el tratamiento consensual donde el objetivo no es resocializar al hombre, sino evitar que este se desocialice con la nueva cultura que le fue presentada.

El consensualismo en la cárcel es una alternativa eficaz, pues se toma en cuenta la voluntad del detenido evitando que el privado de la libertad pase por todo un ritual penitenciario que al final resultará en la materialización de toda la violencia sufrida dentro de la institución penitenciaria. El derecho penal existe contra el abuso de poder y autoridad del Estado, y no para volver al hombre un ser marginalizado.

## Bibliografía

- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007.
- CARSOLA, Francis. «Du consensualisme en prison en droit pénitentiaire français». En: *Journées Internationales de la Fondation Pénale et Pénitentiaire*. Lisboa, Nouvelles Orientations du Régime Pénitentiaire, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis, Vozes, 2002.
- KLOCH, Henrique e Ivan MOTTA. *O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado como fins de res(socialização)*. Maringá, Verbo Jurídico, 2008.
- MARCHIORI, Hilda. *Institución penitenciaria*. Córdoba, Marcos Lerner, 1985.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal*. Porto Alegre, Liv. do Advogado, 1997.
- PRADEL, Jean. «La notion de consensualisme en droit de l'exécution de la peine». En: *Journées Internationales de la Fondation Pénale et Pénitentiaire*. Lisboa, Nouvelles Orientations du Régime Pénitentiaire, 2000.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *O caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- RODRIGUES, Anabela. «Consensualisme et prison». En: *Journées Internationales de la Fondation Pénale et Pénitentiaire*. Lisboa, Nouvelles Orientations du Régime Pénitentiaire, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar, 1998.
- . «Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado de direito». En: Maria Lúcia Karam (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado de direito*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005.



# Luigi Ferrajoli y la protección internacional de los derechos humanos: el caso de los derechos sociales

Raúl Fernando Núñez Marín\*

*La educación no sólo enriquece la cultura [...]. Es la primera condición para la libertad, la democracia y el desarrollo sostenible.*  
Kofi Annan

## Introducción

Hablar de Luigi Ferrajoli en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales es referirse a uno de sus principales y más claros exponentes. Sin embargo, llevarlo al ámbito práctico del litigio internacional es una tarea un poco más complicada. Sin embargo, he decidido darme a esta tarea con el fin de abstraer un poco mi pensamiento de los avatares y devenires propios de la actividad de la defensa y protección de los derechos humanos ante órganos internacionales y cuestionar desde sus raíces su necesidad y efectividad, desde los términos en los que el maestro florentino lo realiza.

Lo anterior no carece de importancia pues la legitimidad de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos cada tanto es discutida, ya sea por un régimen autoritario (es el caso de Venezuela frente a la sentencia Usón Ramírez<sup>1</sup> y frente a la sentencia López Mendoza<sup>2</sup> o los casos ecuatorianos frente a los informes de la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la Libertad de Expresión que incluso han generado una reciente reforma sustancial al

---

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá). Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la American University. Docente en pregrado y posgrado de DDHH y DIH en la Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Coordinador del Programa de Concursos Internacionales en DDHH de la Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Correo electrónico: rfnunez@javerianacali.edu.co.

1. Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 nov. 2009, serie C, N° 207.
2. Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 sep. 2011, serie C, N° 233.

sistema), por un gobierno constitucional que no desea reconocer o aceptar las decisiones supranacionales (es el caso de Brasil con la sentencia Gomes Lund),<sup>3</sup> o por ciertas dificultades de índole procedimental que se presentan en algunos casos en los que quizás por el afán de generar un precedente amplio y positivo frente a la protección de los derechos humanos, terminan cometiendo errores con respecto a los derechos que innegablemente también poseen los Estados como partes de los Sistemas (identificación de las víctimas en el caso Mapiripán).<sup>4</sup>

En este corto espacio, me propongo esbozar la influencia y adecuación que los pensamientos del filósofo italiano tienen frente a la fundamentación de la existencia de jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos y, específicamente, cómo estas jurisdicciones pueden y deben promover las garantías a los derechos sociales de los cuales tanto habla Ferrajoli frente a la crisis del Estado Social.

Para lograr esto, el desarrollo se dividirá en tres puntos fundamentales. En primer lugar, se hará alusión al pensamiento de Ferrajoli frente a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos con su concepto de *constitucionalismo internacional*. En segundo lugar, se realizará una muy breve descripción del concepto de derecho fundamental con el fin de llegar al punto final el cual es la protección efectiva de los derechos sociales por la jurisdicción internacional.

Algunos de los puntos que se desarrollarán ya han sido analizados de una u otra manera en muchas ponencias o escritos de autores como los profesores Carbonell y Pissarello frente a los derechos sociales o en el ámbito interno por Rodolfo Arango, Julián López Murcia y Mauricio García Villegas. Sin embargo, el enfoque que en esta exposición pretende dársele al tema es el de encontrar la efectividad y necesidad de la protección internacional de los derechos sociales a partir de los postulados de Ferrajoli.

## 1. El constitucionalismo internacional o global

Ferrajoli hace una ferviente defensa del constitucionalismo.<sup>5</sup> Incluso, más allá de sólo defenderlo intenta impulsarlo hacia una modernización que le permita cimentarse como el modelo de Estado del

3. Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 nov. 2010.

4. Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 sep. 2005, serie C, N° 134.

5. Cfr. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 31.



Estado Social de Derecho y ayudar a este último a superar su crisis. En palabras de Ferrajoli:

El constitucionalismo mundial se ha visto inmerso en un proceso dinámico a través del cual ha sufrido profundas transformaciones en los últimos años. Es un proceso que prácticamente se inició al finalizar la Segunda Guerra Mundial y que se desarrolló durante la segunda mitad del siglo xx, y en el que la reconstitucionalización de Europa jugó un papel relevante conjuntamente con el auge que vendría a tener también en esos años el derecho internacional.<sup>6</sup>

Para ello define el constitucionalismo como un sistema de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales y por los principios y derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso el Legislativo. De aquí surge la Constitución rígida como la garantía jurídica de la efectividad de estas prohibiciones y obligaciones".<sup>7</sup>

Este modelo constitucional debe responder a las nuevas necesidades del mundo globalizado con el fin de superar la crisis del Estado Social. En este sentido, Ferrajoli distingue la existencia de varios tipos de constitucionalismos:<sup>8</sup>

1. Un constitucionalismo de la libertad (o que llamaríamos, mejor, para la libertad) basado en la protección de las libertades esenciales del ser humano determinadas por los derechos fundamentales humanos (distintos de los derechos fundamentales sociales).
2. Un constitucionalismo de la igualdad (o para la igualdad) que implica una nueva faceta estatal referida a la acción respecto a la protección de los derechos fundamentales sociales con la existencia de garantías primarias y secundarias que más adelante se analizarán.

6. Cfr. Cuauhtémoc Manuel de Dienhem Barrilete, «Tendencias del constitucionalismo mundial a principios del siglo XXI», <http://www.unla.edu.mx/iusunla32/reflexion/TENDENCIAS%20DEL%20CONSTITUCIONALISMO%20MUNDIAL%20AL%20PRINCIPIOS%20DEL%20SIGLO%20XXI.htm> (consultado: 15 nov. 2011).

7. Cfr. Ferrajoli, «Sobre los derechos fundamentales», trad. de Miguel Carbonell, en: *Cuestiones Constitucionales*, N° 15, México, UNAM, 2006, p. 114.

8. *Ibid.*, 116.

3. Un constitucionalismo de derecho privado que implica más que nada el advenimiento de la teoría de la *Drittwirkung*<sup>9</sup> o efecto horizontal de los derechos humanos (reconocida por el Tribunal Constitucional Alemán, caso Luth,<sup>10</sup> y existente en el Sistema Africano de Derechos Humanos).<sup>11</sup>
4. Un constitucionalismo internacional o global<sup>12</sup> ya que el modelo constitucional ha intentado llevarse, al menos en papel, al plano internacional, siendo su mayor exponente la Carta de San Francisco de las Naciones Unidas y las convenciones internacionales sobre derechos humanos con una total ausencia de instrumentos o herramientas que permitan asegurar su efectividad.

Lo anterior es manifestado basándose en los distintos conflictos armados en los Balcanes y en el Golfo Pérsico y la supuesta falta de efectividad presente aún en la Corte Penal Internacional.

Frente a esto se guarda reserva pues los sistemas de protección de derechos humanos y su jurisprudencia han venido a completar y a perfeccionar en muchos casos el modelo del constitucionalismo propugnado por Ferrajoli, con base en conceptos como la implementación (es el caso de “La última tentación de Cristo” contra Chile)<sup>13</sup> o el control de convencionalidad (véase el caso Almonacid Arellano contra

9. Cfr. Juan Pablo Hinestroza, *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. El efecto horizontal de los derechos humanos ha sido uno de los mayores avances en materia de responsabilidad de los últimos tiempos atribuyéndole a los particulares la obligación de respetar los derechos fundamentales y humanos de todas las personas. Así ha sido determinado en normas constitucionales como el artículo 43 de la Constitución argentina o el artículo 18 de la Constitución portuguesa y en jurisprudencia nacional como la Sentencia T-375 de 1997 (M.P.: Eduardo Cifuentes) o la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AC-0699 de diciembre 6 de 2001 (C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros).

10. Caso paradigmático en esta materia está referido a la manifestación libre del presidente de un club de prensa que se vio obligado a responder civilmente por sus manifestaciones en contra de un director de cine que había participado en el Tercer Reich. Finalmente, el Tribunal Constitucional Alemán determina que le asistía al señor Luth el amparo de su libertad de expresión, así la manifestación fuera frente a un particular.

11. Cfr. «Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos».

12. Cfr. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, op. cit., Madrid, Trotta, 2004, p. 31; *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

13. Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 feb. 2001, serie C, N° 73.

Chile,<sup>14</sup> voto razonado del juez Ferrer MacGregor en el caso Cabrera García y Montiel Flores,<sup>15</sup> casos Barrios Altos<sup>16</sup> y La Cantuta<sup>17</sup> contra Perú, sentencias del Tribunal Supremo Argentino, caso Héctor Julio Simón,<sup>18</sup> Erjemovic, etc.). Así como la labor de los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, en especial el primero con una efectividad del cien por ciento en el cumplimiento de órdenes de captura (139 de 140).<sup>19</sup>

Es este último punto el que da lugar a nuestra premisa. El maestro del garantismo, si bien no reconoce la efectividad misma del derecho internacional, sí manifiesta su necesidad e importancia para el establecimiento de un verdadero Estado Constitucional.

Es aquí donde se encuentra el fundamento de una jurisdicción internacional de derechos humanos, solicitada por Ferrajoli en el marco universal pero ya existente, y en muchos casos efectiva, en los órdenes regionales, especialmente en el orden europeo e interamericano. Esta jurisdicción reúne la característica propia de una verdadera garantía secundaria de los derechos fundamentales, toda vez que genera una protección efectiva y universal a los mismos en condiciones de igualdad, sin basarse en la situación de ciudadanía que tanto critica Ferrajoli respecto de la posición de Marshall.

Así lo predica el mismo autor en sus ensayos publicados en *Razones jurídicas del pacifismo* en los cuales Ferrajoli propone una nueva institucionalidad internacional que sea capaz de hacer frente a los retos de la globalización y que detenga de una vez por todas la locura y el sinsentido de la guerra, así como las expresiones de racismo y xenofobia de gran parte de las legislaciones sobre migración de los países de la Unión Europea.

---

14. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 sep. 2006, serie C, N° 154.

15. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 nov. 2010, serie C, N° 220.

16. Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 mar. 2001, serie C, N° 75.

17. Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 nov. 2006, serie C, N° 162.

18. Cfr. Argentina, Corte Suprema de Justicia, "Simón, Julio, Héctor y otros", 14 jun. 2005, párr. 4.

19. Ferrajoli promueve desde sus ensayos la creación de una jurisdicción mundial de derechos humanos que se enmarcaría en el proyecto de Corte Mundial de Derechos Humanos que presentó el relator a la CDI Manfred Nowak.

## 2. Los derechos fundamentales

Ferrajoli define los derechos fundamentales así:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

En esta definición, Ferrajoli deja de lado las discusiones sobre la propia denominación de estos derechos (humanos, básicos, subjetivos, fundamentales), dándole la connotación de humanos a otro tipo de derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que no es el objetivo de este texto profundizar en las discusiones respecto de la naturaleza axiológica o política de los derechos fundamentales, basta con mencionar (y esto no es de menor valor ya que resulta ser uno de los mayores aportes de Ferrajoli a la teoría de los derechos fundamentales) las características que un derecho debe reunir para ser considerado como fundamental, a saber:

1. Que no se trate de un derecho patrimonial, es decir, que sea inalienable e imprescriptible.
2. Que sean derechos asignados con igualdad.
3. Que se traten de derechos de supranacionalidad.
4. Que no se confundan los planos de los derechos con sus garantías.

Sobre estas características o criterios o tesis es necesario hablar un poco respecto de la segunda y la tercera pues están íntimamente ligadas con el tema de fondo.

Sobre la supranacionalidad, Ferrajoli ha dicho lo siguiente:

La tercera tesis se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales. Se ha visto cómo nuestra definición proporciona los criterios de una tipología

de tales derechos dentro de la que los “derechos de ciudadanía” forman solamente una subclase. En efecto, las propias constituciones estatales confieren muchos de estos derechos con independencia de la ciudadanía. En particular, y sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estados, se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no sólo internos a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos.

En cuanto a la igualdad, el postulado de Ferrajoli es muy claro. Los derechos fundamentales les pertenecen a todos por igual y no por la condición de ciudadanía, ya que esta ha sido una de las mayores fuentes de discriminación en la historia reciente de la humanidad.

Este punto se relaciona profundamente con la tercera tesis pues la supranacionalización de los derechos acrecienta la posibilidad y efectividad del goce en condiciones de igualdad de los derechos, ya que ayuda a homogenizar los estándares de protección en materia de derechos humanos, gracias a las convenciones internacionales y a la jurisprudencia de tribunales internacionales. Esto permite que los defensores de derechos humanos desarrollen litigio estratégico con un caso individual con efectos colectivos, e incluso, efectos transnacionales, como sucedió con los casos de las leyes de amnistía con respecto a Perú (Barrios Altos y la Cantuta)<sup>20</sup> que tuvieron sendas repercusiones en el orden interno argentino (caso Lappako), uruguayo (caso Gelman),<sup>21</sup> brasilero (caso Gomes Lund), paraguayo (caso Goiburú)<sup>22</sup> y boliviano (caso Trujillo Oroza).<sup>23</sup> Incluso, este litigio ha tenido efectos importantes en Colombia con la sentencia Masacres de Ituango<sup>24</sup> referida a la Ley de Justicia y Paz.

20. Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 nov. 2006, serie C, N° 162.

21. Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 feb. 2011, serie C, N° 221.

22. Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 sep. 2006, serie C, N° 153.

23. Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 ene. 2000, serie C, N° 64.

24. Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 jul. 2006, serie C, N° 148.

Por último, Ferrajoli parte de aquí para distinguir los distintos tipos de derechos que él considera: la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de *status* que aún delimitan la igualdad de las personas humanas. Y pueden, pues, ser asumidas como los dos parámetros –el primero superable, el segundo insuperable– sobre los que se fundan dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre *derechos de la personalidad* y *derechos de ciudadanía*, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos, y la existente entre *derechos primarios* (o *sustanciales*) y *derechos secundarios* (*instrumentales* o *de autonomía*), que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar.

Cruzando las dos distinciones obtenemos cuatro clases de derechos: los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y que conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como por ejemplo (conforme a la Constitución italiana) el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales; los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; los *derechos políticos*, que son los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.

Por último, especial referencia merece el tema de las garantías que objetivamente es el principal objetivo de Ferrajoli con su teoría del Estado y del derecho. Ferrajoli reconoce las garantías como cualquier mecanismo de tutela de un derecho subjetivo. El autor distingue entre garantías positivas y negativas de las cuales se derivan las garantías primarias y las garantías secundarias. Las primarias, que incluyen a

las anteriores, son precisamente las obligaciones y prohibiciones que corresponden a un derecho subjetivo. Las secundarias se refieren a los mecanismos judiciales o administrativos de protección de los derechos subjetivos. Ferrajoli aclara que no debe confundirse el derecho con la garantía, pues el carácter de fundamental del derecho no se deriva de la existencia de una garantía (de aquí deduce precisamente que los derechos sociales no dejan de ser fundamentales por la inexistencia de garantías).

### 3. Los derechos sociales

La posición de Ferrajoli frente a los derechos sociales no es muy clara pues no profundiza en el concepto teórico de los mismos ni en la discusión respecto de sus diferencias con los derechos civiles y políticos. Aquí el tratamiento que desarrollan otros autores como Robert Alexy resulta más completo al definir los derechos a prestaciones. El desarrollo del esquema ferrajoliano de los derechos sociales está más relacionado con el sustento propio del Estado Social de Derecho y sus características. Aquí establece como elementos necesarios para el cumplimiento de los derechos sociales:

1. La existencia de un modelo de organización estatal adecuado,
2. Precondiciones sociales e individuales, y
3. Basamento axiológico.

Siendo así, reconoce como condición necesaria para el cumplimiento de los derechos sociales la existencia de un Estado Social, planteando como solución a las necesidades de los derechos sociales (garantía primaria) la existencia de una renta básica, concepto que hace parte fundamental de la teoría de Ferrajoli.

Pasemos entonces aquí a evidenciar cómo estos conceptos garantistas de Ferrajoli frente a los derechos sociales están adecuados o no a los pronunciamientos internacionales respecto de los derechos sociales, especialmente frente a la judicialización de los mismos como garantías secundarias y las obligaciones y prohibiciones de los Estados frente a los derechos sociales. Así lo ha manifestado en sus obras *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *Fundamentación de los derechos fundamentales* y *Derecho y razón*.<sup>25</sup>

---

25. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*

### 3.1. Garantías primarias

Las obligaciones y prohibiciones en materia de derechos sociales se coligen básicamente de los textos de las convenciones internacionales de la materia, especialmente el Pidesc y el Protocolo de San Salvador. Especial mención merece en este acápite la «Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos», que incluye tanto DESC como derechos civiles y políticos. Estas obligaciones han sido explicadas y definidas por las Observaciones generales 3, 5 y 9 del Codesc y se relacionan así:

1. Respetar, proteger, cumplir. Aquí resulta importante el concepto de Renta Básica como medida que busca proteger los derechos sociales, permitiendo un estándar de igualdad en la protección de derechos pues no importa la calidad de indigencia o pobreza para gozar de este tipo de beneficios.
2. Obligación de adoptar medidas adecuadas. Según Abramovich y Courtis<sup>26</sup> los Estados deben mostrar pasos claros y firmes respecto de la garantía y protección de los derechos sociales. Las medidas pueden ser de carácter legislativo o administrativo y deben estar acordes con los instrumentos internacionales. Aquí se incluye la obligación de realizar un diagnóstico basado en estándares internacionales respecto de los derechos sociales. Esta obligación es de carácter inmediato.

En el orden internacional, respecto a esta obligación el Codesc se ha manifestado en los siguientes términos:

2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es “to take steps”, en francés es “s’engage à agir” (“actuar”) y en español es “adoptar medidas”. Así pues,

---

26. Cfr. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.



si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

En el orden colombiano, un claro ejemplo lo constituyen los distintos autos dictados en el marco de la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento en el marco del manejo de cifras y de diagnósticos por parte del CODHES para la protección de los derechos sociales de las madres cabeza de familia desplazadas o la T-460 de 2008 sobre salud.

3. Obligación de progresividad<sup>27</sup> y de no regresividad. Sobre esta obligación el Codesc también se ha referido en la Observación general N° 3 en los siguientes términos:

9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje

---

27. Cfr. Daniel López Murcia y Lina María García Daza, *La obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso de los servicios públicos en Colombia*, Bogotá, 2008, p. 220.

las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.<sup>28</sup>

#### 4. No discriminación.

El derecho a la igualdad y no discriminación es presupuesto básico de todos los sistemas de derechos humanos vigentes incluido el de los derechos sociales. La igualdad es un “valor jurídico implícito en el concepto mismo del derecho como orden de justicia para el bien común”, siendo simultáneamente un principio y un derecho humano.<sup>29</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ligado la noción de igualdad con la de dignidad humana, y establece que cualquier situación de inferioridad es contraria a la naturaleza del género humano. Este derecho integra el *ius cogens* internacional y se constituye como base de todo ordenamiento jurídico.<sup>30</sup>

El concepto de igualdad se encuentra íntimamente ligado al de no discriminación. Son dos acepciones distintas del mismo derecho y las violaciones se producen de formas distintas; una diferenciación legal no justificable constituye violación al derecho en cuanto igual-

28. Cfr. Codesc, Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párr. 9. ONU, Codesc, «Declaración sobre la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto», 18 may. 2007, párr. 8.

29. Corte IDH, voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante; OC 4/84, 19 ene. 1984; párr. 10.

30. Corte IDH, OC 18/03, Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados, 17 sep. 2003; párr. 10 y 87.

dad en la ley mientras que una diferenciación o inequidad de hecho no justificable viola el derecho entendido como igualdad ante la ley.<sup>31</sup>

El artículo 24 de la CADH establece la noción clásica, igualdad en la ley, referente a la aplicación de la ley de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características;<sup>32</sup> de la cuales las únicas distinciones aceptables son aquellas basadas en criterios “estrictamente funcionales” para alcanzar fines legítimos.<sup>33</sup> Esta concepción de igualdad no exige del Estado acciones positivas, sino abstención de discriminación en la ley. Opuesta a la discriminación, la ley puede hacer *distinciones* cuando se requiere una diferenciación y esta resulta razonable, proporcional y objetiva, y redundante en la protección de otros derechos humanos.<sup>34</sup>

Por otro lado, cabe destacar la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 1.1 de la CADH, el cual contiene una prohibición general de discriminación a los Estados y la obliga a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas “sin discriminación alguna”. Cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.<sup>35</sup>

En cuanto a la no discriminación en los derechos sociales, el Codesc se ha referido a la misma en la Observación general N° 20, estableciendo:

7. La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. El artículo 2.2 dispone que los Estados partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna, y sólo puede aplicarse en conjunción con esos derechos. Cabe señalar que por discriminación se

31. Cfr. Alfonso Ruiz Miguel, «Sobre el concepto de igualdad», en: Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, CNDH, 2003.

