

El ethos económico como factor de legitimación del ordenamiento jurídico colombiano

The economic ethos as a legitimate factor in Colombian legal system

DAVID ALFARO PATRÓN*
NELSON HERNÁNDEZ MEZA**
ADELAIDA IBARRA PADILLA***
GEANCARLO MEJÍA NIETO****

* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte.
da-alfaro@hotmail.com

** Abogado. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Docente del programa de derecho de la Universidad Autónoma del Caribe.
n_hernandez_meza@yahoo.com

*** Abogada. Candidata a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Candidata a Magíster en Gestión Sostenible de la Universidad Leuphana Lüneburg. Docente catedrática de la Universidad Autónoma del Caribe.
halloadela@hotmail.com

**** Abogado. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Docente-catedrático en las Universidad del Norte y Libre de Barranquilla.
gmejia11@gmail.com

Recibido: Mayo 25 de 2009

Aceptado: Junio 20 de 2009

RESUMEN

El presente documento de reflexión realiza un análisis del planteamiento consistente en afirmar que la legitimidad del ordenamiento jurídico en Colombia radica en el ethos económico. Efectivamente si se considera que la legitimidad del ordenamiento jurídico colombiano no es fruto del consenso, entonces surge la pregunta, ¿radica en la voluntad del ethos económico dominante? A esta pregunta se pretende responder en este artículo. La estructura social colombiana tiene formas de vida tan diversas como regiones y culturas hay a lo largo y ancho de la geografía nacional, lo cual conlleva que no exista un concepto unívoco de bien común que determine la legitimidad del ordenamiento jurídico nacional. Se observa entonces que el factor económico es el que legitima el derecho colombiano en la medida que la producción normativa responde a los intereses de los grupos que manejan el ethos económico, lo cual evidencia que la legitimidad de nuestro derecho no radica en el conjunto de costumbres, valores, tradiciones, símbolos y hábitos que definen la identidad de nuestros nacionales, sino en el factor económico y en los intereses de los grupos sociales que lo detentan.

Palabras clave: legitimidad, eticidad, ethos dominante, consenso, minorías.

ABSTRACT

This discussion paper analyzes a consistent approach in asserting that the legitimacy of law in Colombia is in the economic ethos. Indeed assuming that the legitimacy of the Colombian legal system is not the result of consensus, and then the question lies in the will of the dominant economic ethos? This question seeks to answer in this article. The Colombian social structure is composed by as many different lifestyles as many are the regions and cultures on the national territory. This complexity results in the fact that it does not exist a univocal concept of common good that is able to determine the legitimacy of the national juridical order. It is anyhow clear that the element with the strongest influence is the economical one, as far as the production of laws corresponds to the interests of the economical leading group. Therefore the legitimacy of our juridical order is not based on the customs, values, traditions and habits that are the identity of our nation, but on the economical factor and on the interests of the leading social groups.

Key words: Legitimacy, ethicity, dominant ethos, consensus, minority.

Introducción

Este artículo intenta presentar unos argumentos de carácter propositivos que sirvan para justificar el planteamiento consistente en que la legitimidad del ordenamiento jurídico en Colombia radica en el ethos¹ económico. Ello, partiendo desde el presupuesto que la estructura social colombiana está constituida por formas de vida tan diversas como regiones y dialectos hay a lo largo y ancho de la geografía nacional, lo cual trae como consecuencia que no exista un concepto unívoco de bien común que determine en donde radica la legitimidad del ordenamiento jurídico nacional; y por tanto, tiene como efecto directo para el ámbito de la creación de las normas jurídicas, que la legitimidad de estas sea la manifestación de un único ethos, el dominante, que puede ser el que detenta el poder económico, que a su vez depende del complejo entramado economía-política-religión-ciencia y que se encuentra representado en la figura del presidente de la república, es decir, la existencia de un derecho estructurado ya no por una legitimidad legal racional sino por una legitimidad carismática², según los hechos que ocurren en nuestra realidad nacional.

1 La controversia acerca de dónde radica la legitimidad del Derecho data de mucho tiempo atrás. El debate surge en la Grecia antigua entre Platón y Aristóteles. Para el primero, la idea del bien es supuesta, esto quiere decir que parte de la concepción de que el bien tiene un mismo significado para todos; Aristóteles por su parte, la problematiza. En el libro *La Política*, Aristóteles plantea que el bien, es el bien común y éste lo define la politeia, no obstante, su contenido lo determina la ética. El ethos es entendido entonces, como un conjunto de costumbres, valores, tradiciones, símbolos y hábitos que definen la identidad de un colectivo, el cual se halla directamente relacionado con el término cultura (cultivar). Aristóteles basa la ética en las virtudes de las cuales se deriva el concepto de justicia. Véase en, ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*". Edición bilingüe María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1985. Página 1131a.