32. Cfr. Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera, «Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso Apitz», [www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf) (consultado: 29 jun. 2010).

33. *Ibid.*

34. Corte IDH, OC 18/03, Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados, 17 sep. 2003; párr. 84.

35. *Ibid.*, nota 9, párr. 53.

entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto [§ 6]. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.<sup>36</sup>

### 3.2. Garantías negativas

La creación de recursos legales para defender los derechos sociales es uno de los puntos más complicados en cuanto a los derechos sociales en el marco de la justiciabilidad o judicialización. En el ámbito interno, en muy pocos países se ha creado una acción que cumpla con los requisitos de efectividad establecida por la jurisprudencia de derechos humanos. Estas acciones se han denominado, en algunos países, *class actions* como en el caso estadounidense (caso Bayer Corp.)<sup>37</sup> o los amparos colectivos existentes en Argentina<sup>38</sup> y Ecuador, y se entienden como un procedimiento judicial que facilita dar un *class treatment* a una determinada clase de litigios con el fin de ampliar la posibilidad del acceso a la justicia.

Sin embargo, en países como Colombia esta acción no ha sido identificada y ha tenido que utilizarse la acción de tutela y darle efectos colectivos, en muchos casos en el sentido de una garantía indirecta expuesta prolíficamente por Abramovich y Courtis. Pese a lo anterior, esto contraviene naturalmente el criterio de la Observación general 3 en el sentido del deber de establecer una acción independiente para los derechos sociales. Este tema es muy bien definido por Gidi.<sup>39</sup>

36. *Ibid.*, Codesc, Observación general, N° 20.

37. Cfr. Supreme Court of The United States, *Smith et al. vs. Bayer Corp.*, October Term, 2010. Rodrigo Tamayo y Salmorán, «Class-action, una solución al problema de acceso a la justicia», en: Corte IDH, *El acceso a la justicia como garantía de los DESC*, párr. 237.

38. Federal Rules of Civil Procedure. Rule 23 (Prerequisites to Class Action, Types of Class Action). Supreme Court of U.S. See *Cooper vs. Federal Reserve Bank of Richmond*, 1984. Corte Suprema Argentina, Caso Halabi, Ernesto C/P. E.E. Ley 25.873, dto. 1563/04, Acción de amparo.

39. Cfr. Eduardo Ferrer MacGregor, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003, pp. 17-22; María del Pilar Hernández Martínez, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 39-62; Antonio Gidi, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, 2004, p. 1.

En el marco internacional el aspecto no es distinto, y le damos la razón a Ferrajoli de su descontento por el incipiente constitucionalismo global. Como residuos de la Guerra Fría, los derechos sociales están enmarcados en el Pidesc, Pacto que adolece de justiciabilidad ante su propio Comité, en el sentido de un sistema de casos individuales basado ante todo en la garantía primaria de protección progresiva de los mismos.

No obstante, el Codesc, en su Observación general N° 9, ha establecido como una de las obligaciones especiales respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales la creación de recursos legales y la justiciabilidad. Así, respecto a los recursos ha dicho:

9. El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación [§79] (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.

Respecto de la justiciabilidad, en la misma observación anota:

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones perti-

nentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.<sup>40</sup>

En el caso europeo se ha reconocido jurisprudencialmente uno de los postulados de Ferrajoli, el cual es que los derechos sociales desarrollan, en muchos casos, los preceptos de los derechos civiles y políticos (caso Airey).<sup>41</sup>

En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos la situación tiene connotaciones especiales. Las discusiones de la Con-

40. Cfr. Codesc, Observación general, N° 9.

41. Corte EDH, Case of Airey vs. Ireland, Judgment of 9 Oct. 1979, par. 26.

vención Americana sobre Derechos Humanos demostraron el enfrentamiento respecto de la inclusión de los DESC en la misma, enfrentamiento liderado de un bando por los Estados Unidos y del otro por Argentina. Finalmente sólo se incluyó el artículo 26 sobre desarrollo progresivo.<sup>42</sup>

Dado lo anterior fue necesario crear en 1989 el Protocolo Adicional de San Salvador, que en su artículo 19 otorgó justiciabilidad a los artículos 8.1.A y el artículo 13 (derecho de sindicalización –Huilca Tecse,<sup>43</sup> Baena Ricardo<sup>44</sup> y derecho a la educación). La discusión sobre el artículo 26 ha sido más profunda, y en varias sentencias la Corte Interamericana ha discutido la judicialización de este artículo como obligación general. Desde el caso Cinco Pensionistas<sup>45</sup> contra Perú se ha discutido esto hasta llegar al caso Acevedo Buendía<sup>46</sup> contra Perú, en el cual finalmente se ha establecido la justiciabilidad de dicho artículo bajo el argumento de considerar el artículo 26 una verdadera obligación general de la CADH para todos los Estados.

La efectividad en materia de otros derechos sociales ha venido por el camino de la conexidad, también utilizado en el orden interno. Es así como se ha encontrado la relación intrínseca entre el derecho a la salud y el derecho a la vida (caso Ximenes Lopes contra Brasil,<sup>47</sup> caso Escher contra Brasil,<sup>48</sup> caso Albán Cornejo contra Ecuador,<sup>49</sup> caso Vera Vera contra Ecuador<sup>50</sup> y el reciente caso Abril Alosilla contra Perú).<sup>51</sup>

42. Este artículo y su alcance ha sido objeto de interesantes discusiones al interior de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

43. Corte IDH, Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 mar. 2005, párr. 69.

44. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 feb. 2001, serie C, N° 72.

45. Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 feb. 2003, serie C, N° 98.

46. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de jul. 2009, párr. 100.

47. Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 jul. 2006.

48. Corte IDH, Caso Escher y otros vs. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 jul. 2009, párr. 169.

49. Corte IDH, Caso Albán Cornejo y Otros vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 ago. 2008, serie C, N° 183.

50. Corte IDH, Caso Vera Vera vs. Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de mayo de 2011, párr. 93.

51. Corte IDH, Caso Abril Alosilla y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 nov. 2011, serie C, N° 235.

Increíblemente, el sistema africano es el que cumple con el criterio de garantía secundaria ferrajoliana en mayor medida al judicializar por igual derechos sociales junto a derechos civiles y políticos. La «Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos» equipara en importancia los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, otorgándoles el mismo ámbito de protección. Lo anterior se debe a la cosmovisión especial que tienen los pueblos africanos frente a los sistemas jurídicos y la importancia del pueblo en esta sociedad.<sup>52</sup> Su filosofía del *ubuntu* marca también su desarrollo jurídico.

Una persona con *ubuntu* es abierta y está disponible para los demás, respalda a los demás, no se siente amenazado cuando otros son capaces y son buenos en algo, porque está seguro de sí mismo ya que sabe que pertenece a una gran totalidad, que se decrece cuando otras personas son humilladas o menospreciadas, cuando otros son torturados u oprimidos (Desmond Tutu).<sup>53</sup>

Así, en interesantes casos de la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos se ha manifestado la posibilidad de declarar responsabilidades internacionales por la violación a derechos sociales en variados casos.<sup>54</sup>

Estas garantías no son ajenas a la discusión académica, principalmente a la sostenida con autores como Danilo Zolo,<sup>55</sup> respecto al concepto de prestación social y a una especie de derecho de solidaridad. Sin embargo, Ferrajoli mantiene su posición frente a la necesidad de fortalecimiento del Estado Social a la luz de estos postulados.

---

52. *Ubuntu*: Yo soy porque nosotros somos.

53. Cfr. <http://faculty.ccp.cc.pa.us/FACULTY/jhoward/southafrica/ubuntu.html> (consultado: 16 nov. 2011).

54. Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenia) y Minority Rights Group International en nombre del Endorois Welfare Council c. Kenia, 276/2003. El Centro por el Derecho a la Vivienda contra los Desalojos (COHRE) vs. Sudán, Comunicación 296/2005.

55. Cfr. Danilo Zolo, «La strategia della cittadinanza», en: *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma, Laterza, 1994.



## Conclusión

Es evidente que Ferrajoli no habla en profundidad de todos los temas aquí trabajados. Sin embargo, se ha demostrado cómo sus postulados son útiles para la fundamentación de un orden de protección internacional de los derechos sociales que se constituya en el elemento fundamental del Estado Constitucional de Derecho y del constitucionalismo global.

La protección de los derechos sociales es vital para la consecución de un mundo más igualitario y equitativo. Las dificultades de acceso a derechos como la alimentación y la salud impiden que los Estados logren un desarrollo humano sostenible en los términos de los objetivos del milenio.<sup>56</sup>

---

56. «Declaración del milenio», aprobada por la Asamblea General de la ONU de 13 sep. 2000.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.
- CODESC. Observación general N° 9.
- . Observación general N° 20.
- Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenia). El Centro por el Derecho a la Vivienda contra los Desalojos (COHRE) vs. Sudán, Comunicación 296/2005.
- Corte EDH. Case of Airey vs. Ireland. Judgment of 9 October 1979, par. 26.
- CORTE IDH. Caso Abril Alosilla y otros vs. Perú. Sentencia de 21 nov. 2011.
- CORTE IDH. Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú. Sentencia jul. 2009.
- CORTE IDH. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia de 5 ago. 2008.
- CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 sep. 2006.
- CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 feb. 2001.
- CORTE IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 mar. 2001.
- CORTE IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de nov. 2010.
- CORTE IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 nov. 2006.
- CORTE IDH. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 feb. 2003.
- CORTE IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Sentencia de 6 jul. 2009.
- CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 feb. 2011.
- CORTE IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de 22 sep. 2006.
- CORTE IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de 24 nov. 2010.
- CORTE IDH. Caso Huilca Tecse vs. Perú. Sentencia de 3 mar. 2005.
- CORTE IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 sep. 2011.
- CORTE IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 sep. 2005.
- CORTE IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 jul. 2006.
- CORTE IDH. Voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante. Oct. 4/84. 19 ene. 1984.

- CORTE IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia de 20 nov. 2009.
- CORTE IDH. Caso "La última tentación de Cristo". Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia de 5 feb. 2001.
- CORTE IDH. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Sentencia de 26 ene. 2000.
- CORTE IDH, Caso Vera Vera vs. Ecuador. Sentencia de may. 2011.
- CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 jul. 2006.
- CORTE IDH. OC 18/03. Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados. 17 sep. 2003.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA. Caso Halabi, Ernesto C/P.E.E. Ley 25.873, dto. 1563/04, acción de amparo.
- . Caso Simón, Julio, Héctor y otros. 14 jun. 2005, párr. 4.
- DE DIENHEM BARRILETE, Cuauhtémoc Manuel. «Tendencias del constitucionalismo mundial a principios del siglo XXI». Disponible en: <http://www.unla.edu.mx/iusunla32/reflexion/TENDENCIAS%20DEL%20CONSTITUCIONALISMO%20MUNDIAL%20AL%20PRINCIPIOS%20DEL%20SIGLO%20XXI.htm>
- Federal Rules of Civil Procedure. Rule 23. (Prerequisites to Class Action, Types of Class Action). Supreme Court of U.S. See Cooper vs. Federal Reserve Bank of Richmond, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2004.
- . *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2011.
- . «Sobre los derechos fundamentales». Trad. de Miguel Carbo-nell. En: *Cuestiones Constitucionales*. N° 15. México, UNAM, 2006.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. México, Porrúa, 2003.
- GONZALES LE SAUX, Marianne y Óscar PARRA VERA. «Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana». Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf>.
- GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México, UNAM, 2004.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*. México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1997.
- HINESTROZA, Juan Pablo. *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los derechos humanos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- LÓPEZ MURCIA, Daniel y Lina María GARCÍA DAZA. *La obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales: el caso de los servicios públicos*. Bogotá, Codesc, 2008.
- ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA (OUA). «Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos». Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297> (consultado: 21 jun. 2012).
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. «Sobre el concepto de igualdad». En: Carbonell, Miguel (comp.). *El principio constitucional de igualdad, lecturas de introducción*. México, CNDH, 2003.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Smith et al. vs. Bayer Corp.* October Term, 2010.

# Los poderes autónomos de la policía sobre la libertad: ¿amenaza o salvaguardia? Reflexiones acerca de una propuesta de Ferrajoli\*

Juan Sebastián Ceballos Bedoya\*\*

## Introducción

En esta oportunidad quisiera exponer algunas reflexiones acerca de la siguiente propuesta de Ferrajoli: las autoridades de policía no deberían tener poderes autónomos para decidir si una persona debe ser privada de su libertad. Ese poder debe estar en manos de otras autoridades, idealmente en las de los jueces. El propósito de mi ponencia no es, sin embargo, puramente descriptivo o explicativo de la propuesta ferrajoliana, pues también pretende explorar algunos criterios para evaluar su aceptabilidad. Las siguientes reflexiones pretenden ofrecer criterios para darle respuesta a esta pregunta: ¿es esa propuesta una amenaza o una salvaguardia para la libertad personal? Por cierto, Ferrajoli seguramente piensa que la aceptación de su propuesta equivale a la instauración de una garantía a favor de la libertad (para él es entonces una salvaguardia). Pero resulta interesante explorar algunos puntos que debe tener en cuenta la respuesta a esa pregunta.<sup>1</sup>

Dividiré mi exposición en cuatro partes: primero, expondré muy brevemente la propuesta de Ferrajoli y sus fundamentos más sobresalientes; segundo, trataré de sintetizar brevemente cuál ha sido la res-

---

\* Este texto es una adaptación de la ponencia presentada dentro del evento *Reconstruyendo la Filosofía Jurídica: Estudio Crítico de las Postulaciones de Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas*, que tuvo lugar en la Universidad Jorge Tadeo Lozano el día 18 de noviembre de 2011.

\*\* Abogado de la Universidad EAFIT. Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Aspirante a magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España). Se desempeña como profesional especializado en la Corte Constitucional. Correo electrónico: sebaseba@hotmail.com.

1. Naturalmente, ese interrogante sólo puede responderse definitiva y satisfactoriamente si la pregunta se examina desde diversos ángulos (político, sociológico, económico, filosófico, entre otros), y no sólo desde la perspectiva del abogado. No obstante, soy abogado y haré el aporte que me corresponde en esa empresa colectiva desde mi ámbito profesional. Intentaré mostrar dos aportes que ofrece el estudio del derecho constitucional para responder adecuadamente a esa pregunta, que provoca la propuesta ferrajoliana.

puesta del constitucionalismo colombiano frente al interrogante que antes mencioné y es provocado por la propuesta de Ferrajoli; tercero, propondré algunos parámetros que deberían tenerse en cuenta para definir si esa propuesta es una amenaza o una garantía de la libertad; y finalmente intentaré algunas conclusiones.

## 1. La propuesta de Ferrajoli y sus fundamentos más sobresalientes<sup>2</sup>

En un apartado de su obra *Derecho y razón*, dice Ferrajoli: “En la lógica del Estado de Derecho, las funciones policiales deberían quedar limitadas a tres únicas actividades: la investigación de delitos e ilícitos administrativos, la prevención de unos y otros, y la ejecución y colaboración con la jurisdicción y la administración”. Pues bien, ese es el punto de partida de la propuesta sobre la cual quisiera reflexionar, que es la siguiente: “Ninguna de estas actividades –propone Ferrajoli en clara referencia a las recién mencionadas– debería comportar el ejercicio de poderes autónomos sobre las libertades civiles o sobre los demás derechos fundamentales”. ¿Qué significa que la policía no debe contar con “poderes autónomos” sobre las libertades? Por lo menos, que la policía no debería contar con el poder de decidir (“autónomamente”, es decir, sin intervención de otra autoridad) si una persona debe ser privada de su libertad. A ese fragmento de su propuesta me referiré.

Pero antes es importante aclarar en qué se fundamenta Ferrajoli para postular esa propuesta. En términos generales, los fundamentos son todos los de su teoría del garantismo. En este texto, me voy a centrar en el fundamento que según mi interpretación sustenta de manera específica y sobresaliente esta propuesta. Ese fundamento se compone de tres ideas. En primer lugar: un presupuesto del Estado de Derecho es el monopolio del poder punitivo por parte del legislador y los jueces. Eso quiere decir, de un lado, que el poder punitivo del Estado sólo debería usarse en los casos tipificados por el Legislador y del modo como este lo disponga; pero, de otro lado, significa que la fuerza puede ejercerse en los casos concretos siempre y cuando los jueces comprueben en un proceso con las suficientes garantías que se han cumplido esas hipótesis, y dispongan

2. Lo que expongo a continuación lo tomé, sobre todo, de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 763-807. Y también del texto del mismo autor, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 101 y ss.

cuáles modos de ejercicio de la violencia son correctos en esos casos. Dice Ferrajoli al respecto: “[l]o que importa, ante todo, es [...] que los delitos y las penas sean sólo los determinados por la ley penal, y que la comprobación de los primeros y la imposición de las segundas sean sólo obra de la autoridad jurisdiccional a través de las formalidades que le son propias”.

La segunda idea de Ferrajoli empieza a darle forma a su propuesta. La violencia penal, nos dice, no se agota en las medidas de fuerza que se adoptan con base en leyes que el propio Legislador califica como penales, ni tampoco en las que suponen la imposición de un castigo cuando se ha cometido un ilícito. El ejercicio de la violencia penal también está respaldado en leyes o normas que no tienen un amplio reconocimiento penal, o en leyes que incluso podrían considerarse en ciertos círculos como no penales. En opinión de Ferrajoli, el sistema formal que respalda el ejercicio del poder punitivo en Italia –y podríamos decir algo similar del sistema formal que soporta el poder punitivo ejercido en Colombia– ha sufrido un desdoblamiento. Por una parte, está integrado por el sistema penal y procesal penal ordinario, que opera *post delictum*, es decir, después de cometido el delito. Ese sería el sistema penal mejor conocido. Pero, por otra parte, está el que llama *sistema penal y procesal penal administrativo*, el cual es, en palabras de Ferrajoli, “en buena medida competencia de la policía, pero también en parte de la magistratura y en todo caso dominado por una amplia discrecionalidad administrativa”. A esta parcela del sistema jurídico, que también ampara el ejercicio del poder penal, pertenecen por ejemplo las medidas de defensa social privativas de la libertad por medio de las cuales se busca prevenir los delitos y las alteraciones del orden público, así como habilitar la actuación policial *ante o extra delictum*, es decir, antes de que se perpetre el delito o por fuera de cualquier ámbito delictivo.<sup>3</sup>

3. En palabras de Ferrajoli: “Se ha producido –nos dice– [...] un desdoblamiento de nuestro sistema punitivo [...]. Por un lado tenemos *un derecho penal y procesal ordinario*, dominado por los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, y por las consiguientes garantías de inderogabilidad y taxatividad del hecho, predeterminación legal y determinación judicial de la medida de la pena, materialidad de la acción, concreta lesividad del resultado, culpabilidad del autor, presunción de inocencia, carga de la prueba y juicio contradictorio, así como de la motivación, publicidad, oralidad y legalidad de los procedimientos. A su lado, *un derecho penal y procesal administrativo*, en buena medida competencia de la policía, pero en parte también de la magistratura y en todo caso dominado por una amplia discrecionalidad administrativa. El primero es el derecho penal y procesal en sentido propio, [...] con funciones de represión de los delitos a través de penas aplicadas *post delictum* por vía jurisdiccional; el segundo, no menos relevante que el primero en cuanto a incidencia sobre la libertad personal, es el derecho penal y procesal de policía, con funciones de prevención de los delitos y, más en general, de las perturbaciones del orden público, a través de medidas de defensa social *ante o extra delictum* aplicadas por vía administrativa a sujetos ‘peligrosos’ o ‘sospechosos’”. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., 2005.

Hasta aquí tenemos entonces que el ejercicio de la violencia *ante delictum* es entendido por Ferrajoli como el ejercicio de un poder penal, es decir, de un poder cuyo ejercicio debería ser monopolio del Legislador y de los jueces. Ferrajoli nos dice entonces algo más: su tercera idea es que cuando a la policía se le asignan poderes para decidir autónomamente si una persona debe ser privada de su libertad *ante delictum*, se viola ese monopolio de la violencia punitiva. En otras palabras, que las medidas de policía (*ante delictum*) privativas de la libertad, son contrarias al Estado de Derecho. ¿Cómo llega Ferrajoli a esa conclusión? Veamos con algún detalle.

De un lado, Ferrajoli parte de la base de que las medidas de defensa social *ante delictum* están hechas por definición para autorizar el ejercicio de la fuerza antes de que ocurra un hecho punible. Ahora bien, eso implica que deben estar configuradas para aplicarse en hipótesis que supongan un peligro o una amenaza para determinados bienes jurídicos, pero en un estadio que –también por definición– debe ser anterior al de la tentativa (de lo contrario no sería *ante delictum*). Las medidas de defensa social de esta naturaleza deben, por lo tanto, estar dispuestas en hipótesis que admiten un amplio margen de apreciación por parte de quien decide si hay lugar a imponerlas o no (un margen que, según Ferrajoli, se base en valoraciones “tan opinables como incontrolables”), pues deben cubrir un ámbito de la realidad difícilmente abarcable mediante términos precisos, definidos y específicos, ya que se trata predominantemente no de indicios necesarios de la comisión de un delito, sino de indicios contingentes, tales como insinuaciones, sugerencias y sospechas, o estados de peligro para los bienes jurídicos asociados con la lesión efectiva de esos bienes. No obstante, como cuando hay una configuración legal de esa naturaleza (vaga y ambigua, en todo caso amplia, indeterminada, imprecisa) quien en últimas termina definiendo su contenido es quien está llamado a aplicar las medidas. Así, como en el caso de las medidas de policía es a las autoridades de policía a quienes se les confía esa tarea, serían estas las que acabarían complementando la tarea del Legislador.<sup>4</sup>

Pero, de otro lado, un poder autónomo de ese género para la policía implicaría, al mismo tiempo, infringir el monopolio de la violencia que debe estar en cabeza del juez. Porque no es sólo que a

---

4. Ahora bien, podría un preguntarse si siempre las medidas de defensa social deben ser así de indeterminadas, y quizás deba responder que no siempre. Pero en la generalidad de los casos es normal que así sea.



la policía se le reconozca discrecionalidad para colmar las zonas no expresa y taxativamente reguladas de la ley, sino que también se le asigna la facultad de definir cuándo es aplicable lo prescrito en la ley, sin antes tener que pasar por un proceso rodeado de las suficientes garantías; a pesar de todo se le faculta para afectar la libertad individual. Con esto se logra que la policía haga una por una las tareas que en el ámbito del derecho penal y procesal penal ordinario le competen al juez penal, pero con la diferencia de que no está sujeto a las garantías del proceso penal.

La propuesta de Ferrajoli busca entonces no sólo expropiarles ese poder a las autoridades de policía, sino también proteger el monopolio legislativo y judicial del poder penal que, en su criterio, es propio del Estado de Derecho. La propuesta es, en consecuencia, vista por Ferrajoli como impuesta por el Estado de Derecho. Cualquiera que la lea debería preguntarse si es aceptable o no. Pero en esta ponencia no me atreveré a formular una respuesta tipo 'sí' o 'no'. Más bien, mi aporte será explorar algunos criterios que podrían contribuir a dar una respuesta de ese tipo.

## 2. La respuesta del constitucionalismo colombiano

Lo primero que es importante señalar, pues podría contribuir a responder esa inquietud, es que el constitucionalismo colombiano exhibe una intrigante coincidencia con la propuesta ferrajoliana. Esa tendencia, por cierto, ha estado presente en los últimos años, de modo que es posible concluir que los resultados en mejoramiento de la seguridad ciudadana que con tanta estridencia se nos han expuesto, tuvieron lugar precisamente en un contexto normativo de progresiva expropiación a las autoridades de policía, de los poderes autónomos sobre la libertad personal. Pero esa, bueno es aclararlo, no es una tendencia reciente. Si se examinan algunos documentos de la historia constitucional colombiana, puede apreciarse que esa conclusión es válida.

Quisiera ofrecer un breve repaso de esta tendencia. Y para ello es útil una distinción entre tres clases de medidas privativas de la libertad: la primera clase está compuesta por las medidas privativas de la libertad con fines eminentemente *sancionatorios*, que buscan sobre todo castigar la comisión de delitos y de faltas. La segunda es la de las medidas privativas de la libertad con fines primordialmente *preventivos*, que persiguen evitar la comisión de delitos, faltas y alteraciones al orden público. La tercera y última es la de las medidas privativas de la libertad con fines

*persecutorios* (o *inquisitivos*) que tratan de facilitar el procesamiento judicial de los autores y partícipes de delitos y faltas.<sup>5</sup> Intentaré mostrar sintéticamente cuál ha sido el destino de estas tres clases de medidas.

### **2.1. Las medidas privativas de la libertad con fines sancionatorios (punitivos)**

La Constitución de 1886 no les reservaba a los jueces la facultad de adoptar alguna de esas medidas, y por eso el legislador podía confiarles a las autoridades de policía el poder de imponerlas sin orden judicial. Debería decir que ni siquiera les reservaba la competencia para imponer medidas privativas de la libertad con fines punitivos o sancionatorios. Ciertamente, en el texto habrían podido encontrarse algunos puntos de apoyo para llegar a una conclusión distinta, pero hasta la mitad del siglo xx no sólo el Legislador sino también el Gobierno nacional y la Corte Suprema de Justicia, interpretaron que era válido que la policía fuera la que juzgara determinado género de delitos, e impusiera penas que significaran la privación de la libertad del condenado. Por eso, junto a la policía administrativa y la policía judicial, nuestro Estado conoció la policía penal, encargada de imponer penas, incluso privativas de la libertad. No obstante, hoy por hoy, esa facultad le fue sustraída por completo a las autoridades de policía y se encuentra radicada en los jueces.

Las cosas empezaron a cambiar gracias a una intervención de la Corte Suprema de Justicia en una sentencia del 7 de octubre de 1936. En esa ocasión, la Corte declaró inconstitucional la facultad que le confería un decreto gubernamental al Ministerio de Correos y Telégrafos para juzgar ciertos delitos e imponer determinada especie de penas, dentro de las cuales había una de multa convertible en arresto. Ciertamente, la Corte fue ambigua en cuanto al fundamento de la inconstitucionalidad, pues no aclaró si el decreto era contrario a la Constitución porque sólo el Legislador podía asignarle esa facultad a la policía, o si era porque nunca esa facultad podía serle confiada a la policía (ni siquiera por el Legislador). Pero luego de eso, casi treinta años después, la situación fue aclarada por la misma Corte, en una sentencia del 9 de septiembre

---

5. Esta distinción se basa en la propuesta por José Vicente Gimeno Sendra, «La detención gubernativa y la detención judicial», en: José Vicente Gimeno Sendra y Tomás Vives Antón, *La detención*, Barcelona, Bosch, 1977, p. 88. Debo aclarar que Gimeno Sendra asume esa distinción como propia de las medidas privativas de la libertad dictadas antes de que el juez tenga conocimiento de la noticia criminal.

de 1966.<sup>6</sup> En esta otra oportunidad quedó claro: a las autoridades administrativas sí se les puede asignar la facultad de juzgar delitos, salvo que sean de “especial gravedad” ya que el juzgamiento de esta clase de ilícitos era de “competencia exclusiva [...] de los órganos jurisdiccionales”. Consecuencia lógica de ello era que, en adelante, la policía no podía imponer medidas de privación de la libertad como consecuencia de delitos especialmente graves. No obstante, después se dio el paso más decisivo, en vigencia de la Constitución de 1886: en la sentencia del 31 de mayo de 1984, con ponencia del sacrificado Manuel Gaona Cruz,<sup>7</sup> la Corte fue tajante: declaró como inconstitucional atribuirle competencia a las autoridades de policía para juzgar y sancionar cualquier clase de delitos, así fueran delitos de poca gravedad, por fuera de las excepciones expresamente establecidas en la Constitución. Así, ya en principio la policía no podía imponer medidas privativas de la libertad punitivas. Con todo, la policía aún podía imponer algunas penas de privación de la libertad y también sanciones no penales del mismo género.

Hasta que se expidió la Constitución de 1991, debo aclarar. Porque en el artículo 28, la nueva Carta sentenció: “Nadie puede ser [...] reducido a prisión o arresto, ni detenido [...] sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente”. Ese progreso se cristalizó en una interpretación posterior, adelantada por la Corte Constitucional. Esta última dijo desde muy temprano, en la sentencia T-490 de 1992,<sup>8</sup> que “en adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven privación de la libertad”. Y luego, en la sentencia C-530 de 2003,<sup>9</sup> precisó el alcance. La Corte fue clara: “La Constitución (art. 28) y la jurisprudencia han señalado inequívocamente que sólo los funcionarios judiciales pueden decretar sanciones privativas de la libertad”.

## 2.2. Las medidas privativas de la libertad con fines eminentemente preventivos

Ahora bien, la Constitución de 1886 tampoco les reservaba a los jueces la facultad de privar a las personas de su libertad con el fin de

6. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del nueve (9) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) (M.P.: Ignacio Gómez Posse). *Gaceta Judicial*, tomo CXVII, N° 2282, pp. 98 y ss.

7. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia N° 43 del treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) (M.P.: Manuel Gaona Cruz). *Gaceta Judicial*, tomo CLXXIX, N° 2418, pp. 383 y ss.

8. Corte Constitucional, Sentencia T-490 de 1992 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

9. Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynnett).

prevenir delitos, faltas o alteraciones del orden público, y permitía que se le concediera a la policía la facultad de imponerlas. Luego, la Constitución de 1991 no fue del todo tajante, según lo interpretó la Corte Constitucional inicialmente. Hoy por hoy, sin embargo, no hay medidas de este género en nuestro sistema jurídico, gracias precisamente a las intervenciones del constitucionalismo colombiano. En efecto, este género de medidas policivas han pertenecido a dos instituciones. Esas dos instituciones tuvieron, no por coincidencia, un nombre similar: ambas se llamaron “retención”. La una fue la *retención por motivos de paz pública*, y la otra la *retención transitoria*. Me referiré brevemente a cada una.

### 2.2.1. La retención por motivos de paz pública

Esta retención no existe hoy pero fue una institución creada por la Constitución de 1886, a la que nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia decidieron designar como una medida de “alta policía”, para conjurar maquinaciones contra el Gobierno republicano. La medida era imponible originalmente sólo por orden del Presidente de la República y con la firma de todos los Ministros, cuando ellos estimaran que había “graves motivos” para temer la perturbación del orden público y contra quienes hubiera “graves indicios” de que atacarían contra “la paz pública”. En el terreno de los hechos, esta institución autorizaba al Gobierno para detener a las personas indefinidamente casi por cualquier motivo, ya que estas no podían controlarla: en efecto, no tenían derecho a ser puestas ante un juez, ni a invocar recurso alguno (ni siquiera el de *habeas corpus*), no tenían derecho a que se les informaran los motivos de la retención, ni se les permitía comunicarse con sus familiares o con un abogado, ni después tenían ocasión de refutar seriamente los motivos, porque no debía ser escrita.<sup>10</sup> No obstante, el constitucionalismo dio serios pasos para sustraer progresivamente esa facultad de manos de la alta policía (el Gobierno nacional).

10. Esta institución fue severamente criticada desde sus inicios. Ver, por ejemplo: Miguel Samper, «Las reformas y el cesarismo», en: Miguel Samper, *Selección de escritos*, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, 1977, pp. 306 y 307; Carlos Restrepo Piedrahíta, *25 años de evolución político-constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976, p. 115. Tulio Enrique Tascón opinaba que esta figura originaba “enormes abusos” porque no tenía término de duración; ver: Tulio Enrique Tascón, *Derecho constitucional colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Librería La Gran Colombia, 1944, p. 81. Sin embargo, Copete Lizarralde, aunque opinaba que a Tascón le asistía razón, sostenía que a la retención debían aplicarse “las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal” (cfr. Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional colombiano. Apuntes de clase*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1957, p. 45). Pero Copete no explicaba cuál término del Código debía aplicarse.

El primer paso que dio fue una reforma a la Constitución en 1914, que obligó al Gobierno a oír al Consejo de Estado antes de emitir una orden de retención de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución.<sup>11</sup> Esa modificación fue menor, porque los dictámenes del Consejo de Estado no eran obligatorios. Pero había un pequeño avance. Luego de eso, fue la Corte Suprema de Justicia la que intervino, con una decisión del 13 de noviembre de 1928.<sup>12</sup> En esa oportunidad, la Corte decidió que esa facultad de retención por motivos de paz pública sólo podía imponerla el Gobierno, con previo conocimiento del dictamen del Consejo de Estado, y por eso declaró inconstitucional un decreto que le asignaba esa facultad a un cuerpo de policía política. Más adelante, la intervención provino nuevamente del poder constituyente, que en el Acto Legislativo 01 de 1968 al fin le puso término a la retención por razones de paz pública. A partir de entonces, después de pasados diez días desde la retención, el juez era quien debía decidir si había mérito para que continuara retenido. Con esa reforma, por lo menos la prórroga de la retención –si es que el Gobierno estimaba que debía prorrogarse– quedaba en manos de los jueces.

Finalmente, la retención recibió tres golpes mortales. Primero, el Congreso expidió la Ley 25 de 1983 que introdujo fuertes límites al ejercicio de esa potestad por parte del Gobierno y, por ejemplo, lo obligó a poner por escrito los motivos de la orden de retención, le reconoció el derecho al retenido de ser inmediatamente informado de los motivos por los cuales era privado de su libertad, y de su derecho a designar apoderado, y el derecho a ser conducido ante el juez inmediatamente, si había pruebas de que el retenido había cometido un hecho punible. Luego vino la Constitución de 1991, que no sólo no la reprodujo, sino que decretó que nadie podía ser detenido sino en virtud del mandamiento de autoridad judicial competente. Al final, en la sentencia c-024 de 1994, la Corte levantó su acta de destierro y dijo que el Constituyente había erradicado esa detención contraria al Estado de Derecho de nuestro ordenamiento constitucional.

11. Decía ese acto: “En los casos de que trat[a] el artículo 28 de la Constitución [...] el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado para dictar [la] providenci[a] de que trat[a] dich[o] artícul[o]”. Cfr. Carlos Restrepo Piedrahíta (comp.), *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 471.

12. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del trece (13) de noviembre de mil novecientos veintiocho (1928). *Gaceta Judicial*, tomo xxxvi, N° 1832, pp. 193 y ss.

### 2.2.2. La retención transitoria

La retención transitoria, por su parte, nació con el Código Nacional de Policía decretado por el Gobierno nacional en ejercicio de facultades extraordinarias. Esta medida consistía en una retención de la persona en una estación de policía, y era imponible por decisión de los cuerpos de policía, a todo el que irrespetara, amenazara o provocara a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones; al que deambulara en estado de embriaguez y no consintiera en ser acompañado a su domicilio o al que estuviera en grave estado de excitación y pudiera por ello cometer una inminente infracción a la ley penal.

La historia de esta retención no es, sin embargo, tan larga como la de la retención por razones de paz pública. Al parecer, una institución semejante existía incluso desde antes. Hay al menos una decisión, tomada por la Corte Suprema de Justicia en un auto del 26 de noviembre de 1889<sup>13</sup> que así lo sugiere, en la cual se juzgó como legal la detención de un Fiscal, entre otras razones, porque estaba en estado de embriaguez y “suscitando tumulto y conjuración”. Pues bien, esta es la suerte de la retención transitoria: en una sentencia del 2 de julio de 1987, la Corte Suprema de Justicia consideró que la retención transitoria era conforme a la Constitución de 1886, a pesar de ser una medida punitiva de carácter correccional imponible por la policía.<sup>14</sup> No obstante, luego se expidió la Constitución de 1991, que introdujo al menos como regla general una reserva judicial para privar a las personas de su libertad. Tiempo después, en la sentencia c-199 de 1998,<sup>15</sup> la Corte Constitucional dijo que a la luz de la nueva Carta, la retención transitoria no podía imponerse sin orden judicial cuando con ella se pretendía sancionar a las personas. Por eso declaró inexecutable una causal de imposición de esa medida, en casos en los que se irrespetara a un oficial de policía en ejercicio de sus funciones. No obstante, la Corte declaró executable la imposición de la retención transitoria sin orden judicial previa, cuando tuviera como fin proteger a la sociedad y a la propia persona de eventuales daños. Con todo, en la sentencia

13. Corte Suprema de Justicia. Auto del veintiséis (26) de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve (1889) (negocios criminales). *Gaceta Judicial*, año iv, N° 158, pp. 14 y s.

14. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia N° 67 del dos (2) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) (M.P.: Jesús Vallejo Mejía). *Gaceta Judicial*, tomo cxci, N° 2430, pp. 10 y ss.

15. Corte Constitucional, Sentencia c-199 de 1998 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz).

c-720 de 2007, la Corte Constitucional la declaró inexecutable en su integridad, aunque no por violar la reserva judicial.<sup>16</sup>

### 2.3. Las medidas privativas de la libertad con fines eminentemente persecutorios

Finalmente están las medidas de privación de la libertad que se imponen con el fin de facilitar la persecución de los autores y partícipes de conductas punibles (*medidas persecutorias o inquisitivas*). Dentro de esta categoría se pueden distinguir dos especies de medidas: por una parte, las *cautelares* o aseguratorias y, por otra parte, las medidas propiamente *inquisitivas* o investigativas. Las medidas de este género no le han sido completamente expropiadas a la policía, y hoy por hoy subsisten principalmente dos.

Por una parte, está la flagrancia, que es una medida esencialmente cautelar, encaminada a asegurar la comparecencia ante el juez de una persona sorprendida en la flagrante comisión de un hecho punible. Por otra parte, está la detención preventiva administrativa, que tiene fines *primordialmente inquisitivos o investigativos*.

Con esta última, las autoridades públicas le apuntan al “descubrimiento del delito y la participación de sus autores”,<sup>17</sup> pero también a hacer determinadas averiguaciones para cumplir con una orden de captura librada por la autoridad competente.<sup>18</sup> Opera, por lo tanto, del siguiente modo: si en un ejemplo sumamente ficticio, no hay órdenes judiciales de captura en contra de nadie, la policía no puede detener a nadie en virtud de la detención preventiva administrativa. Si, en cambio, hay una orden de captura en contra de Dorian y de Basilio, por ejemplo, puede ser capturada toda persona que razonablemente se sospeche es Dorian o Basilio, con el fin de practicar algunas diligencias de identificación. Si luego de esas diligencias, se concluye que la persona es Dorian o Basilio, entonces debe ser puesta a órdenes de quien dictó el mandamiento de aprehensión. Si no son Dorian o Basilio, sino Henry, por ejemplo, la detención se habrá producido sin orden judicial: ningún juez había autorizado la detención de Henry. Estas dos medidas (la flagrancia y la detención preventiva administrativa), puede entonces practicarlas autónomamente la policía.

16. Corte Constitucional, Sentencia c-720 de 2007 (M.P.: Catalina Botero Marino).

17. Cfr. José Vicente Gimeno Sendra, «La detención gubernativa y la detención judicial», *op. cit.*, p. 86.

18. Corte Constitucional, Sentencia c-024 de 1994 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

Ahora bien, hay que decir que otras medidas persecutorias de privación de la libertad sí desaparecieron del arsenal jurídico de la policía. En la sentencia c-237 de 2005,<sup>19</sup> por ejemplo, la Corte Constitucional declaró inexecutable una norma que autorizaba a la policía para capturar a una persona; cuando era sorprendida en flagrancia, se la dejaba en libertad con la condición de que compareciera luego ante el jefe de policía, pero desobedecía esa orden. Además, en la sentencia c-850 de 2005,<sup>20</sup> declaró inexecutable otra norma que les confería a las autoridades de policía la atribución de capturar, junto con el contraventor sorprendido en flagrancia, a un tercero que pudiera dar testimonio de la misma. La Corte también la declaró inexecutable porque violaba el principio de reserva judicial.

En síntesis, puede decirse que el constitucionalismo colombiano ha trazado paulatinamente una tendencia encaminada a expropiarles a las autoridades de policía el poder de decidir si una persona debe ser privada de su libertad. Al mismo tiempo, o bien ha eliminado esas facultades, o bien se las ha confiado a las autoridades judiciales. Por lo tanto, el trayecto que ha recorrido el constitucionalismo colombiano coincide de un modo notorio con la propuesta de Ferrajoli a la que hice alusión. En condiciones como esas, no está mal preguntarse si en realidad conviene mantener esa tendencia que coincide, como ya se ha dicho, con la propuesta ferrajoliana. En otras palabras, creo que debemos preguntarnos si la expropiación de ese poder de manos de la policía es una amenaza o una salvaguardia.

### **3. Cuatro elementos que deberían tenerse en cuenta para resolver esa inquietud**

Pues bien, como he dicho no pretendo resolver en esta breve intervención ese punto. Pero sí trataré de explorar cuatro criterios para resolverlo. En realidad son orientaciones para un posible debate, formuladas en términos más bien generales.

El primer criterio sería este: es preciso abandonar ciertas simplificaciones injustificadas. Con esto quiero decir que deberíamos abandonar algunas asociaciones en las cuales la realidad social es conce-

---

19. Corte Constitucional, Sentencia c-237 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo Rentería).

20. Corte Constitucional, Sentencia c-850 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo Rentería).



bida como un sencillo aparato donde determinadas causas producen inexorablemente ciertos resultados. Una de esas simplificaciones es esta: más derecho penal, más cárcel, más policía, más ejército, más armas, menos jueces, menos garantías, menos procedimientos es igual a más libertad. Esta asociación refleja una preocupación válida y es que muchas de las amenazas para los bienes jurídicos aunque podrían ser neutralizadas con arreglo al ejercicio de poderes institucionales, no lo son debido a ciertos límites también institucionales. Pero su problema radical, que la convierte en una simplificación injustificada, reside en una confianza exagerada en la capacidad y en la bondad de los aparatos institucionalizados de poder para neutralizar *todas* las amenazas. Pues parte de la base de que ese complejo de personas, funciones, instituciones e instrumentos, tiene una capacidad ilimitada para enfrentar los peligros o las lesiones efectivas a los bienes jurídicos, y de que esa capacidad siempre es ejercida correctamente, aun cuando hay buenas razones para pensar que ninguno de esos dos atributos son tan aproximados en la realidad.

En efecto, las estructuras institucionales de poder tienen, de un lado, una capacidad limitada para neutralizar toda clase de riesgos, y para perseguir a todos aquellos que han perpetrado determinada especie de actos. Y esto es así debido a que los recursos del Estado son limitados y escasos, aunque sin duda esta es sólo una de las causas. Si el poder institucional no puede controlar todas las amenazas ni responder frente a todos los menoscabos efectivos a los bienes jurídicos es también (y en ciertos contextos deberíamos decir, “es sobre todo”) porque algunos de los enemigos de la libertad cuentan con inmensas posibilidades (dinero, influencias, respaldo político y armado) para quebrantar la voluntad que tiene el Estado de neutralizarlos o para escapar a los intentos serios y decididos de hacerlo.