2 Vid. FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del Derecho de Max Weber*. Editorial Civitas. Madrid, España. 1991. Páginas 261 – 274.

En esta medida entonces, resulta de particular interés, estudiar la problemática del concepto de legitimidad e identificar, qué es lo que legitima el derecho en Colombia, y establecer si la hipótesis planteada es válida dentro de nuestro contexto social actual. Para lo cual partiremos de Rawls, siguiendo con los autores liberales, comunitaristas y marxistas, hasta llegar a Habermas, buscando justificar o darle respuesta al planteamiento formulado.

1. Planteamiento del problema

Tomando como punto de partida el supuesto de que la legitimidad del Derecho de un país radica en el acuerdo de las mayorías, en términos kantianos, y en el acuerdo con base a mínimos en términos Rawlsianos, y de advertir la imposibilidad de tales situaciones, encontramos que si esos presupuestos fuesen ciertos, entonces ninguno de los ordenamientos jurídicos sería legítimo, ya que no responden a un consenso, y sin embargo, son capaces de mantener cohesionada a la sociedad.

Por esta razón, se esboza la idea del factor económico como elemento de legitimación del derecho a luz de otros autores como Habermas, Foucault y Marcuse. Pues debe analizarse si se considera que la legitimidad del ordenamiento jurídico Colombiano no es fruto del consenso, entonces ¿radica en la voluntad del ethos económico dominante?

Análisis este que se realiza, entendiendo que la Constitución Colombiana no obedece a un consenso, sino a meros acuerdos establecidos entre los constituyentes, personas morales que representaron los intereses, principios y bienes sociales primarios propios de un sector de la sociedad, en otras palabras, que personifican un ethos, que colisiona con otros que le son antagónicos, en una perenne lucha

por lograr imponerse. De forma tal, que la legitimidad de la norma fundamental no puede provenir del consenso al modo Rawlsiano, porque éste supone un velo de ignorancia, lo cual es fácticamente imposible porque desconoce la multiculturalidad de la cual no logran ni pretenden desprenderse los constituyentes.

Considerando esto, comprendemos que la legitimidad de nuestro derecho deviene de la capacidad que tenga un ethos para imponerse sobre otro, manteniendo la estabilidad jurídico-política del Estado. En el entendido que el contrato constitucional es fruto del acuerdo entre los más fuertes, equilibrio de fuerzas entre los grandes vencedores de la sociedad, los ganadores dentro de la pugna de la economía de mercado, determinada por unas reglas espontáneas establecidas en la sociedad. De modo que, la legitimidad de nuestra normatividad se adquiere compitiendo, y la eticidad más fuerte en la economía es la que se impone sobre la más débil.

2. Aproximaciones a los conceptos de legitimidad y eticidad como fundamentos de los sistemas jurídicos

La controversia acerca de dónde radica la legitimidad del Derecho data de mucho tiempo atrás. El debate surge en la Grecia antigua entre Platón³ y Aristóteles⁴. Para el primero, la idea del bien es supuesta, esto quiere decir que parte de la concepción de que el bien tiene un mismo significado para todos; Aristóteles por su parte, la problematiza. En el libro *La Política*, Aristóteles plantea que el bien, es el bien común y éste lo define la politeia, no obstante, su contenido lo determina la ética. El ethos es entendido entonces, como un conjunto de costumbres, valores, tradiciones, símbolos y hábitos que definen la identidad de un colectivo, el cual se halla directamente relacionado con el término cultura (cultivar). Aristóteles basa la ética en las virtudes de las cuales se deriva el concepto de justicia⁵.

En la Edad Media, la consideración del pueblo como titular o sujeto primario del poder político legítimo, recibido en último término de Dios, tiene en Tomás de Aquino más que ver con la noción del bien común, como finalidad del poder, que con la democracia como forma de ejercicio, aunque deja un cierto papel al consenso popular, siempre mediado y dirigido por los estamentos superiores, la no-

bleza, el alto clero y, quizá, algunos ciudadanos notables, esto es, los más ricos burgueses o habitantes de los burgos o ciudades medievales.