Ahora bien, esta falta de capacidad no se traduce sólo en la tolerancia prevista de ciertos riesgos y en impunidad, sino también en una discriminación permanente. El poder institucional no puede obrar sobre todas las fuentes de peligro, ni perseguir a todos los que han lesionado bienes jurídicos; por lo tanto, debe seleccionar sobre cuáles de esas fuentes interviene y a qué actores persigue. Esa selección podría hacerse al azar, pero la realidad muestra que algunos de esos criterios responden a estereotipos, a prejuicios y a motivos que podríamos considerar, al menos *prima facie*, como discriminatorios. En efecto, al menos un par de estudios de la década de los ochenta dicen que uno de los criterios tenidos en cuenta por la policía para intervenir era la posición socioeconómica de quienes provocaban el riesgo o habían

cometido la lesión,<sup>21</sup> pues alguien ubicado en una posición social baja estaba más expuesto que alguien ubicado en una posición social alta a ser abordado por el poder de policía. Y no sé si eso ha cambiado sustancialmente, pero tiendo a pensar que no. De hecho, no hace mucho apareció en la prensa una foto de algunos de los indignados del movimiento Occupy Wall Street (los cuales se han visto en no pocas ocasiones enfrentados a la policía por levantarse contra la codicia y avaricia del sistema financiero), y en el centro de esa fotografía se alcanzaba a leer en una pancarta: “The cops are the army of the rich. Build an army of the poor” [Los policías son el ejército de los ricos. Construyan un ejército de los pobres].<sup>22</sup> Desde luego, el empleo de estereotipos,

21. Ver, por ejemplo, lo que decía el sacrificado Emiro Sandoval Huertas sobre los criterios de intervención de la instancia policial. En efecto, Emiro Sandoval aseguraba que los miembros de la institución policial empleaban los “espacios” que las disposiciones penales les otorgaban para su acción de un modo que facilitaba que la inmensa mayoría de quienes eran sometidos al control penal fueran de los niveles sociales más bajos. ¿Cuál podía ser una explicación? Sandoval Huertas ofrecía esta: “Los funcionarios de policía, independientemente de los textos legales y como todos los demás aplicadores de normas, se ven enfrentados a un conjunto de riesgos y de posibilidades acerca de sus propias condiciones materiales, según apliquen o no la disposiciones penales en uso del espacio legal de acción a ellos asignado. En efecto, el alto grado de estratificación social, las consiguientes dificultades para la movilización social vertical y las permanentes incitaciones al consumo y a la competitividad individualista –por citar apenas los factores más relevantes–, hacen que quienes tienen a su cargo la aplicación de normas, actúen conforme a la evaluación resultante, en cada caso concreto, de los ‘riesgos de perjuicios por la aplicación de normas’ y las ‘posibilidades de ventajas por la no aplicación de normas’. El primero de tales fenómenos consiste en los eventuales daños o desventajas, de cualquier índole, a que el aplicador de normas se expone si con su acción afecta a personas ubicadas socialmente por encima de él; en tanto que el segundo radica, complementariamente, en los beneficios, de cualquier clase, que puede tener si se abstiene de proceder o lo hace en forma atenuada respecto de las mismas personas, sin que en ninguna de tales hipótesis el funcionario o el particular, incurra necesariamente en comportamiento punible. Los perjuicios y las ventajas mencionados, por tanto, no tienen inevitablemente un contenido monetario inmediato o directo: el beneficio puede consistir, por ejemplo, en el mero pero importante hecho de conseguir una buena relación con alguien mejor ubicado socialmente, mientras que la desventaja o daño puede ir, v. gr., desde la pérdida del puesto de trabajo por influencia del afectado o la adquisición de un enemigo socialmente más poderoso, hasta el simple pero trascendente hecho de haber dejado pasar la oportunidad de obtener una ventaja. Respecto de las personas con su misma o inferior posición social, los aplicadores de normas, en cambio, nada tienen que temer si las afectan al dar cumplimiento a las normas penales y, más bien, proceder en tales casos les significa hacer méritos para los reconocimientos oficiales ‘por cumplimiento del deber’”. Cfr. Emiro Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989, pp. 74 y 75. La práctica discriminatoria de la policía en ciertas actuaciones, también la había mencionado ya Reyes en: Alfonso Reyes Echandía, *Criminología*, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 364 y 365.

22. Cfr. *El Espectador*, 17 nov. 2011.

prejuicios y criterios sospechosos no siempre es el producto de una mala conciencia de quienes ejercen el poder institucional. Aunque no es para nada tranquilizador, en algunas ocasiones el ejercicio del poder con arreglo a estereotipos y prejuicios es la consecuencia de obrar en cortos períodos de tiempo que no permiten tener en consideración otros factores distintos a esos.<sup>23</sup>

Pero, en definitiva, a lo que quiero llegar es a que la policía es una instancia de ese aparato institucional y organizado de poder, y a que su capacidad y bondad son limitadas, de manera que la ecuación más policía es igual a más libertad, resulta al menos dudosa. Por lo demás, nada nos garantiza que su amplia capacidad no vaya a emplearse contra quienes pretenden ser protegidos por la institucionalidad. No está mal recordar a menudo esta sabia sentencia de James Madison: “All men having power ought to be distrusted to a certain degree” [Todos los hombres con poder merecen al menos cierto grado de desconfianza]. Pero tampoco es correcto irnos hasta el otro extremo, que propone esta injustificada asociación: cero derecho, cero Estado, cero uso de la

23. Es interesante al respecto, leer el texto de Malcolm Gladwell que dice, en un aparte que merece ser citado en toda su extensión: “En mi opinión, también nos volvemos autistas transitorios en situaciones en las que nos falta tiempo. El psicólogo Keith Payne, por ejemplo, colocó en cierta ocasión a varias personas frente a un ordenador y las predispuso mostrándoles imágenes fugaces de la cara de una persona negra o de la cara de una persona blanca. A continuación, Payne les enseñó la imagen de un arma o la de una llave inglesa. La imagen permanecía en pantalla 200 milisegundos, y todos tenían que identificar lo que acababan de ver en la pantalla. [...] Los resultados se los pueden imaginar. Si a uno se le predispone mostrándole primero una cara negra, identificará el arma como tal un poco más de prisa que si se le muestra primero una cara blanca. A continuación, Payne volvió a hacer el experimento, aunque esta vez más deprisa. En lugar de dejar que cada persona respondiera a su propio ritmo, las obligó a tomar una decisión en 500 milisegundos, es decir, en medio segundo. En esta ocasión, los sometidos a prueba empezaron a cometer errores. Les llevó menos tiempo identificar un arma como tal cuando vieron la cara negra en primer lugar. Pero cuando vieron la cara negra primero, también les llevó menos tiempo identificar una llave inglesa como un arma. Sometidos a condiciones en las que el tiempo apremiaba, empezaron a comportarse como se comportan las personas cuando están muy excitadas. Dejaron de fijarse en las pruebas reales que les proporcionaban sus sentidos y recurrieron a un sistema rígido e implacable, a un cliché. [...] ‘Cuando tomamos una decisión en una fracción de segundo’, afirma Payne, ‘somos muy vulnerables a dejarnos llevar por nuestros estereotipos y prejuicios, incluso por aquellos en los que no necesariamente creemos ni respaldamos’. Payne ha probado todo tipo de técnicas para reducir este sesgo. En un intento de que las personas que se sometían al experimento se comportaran lo mejor que pudieran, les [...] explicó a algunos en qué consistía el experimento, y les pidió que evitaran los clichés fundados en la raza. Dio exactamente igual”. Cfr. Malcolm Gladwell, *Inteligencia intuitiva*, trad. de Gloria Mengual, 2ª ed., Madrid, Punto de Lectura, 2006, pp. 269 y 270.

fuerza institucional, cero restricciones es igual a más libertad. Con la primera parte de la ecuación nos libramos de los peligros que provoca confiarle al Estado el monopolio de la violencia. Pero no estamos libres de la violencia ejercida por los particulares.

Dicho esto, paso a enunciar el segundo criterio: cualquier decisión entre esos extremos debe ser dictada por un órgano democrático. Este segundo criterio puede parecer demasiado obvio y hasta demagógico, pero en nuestro contexto tiene mucho sentido porque el actual Código de Policía, que es el que regula en términos generales cuándo y cómo una persona puede ser privada de su libertad autónomamente por la policía, fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias. Hoy por hoy, la Constitución de 1991 prohíbe, por fortuna, concederle al Presidente de la República la facultad para expedir Códigos, aunque hay propuestas para volver al modelo anterior. Sin embargo, a pesar de que existe esa prohibición constitucional, porque es antidemocrático que el Presidente pueda expedir códigos enteros en un ramo de la "legislación", aún está vigente nuestro antidemocrático Código represivo de Policía. Ciertamente, la concentración en el Congreso del poder de dictar el Código de Policía no nos garantiza necesariamente más libertad. Soy consciente de las debilidades de nuestra democracia, en términos de representatividad, pluralismo y deliberación. Pero tal vez es útil no perder de vista que un Código de Policía es menos ilegítimo cuando es expedido por un órgano como el Congreso, que es más democrático en su origen, en su conformación y en su procedimiento, que el Presidente de la República. En su origen, ambas instituciones son democráticas porque son elegidas por el pueblo; pero en su conformación y en su procedimiento el Congreso es más democrático porque es pluralista y deliberativo. El Presidente no tiene esas dos condiciones.<sup>24</sup>

---

24. Por fortuna la Corte Constitucional misma sugirió esta idea, precisamente en una sentencia en la cual estudió la constitucionalidad de una norma del Código de Policía que autorizaba a las autoridades de policía para retener transitoriamente, y sin orden judicial, a las personas en ciertos casos (cfr. Corte Constitucional, Sentencia c-720 de 2007, M.P.: Catalina Botero Marino). En dicha sentencia dijo: "34. Como ya había sido mencionado, en el presente caso corresponde aplicar el principio de proporcionalidad en su versión más estricta, toda vez que [...] no se trata de una norma expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo, en virtud de las amplias facultades legislativas que la Carta vigente hasta 1991 permitía atribuir a este órgano. Tal circunstancia, como lo ha señalado esta Corte, disminuye relativamente la presunción de constitucionalidad de las normas y la deferencia que en su enjuiciamiento debe observar el juez constitucional. En efecto, como se sabe, las normas provenientes del poder Ejecutivo carecen del carácter plural y deliberativo que está presente en la formación de la voluntad política que tiene lugar en el Congreso".

Pero creería que estos dos elementos son insuficientes, y me parece que este otro (sería el tercero) es el más importante: sólo es válido decir que la policía queda desarmada a consecuencia de expropiarle por completo (o casi) sus poderes autónomos sobre la privación de la libertad, si antes se han ensayado sin éxito otras facultades distintas a la de captura sin orden judicial. Lo que quiere decir esto es más bien obvio, y es que no se debe responder precipitadamente frente a las demandas de seguridad con más poderes autónomos de ese tipo, sin antes ensayar otras alternativas previas menos restrictivas de la libertad. ¿Como cuáles? Como la que voy a enunciar enseguida.

No la voy a decir aún, pues quiero hacer énfasis en lo siguiente. Estamos más que resignados (tal vez sería mejor decir “estamos acostumbrados”) a que la policía limite nuestra libertad de movimiento sin orden judicial y sin necesidad de demostrar que somos sospechosos de estar involucrados en una actividad ilegal (un delito, una contravención o algo por el estilo). En la calle o en los sitios públicos estamos siempre sujetos a que, entre una decena de personas o de vehículos ambulantes o estacionados, un policía decida pararnos justamente a nosotros y no “molestar” a otros que hay cerca, para solicitarnos una requisita o una revisión de documentos. Esa facultad no es ni siquiera cuestionada en Colombia, y poco (o nada) nos hemos preguntado por la legitimidad de esa práctica, o al menos no en un nivel notorio. Pues bien, no en todos los países se admite una restricción de esa naturaleza con tanta resignación. En Estados Unidos, por ejemplo, donde a la policía se le reconoce generalmente un amplio margen de acción, se admite como regla general que las autoridades de policía priven a una persona de su libertad sin orden judicial, y a que le ordenen detener su marcha también sin mandato del juez. En ciertos casos debe haber orden de juez, como cuando se trata de la detención para toma de huellas, por ejemplo, como lo dijo la Corte Suprema en el caso *Davis vs. Mississippi* en 1969.<sup>25</sup> Pero por regla general no se exige que así sea. Sin embargo, por regla general, la policía no puede capturar a un

25. Por ejemplo, en: Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Davis vs. Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969), la Corte concluyó que debía ser excluida del juicio una prueba dactilar que había sido fruto de una “*seizure*” inconstitucional. Y lo había sido –según la Corte– porque las huellas fueron tomadas luego de practicarle a la persona una “*seizure*” sin “*warrant*” (mandamiento judicial). La Corte dijo, entonces: “Because there is no danger of destruction of fingerprints, the limited detention need not come unexpectedly or at an inconvenient time. For this same reason, the general requirement that the authorization of a judicial officer be obtained in advance of detention would seem not to admit of any exception in the fingerprinting context”.

individuo, u ordenarle que detenga su marcha, solamente porque se le antojó (en cambio, me parece que en Colombia un policía sí le puede decir a una persona que detenga su marcha, cuando se le antoje).

Efectivamente, en la Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana están prohibidas las interferencias irrazonables en las personas, y eso ha sido interpretado desde la época del gran juez Marshall como una protección frente a detenciones arbitrarias.<sup>26</sup> Sin embargo, la protección frente a interferencias irrazonables no sólo cubre las afectaciones de la libertad similares a un arresto, sino también las intromisiones en la libertad que son menos intensas que un arresto pero más significativas que una simple intervención superflua en la libertad. Es decir, que en Estados Unidos la Cuarta Enmienda protege a las personas de arrestos y detenciones irrazonables, pero también de “stops” o paradas irrazonables. De modo que la policía viola la Cuarta Enmienda cuando, por ejemplo, adelanta sin sospecha razonable cualquiera de estos actos: cuando enfrenta a una persona para quitarle rápidamente un arma,<sup>27</sup> cuando le solicita inopinadamente a una persona que se detenga para pedirle su identificación,<sup>28</sup> cuando por fuera de un retén una patrulla le ordena a un vehículo que interrumpa su marcha.<sup>29</sup>

Como se ve, hay entonces una diferencia entre esa regulación y la que tenemos en Colombia, pues en nuestro país cualquiera de esas actividades es legítima incluso si es llevada a cabo sin sospecha razonable. En Estados Unidos, en cambio, ninguna lo es. Las autoridades de policía en Colombia pueden por lo tanto practicar estas medidas, lo voy a decir sin ambages, a su antojo. Comparativamente, tienen un instrumento de control sumamente amplio que les permite atacar y neutralizar muchas fuentes de riesgo. Pensemos por ejemplo en la

26. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Ex parte Burford, 7 u.s. 3 Cranch 448 (1806).

27. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, «Terry vs. Ohio», 391 u.s. 1 (1968). La Corte consideró que no hubo violación de la Cuarta Enmienda porque el oficial tenía una sospecha razonable de que la persona interferida portaba un arma.

28. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Reid vs. Georgia, 448 u.s. 438 (1980). La Corte Suprema consideró que una persona había sufrido una “unreasonable seizure” (interferencia irrazonable), porque a la salida de un aeropuerto un policía le dijo que se detuviera y le pidió su identificación sin tener una sospecha razonable de que estaba incurso en actividades ilegales.

29. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, United States vs. Brignoni-Ponce, 422 u.s. 873 (1975). La Corte concluyó que a unas personas que iban en un carro se les violó la Cuarta Enmienda porque una patrulla ambulante de la policía de fronteras les pidió que se detuvieran nada más debido a que parecían tener ascendientes mexicanos.

detención preventiva administrativa. ¿Es absolutamente indispensable privar a una persona de su libertad para establecer plenamente su identificación? Los adelantos tecnológicos con seguridad permiten adelantar las diligencias de identificación con una restricción de movimientos que no suponga privar a las personas de su libertad. Bastaría, en consecuencia, con una orden de pare. O pensemos en la retención transitoria. ¿Es absolutamente necesario privar de la libertad a una persona en estado de embriaguez, para evitar que cometa delitos? ¿No podría ordenársele que se abstenga de circular, y vigilarlo para que no lo haga, pero sin someterlo a una situación de confinamiento? En fin, si es necesaria la privación de la libertad, al menos deberíamos exigir que prueben si sólo con la facultad de ordenar paradas (con o sin sospecha razonable) no se logran los fines persecutorios y preventivos de la detención preventiva administrativa y la retención transitoria. Si pueden lograrse con esa medida, no hay razones para considerar que los poderes autónomos de la policía sobre la libertad personal sean necesarios.

Por último, quisiera exponer este criterio. Si definitivamente debemos concluir que la policía pierde una herramienta valiosa para enfrentar el crimen y las faltas, cuando queda sin la facultad de capturar a las personas sin orden judicial, es necesario mirar qué fue lo que ganó a cambio. En efecto, es importante tener en cuenta que los problemas sociales son de muy diversa índole, y además hay muchos y muy graves. Sin embargo, regularmente, las facultades policiales para capturar a una persona sin orden judicial buscan contribuir a la evitación o solución de apenas algunos de esos problemas. En Colombia, por ejemplo, aparte de la flagrancia, la Corte Constitucional ha admitido sólo para algunas hipótesis la privación de la libertad sin orden judicial: para los casos de embriaguez en los que la persona no consienta en ser llevada a su domicilio, para los casos en que la persona está en alto grado de excitación y se sospeche razonablemente que puede cometer un delito, y para los casos en que es preciso investigar la identidad de una persona para cumplir con una orden de captura. Por lo mismo, quitarle a la policía la competencia para decretar capturas sin orden judicial en estos casos, no es dejar desprotegida a la sociedad. Aun sin esas facultades, la policía queda con todo un amplio abanico de asuntos en los cuales puede intervenir con eficacia. Quizás, en todo caso, es quitarle una herramienta valiosa para intervenir autónomamente en ciertos casos, pero el asunto no puede verse sólo en términos de lo que pierde la policía, sino también en función de lo que gana: en términos globales, gana tiempo y recursos para enfrentar con mayor eficacia otros problemas que con seguridad merecen mayor atención

en nuestra sociedad. Pienso que debería al menos medirse con seriedad si la concentración de la policía en, por ejemplo, retener personas embriagadas o en alto grado de excitación, no es precisamente contraproducente para enfrentar con contundencia el crimen.<sup>30</sup>

## Conclusión

Ante todo he querido exponer una propuesta de Ferrajoli (la cual no es ni mucho menos novedosa, pues se refiere a que sólo los jueces deberían decidir si una persona debe ser privada de la libertad)<sup>31</sup> porque juzgo pertinente debatirla en vista de que coincide de forma parcial con una tendencia que es posible apreciar en el constitucionalismo colombiano. Mi intención es, en el fondo, que las conquistas de nuestro constitucionalismo no se desmonten sin un debate amplio y serio. Pero me temo que cuando haya una propuesta para retroceder en ese camino, será aceptada o rechazada sin debate. Y si hay debate, tengo la sospecha de que los elementos ofrecidos en este texto, incluso si algún participante en la deliberación los ha leído, no van a ser tenidos en cuenta con seriedad. Aunque si son tenidos en cuenta con seriedad, y gracias a ellos las garantías actuales permanecen intactas, en todo caso lo más importante será ver cómo van actuar las autoridades de policía en la realidad, y si acatarán lo dispuesto en los círculos en los habla nuestro constitucionalismo, pues estoy convencido de que Gramsci tenía razón cuando decía: “Las ideas son grandes en cuanto

30. Esta idea me la sugirió la lectura del texto de José Luis Ramírez Ortiz, y Germán Varela Castejón, «Doce tesis en materia de detención policial preprocesal», en *Jueces para la Democracia*, N° 62, jul. 2008, pp. 31-47.

31. En Colombia esa propuesta la había hecho un Presidente de la República y tratadista de derecho, en la primera mitad del siglo xx. José Vicente Concha dijo en sus *Apuntamientos de derecho constitucional*: “Para que esta especie de libertad [física] sea efectiva y tenga un amparo real, es menester que se cumplan varias condiciones: [...] que no puedan ordenar la prisión o la detención sino autoridades cuya imparcialidad e independencia sean reales, como lo son las de los jueces en donde está debidamente organizado el Poder Judicial”. Cfr. José Vicente Concha, *Apuntamientos de derecho constitucional* [1923], Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010, p. 141. Concha parecía seguir en eso a Duguit, quien dijo: “Para que la libertad individual sea verdaderamente reconocida y protegida por la ley es preciso que [...] la detención y el arresto de un individuo no puedan ser ordenados sino por funcionarios que ofrezcan las garantías de independencia, garantías que, en la organización francesa y en las organizaciones similares, no parece que puedan ofrecerlas más que los funcionarios llamados judiciales”. Cfr. León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, trad. de José G. Acuña, 2ª ed., Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, p. 215.



son realizables [...]. Se juzga por lo que se hace, no por lo que se dice. Constituciones estatales > leyes > reglamentos: son los reglamentos, o incluso su aplicación, los que indican la real estructura política y jurídica de un país y de un Estado".<sup>32</sup>

Albergo la esperanza de estar equivocado en mis temores, y de que la real estructura política y jurídica del país y del Estado se asemeje a la imagen ideal que aparece en los libros del constitucionalismo colombiano.

---

32. Cfr. Antonio Gramsci, «Las grandes ideas», en: *Antología*, 16ª ed., trad. de Manuel Sacristán, México, Siglo Veintiuno, 2007, p. 317.

## Bibliografía

- CONCHA, José Vicente. *Apuntamientos de derecho constitucional* [1923]. Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010.
- COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional colombiano. Apuntes de clase*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 1957.
- DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Trad. de José G. Acuña. Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 2005.
- . *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- GIMENO SENDRA, José Vicente. «La detención gubernativa y la detención judicial». En: Gimeno Sendra, José Vicente y Tomás Vives Antón, *La detención*. Barcelona, Bosch, 1977.
- GLADWELL, Malcolm. *Inteligencia intuitiva*. 2ª ed. Trad. de Gloria Mengual. Madrid, Punto de Lectura, 2006.
- GRAMSCI, Antonio. «Las grandes ideas». En: *Antología*. Trad. de Manuel Sacristán. México, Siglo XXI, 2007.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis y Varela Castejón, Germán. «Doce tesis en materia de detención policial preprocesal». En: *Jueces para la Democracia*, N° 62, jul. 2008.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos. *25 años de evolución político-constitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*. 6ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.
- . *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. 3ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- SAMPER, Miguel. *Selección de escritos*. Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, 1977.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá, Temis, 1989.
- TASCÓN, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano*. 3ª ed. Bogotá, Librería La Gran Colombia, 1944.

## Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c-720 de 2007 (M.P.: Catalina Botero Marino).

- . Sentencia T-490 de 1992 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).
- . Sentencia c-530 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett).
- . Sentencia c-199 de 1998 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz).
- . Sentencia c-024 de 1994 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero).
- . Sentencia c-237 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo Rentería).
- . Sentencia c-850 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo Rentería).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA. Sentencia del nueve (9) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) (M.P.: Ignacio Gómez Posse). *Gaceta Judicial*. Tomo cxvii, N° 2282, pp. 98 y ss.

- . Sentencia N° 43 del treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) (M.P.: Manuel Gaona Cruz). *Gaceta Judicial*. Tomo clxxix, N° 2418, pp. 383 y ss.
- . Sentencia N° 13 de noviembre de mil novecientos veintiocho (1928). *Gaceta Judicial*. Tomo xxxvi, N° 1832.
- . Sentencia N° 67 del dos (2) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) (M.P.: Jesús Vallejo Mejía). *Gaceta Judicial*. Tomo cxci, N° 2430.
- . Auto del veintiséis (26) de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve (1889) (Negocios criminales). *Gaceta Judicial*. Año iv, N° 158.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Davis vs. Mississippi*, 394 U.S. 721 (1969).

- . *Ex parte Burford*, 7 U.S. 3 Cranch 448 (1806).
- . *Terry vs. Ohio*, 391 U.S. 1 (1968).
- . *Reid vs. Georgia*, 448 U.S. 438 (1980).
- . *United States vs. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975).



# La teoría de los poderes salvajes y la crisis del principio de legalidad en Colombia: una aportación de Luigi Ferrajoli al derecho administrativo

José Manuel Suárez Delgado\*

## Introducción

Asumimos como punto de partida de este breve estudio una premisa pacíficamente compartida en el actual estado de la ciencia jurídica: la necesidad de sometimiento de los poderes públicos al principio de legalidad y, en especial, la administración pública. Con ello se pretende rendir un homenaje a Luigi Ferrajoli y, a la vez, hacer una presentación no muy usual de su teoría al contexto del derecho administrativo que es, frecuentemente, descartado por su formalismo por muchos constitucionalistas.<sup>1</sup> Aunque, a decir verdad, se trata, ante todo, de un factor histórico<sup>2</sup> de separación entre ambas disciplinas. En contraste con esto, la visión que

---

\* Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá). Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo. Correo electrónico: manuelsuarez23@gmail.com.

1. Cfr. Manuel Fernando Quinche Ramírez, «La lectura administrativa de la Constitución Política», en: *Vniversitas*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, N° 104, dic. 2002, Bogotá, 2004.
2. Es Matthias Hartwig quien señala la existencia de un reparto de roles entre derecho administrativo y constitucional: «Con respecto al derecho constitucional, la cuestión principal en el ámbito del derecho de organización del Estado era cómo debían ser las relaciones entre la Corona y los representantes del pueblo, y en segundo lugar la relativa al carácter federal de la estructura nacional. Además, la discusión en torno a los derechos humanos y de los ciudadanos fue ganando en virulencia con el paso de los años. El objeto de las discusiones de derecho administrativo giraba, por una parte, en torno a las funciones del Estado y, de la otra, se planteaba cuáles debían ser las formas de la acción administrativa; y finalmente cuál sería la protección jurídica y judicial más adecuada». Cfr. Hartwig, «Pasado, presente y futuro del derecho público en Alemania», en: *Revista Catalana de Dret Públic*, N° 41, p. 2, [http://www10.gencat.net/eapc\\_revistadret/revistes/Evolucio\\_i\\_perspectives\\_del\\_dret\\_public.\\_Especial\\_25e\\_aniveri\\_de\\_la\\_Revista\\_catalana\\_de\\_dret\\_public/Evolucio\\_i\\_perspectives\\_del\\_dret\\_public\\_a\\_Alemania/es?set\\_language=es&cl=es](http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/revistes/Evolucio_i_perspectives_del_dret_public._Especial_25e_aniveri_de_la_Revista_catalana_de_dret_public/Evolucio_i_perspectives_del_dret_public_a_Alemania/es?set_language=es&cl=es) (consultado: 20 oct. 2011).

aquí se ofrecerá busca una lectura conjunta de ambas ideas rescatando con ello la idea de que el derecho administrativo debe ser un derecho constitucional concretizado.<sup>3</sup>

Partiendo de estas premisas básicas, el presente trabajo se dividirá en cuatro secciones. En un primer apartado se hará una recensión de la teoría de los poderes salvajes en la obra de Ferrajoli. En segundo lugar, intentaré presentar un estado actual del principio de legalidad y, en correspondencia con ello, la vertiente del sometimiento de la administración al mismo. En tercer lugar, me centraré en algunas aplicaciones de la teoría de los poderes salvajes y, correlativamente, mostrar su coincidencia con el surgimiento de espacios de acción informales en la administración.

Respecto a lo primero, presentaré tres escenarios de aplicación para el caso de la administración: en primer término, la situación de las Circulares y las Directivas cuyo uso se ha visto generalizado; en segundo lugar, el supuesto de las normas técnicas que implican una remisión a instrumentos de idéntica naturaleza. En tercer y último lugar, se hará una referencia a los documentos Conpes que, de igual manera, se han visto generalizados, al punto de constituir, quizá, la decisión por excelencia en materia de toma de decisiones estructurales en el Estado Colombiano.

## 1. Los poderes salvajes en la obra de Ferrajoli

Aunque no se trata, en efecto, de un autor que tenga necesariamente dentro de su radio de acción las concepciones de derecho administrativo, Ferrajoli tiene presente el concepto de inmunidad y, ante todo, la crítica del poder establecido cuestionando su legitimidad.

En estas condiciones fácilmente se comprende su proximidad con dos autores a quienes, sin el menor asomo de duda, puede llamarse como clásicos del derecho administrativo: Eduardo García de Enterría Martínez y Carande quien protestará enérgicamente en contra de los espacios de inmunidad del poder público administrativo, esto ya hace

---

3. Frase acuñada por Fritz Werner, citado por Eberhard Schmidt Assman, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en: AA.VV., *Cuestiones fundamentales sobre la teoría general del derecho administrativo. Innovación y reforma en el derecho administrativo*, España, Global Law Press / Derecho Global, 2006, p. 46, <http://www.globallawpress.org/capitulo1.pdf> (consultado: 23 oct. 2011).

casi cincuenta años.<sup>4</sup> Siendo esto así, tal espacio aparecía fundado de ciertas potestades que implicaban exenciones –en terminología de este autor– respecto del control judicial; este era el caso de tres categorías que aún hoy conservan plena vigencia, a saber: los actos políticos, los poderes discrecionales y los poderes normativos. A pesar de ello, el punto de convergencia entre ambos termina por ser tangencial.

Más concreta aun, resulta la proximidad de este autor con León Duguit cuyo mérito reside, entre otros muchos, en cuestionar la soberanía como fuente de legitimidad del Estado al formular un criterio de legitimidad del poder estatal distinto de dicha soberanía. Y no podía ser otro distinto que el servicio público. En tal sentido, el poder público –en general– se legitima a partir de los servicios que presta.<sup>5</sup> A ello cabe agregar que el único y verdadero criterio que fundamenta el derecho público en general es el servicio público.<sup>6</sup> Puede decirse, pues, que su concepción puede ser sintetizada a partir de un doble proceso de negación; por una parte, se rehúsa a concebir la soberanía como una forma de derecho subjetivo y, con ello, rechaza esta última idea y, en su lugar, plantea una omnipresencia del derecho objetivo.<sup>7</sup> La explicación y justificación de tal modo de proceder han de buscarse en la ideología solidarista que sirvió de sustento para este autor y, al mismo tiempo, en la necesidad de presentar un basamento teórico para el emergente Estado-bienestar que había dado luces a partir de las relaciones de prestación a las que, paulatinamente, se había visto sometido el Estado. Muestra de ello es la influencia que tal doctrina prestara sobre la procura existencial o procura de la asistencia vital en la obra de Ernst Forsthoff, de quien se afirma realizó una disimulada recepción<sup>8</sup> que puede ser constatada mediante las referencias de Forsthoff en su obra *La administración como gestor de prestaciones* de 1938 a la obra de Duguit.<sup>9</sup>

4. Cfr. Eduardo García de Enterría, «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», en: *Revista de Administración Pública*, N° 38, may.-ago. 1962, pp. 159-208.

5. *Traite du droit constitutionnel*, p. 20, citado originalmente por Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática, imparcialidad, reflexividad y proximidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Manantial, 2009, p. 74.

6. Cfr. Bernard Pacteau, «Duguit. ¡El Estado reencontrado!», en: *Revista de Administración Pública*, N° 185, may.-ago. 2011, p. 362.

7. Aunque Pacteau entiende que era sólo un argumento adicional para “mejor cuestionar la soberanía del Estado” (*ibid.*, p. 352).

8. Cfr. Martín Bullinger, «El Service Public francés y la Daseinvorsorge en Alemania», en: *Revista de Administración Pública*, N° 166, ene.-abr., 2005, p. 33.

9. *Ibid.*

En estas condiciones es fácilmente comprensible el punto de coincidencia entre los dos autores que viene marcado por la neutralización o, en términos más precisos, la relativización de la idea de soberanía. Igualmente, resulta fácil advertir su punto de disidencia que parte de la admisibilidad de la idea de derecho subjetivo: para Duguit esta situación no puede ser admitida, mientras que para Ferrajoli esta noción presta un contenido basal para idea del Estado al traducirse en un fragmento de soberanía que se le traslada al ciudadano como su titular último. Es así, por tanto, como la soberanía se convierte en los derechos fundamentales, entendidos estos como derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados el estatus de persona, de ciudadano o personas con capacidad de obrar. Por derecho subjetivo se entiende cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; por status, la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídico positiva, como presupuesto de la idoneidad para ser titular de situaciones y/o de los actos que son ejercicios de estas.<sup>10</sup>

Hecha la advertencia anterior, nos concentraremos en la idea de los poderes salvajes en la obra de este autor cuyo punto de partida se remonta a 1996 con la obra de interesante título de «El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo de Estado y su divergencia de la realidad». Como es frecuente en este autor, bastará con una sola afirmación para cuestionar las bases mismas de una concepción,<sup>11</sup> no tanto porque tenga la autoridad para hacerlo (como la conocida frase de Von Kirchman de que una acción del legislador convierte bibliotecas enteras en un montón de papel inútil,<sup>12</sup> y que se respalda de un cambio al interior del sistema), sino más bien porque cuestiona y relativiza las bases ideológicas de una noción que, aparentemente, es bastante pacífica en cuanto a su entendimiento y alcance, como ocurre con el

10. Cfr. Luigi Ferrajoli, «Derechos fundamentales», en: AA.VV. (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 19.

11. Cfr. Luigi Ferrajoli, «El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo de Estado y su divergencia de la realidad», en: AA.VV., *Corrupción y Estado de Derecho*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 1995.

12. Cfr. Alejandro Nieto García, «Prólogo», en: Alejandro Nieto (ed.), *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1984, p. 13.



principio de legalidad y, por ello mismo, con la médula del Estado de Derecho.<sup>13</sup>

Así, el texto de este autor plantea la divergencia entre teoría y realidad en el Estado de Derecho a partir de dos promesas incumplidas. La primera de ellas se refiere al carácter representativo del sistema democrático que, en principio, compete al derecho constitucional. La segunda aparece relacionada con el factor previamente anunciado y concretado mediante la sumisión de los poderes públicos al principio de legalidad.<sup>14</sup> Ahora, como lo advirtiera Jesch, el concepto del Estado de Derecho no puede adquirir unos contornos claros sin que con anterioridad haya sido explicado debidamente el propio principio de la legalidad de la Administración.<sup>15</sup> A lo anterior cabe agregar que las promesas incumplidas del Estado de Derecho se pueden pregonar de cualquier sistema y esto será así al margen del sistema en donde se encuentre consagrada la fórmula estatal. Es éste uno de los mayores aciertos de Ferrajoli al presentar sus planteamientos sin una pretensión dogmática específica que permita situar la propuesta en un contexto normativo y en un campo jurídico nacional dados.

Posteriormente, en un texto que incorpora expresamente la noción llamado *El garantismo y los poderes salvajes*,<sup>16</sup> explica el origen

13. Sobre la relación entre ambas nociones, véase: E. Böckenförde, «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho», en: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 17-47. Esta noción apareció en 1832 apenas en el título de un libro de Robert von Mohl titulado *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundzätzen des Rechtsstaates* (2 vols., Tubinga, 1832-1834). Aunque no es ésta la única referencia frente al concepto, como lo demuestra Michael Stolleis en su trabajo «Rechtsstaat», en *Hadnwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (A. Erler, ed.), vol. 4, Berlín, 1990, pp. 366-375, donde afirma que el uso temprano del concepto se dio hacia 1800 por parte de L. Hascher von Almendingen, en su trabajo *Grundzüge zu einer neuen Theorie über verletzungen des guten Namen un der Ehre en Grolsmanns Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung*, Giessen un Darmstadt (1800, vol. 2, pp. 63 y ss.). Adicionalmente, observa Stolleis: “En este caso se usa la palabra compuesta Rechtsstaat en un sentido decididamente liberal. Por tanto se ha de renunciar al hasta ahora supuesto uso del término en la obra de Adam Müller, *Elemente der Staatskunst* (1809)”. Cfr. Michael Stolleis, *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*, trad. de Federico Fernández Cheuet-López, Madrid, 2010, p. 11, n. 7.

14. Cfr. Luigi Ferrajoli, «El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo de Estado y su divergencia de la realidad», *op. cit.*, p. 15.

15. Cfr. Dietrich Jesch, *Ley y administración. Evolución del principio de legalidad*, 1ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, p. 4.

16. Cfr. Luigi Ferrajoli, «Garantismo y Estado de Derecho», en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 120-154.

de la noción en elementos de filosofía legados, entre otros autores, de Immanuel Kant en la *Metafísica de las costumbres*<sup>17</sup> que refiere la existencia de una libertad salvaje y desenfrenada,<sup>18</sup> con un paso posterior por la obra de Montesquieu y su referencia en *El espíritu de las leyes* de la tendencia de quien tiene poder abusar de él,<sup>19</sup> para llegar al elemento animal como una concepción propia de Aristóteles según la cual la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores hombres.<sup>20</sup> En otros términos, la idea de poder salvaje entra a denotar la existencia de un no derecho o, en términos más simples, el uso de este para fines desviados.

A la vista de las precedentes disquisiciones, el autor aterriza este elemento como un factor decisivo en la crisis del Estado Constitucional que ha llevado a la emergencia de poderes salvajes que terminan por erosionar el paradigma de la legalidad como fuente de legitimación de todos los poderes públicos.<sup>21</sup> De ello ha resultado la combinación de poderes anómalos, tanto en la esfera pública como en la privada, situados al margen del principio de legalidad. De ahí que puedan ser tenidos por tales, en un caso, debido a su ilegalidad por ser estos abiertamente contrarios al derecho, y, en el otro, a consecuencia de su extralegalidad, al fundarse, precisamente, ante la ausencia de este.<sup>22</sup>

En un momento posterior, dedica otro capítulo monográfico a los poderes salvajes; se trata de su muy difundido *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*,<sup>23</sup> el cual, a pesar de su incuestionable valía e importantes aportaciones, deja de lado la concepción del principio de legalidad para concentrarse en la crisis italiana y, antes que en otras temáticas, en la erosión del principio democrático. Como se ve, pues, el texto presenta una continuidad con los razonamientos del autor. Pero, se ocupa de la influencia de los poderes salvajes en la esfera pública a partir de elementos de corrupción hartos conocidos y propios del caso Italiano.

17. En lo que sigue se citarán las referencias en español, aunque el texto incluye las traducciones italianas. En este caso la edición se realizó en Madrid, Tecnos, 1994. Citado originalmente por: Ferrajoli, «Garantismo y Estado de Derecho», *op. cit.*, p. 120.

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 103.

21. Cfr. Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 124.

22. *Ibid.*, p. 127.

23. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2010.

Finalmente, es una obra que sintetiza, a grandes rasgos, con visión de conjunto su percepción del derecho y la democracia.<sup>24</sup> De ahí su título, en el que incorpora las nociones de legalidad como parte de un concepto más amplio de Estado de Derecho, visto desde dos sentidos. Surge así, en el primero de ellos, una noción débil de esta forma estatal directamente asociada con la mera legalidad en virtud de la que todo acto está disciplinado por normas jurídicas positivas. Frente a esta noción se opone la estricta legalidad que se asocia con el sentido fuerte del principio, es decir, con la vinculación a normas superiores que disciplinan su contenido.<sup>25</sup>

Es así como cada una de las nociones desemboca en una noción de Estado legislativo de derecho; en un caso, implicado inmediatamente con el sentido débil antes aludido y con la legitimación formal que viene prestada por la sujeción formal de los actos jurídicos a los criterios de producción del sistema; y, en el otro caso, el Estado Constitucional asociado, claro está, con la noción fuerte previamente dada, por ende implicará el sometimiento de los poderes públicos, incluida la administración, a principios normativos como los derechos fundamentales al tiempo de verse sujeto a principios axiológicos como las Constituciones rígidas.<sup>26</sup> Así mismo, se encarga de presentar una tipología de actos jurídicos partiendo del binomio formal-informal, aspecto que excede los propósitos del presente artículo, por lo cual, no será desarrollado. Más aun cuando, por tratarse de una aplicación al derecho propio de la administración, se sostendrá una concepción diferente de los poderes salvajes. Ello implicará abandonar la separación entre poderes salvajes ilegales y extralegales a partir del surgimiento de la acción informal que ha llevado a confundir una y otra noción como se explicará en la sección siguiente.

## 2. Idea, origen y crisis del principio de legalidad

Con todo y lo que aquí cuenta, la crisis del principio de legalidad se sustenta en factores estructurales de distinto orden que, en buena medida, coinciden con los postulados de Ferrajoli, pero que, en todo caso, ameritan una explicación adicional para presentar las

24. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Principia Juris 1. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 461.

25. *Ibid.*, p. 461.

26. *Ibid.*, p. 462.

condiciones de alumbramiento y crisis de la legalidad como vínculo sustancial de la actividad administrativa.

El principio de legalidad hunde sus raíces en la cultura de la generalidad en la muy acertada expresión de Rosanvallon,<sup>27</sup> y, en su propia virtud, esta idea que acompañó a la idea revolucionaria del elogio del Estado racionalizador, la noción de Estado de Derecho con la de poder administrativo.<sup>28</sup> A pesar de que este último se viera fuertemente descalificado y limitado bajo la omnipresencia de la Ley, al considerar que bastará un número limitado de estas para regular el poder estatal.<sup>29</sup>

Esto se explica porque no sólo sirve como un fundamento general de limitación de los poderes públicos, como una verdadera fórmula de obediencia<sup>30</sup> y, a la vez, como fórmula de identidad y representación moral,<sup>31</sup> ello explica que cumpla funciones legitimantes que han sido llevadas a la ironía por parte del Rudolf Smend describiendo la existencia de un ansia de legalidad enternecedora en los Estados modernos. Además, la noción inicial aparece relativizada en la medida en que se sitúa en un contexto burocrático y en tiempos de post-burocracia las ideas de jerarquía y obediencia tienden a desaparecer cediendo su espacio a la racionalidad privada o managerial<sup>32</sup> referida a la producción de resultados y, consecuentemente, el abandono del modelo burocrático-jerárquico. En este contexto, se asiste a una crisis

27. Cfr. Rosanvallon, Pierre, *El modelo político francés. La sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta hoy*, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 73 y ss.

28. *Ibid.*, p. 75.

29. *Ibid.*, p. 87.

30. Véase el interesante análisis de Carl Schmitt que, concretamente, ve en él "el modo de funcionamiento de cualquier burocracia desarrollada, sea de un Estado Moderno o de una moderna industria privada. 'Fórmula de obediencia' es una expresión de Goethe en un comentario al drama *Wallenstein* de Schiller. Goethe utiliza esta formulación para explicar la actitud de los generales de Wallenstein que se encuentran en un conflicto de fidelidad entre el Emperador y el 'Generalísimo' del ejército imperial. Por fin, se deciden en favor del Emperador y contra Wallenstein. El motivo decisivo era el juramento al Emperador, como 'fórmula de obediencia'. Lo que hoy en día se llama 'racionalismo' no es más que la reducción a la calculabilidad del funcionamiento en la realización del plan. Una canción popular lo expresa con precisión: 'Con tal que me obedezcas, no necesito tu fidelidad'" (cfr. «La revolución legal mundial», en: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), N° 10, jul.-ago. 1979, p. 6).

31. *Ibid.*, p. 7.

32. Cfr. J. Chevallier y D. Lochak, *Rationalité juridique et rationalité managériale dans la Administration française*, citados por Luciano Parejo Alfonso, «La eficacia como principio jurídico de actuación de la administración», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 218-219, 1989, p. 17.

generalizada del principio de legalidad, sobre todo si se considera su función limitadora de la actividad de la administración.

De otra parte conviene referirse a la concepción de Weber acerca de la dominación. En ese contexto, todas las formas de dominación que aparecen en la historia constituyen combinaciones, mezcla de tres tipos, carismática, tradicional y legal.<sup>33</sup> A este respecto, resulta sólo de interés el último por verse instalado en la concepción jurídica y, al mismo tiempo, mediante la evolución de los anteriores sistemas de dominación.