Posteriormente Hobbes, contractualista, precursor del iusnaturalismo moderno, señala que “el único modo de erigir un poder común que pueda defender a los hombres de la invasión de extraños y de la injurias entre ellos mismos, dándole seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfactoria, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad... De este modo se genera esa gran Leviatán o, mejor, para hablar con mayor reverencia, ese dios mortal a quién debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y seguridad”⁶.

Hobbes aborda además el problema de la obediencia al Derecho y el conflicto del consenso, la legitimación externa del derecho, introduce por primera vez el concepto de equidad y reconoce el derecho a la resistencia.

Respecto al tema de soberanía expresa: “quién no pueda ser castigado legalmente, tampoco puede ser resistido legalmente... el que posee este derecho dispone de poder coercitivo sobre el resto de la comunidad y puede, por tanto, moldear y gobernar como le plazca sus acciones, lo cual equivale a soberanía absoluta”⁷.

A este le siguió Locke quién expresa que “aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor”⁸.

Luego, para Rousseau, liberal republicano, la ley es la voluntad de la colectividad, el fundamento de la legitimidad política queda subsumido en democracia directa procedimental. “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, al

3 FRIEDERICH, “*La Filosofía del Derecho*”, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1980, pág. 27 - 46.

4 ARISTÓTELES, “*La Política*”, España: Ediciones Orbis, S.A., 1984, Pág. 1253a.

5 ARISTÓTELES, “*Ética a Nicomaco*”. Edición bilingüe María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1985. Página 1131a.

6 HOBBS, Thomas, “*Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*”, Madrid, Alianza, 1989. XVII, pp. 144-145.

7 HOBBS, Thomas. “*Elementos de Derecho material y político*”, México: Editorial F.C.E., segunda reimpresión, año 1984, pág. 266.

8 LOCKE, John. “*Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*”, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1991. ff 131.

unirse a los demás, no se obedezca sin embargo más que así mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que el contrato social da la solución. Tal contrato consiste en la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad de modo que dándose cada uno a todos no se da a nadie⁹.

Así mismo, Rousseau, afirma que “si cuando, suficientemente informado, el pueblo delibera, los ciudadanos no tuvieran ninguna deliberación entre sí, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación sería siempre buena...para tener bien el enunciado de la voluntad general importa, pues, que no haya sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano no opine más que por sí mismo¹⁰”.

Posteriormente, Kant, al tratar el tema del hombre en sociedad sostiene que “El medio de que se sirve la naturaleza para alcanzar el desarrollo de todas las disposiciones, consiste en el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, por cuanto este llega a ser, finalmente, la causa de su orden regular. En este caso entiendo por antagonismo la *insociable sociabilidad* de los hombres; es decir, la inclinación que nos llevará a entrar en la sociedad ligada, al mismo tiempo, a una constante resistencia que amenaza de continuo con romperla. (...) El hombre tiene propensión a socializarse, porque en este estado siente más su condición de hombre; es decir, tiene sentimiento a desarrollar sus disposiciones de naturaleza. Pero también posee una gran inclinación a individualizarse (aislarse), porque al mismo tiempo, encuentra en él la cualidad insociable de querer dirigir todo simplemente según su modo de pensar (Sinne)”¹¹.

Continuando con Kant, el Estado es la máxima expresión de la eticidad, que se caracteriza por la ausencia de contenido moral. Así, la función del Estado es interpretar y preservar el ethos del cual deviene a través de la dimensión política y jurídica. “La justificación moral, en términos de universalidad, autonomía y libertad, fija los límites de la validez del Derecho y de la legitimidad del contrato social: El Derecho tiene que preservar la frontera infranqueable de las libertades subjetivas y la política tiene que asumir el consenso universal como idea normativa de su realización¹²”. Entendiendo el principio de la autonomía

como “elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales¹³”.

De esta forma, Kant plantea que el derecho racional establece el “conjunto de definiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad¹⁴”.

Hegel, a su vez, enseña, que el Derecho será válido y la política legítima en la medida en que la eticidad, a través del Estado, respete la protoforma del ethos y la identidad de las comunidades, la eficacia del ordenamiento queda, igualmente, sujeta a esa traducción jurídico política que el Estado hace de la identidad ética de un pueblo¹⁵.