De aquí que de la afirmación del modelo burocrático weberiano,<sup>34</sup> asentado sobre un sistema de dominación legal, ser desprendan dos conclusiones. Por una parte, la idea de un Ejecutivo débil frente a los otros poderes públicos. Y, por la otra, la conformación del legicentrismo como eje de la actividad administrativa, tal como lo expresa Prat:

La ley emerge como principio y norte de toda la actividad estatal, y la Administración (léase poder Ejecutivo) se somete a la Ley. El que detenta el poder se somete a la norma general, abstracta, impersonal. Es el ideal del Gobierno, por y en virtud de las leyes. Y el poder Ejecutivo, [...] emergerá sometido a esta norma, ya que su única actividad será la de “ejecutar y hacer ejecutar las leyes, dictando los reglamentos necesarios para ello”.<sup>35</sup>

Así, la crisis de sumisión del Ejecutivo a la ley corresponde con la crisis del ámbito general del principio de legalidad que se expresa con los términos de primacía de la ley y reserva legal.<sup>36</sup> Para ello, la primacía legal<sup>37</sup> se expresa a partir de dos nociones, una mínima y una

33. Cfr. *Die Drei reinen Typen der legitimen Herrschaft*, pp. 99-110, citado por: Reinhard Bendix, *Max Weber*, 1ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2000, p. 312.

34. Respecto de la influencia de este modelo en la organización administrativa colombiana, puede ser consultado el artículo: Diego Eduardo López Medina, «El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa colombiana», en: *Revista de Derecho Público*, N° 1, Bogotá, Universidad de los Andes, jun. 2006, pp. 2-45.

35. Cfr. Julio Prat, *El significado del principio de legalidad en la administración moderna*, p. 296.

36. Cfr. Dietrich Jesch, *Ley y administración. Evolución del principio de legalidad*, 1ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, p. 5.

37. Cfr. Eisenman, «Le droit administratif et le principe de légalité», en: *Études et Documents du Conseil d'État*, 1957, citado por: Julio Prat, «El significado del principio de legalidad en la administración moderna», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 187, 1980, p. 297.

máxima. Esta última denota la relación de conformidad de adecuación fiel a lo que la norma legal manda. Entretanto, la mínima ha de entenderse como la “no contrariedad” o compatibilidad del comportamiento de la Administración a la norma jurídica legal.<sup>38</sup> No obstante lo anterior, entre ambas nociones aparece una noción intermedia representada por la acción que está sólo débilmente determinada por la ley<sup>39</sup> y, por ende, emerge un vasto espacio en donde se está en presencia de una ancha zona de la actuación administrativa que ni está definida legalmente con precisión, ni se trata de un espacio de acción ilegal. En esta “zona gris” estriba el núcleo de la actuación administrativa situada en supuestos de informalidad.<sup>40</sup> Quiere decirse, por tanto, que esta zona intermedia posibilita espacios de extralegalidad que, en la práctica, resultan difíciles, si no imposibles, de distinguir de la ilegalidad, y que serían pasibles de ser tratados a partir de su uso como poderes salvajes.

Es precisamente en esta última categoría donde se ha construido el mayor espacio de inmunidad para el Ejecutivo en Colombia, donde los poderes normativos del Ejecutivo constituyen, sin duda, un caso de poderes salvajes situados en los extramuros del ordenamiento y que, a la par, pueden entrar a sustituirlo a voluntad.

Para este fin, se ha prestado suficiente apoyo la teoría de las formas jurídicas de la administración. A tal efecto, ha de entenderse por acción todo comportamiento imputable al Ejecutivo que consista en un hacer, un tolerar o un omitir, esto es, decisiones conscientes de la Administración, en especial las de contenido regulador, con inclusión de las formas de articulación cooperativa del derecho.<sup>41</sup> En realidad, la visión acerca de éste concepto ha descansado en el acto administrativo como categoría principal<sup>42</sup> y, a la vez, el eje de producción jurídica de la actividad administrativa, dejando, para esto, de lado a la actividad

---

38. *Ibid.*, p. 297.

39. Cfr. Helmut Schulze-Fielitz, «¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 235-236, 1993, p. 96.

40. *Ibid.*, p. 97.

41. Cfr. Eberhard Schmidt Assman, «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 235-236, jul.-dic. 1993, pp. 8-9.

42. Schmidt refiere este fenómeno como una centralidad del acto administrativo, es más, se refiere a “una primera objeción [que] se dirige contra la a todas luces excesiva orientación de la doctrina de las formas hacia el instituto del acto administrativo”. *Ibid.*, p. 14.

material que descansa sobre un complejo sistema de distinción entre los hechos, las omisiones y las operaciones que está construido en función del control judicial sin que resulte útil cuando se ve traducido al ejercicio concreto de la función administrativa. En otros términos, la administración no tiene una forma adecuada para hacer operativas las manifestaciones de la actividad material, a diferencia de cuanto ocurre respecto del acto que está soportado en la noción de procedimiento administrativo y, por tanto, la actividad material también coincide con los espacios de informalidad.

Para explicar la situación de esta clase de poderes, hemos de partir de una constatación inicial en la que estos aparecen incorporados a las zonas informales de la acción administrativa que están representados por las zonas grises o con ausencia de normación, aspecto que permite su uso desviado y los lleva al punto de ser considerados como una forma de poderes salvajes o, simplemente, incontrolados,<sup>43</sup> lo cual se sustenta en dos órdenes de argumentos. En primer lugar, tenemos los derivados de su escasa determinación jurídica y, con ello, su pobre incardinación en la dimensión jurídica de la administración. En segundo lugar, los referentes al control judicial que, como una manifestación del control especial que se aplica sobre este último órgano, participan del fundamento común, el cual se nutre de la concepción arcaizante del principio de legalidad<sup>44</sup> que configura el control judicial de la actividad administrativa como una institución limitada al erigirse, en efecto, como un mero control de excesos. En ese sentido, tenemos que esta idea se ha visto potenciada mediante la afirmación general según la cual juzgar la administración implicará consecuentemente administrar.<sup>45</sup> De acuerdo con ello, el control aparece como un diseño teórico proclive a privilegiar a la voluntad administrativa. En otros términos, se ha visto traducido en un control deferente o de baja intensidad.<sup>46</sup>

---

43. Concepto ampliamente desarrollado por Ferrajoli en: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 2010.

44. Cfr. Sabino Cassese, *Las bases del derecho administrativo*, 1ª ed., Madrid, INAP, 1991, citado por: Juli Ponce Solé, «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», en: AA.VV. (Juli Ponce, ed.), *Derecho administrativo global*, Madrid, INAP / Marcial Pons, 2010, p. 88.

45. Afirmación inicialmente consagrada por parte de la ley francesa de 16-24 de 1789, cuya superación es fácilmente constatable. Cfr. Andrés Fernando Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. ¿Un viaje de ida y vuelta?*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, p. 65 y ss.

46. Cfr. Manuel Quinche, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, 2006.

Surge entonces la actuación administrativa informal, esto es, la que “no está fijada jurídicamente” y que, por consiguiente, complementa a las reglas jurídicas en una relación alternativa. La actuación informal de la Administración se hace idéntica a la actuación no regulada jurídicamente.<sup>47</sup> Este aspecto incide sobre el actuar administrativo de otras maneras, dentro de ellas, se ha venido caracterizando por escapar más a menudo de lo que se piensa de la determinación legal; hoy en día, la administración se encuentra cada vez más débilmente determinada por la ley,<sup>48</sup> traducéndose ello en la configuración de una actuación informal, generada como consecuencia de la ausencia de distinción entre actuación legal y actuación ilegal de la Administración. Ello da lugar a la tripartición de su actividad. Teniendo, en primer lugar, los comportamientos inequívocamente antijurídicos y, en segundo lugar, aquellos que se les contraponen estando inequívocamente fijados de manera legal. Pero en una tercera zona intermedia encontramos una zona gris, donde la separación entre ambos extremos no aparece delimitada nítidamente. Es aquí donde surge la denominada zona gris<sup>49</sup> de donde se deriva el núcleo de la actuación administrativa informal.

El radio de acción informal al que nos referíamos en el apartado inmediatamente anterior, se ve potenciado por la actuación administrativa material o técnica caracterizada por su falta, inicial, de contenido regulativo.<sup>50</sup> Pero, pese a esto, termina por tener aun más fuerza que las manifestaciones tradicionales de las formas jurídicas administrativas.

En ese orden de ideas, la escasa determinación de las fuentes en la administración es una situación predicada tanto en el orden constitucional, como en el legislativo. Y, por tanto, cabe afirmar la ausencia de un verdadero sistema de fuentes que discipline la acción de la rama Ejecutiva, constitucionalmente hablando, pues salvo las episódicas referencias a sus funciones que presenta el artículo 189 constitucional y la proclamación de los principios aplicables a la función (en sentido ge-

---

47. Categoría planteada por Bohne en «Informales Verwaltungshandeln», citado por: Helmut Schulze-Fielitz, «Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 235-236, 1993, p. 92.

48. *Ibid.*, nota 2, p. 96.

49. *Ibid.*, p. 97.

50. Cfr. Rolf Stober y Santiago González-Varas Ibáñez, «La actuación material o técnica», en: *Revista de Estudios de Administración Local y Autónoma*, N° 267, jul.-sep. 1995, p. 574.



nérico y no orgánico) presentados en el artículo 209, no existe un verdadero subsistema ni una delimitación de las fuentes previstas para el ejercicio de la función administrativa. Ello es tanto más tangible cuando se observa el esfuerzo empleado por parte del constituyente respecto de la función jurisdiccional vertida en el artículo 230 de la Constitución. Por lo tanto, se ha operado una remisión hacia la legalización de las fuentes del derecho administrativo, en general, y de la función administrativa, en particular, debiendo esta última fuente suplir los déficits presentados en la determinación constitucional de este componente de la actividad estatal. En lugar de lo anterior, se ha pasado de un sistema ideal que adopte, por principio, la legalidad estricta, en donde el radio de acción administrativa, a uno de mera o simple legalidad en el que la acción administrativa requiere de una habilitación legal para sustentar su actuación;<sup>51</sup> y en segundo lugar, tenemos la idea que parte de la asimilación entre gobierno y administración, lo cual implica que la Rama Ejecutiva será tenida como un sistema orgánicamente unitario y, por tanto, existe un único sistema de responsabilidad para las funciones estatales, sean estas de dirección o de simple ejecución. En concreto, no se ha dotado de una adecuada significación a la función directiva que constituye una derivación de la consagración constitucional del gobierno como dimensión orgánicamente distinta de la administración, respecto de la que este ejerce potestades de mando. En vez de eso, se las ha dotado de idéntica significación, como antitécnicamente lo señalan los administrativistas, tomando como punto de partida una afirmación de Vidal<sup>52</sup> según la cual resulta redundante diferenciar entre la función del gobierno y la función de la administración, ya que ambas se encarnan en la figura del Presidente de la República, pues según ese autor, las dos corresponden a una única función que el constituyente habría podido llamar de una u otra forma.

En cualquier caso, merece la pena dejar sentado como factor estructural de crisis del principio de legalidad su incorporación a un posición subjetiva. De ahí que la cultura de la generalidad como regulación que le sirvió, en su oportunidad, como fuente de sustento, se ha pasado, contrariamente, a una tendencia marcada por la particularidad. Ciertamente, tal idea ha venido de la mano de la constitucional-

---

51. Sobre la aplicación de estas concepciones al ámbito punitivo puede verse a la obra de Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, p. 95.

52. Cfr. Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo*, 12ª ed., Bogotá, Legis / Universidad del Rosario, 2004, p. 138.

zación del derecho administrativo que se ha traducido en su creciente sensibilización<sup>53</sup> aparejada a la traslación de técnicas propias de la dogmática de los derechos fundamentales como reglas usuales de conducta administrativa. A esta visión se le suma la subjetivación<sup>54</sup> en sus relaciones, lo cual consiste en la ampliación de las relaciones subjetivas derivadas del derecho privado, las sensibilización o permeabilidad frente a los intereses privados aplicados sobre la actividad administrativa.<sup>55</sup> En particular, este último fenómeno ha sido, sin duda, la fuente de la configuración de la legalidad como un derecho subjetivo.<sup>56</sup>

### 3. Algunos supuestos de poderes salvajes

En lo que sigue se desarrollaran tres supuestos de aplicación de poderes salvajes a cargo de la administración, con la advertencia previa de que presentan distintos niveles de intensidad y, en ciertos supuestos, su aplicación puede llevar a producir resultados beneficiosos para la organización administrativa, sin que por ello se pierda de vista la ausencia de cobertura para su acción. Pues bien, se tratará, en efecto, de tres supuestos de aplicación de la referida noción.

#### 3.1. Circulares y directivas<sup>57</sup>

En lo referente a las hipótesis de aplicación de esta clase de instrumentos, pueden ser establecidas varias hipótesis de aplicación<sup>58</sup> que abarcan: en primer lugar, el uso natural dentro de la reserva a partir de la emisión de instrucciones de organización o servicio; en segundo lu-

53. Cfr. Eberhard Schmidt Assman, «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual», p. 55, <http://www.globallawpress.org/capitulo1.pdf> (consultado: 20 oct. 2011).

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. Cfr. Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 17<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 1977, p. 421; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept du droit administratif française du XIX au XX siècle*, Paris, Dalloz, 2003, p. 571, citado por Juan Carlos Henao, «De tal derecho lesionado tal acción», ponencia para las *Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, 2005, p. 508.

57. En el análisis de este punto se tomará como base un trabajo en edición con el profesor Manuel Quinche, llamado *Los usos desviados de los poderes de instrucción*.

gar, cuando asumen una mayor intensidad pueden implicar la interpretación de la ley cuando esta ofrece dudas o cuando existen conceptos legales indeterminados; en tercer lugar, puede darse la posibilidad de emplearlas como instrumentos directivos del ejercicio de potestades discrecionales de la administración; en cuarto y último lugar, podrán ser tenidas como instrumentos supletivos o sucedáneos ante la ausencia de la ley.<sup>59</sup> Como podrá observarse a continuación, tanto el empleo por la administración como los casos de control parecen situarse del lado de las hipótesis interpretativas, dejando de lado los usos no normativos que entendemos como su contexto natural. En efecto, los actos de instrucción, es decir, las directivas y las circulares, no fueron concebidas ni deben convertirse en decisiones administrativas (para eso están los actos administrativos que constituyen ejercicio de las potestades de la Administración sujetas a una regulación jurídica fuerte). Por el contrario, ha sido la opinión del máximo de lo contencioso administrativo que al considerarlas como potestad de orientación, cuentan con un fin parecido al de aquellas puramente normativas. Y partiendo de esa base, corresponde, en principio, delimitar sus usos conforme a los siguientes criterios de reparto.

El Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia de 9 de mayo de 2002<sup>60</sup> al decidir la legalidad de la Circular externa N° 033 del 14 de octubre de 1999 de la Unidad Administrativa Especial – Junta Central de Contadores, instruye respecto de algunas restricciones en el ejercicio de la disciplina contable aplicables a personas jurídicas prestadoras de servicios profesionales en general y de revisoría fiscal en particular, centrando su consideración en que:

[...] con apoyo en lo preceptuado en el artículo 48 de la Ley 43 de 1990 y el ordinal 3° del artículo 205 del Código de Comercio, las personas jurídicas contratadas para la prestación de servicios de revisoría fiscal no podrán desempeñar en la misma sociedad o ente económico otro cargo, ni prestar otros servicios profesionales durante el respectivo período, prohibición cuya transgresión dará lugar a que la firma elegida

58. Para tal fin se sigue el esquema propuesto por: Harmut Maurer, *Derecho administrativo, Parte general*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 511 y ss.

59. *Ibid.*, p. 512.

60. Radicación 11001-03-24-000-2000-6604-01(6604) (M.P.: Manuel Santiago Urueta).

para desarrollar la función de fiscalización responda disciplinariamente ante la Junta Central de Contadores, en presencia de una la [sic] presunta violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

Con una alusión previa al contenido del precedente sentado por la propia Sección,<sup>61</sup> se determinan, en primer término, los supuestos de enjuiciamiento de las circulares con la exclusión de los contenidos normativos cuando estos apenas reproduzcan otras normas en vigencia:

La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda.

Para luego establecer los “criterios” que permiten saber si las circulares han adoptado o no verdaderas decisiones administrativas:

El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, *entendido este como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados.*

---

61. Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación 5236 de 03 feb. 2000 (C.P.: Manuel Santiago Urueta).

En ese caso, se concluye que se estaba frente a una decisión de carácter administrativo, con lo cual se excedía el ámbito de la instrucción. Sin embargo, el Consejo de Estado denegó la pretensión del accionante, alegando la falta de argumentos de la demanda:

En el caso presente, la Circular demandada constituye un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica y que, por lo mismo, es susceptible del presente control jurisdiccional ya que imparte instrucciones sobre aspectos ligados al ejercicio del cargo de Revisor Fiscal, dirigida a los Contadores Públicos, revisores fiscales, representantes legales de personas jurídicas prestadoras de servicios contables, usuarios de servicios profesionales de Contaduría Pública, y establece restricciones para el ejercicio de la revisoría fiscal por parte de las personas jurídicas. La Sala es competente para aprehender el estudio de la presente demanda de nulidad. Los argumentos anteriores permiten concluir que no aparece demostrada la violación de los artículos 25 y 29 de la Constitución Política, ni de los artículos de rango legal invocados como violados en la demanda, de allí que han de negarse las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

En otro lugar, y sin sujeción alguna al precedente, en sentencia del 19 de junio de 2008 con radicación 11001-03-25-000-2003-00229-01(1502-03)<sup>62</sup> al momento de enjuiciar la Circular N° 019 de 30 mayo de 1991<sup>63</sup> emitida por el Ministerio de Trabajo –hoy de Protección Social– acerca de la información sobre ceses o huelgas de trabajo en el sentido de que el Acta de verificación del cese de actividades que hace posible la declaratoria de ilegalidad del mismo, en el sentido de informar los lineamientos mínimos que deben observar los funcionarios al verificar los ceses de actividades en relación con dicha participación. Para determinar el alcance de la Circular, la jurisprudencia empleó una clasificación dual respecto de las circulares a partir de los destinatarios; en un caso, serán de servicio cuando se dirijan a un contexto interno y organizativo; en el otro, serán instructivas cuando

62. M.P.: Gustavo Gómez Aranguren.

63. Que tiene por destinatarios a “directores generales, regionales del trabajo, jefes de división, sección, inspectores de trabajo de todo el país y alcaldes municipales”.

se dirijan a particulares, o bien a estos y, a la vez, a entes o personas al servicio de la Administración. Al respecto esta jurisprudencia determinó que se trataba de una circular informativa, así:

Pues bien, tal como lo ha señalado la jurisprudencia,<sup>64</sup> la Administración utiliza el vocablo “circular” en dos de sus acepciones: como orden que una autoridad superior dirige a todos o gran parte de sus subalternos, que también puede cobijar a los particulares, cuando desarrollan actividades sujetas a la inspección y vigilancia del Estado, que es la que corresponde a la circular de servicio.<sup>65</sup> Y como cada una de las cartas o avisos iguales dirigidos a un determinado sector o grupo de personas públicas o privadas interesadas en el asunto informado, que es la que se denomina circular informativa.

La percepción que se obtiene con la lectura de la sentencia no es otra que esta trasluce una forma de proceder anómala por parte del Consejo de Estado, según la cual la posición presenta dos aspectos que la tornan equívoca. Por una parte, la clasificación implica, en cierto modo, la mimesis de la clasificación empleada para distinguir las modalidades de los actos administrativos de contenido general o reglamentos, sin que con esto se lleguen a diferenciar los poderes de instrucción de las manifestaciones normativas. En particular, la clasificación coincide a aquella diseñada por Merkl para distinguir los reglamentos o actos administrativos generales en función de sus posibles destinatarios. Así, estos serían administrativos cuando tuvieran por destinatarios a sujetos públicos, y normativos cuando se dirigieran a disciplinar la conducta de particulares.<sup>66</sup> Por la otra, se tiene la inviabilidad de afirmar la exis-

64. Sentencias de 7 sep. 2000, Sección Primera, Expediente 6152 (C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa) y de 10 mar. 2005, Sección Quinta, Expediente ACU 750 (C.P.: María Nohemí Hernández Pinzón).

65. En la Sentencia de 20 mar. 1992 (sección cuarta, expediente 369, M.P.: Guillermo Chahín Lizcano), se advirtió que, si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, es posible la demanda de nulidad contra las “Circulares de servicio”, también lo es que las mismas son objeto de demanda siempre y cuando sean o contengan actos administrativos, es decir, conductas voluntarias de la administración capaces de producir efectos jurídicos.

66. Clasificación establecida en «Prolegómenos a una estructura escalonada del ordenamiento jurídico», en: *Revista Europea de Derecho Constitucional*, N° 2, jul.-dic. 2004, pp. 248 y ss.

tencia de circulares de servicio, que parte de la base de asimilar la actividad del Estado sustentada en la función administrativa con el concepto de servicio público; actividad que, dicho sea de paso, ha sido objeto de liberalización, por lo cual deja sin sustento a la noción de circular de servicio, por cuanto ya han sido diferenciadas por la jurisprudencia constitucional ambas nociones.<sup>67</sup>

En lo que tiene que ver con las *directivas*, la sentencia del 13 de septiembre de 2007<sup>68</sup> constituye un precedente relevante. Se trató allí del enjuiciamiento de la Directiva Ministerial N° 14 de 2003 del Ministerio de Educación Nacional cuyo objeto, en líneas esenciales, consistía en la prohibición dirigida a las corporaciones públicas territoriales de conceder prestaciones laborales (tales como primas, bonificaciones, sobresueldo) cuando estas no se hallaren dentro de los límites establecidos en la ley o por el Gobierno nacional. Así, al evaluar la conformidad del instrumento la Sección Segunda puntualizó:

Las Directivas Presidenciales como las Ministeriales se dirigen, en principio, a quienes conforman el Gobierno y constituyen una pauta acerca del entendimiento y alcances de la legislación. *Y en tanto constituyan meras normas de conducta en el ejercicio de la gestión pública o propósitos constitutivos de programas de Gobierno, no trascienden la esfera de los actos internos dirigidos exclusivamente a los órganos de la administración con vocación instructiva.* Por ello, lo que ha de examinarse en estos casos es, si la directiva está inmersa dentro de los lineamientos expresados en el párrafo precedente o, si por el contrario, se erige como disposición reglamentaria

---

67. En Sentencia c-037 de 2003 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis) se distinguió entre ambas nociones a efectos de determinar la responsabilidad disciplinaria de los particulares el rasgo característico de la función pública viene representado por su imperatividad (fundamento jurídico 4.3.3.1.1.3). “En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario. No sobra reiterar que en ese supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley”.

68. Radicado 11001-03-25-000-2004-00090-00(0919-04) (M.P.: Gustavo Gómez Aranguren).

creadora de derechos subjetivos e investida de poder vinculante en relación con los administrados. En el asunto objeto de la presente *litis*, como quedó establecido del contenido mismo de la directiva que se cuestiona, ésta no imparte nada distinto a una instrucción, lo que de suyo la excluye del contexto de los actos administrativos, que tiene como ingrediente consustancial la virtualidad de producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica cualquiera. En este orden, la Sala concluye que procede declararse inhibida para decidir de fondo el presente proceso [cursivas del autor].

Como puede apreciarse, no existe un criterio claro, ni es fácil precisar para cada caso cuándo se están ejerciendo realmente poderes de instrucción, cuándo se están fijando decisiones administrativas y, lo que es peor, en qué casos, por medio de una simple circular o una simple directiva, se están usurpando reservas de ley y hasta violando derechos fundamentales y estándares internacionales de protección, como se hizo durante la administración de Álvaro Uribe. En conclusión, no es fácil deslindar la posibilidad de emisión para el caso de uno y otro instrumento, aunque en su ejercicio la Administración pueda reproducir el contenido de normas jurídicas (como acontece con las Circulares) o reproducir normas relacionadas con programas de gobierno o referentes al ámbito de la gestión pública (como acontece con las directivas).

Sobre tal base jurisprudencial, no es de extrañar el advenimiento de usos desviados de los poderes de instrucción, mediante la emisión de circulares y directivas por parte del Ejecutivo, como se evidenciará a continuación.

Ocurre que en la organización administrativa pública antes que responder a principios de especialización y repartición objetiva del trabajo, se ha encontrado con el surgimiento de espacios de informalidad que surgen como respuesta a la observación de las reglas formales de acción como una talanquera de la capacidad de acción del aparato.<sup>69</sup> Y es necesario rellenar las lagunas de las reglas formales, adaptar las

---

69. Cfr. Renate Mayntz, «Sociología de la administración pública. ¿Sociología de la administración pública?», en: AA.VV. (Carles Ramió y Javier Ballart, selección de textos), *Lecturas de teoría de la organización*, vol. II: *La dinámica organizativa y las últimas tendencias en materia organizativa*, 1ª ed., Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1993, p. 558.



reglas deficientes a los requisitos de la situación respectiva. Con lo cual se afirma la existencia de las ilegalidades útiles.<sup>70</sup> Pero esto no siempre es así, pues también pueden perfectamente estar al servicio de fines perversos como sepultar la autoridad de los superiores, dejar caer en el vacío sus órdenes, impedir las innovaciones o dificultar la realización de las tareas de los órganos, convirtiéndose entonces en factores perturbadores.<sup>71</sup>

Frente a lo anterior, se ha intentado presentar una explicación jurídica para su aplicación, habiéndose construido la idea de considerarlos apenas como *orientaciones normativas*<sup>72</sup> que, sin situarse necesariamente en el contexto del principio de legalidad, se presentan como condicionantes y, a la vez, criterios de la acción administrativa al erigirse en referentes paralelos al principio de legalidad.<sup>73</sup> En realidad, la emergencia de los poderes de instrucción –esto será predicable de la acción informal en su conjunto– es un caso especial de orientaciones normativas que se incorporan al ámbito material de acción de la Administración. Y, por si esto fuera poco, a la legalidad respecto de la que esta debe conformarse. De allí que su análisis y comprensión presente dificultad, al menos en dos sentidos. Por una parte, por la forma de analizar y encuadrar su contenido a partir de un contexto normativo que necesariamente ha de pasar por los criterios de producción que deben preceder la formación de todas las normas en cuanto fuentes formales. Y, por otra, por la posibilidad de cooptación de la función normativa que instrumentos de este tipo pudieran presentar.

En este estado de la cuestión, la explicación jurídica de los poderes de instrucción parte de un doble fundamento. De un lado, corresponden con espacios de escasa o ausente determinación legal sobre la acción administrativa; y, por otro, por estar sustentados en la dimensión no jurídica presentan una vía de entrada distinta de aquella dispensada por el principio de legalidad en su vertiente formal o normativa a través de su tratamiento como orientaciones normativas. Siendo así, no existiría inconveniente para su adopción, salvo cuando ambos funcio-

70. Expresión acuñada por Luhmann en *Funktion und Folgen*, 1972, p. 304, citado por Mayntz, «Sociología de la administración pública. ¿Sociología de la administración pública?», *op. cit.*, p. 576.

71. *Ibid.*, p. 559.

72. Concepción de Wolfgang Hoffman Riem, citado por: Eberhard Schmidt Assmann, *El derecho administrativo como sistema normativo*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons / INAP, 2003, p. 56.

73. *Ibid.*, p. 56.

nen como órdenes paralelos que terminan por superponerse, tal como ha ocurrido en el caso colombiano, donde estas manifestaciones han capturado y sustituido al principio de legalidad poniendo en riesgo la afirmación del Estado de Derecho, que en este segmento se ve sustituido en dos niveles. El primero, por la generalización de los poderes de instrucción a despecho de las potestades de la administración. Y el segundo, por la modificación a través de estos últimos de la legislación y, más grave aun, la propia Constitución.

La tesis acerca del grado (escaso) de normación de los poderes de instrucción aparece confirmada cuando se observa su regulación general que aparece enunciada en función del control eventual que por sobre este tipo de manifestaciones pudiera realizar la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta viene dada por parte del artículo 84<sup>74</sup> del Código Contencioso Administrativo (aún en vigencia) que los enuncia de modo un tanto simplista como objeto de control a través de la acción de nulidad.<sup>75</sup> Por lo demás, se deja por fuera de la normación la tipología y los criterios de producción de estas manifestaciones del actuar administrativo, confirmándose de esta forma su adscripción a una zona gris. Adicionalmente, la escueta normación de los poderes de instrucción sólo aparece referida respecto de las circulares de servicio, categoría que no necesariamente engloba en su conjunto a todas las manifestaciones de este tipo de poderes. Como se observa, tal diferencia puede dar lugar a un margen de exclusión o exención del control judicial respecto de manifestaciones tales como las directivas o los instructivos.

De otra parte, debe destacarse la disonancia presentada entre el enunciado legal precedente (artículo 84) y la norma que se ocupa de las manifestaciones de la actividad administrativa, esto es, el artículo

---

74. "Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro".

75. El artículo del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante la Ley 1437 de 2011 que entrará en vigencia hasta julio de 2012, mantiene el esquema del anterior, mejor aun, la posibilidad de enjuiciamiento de las Circulares de Servicio. "Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. [...] También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro".

83<sup>76</sup> del mismo Código que no prevé dentro de la cobertura presentada por parte de estas manifestaciones a los poderes de instrucción, esquema que infortunadamente se ha visto mantenido, en líneas generales, en el artículo 104<sup>77</sup> de la ley 1437 de 2011 que estará vigente sólo hasta el 2 de julio de 2012.

Sobre estas bases la estructura normativa de los poderes de instrucción como enunciados normativos ha de partir de una definición que permita presentar un lugar adecuado para su ejercicio, o dicho en otros términos, una *reserva de instrucción* que, justifique la existencia de esta clase de poderes. Frente a esto tenemos que dicha reserva corresponde, de inicio, con la dimensión interna de la administración que como principio organizativo dota de sustento a la administración<sup>78</sup>

76. "Artículo 83. *Extensión del control*. La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto".

77. "Artículo 104. *De la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

"1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno. 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%".

78. Siendo este el principal elemento del modelo weberiano, sobre esto ver: Diego López Medina, «El sueño weberiano: claves para una comprensión de la estructura administrativa del Estado colombiano», *op. cit.*

en cuanto órgano burocráticamente considerado, por tratarse de una derivación necesaria de la jerarquía; aparece referida al ámbito de las relaciones internas que se dan entre los distintos órganos que la conforman y que se materializa en las formas instructivas destinadas a dirigir y ordenar la actividad de los órganos inferiores.

La extensión de la reserva de instrucción a ámbitos inicialmente no comprendidos en el contexto organizativo-jerárquico, aparece justificado únicamente en el caso de las circulares externas, que tienen como supuesto de aplicación la existencia de relaciones especiales de sujeción o de supremacía, que son establecidas por fuera del marco de la función administrativa (por ejemplo, las circulares de la Superintendencia financiera, que fija la tasa de usura), es decir, en el marco de la relación jurídico-pública de sometimiento en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del Poder Público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo.<sup>79</sup> De esta manera, el concepto y alcance de los poderes de instrucción se ha visto ampliado a todas aquellas relaciones de libertad restringida a las que puedan verse sometidos los particulares respecto de la actividad de intervención la Administración, a condición de que su expedición se encuentre expresamente atribuida por el ordenamiento.<sup>80</sup>

En este punto hay que resaltar que la situación de adscripción a la zona gris no opera respecto de las circulares externas, estas cuentan con un régimen especial que parte de su atribución a partir de normas especiales emitidas en clave sectorial para casos de actividades administrativas de inspección, vigilancia y control que ubican al destinatario en una situación de vigilancia propia de una relación especial de sujeción.

En esencia, para predicar la existencia de las circulares externas, que por definición han de rebasar el ámbito interno de la Administración, se requiere no de la existencia de una relación especial de sujeción y de la atribución legal de la competencia específica, por dos razones centrales. En primer lugar, porque es necesario preservar la diferenciación jurídica alrededor de la responsabilidad entre particulares y servidores públicos. Así el margen de libertad de los particulares es mayor, en virtud de la relación *general* de sujeción del artículo 6 de la Carta Política que señala que estos tan sólo están sometidos a la

79. Cfr. Alfredo Gallego Anabitarte, «Relaciones de sujeción y principio de legalidad de la administración», en: AA.VV., *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, op. cit., p. 429.

80. *Ibid.*, p. 431.

Constitución y la ley; mientras que los servidores públicos tienen un régimen *especial* de sujeción, por estar sometidos, además, al margen de sus competencias, de sus funciones específicas. De esta manera, es necesario limitar la existencia de las circulares externas, so pena de extender las relaciones especiales en contra del límite específico que les ha fijado la Constitución.

La segunda razón de su limitación está directamente emparentada con la vigencia del derecho a la libertad que, en todos los casos, requerirá, para efectos de realizar una intromisión sobre su contenido, necesariamente de una habilitación legal específica.<sup>81</sup> De esta manera, la Constitución limita el alcance de los reglamentos sobre las libertades de los particulares. Ello explica el mandato del artículo 84 de la Constitución, que le prohíbe a la administración introducir requisitos adicionales a una actividad cuando esta haya sido regulada previamente de modo general.<sup>82</sup> Por consiguiente, le está vedado a la administración introducir mediante instrumentos infralegales, requisitos, permisos o licencias adicionales a los ya dispuestos en la norma que en un nivel general ha regulado el ejercicio de dicha actividad. Tal es el caso de las circulares externas que presentan como límite para su emisión la imposibilidad de exigir requisitos o permisos adicionales a los ya contemplados por la ley que regula la actividad que el particular desempeña.

Esta extensión de los poderes de instrucción puede ser ilustrada desde tres casos específicos. Así, es especialmente visible en el ejercicio de las competencias de vigilancia que ejerce la Superintendencia Financiera, sobre las entidades sometidas al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tal el caso de las facultades de instrucción asignadas por el artículo 326 literal a) numeral 3 de ese Estatuto, que le permiten “instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben administrar los riesgos implícitos en sus actividades”. Como se puede apreciar, se trata de la asignación de facultades a una autoridad administrativa, para

81. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra y Javier García Luengo, «La potestad de dictar actos administrativos como una intromisión en la libertad», en: *Revista de Administración Pública*, N° 172, Madrid, ene.-abr. 2007, p. 118.

82. Sentido asignado por Artículo 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

que emita circulares dirigidas a un ámbito externo, pero cerrado, que abarca a los sujetos sometidos al Estatuto.

Un segundo caso de extensión puede ser ilustrado con el ejercicio de las competencias asignadas a la Superintendencia de Economía Solidaria, por medio del artículo 36 de la Ley 454 de 1998,<sup>83</sup> que le permiten *instruir* a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que rigen su actividad, *fixar* los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y *señalar* los procedimientos para su cabal aplicación. En idéntico sentido y como tercer caso, las competencias de la Superintendencia de Sociedades establecidas por el numeral 1 del artículo 87 de la Ley 222 de 1995,<sup>84</sup> que le permiten unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control.

Debe precisarse, sin embargo, que la extensión de los poderes de instrucción no puede predicarse de todos los entes de la Administración que se encargan de supervigilar ciertas actividades, bajo la forma de una Superintendencia. Baste citar, el supuesto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que conforme a su norma de organización establecida mediante decreto 990 de 2005 no cuenta con facultades para la emisión de circulares externas. Pese a ello, en su interior ha hecho carrera la idea de emitir circulares externas dirigidas a los prestadores de servicios públicos.<sup>85</sup> Aunque la relación del presta-

83. En adelante se reproducirá el contenido de los preceptos que sean citados: "Artículo 36. *Funciones de la Superintendencia de la Economía Solidaria.* Son facultades de la Superintendencia de la Economía Solidaria para el logro de sus objetivos: [...] 22. Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que rigen su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación".

84. Reproducimos aquí el contenido de este precepto: "Artículo 86. *Otras funciones.* Además, la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones: 1. Unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control".

85. Así en el concepto SSPD 326 de 2007 se refiere a la naturaleza de las circulares externas como verdaderos actos administrativos: "Ahora bien, en virtud de la facultad de vigilancia y control, la Superintendencia puede expedir actos administrativos, tales como las circulares, cuya fuerza vinculante y alcance debe determinarse en cada caso particular. Lo anterior, teniendo en cuenta que dichos actos deben contener la manifestación de voluntad de la SSPD destinada a los prestadores de servicios públicos con el fin de producir efectos jurídicos, en cuanto debe crear, suprimir o modificar situaciones jurídicas. Así las cosas, las circulares externas que expide la Superintendencia de Servicios Públicos son actos administrativos y serán de obligatorio cumplimiento si cumplen con las condiciones señaladas. Su incumplimiento puede generar la imposición de sanciones al prestador que las desconozca, previo agotamiento de la investigación respectiva".

dor de un servicio público merece ser tenida como una modalidad de relación especial de sujeción.

Es claro que la reserva de instrucción se desarrolla en el contexto de relaciones internas. Pero en cuanto se refiere al relieve jurídico de estas concretas formas de acción, el mismo necesariamente corresponde con un programa político que, al carecer de un peso jurídico fuerte, presenta finalidades meramente instructivas (de ahí su nombre) en el marco asuntos de menor entidad que por su peso relativo no deben verse confiados a las potestades de normativas en sentido estricto. Ya que se tratará de relaciones de intervención que por su contenido ameritan un mayor nivel de injerencia estatal que deben ser organizadas y articuladas con sujeción al principio de legalidad.

*Uso desviado de los poderes de instrucción: usar Circulares y Directivas como elementos sustitutivos del ejercicio de la potestad reglamentaria.* El primer uso desviado de los poderes de instrucción acontece en los casos en que las Circulares y las Directivas son usadas por el presidente, para expedir reglamentos, esto es, mecanismos paralelos de ejercicio de la potestad reglamentaria. Ocurre aquí una situación anómala similar a la de la elusión constitucional, evento en el que los reglamentos son usados para usurpar materia con reserva de ley. En el caso de los poderes de instrucción es aun peor, pues las Circulares y las Directivas son usadas con un doble objetivo malintencionado: usurpar las reservas de ley, o usurpar la función del reglamento.

### 3.2. Normas técnicas

El elemento subyacente a las normas técnicas es distinto del caso precedente, ya que estas responden a una idea de relaciones entre derecho y técnica que han visto el predominio de esta última a tal punto que estamos en presencia de un desconcierto del leviatán<sup>86</sup> que abdica su poder ante lo que la ciencia decide. Esto es tanto más comprensible cuanto que el leviatán es, hoy por hoy, apenas, un animal domestico.<sup>87</sup>

En definitiva, para hablar de norma técnica, deben concurrir cuatro factores que permiten considerar una norma como técnica. Así,

86. Cfr. José Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

87. Cfr. Eberhard Deninger, *Der Gebändigte Leviathan*, 1990, p. 29, citado por Michael Stolleis, «La idea del Estado soberano», en: *La textura histórica de las formas políticas*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 35.

en primer lugar se tiene la competencia que corresponde con la de un organismo de normalización no propiamente estatal,<sup>88</sup> al tiempo que el Estado concurre a su reconocimiento una vez surtida la adopción en sede de esta instancia. En segundo lugar, se tiene el alcance del concepto –norma técnica– que abarca a aquellas especificaciones técnicas de adopción voluntaria, elaboradas por entidades reconocidas de carácter sectorial o multisectorial y de ámbito nacional, supranacional o internacional.<sup>89</sup> En tercer lugar, las decisiones que ellas respaldan no se originan en el consenso tradicional que respalda, de ordinario, a una norma jurídica. Por el contrario, no buscan, ni pretenden hacerlo, una legitimación política y por ende social, sino aquella que le otorga el consenso hallado para su elaboración dentro de la comunidad científico-técnica.<sup>90</sup>

Lo anterior, es puesto en relieve por dos ejemplos de aplicación de estas normas para el caso colombiano. En el caso del Decreto 1669 de 2009 en materia de manejo de riesgos hospitalarios y con referencia a la supresión del uso del óxido de etileno en materia sanitaria, somete el proceso de eliminación de los actores sometidos a la referida supervisión a lo establecido por la Asociación Americana de Higienistas Industriales.<sup>91</sup> Por su parte, el Decreto 1667 de 1992 del Ministerio de Minas y Energía hace una remisión, en lo no previsto por ella, a la norma técnica de prevención norteamericana adoptada por la agencia

---

88. Cfr. Marc Tarrés Vives, «Las normas técnicas en el derecho administrativo», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 265-266, 2003, p. 158.

89. *Ibid.*

90. *Ibid.*

91. Véase la certera afirmación de Santaella: “Ante una regulación de esta clase, bien cabe preguntarse por la francamente dudosa constitucionalidad de unan remisión efectuada en estas condiciones. Ella no sólo lleva a cuestionarse si la Administración puede renunciar a fijar por sí misma una medida que es de su total y exclusivo resorte, dado su compromiso con la protección de bienes jurídicos tan significativos como la vida y la salud de las personas, para confiar esta determinación a un ente particular. Obliga también a preguntarse si resulta legítima una remisión tan indeterminada (*no identifica siquiera la concreta norma técnica a la que se reenvía*); más todavía por tratarse de un organismo técnico de otro país y por implicar bienes jurídicos tan sensibles como la salud y la vida”. Cfr. «Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa», en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, p. 98, [http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista Digital de Derecho Administrativo/Edición 5/06santae-lla.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Edici%20n%205/06santae%20lla.pdf) (consultado: 30 oct. 2011).



estatal para la prevención de incendios NFPA.<sup>92</sup> En estas condiciones fácilmente se comprende que esta norma no resiste el más mínimo control acerca de la aplicación extensiva de una norma foránea, sin que para ello se surtan los criterios de ratificación. Es por ello por lo que suscita múltiples dudas acerca de su legalidad.

Como se ve, pues, esta clase de normas carecen de la legitimación del sistema jurídico, de la legitimación política que les otorgaría el respaldo de la comunidad política, y carecen también de cobertura habilitante en la Constitución.<sup>93</sup> No son elaboradas por instancias políticamente relevantes, ni tan sólo por organizaciones constitucionalmente reconocidas para la satisfacción de intereses generales como son las administraciones públicas. Considerando las normas técnicas como una de las muestras más genuinas de autorregulación, el problema de la legitimidad es clave en el momento en que aquellas sobrepasan su propio espacio adquiriendo eficacia frente a terceros y ganando relevancia pública.<sup>94</sup>

### 3.3. Los documentos Conpes y la evasión de la regla de publicidad

García de Enterría asume como punto de partida de la función consultiva el modelo de administración napoleónica que dividió la organización a partir de un criterio de especialización de oficios entre los órganos activos (de composición unilateral o mesocrática estructurados sobre la base de una jerarquía lineal) y los órganos consultivos o deliberantes (de composición colegiada o plural situados lateralmente respecto de la línea activa asistiéndola y complementándola).<sup>95</sup> Lo cierto es que el esquema se ha visto alterado para dar un lugar importante a los órganos consultivos al punto de darles omnipresencia en la organización administrativa mediante la asignación de funciones de decisión que, al ser com-

92. "Artículo 1º. Modificar el artículo 3º del Decreto 353 de 1991, el cual quedará así: 'Las estaciones de servicio público se podrán ubicar en zonas urbanas o rurales, previo concepto de la Oficina de Planeación o de quien haga sus veces en el municipio correspondiente, en cuanto a localización y uso del suelo, con condiciones a que sus tanques de almacenamiento estén enterrados y cumplan con las distancias mínimas establecidas en la Norma NFPA 30 vigente'".

93. Cfr. José Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Madrid, Civitas, 1999, citado por: Tarrés, «Las normas técnicas en el derecho administrativo», *op. cit.*, p. 157.

94. *Ibid.*, pp. 257-258.

95. Cfr. Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, 4ª ed., Madrid, Thompson / Civitas, 2005, p. 65.

partidas con funciones tenidas por no persuasivas como la planeación y la consultiva, entorpecen su encuadre jurídico. Pero por lo que respecta a las formas jurídicas, estas se siguen quedando cortas al tratar estas nuevas formas de acción bajo premisas diseñadas para la administración activa como si se tratara de una forma de acción ordinaria reducible al estatus de un acto administrativo.<sup>96</sup> Es este el caso del Consejo de Política Económica y Social (Conpes) y los documentos que emite, como se verá.

El origen de la institución se encuentra en la Ley 19 de 1958, “Sobre reforma administrativa”,<sup>97</sup> que en su artículo 2 creó el Consejo Nacional de Política Económica y Planeación. Esto puede explicar que la idea subyacente a la creación de esta entidad es más bien propia de una fisonomía ajena a nuestra estructura administrativa. Aunque, en todo caso, presenta puntos de contacto con la evolución de la función consultiva que se ve concretada en los Consejos de Participación Social.<sup>98</sup> Por su parte, en lo tocante con su espectro funcional, en 1968 el Gobierno nacional a través del Decreto 2996, dispuso:

Artículo 1º. El Consejo Nacional de Política Económica y el Departamento Administrativo de Planeación se denominarán en lo sucesivo Consejo Nacional de Política Económica y Social y Departamento Nacional de Planeación, respectivamente.<sup>99</sup>

En este punto se afirma que el Consejo Nacional de Política Económica y Social tiene a su cargo no sólo funciones consultivas respecto de la Administración Pública, sino también que, eventualmente, tiene a su cargo funciones de decisión, es decir, que puede emitir verdaderas decisiones administrativas:

De lo anterior se desprende que el Conpes es un cuerpo colegiado que despliega una función principal de asesoría la cual, en general, se materializa en documentos de política. Sin embargo, el Legislador también ha considerado en algunos ca-

96. En cuanto sigue se observará el esquema presentado por el concepto de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Nacional de Planeación vertido en el «Concepto GCJAL-20101330016751» de 14 ene. 2010.

97. Publicada en el *Diario Oficial*, N° 29835, de 09 dic. 1958.

98. Cfr. Javier Garda Fernández, «Las funciones consultivas en el Estado Democrático», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 226, 1991, p. 29.

99. Concepto GCJAL-20101330016751, de 14 ene. 2010, p. 2.

sos expresos, conferirle a dicho órgano un carácter decisorio, definitivo o complementario a la actuación administrativa.<sup>100</sup>

A partir de ahí, no se ofrecen soluciones concluyentes acerca de la naturaleza jurídica de esta clase de acción informal, dado que si bien pueden tener un contenido decisiones, no puede dejarse a salvo el hecho de que, por regla general, estos documentos cumplen, ante todo, funciones consultivas. En contraste con esto, se emiten, con frecuencia, documentos Conpes con el fin de determinar el ejercicio de funciones de decisión por parte de la administración; por ejemplo, el documento Conpes 3366 de 1º de agosto de 2005 establece las consideraciones técnicas para la evaluación de solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica, señalando en el aparte II.A, dentro de los principios generales: *“Los criterios específicos para aprobar o improbar la celebración del contrato serán las disposiciones del Plan de Desarrollo, lo dispuesto en este documento Conpes, la Ley y el Decreto reglamentario que para el efecto se adopte [...]”*.

Como ejemplos claros en relación con la omnipresencia de estos documentos de planeación basta citar aquellos que se refieren a operaciones de crédito público, de decisiones sectoriales y, finalmente, los que edifican las bases para adoptar políticas públicas:

#### Documentos Conpes de operaciones de crédito público

|      |  |                       |
|------|--|-----------------------|
| 3618 | Garantía de la Nación al Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. (Bancoldex) para contratar una operación de crédito público externo con la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (Jica) hasta por la suma de ¥9.790.000.000 o su equivalente en otras monedas, destinados a financiar parcialmente “Proyectos de Desarrollo de la Micro, Pequeña y Media Empresa”. | Octubre 26 de 2009    |
| 3617 | Sistema Integrado del Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del área Metropolitana del Centro Occidente (Amco) –Megabús–. Financiación Intercambiable de Dosquebradas.   | Septiembre 14 de 2009 |
| 3610 | Concepto favorable a la Nación para contratar empréstitos externos con la banca multilateral hasta por la suma de US\$ 203 millones, o su equivalente en otras monedas, para la financiación parcial de la construcción de la variante San Francisco-Mocoa (fase I)  |                       |

100. Concepto GCJAL-20101330016751, de 14 ene. 2010, n. 112, p. 3.

### Documentos Conpes con decisiones administrativas sectoriales

|      |  |                  |
|------|--|------------------|
| 3667 | Lineamientos de política para la reducción del riesgo ante la amenaza de flujo de lodo (avalancha) en el volcán Nevado del Huila | Junio 28 de 2010 |
|------|--|------------------|

### Documentos Conpes de política pública

|      |  |                      |
|------|--|----------------------|
| 3659 | Política nacional para la promoción de las industrias culturales en Colombia   | Abril 26 de 2010     |
| 3654 | Política de rendición de cuentas de la Rama Ejecutiva a los ciudadanos   | Abril 12 de 2010     |
| 3649 | Política nacional de servicio al ciudadano   | Marzo 15 de 2010     |
| 3697 | Política para el desarrollo comercial de la biotecnología a partir del uso sostenible de la biodiversidad  | Junio 14 de 2011     |
| 3550 | Lineamientos para la formulación de la política integral de salud ambiental con énfasis en los componentes de calidad de aire, calidad de agua y seguridad química | Noviembre 24 de 2008 |
| 3468 | Política nacional de sanidad e inocuidad para la cadena avícola.   | Abril 30 de 2007     |
| 109  | Política pública nacional de primera infancia: “Colombia por la primera infancia” + matriz   | Diciembre 03 de 2007 |
| 137  | Distribución del sistema general de participaciones (educación, agua potable, propósito general y asignaciones especiales, vigencia: 2011) + anexos                | Enero 28 de 2011     |

Fuente: elaboración propia basada en el esquema de la página oficial del Departamento Nacional de Planeación.

En definitiva, los documentos Conpes constituyen, sin lugar a dudas, un ejercicio de función administrativa no imperativa. Es por ello que el concepto de función administrativa permite construir un lugar común a partir del que persiste su identificación con una función estatal de contenido autárquico, donde su actividad se reduce a una producción de actos en los que se vislumbra, como elemento típico e indefectible, el carácter imperativo y autoritario.<sup>101</sup> En efecto, la Corte Constitucional ha sido receptiva frente a este criterio y, en sentencia c-037 de 2003<sup>102</sup> con el fin de limitar las posibilidades de responsabilidad disciplinaria de los prestadores de servicios públicos domiciliarios,

101. Cfr. Luca Manori y Bernardo Sordi, «Justicia y administración», en: AA.VV., *El Estado Moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 89.

102. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

pudo establecer que el rasgo característico de la función pública estaría representado por su imperatividad:

En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado –que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción–, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario. No sobra reiterar que en ese supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley.<sup>103</sup>

Asimismo, conviene advertir que este concepto no es suficiente para explicar todas las formas de acción administrativas, ya que la administración no se expresa, de ordinario, solamente a partir de actos imperativos. En consecuencia, convendría pensar en la función administrativa como un concepto amplio que abarca cuatro órdenes de actividades, el núcleo estratégico, las actividades exclusivas del Estado, los servicios no exclusivos y la producción de bienes y servicios para el mercado.<sup>104</sup> A partir de lo anterior y de acuerdo con el concepto previamente referido los documentos Conpes responden al núcleo estratégico de actividades administrativas que corresponden al Gobierno, punto en el que, se tiene un amplio margen de flexibilidad en la dirección estatal, razón por la cual, en principio, no se trata de actos administrativos, en la medida en que estos concuerdan con las actividades exclusivas del Estado, sector que comprende –siguiendo a Prats– no sólo las actividades tradicionales del Estado (defensa, policía, seguridad jurídica, hacienda) sino también los modernos organismos y agencias regulatorias.<sup>105</sup>

103. M.P.: Álvaro Tafur Galvis, Fundamento jurídico 4.1.1.3.3.

104. Cfr. L.C. Bresser Pereira, «Da administração pública burocrática à gerencial», documento presentado al seminario *A Reforma do Estado Na América Latina e No Caribe*, Brasília, 16-17 may. 1996, p. 81; citado originalmente por: Joan Prats i Catalá, «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público», en: revista *Documentación Administrativa*, N° 241-242, 1994, p. 49.

105. *Ibid.*, p. 49.

En síntesis, los documentos Conpes representan un sistema paralelo a través del que se realizan diagnósticos, balances, iniciativas de reformas y no simplemente consultas. Por todo ello, son acciones administrativas cuya delimitación jurídica no es clara. Y, sin embargo, en línea con lo sostenido, no surten el cauce de publicidad justo para las decisiones que a través de sí se adoptan, esto significa que su sistema de divulgación no se surte con las formas propias de esta clase de decisiones.<sup>106</sup>

## Conclusiones

A lo largo del texto se ha subrayado la cuestión de las crisis de legitimidad que experimenta la administración como consecuencia de circunstancias tales como la informalidad y los poderes salvajes. Pues bien, se tratará a continuación las fuentes de su legitimación. En tal idea conviene subrayar la existencia de un vacío inicial de legitimidad al ser concebida esta última como una organización que se caracteriza por su objetividad y su servicio al interés general<sup>107</sup> como contrapartida de la ausencia de un sistema de designación con bases democráticas.

De lo anterior se tiene que la legitimidad se encuentra emparentada directamente con la sumisión al principio de legalidad entendido como reserva legal que vincula y limita la acción administrativa. Pero como se verá, sólo permite sustentar la relación inicial que habilita o permite a la autoridad para el ejercicio del poder. Pero no ocurre lo mismo con el devenir posterior que necesita de factores adicionales para dotar de sustento la acción administrativa como la eficacia producida a través de esta.

En tal contexto, importa destacar un concepto adecuado de la legitimidad en sentido jurídico. Es así, por tanto, que se definirá como la justificación o fundamento del poder de la administración y, en líneas generales, de los poderes públicos.<sup>108</sup> Es así como ésta ha trasegado por unas líneas de evolución que han sido construidas de modo paralelo respecto de los criterios para sustentar el derecho administrativo.<sup>109</sup>

106. Es decir, con sujeción a lo previsto en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

107. Cfr. Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática, imparcialidad, reflexividad y proximidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Manantial, 2008, p. 64.

108. Cfr. Eberhard Schmidt Assman, *Teoría general del derecho administrativo como sistema normativo*, Madrid, INAP / Marcial Pons, 2003, p. 100.

109. Cfr. Romain Laufer y Alan Boralaud, *Dirección pública. Gestión y legitimidad*, 1ª ed., Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989, p. 44.

Lo anterior ha ocurrido en tres etapas. La primera se sitúa en el Estado-Policía y la legitimidad fundada en la naturaleza del poder: el criterio de la potestad pública.<sup>110</sup> En este sistema de legitimidad, el Estado, heredero de la soberanía, debe ejercer las prerrogativas (Policía, Justicia, Diplomacia) sin usurpar las libertades públicas y, en particular, el derecho de propiedad que rige la economía. La segunda coincide con la aparición del Estado-Providencia y la legitimidad basada en la naturaleza de los fines perseguidos: el criterio del servicio público. En el terreno económico y social, la autoridad del Estado no podía descansar en la naturaleza de su poder, sino en la finalidad perseguida: este es el punto de vista que hicieron triunfar juristas tales como Duguit y Jeze, al desarrollar a comienzos de siglo, el criterio del *servicio público*.<sup>111</sup> En la tercera, se presentan las necesidades en el llamado Estado omnipresente que requiere una legitimidad fundada en los métodos utilizados. A ello ha contribuido el surgimiento de un sistema de gestión distinto a los criterios tradicionales, sustentando la actuación en criterios de eficacia. Así mismo, se presenta una necesidad creciente de intervención en interacción con la ciudadanía.<sup>112</sup>

En este punto surge el interrogante de cómo la acción administrativa informal que coincide con el ejercicio de poderes salvajes, puede, en parte, servir de criterio de legitimidad de la moderna acción administrativa que no depende tanto de su generalidad como factor de justificación, sino de factores tan importantes como la acción eficaz. En últimas, la función administrativa encuentra en la acción informal un factor legitimante en la medida en que pueda servir de criterio de resolución de problemas. Esta circunstancia no deja a salvo el hecho de que al ser empleados de forma incorrecta como mecanismos para alterar los criterios de producción y escapar del sistema de legalidad en sentido estricto permite, sin lugar a dudas, que sigan siendo tenidos como auténticos por poderes salvajes.

Ello cobra mayor importancia si se tiene en cuenta la situación de las circulares y directivas, cuyo empleo confirma una estrategia mayor consistente en la aplicación de procesos desconstituyentes<sup>113</sup> que como política de gobierno pretende restarle todo valor a la Constitución

110. *Ibid.*, p. 46.

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*, p. 50.

113. Descrita, para el caso italiano, por: Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, op. cit., pp. 47 y ss.

y, en general, al derecho en cuanto límite de la acción del Gobierno. Es más, este es concebido como un estorbo respeto de la acción que debe cumplir, valiéndose para ello de una estrategia consistente en la continuidad del derecho administrativo a despecho de la discontinuidad del derecho constitucional para Colombia.<sup>114</sup> En tal sentido, conviene repensar el papel desempeñado por el control judicial de esta clase de manifestaciones, pues para la idea que se tiene de él en el derecho administrativo, el mismo desempeña una función –eventual– de control de excesos, en tanto que, para el segundo es una condición necesaria para afirmar la regularidad del ordenamiento y la buena administración.<sup>115</sup> En esa medida, el control judicial en los escenarios expuestos se ha concentrado en prevenir los excesos con que estos instrumentos han sido utilizados, en lugar de establecer reglas claras con miras a evitar la aplicación subvertida del principio de legalidad y, más grave aun, la defraudación de enunciados de la propia Constitución.

---

114. Cfr. G. Vedel, «Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge», en: Marcel Waline, *Mélanges*, París, 1974, p. 777; citado por: Luis Favoreau, «Consideraciones sobre la revolución jurídica francesa», en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 229, N° 1, sept.-dic. 1988, p. 233.

115. Cfr. Ponce Solé, «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración», *op. cit.*, p. 88.



## Bibliografía

- BENDIX, Reinhard. *Max Weber*. 1ª ed. Buenos Aires, Amorrortu, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, E. «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho». En: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000, pp. 17-47.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl y Javier GARCÍA LUENGO. «La potestad de dictar actos administrativos como una intromisión en la libertad». En: *Revista de Administración Pública*. N° 172. Madrid, ene.-abr., 2007, pp. 103-140.
- BULLINGER, Martin. «El Service Public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania». En: *Revista de Administración Pública*. N° 166, ene.-abr. 2005, pp. 29-49.
- CHARRY, Juan Manuel. *El sistema normativo de la Constitución de 1991*. Bogotá, Temis, 1997.
- FAVOREAU, Luis. «Consideraciones sobre la revolución jurídica francesa». En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 229. N° 1, sep.-dic. 1988, pp. 239-238.
- FERRAJOLI, Luigi. «El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo de Estado y su divergencia de la realidad». En: AA.VV. *Corrupción y Estado de Derecho*. 1ª ed. Madrid, Trotta, 1995.
- . *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- . «Derechos Fundamentales». En: AA.VV. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003.
- . *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. 1ª ed. Madrid, Trotta, 2010.
- . *Principia Juris 1. Teoría del derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2011.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. «Relaciones de sujeción y principio de legalidad de la administración». En: AA.VV. *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)». En: *Revista de Administración Pública*. N° 38, may.-ago. 1962, pp. 159 a 208.
- . *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid, Thompson / Civitas, 2005.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Madrid, Civitas, 2004.
- GARDA FERNÁNDEZ, Javier. «Las funciones consultivas en el Estado Democrático». En: revista *Documentación Administrativa*. Nº 226, 1991, pp. 13 a 31.
- HARTWIG, Matthias. «Pasado, presente y futuro del derecho público en Alemania». En: *Evolución y perspectivas del derecho público. Especial, 25º aniversario de la Revista Catalana de Dret Públic*. Nº 41». Disponible en: [http://www10.gencat.net/eapc\\_revista-dret/revistes/Evolucio\\_i\\_perspectives\\_del\\_dret\\_public.\\_Especial\\_25e\\_aniversari\\_de\\_la\\_Revista\\_catalana\\_de\\_dret\\_public/Evolucio\\_i\\_perspectives\\_del\\_dret\\_public\\_a\\_Alemania/es?set\\_language=es&cl=es](http://www10.gencat.net/eapc_revista-dret/revistes/Evolucio_i_perspectives_del_dret_public._Especial_25e_aniversari_de_la_Revista_catalana_de_dret_public/Evolucio_i_perspectives_del_dret_public_a_Alemania/es?set_language=es&cl=es) (consultado: 20 oct. 2011).
- HENAO, Juan Carlos. De tal derecho lesionado tal acción. Ponencia para las v jornadas de derecho constitucional y administrativo. Bogotá, 2005.
- IBÁÑEZ, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá, Legis, Universidad Sergio Arboleda, 2007.
- JESCH, Dietrich. *Ley y administración. Evolución del principio de legalidad*. 1ª ed. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975.
- LAUFER, Romain y Alan BORALAUD. *Dirección pública. Gestión y legitimidad*. 1ª ed. Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. «El sueño weberiano. Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa colombiana». En: *Revista de Derecho Público*. Nº 1. Universidad de los Andes, jun. 2006, pp. 2-45.
- MANORI, Luca y Bernardo SORDI. «Justicia y administración». En: AA.VV. *El Estado Moderno en Europa*. Madrid, Trotta, 2004.
- MAURER, Harmut. *Derecho administrativo. Parte general*. 1ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 511.
- MAYNTZ, Renate. «Sociología de la administración pública». En: AA.VV. (Carles Ramíó y Javier Ballart, eds.). *Lecturas de teoría de la organización*. Volumen II: *La dinámica organizativa y las últimas tendencias en materia organizativa*. Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1993.
- NIETO, Alejandro. «Burocracia y democracia». En: AA.VV. *Jornadas administrativas del INAP*. Madrid, INAP, 1978.
- OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. ¿Un viaje de ida y vuelta?* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

- PACTEAU, Bernard. «Duguit: ¡el Estado reencontrado!». En: *Revista de Administración Pública*. N° 185, may.-ago. 2011, pp. 345-363.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. «La eficacia como principio jurídico de actuación de la administración». En: revista *Documentación Administrativa*. N° 218-219, 1989, pp. 15-66.
- PONCE SOLÉ, Juli. «Procedimiento administrativo, globalización y buena administración». En: AA.VV. *Derecho administrativo global*. Madrid, INAP / Marcial Pons, 2010.
- PRAT, Julio. «El significado del principio de legalidad en la administración moderna». En: *Revista Documentación Administrativa*. N° 187, 1980, pp. 295-306.
- PRATS I CATALÁ, Joan. «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público». En: *Documentación Administrativa*, año 1994, ene.-ago. pp. 11-59.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. «La lectura administrativa de la Constitución Política». En: *Vniversitas*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. N° 104. Bogotá, dic. 2002.
- . *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá, Doctrina y Ley, 2006.
- ROSANVALLON, Pierre. *El modelo político francés. La sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta hoy*. 1ª ed. Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.
- . *La legitimidad democrática, imparcialidad, reflexividad y proximidad*. 1ª ed. Buenos Aires, Manantial, 2009.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor. «Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa». En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N° 5, pp. 87-105. Disponible en: [http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista Digital de Derecho Administrativo/Edición 5/06santaella.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Edici3n%205/06santaella.pdf) (consultado: 30 oct. 2011).
- SCHMITT, Carl. «La revolución legal mundial». En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 10, jul.-ago. 1979, pp. 5 a 25.
- SOTELO, Ignacio. «Estado Moderno». En: AA.VV. *Filosofía política II. Teoría del Estado*. Madrid, Trotta, 1996.
- SCHMIDT ASSMAN, Eberhard. «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual».

- En: revista *Documentación Administrativa*. Nº 235-236, jul.-dic. 1993, pp. 7-32.
- . «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos». En: AA.VV. *Cuestiones fundamentales sobre la teoría general del derecho administrativo. Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla, Derecho Global, 2006. Disponible en: <http://www.globallawpress.org/capitulo1.pdf> (consultado: 23 oct. 2011).
- . *Teoría general del derecho administrativo como sistema normativo*. Madrid, INAP / Marcial Pons, 2003.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmut. «¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?». En: *Documentación Administrativa*. Nº 235-236, 1993, pp. 89-112.
- STOLLEIS, Michael. *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*. Trad. de Federico Fernández Cheuet-López. Madrid, Marcial Pons, 2010.
- . «La idea del Estado soberano». En: *La textura histórica de las formas políticas*. 1ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2011.
- SUÁREZ DELGADO, José Manuel y Manuel QUINCHE RAMÍREZ. «Los usos desviados de los poderes de instrucción». (Sin publicar).
- TARRÉS VIVES, Marc. «Las normas técnicas en el derecho administrativo». En: *Documentación Administrativa*. Nº 265-266, 2003, pp. 151-184.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. Bogotá, Legis / Universidad del Rosario, 2004.



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ  
JORGE TADEO LOZANO  
[www.utadeo.edu.co](http://www.utadeo.edu.co)

Por la importancia de sus postulaciones, Jürgen Habermas y Luigi Ferrajoli son dos autores que no requieren presentación alguna para la ciencia jurídica. El primero, como uno de los miembros de mayor importancia de la llamada Segunda Generación de la Escuela de Frankfurt, ha puesto de presente la comprensión del derecho como efecto de la interacción de la validez y la eficacia, otorgada por el parámetro del marco de la democracia deliberativa. El segundo, máximo exponente del garantismo jurídico, ha puesto de presente, y no sólo para el derecho penal, la relevancia de la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas, y el papel que desarrolla el operador jurisdiccional para el cumplimiento y satisfacción de dicha protección y garantía.

La presente publicación es el reflejo impreso de las discusiones académicas propuestas y desarrolladas el día 18 de noviembre de 2011 en el marco de la celebración de los quince años del Programa de Derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, no solamente por parte de los ponentes nacionales e internacionales que acompañaron la celebración, sino, conjuntamente, de los intervinientes de diversas nacionalidades que asistieron de manera personal o virtual al espacio docto generado. En suma, los ensayos aquí reunidos ofrecen percepciones disímiles alrededor de los dos autores estudiados, que resguardan y patrocinan la necesidad constante de diversificar las opiniones en procura de materializar –o aminorar si ello aumenta el matiz de inclusión– aquello que el modelo de la Ilustración ha llamado *ciencia*.