Siguiendo a Weber, existen tres clases de poderes: el poder legal, el tradicional y el personal o carismático. La legitimidad del primero se basa en la creencia en la legalidad de las normas del régimen, instituidas deliberadamente y de modo racional, y del derecho de mandar de los que detentan el poder basado en tales normas. La legitimidad del poder tradicional se apoya en el respeto a las instituciones consagradas por la tradición y a la persona que detenta el poder, cuyo derecho de mando se atribuye a la tradición. La legitimidad del tercer tipo se funda sustancialmente en las cualidades personales del jefe, y en forma subordinada en las instituciones¹⁶.

Respecto al proceso de racionalización occidental, descrito por Weber, el profesor Mejía Quintana expresa que éste se caracterizó históricamente por dos factores que originan el inicio de la desaparición de la sociedad tradicional. En primer lugar, se produjo un desencantamiento de las cosmovisiones tradicionales del mundo, o racionalización de las imágenes del mundo, con el cual las antiguas imágenes cosmológicas (religiosas, metafísicas, sociopolíticas, estéticas) sufrieron un proceso de sistematización y progresivo horadamiento, perdiendo el poder vinculante cohesionador que tuvieron en las sociedades tradiciona-

9 ROUSSEAU, Jean-Jacques. “El contrato social”. En obras completas. Editorial Bernard Gagnebin y Marcel Raymond, París. Volumen 3. 1969. I. Páginas 360 - 361.

10 *Ibid.*, Páginas 371-372.

11 KANT, Immanuel. “*Ideas de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*”. En Filosofía de la historia. Editorial Nova. Buenos Aires, Argentina. 1958. Páginas 43-44.

12 Oscar Mejía Quintana. “*Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*” en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006. Páginas 14 y 15.

13 KANT, Immanuel, “*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*”. Argentina, El Cid Editor. 2003. p 97.

14 KANT, Immanuel. “*Metafísica de las costumbres*”. En “Una filosofía del derecho en modelos históricos”. Editorial Trotta S.A. Madrid, España. Página 246.

15 MEJÍA QUINTANA, Oscar. “*Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*” en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006.

16 MEJÍA QUINTANA, Oscar, “*La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación*” en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, Página 211.

les premodernas. La ética religiosa se vio reemplazada por un punto de vista moral profano¹⁷.

En relación con los cambios que dieron lugar al proceso de racionalización occidental, por el paso del pensamiento tradicional al moderno, Weber afirma que “estas imágenes fueron reemplazadas por un pensamiento crítico que disoció las normas, valores y tradiciones que hasta entonces regulaban las relaciones sociales, sometiendo la sociedad a nuevos imperativos derivados de la dinámica del mercado. Este proceso de racionalización cultural tiene como consecuencia el surgimiento de un tipo de acción social diferente al tradicional, caracterizado por una acción racional con arreglo a fines, propia de la sociedad capitalista”¹⁸.

En el año 1934 Hans Kelsen publica su obra “Teoría Pura del Derecho” como respuesta a la pregunta kantiana: ¿Cuáles son las condiciones de posibilidad de la experiencia y el conocimiento jurídicos? plantea que la validez del Derecho reposa en la denominada Norma Fundamental o Grundnorm, la cual es condición lógico-epistemológica del sistema jurídico, fuente de unidad, completud y coherencia de aquél. La norma fundamental se caracteriza por ser presupuesta, no pensada, no fundamentada y sobre todo, carente de contenido material, lo que hacía del Derecho, autónomo. En el que la norma es válida por sí, las condiciones de validez no se hallan en lo moral o eficacia de la misma. Su legitimidad está amarrada a la procedimentalidad; para Kelsen, justicia es procedimiento.¹⁹

Refiriéndose a Kelsen, Häberle expresa que “Al ser la norma concebida como condición lógico epistemológica del sistema jurídico, ésta no tiene que tener congruencia con la eticidad de la ciudadanía cuya conducta pretende regular²⁰. Siendo así, de una parte su legitimidad es solamente procedimental y de otra su eficacia sólo puede residir en la coacción, pues no se requiere

ni de la aceptación política de la misma por parte de la ciudadanía ni tiene que ser congruente mínimamente con la identidad de la comunidad que quiere regular”²¹.

Para Schmitt, el soberano es, a la vez, “legislador supremo, juez supremo y comandante en jefe supremo, la última fuente de la legalidad y el último fundamento de la legitimidad. Señalando además que “la forma de legitimación más corriente hoy es la fe en la legalidad”²².

En relación al concepto de igualdad y al uso del poder por parte de quien lo ostenta, Schmitt afirma que, “puede contener una conciencia de pertenencia que les estás conferida de manera especial a los miembros de la minoría dominante. Pero no existe ningún fundamento racional para suponer que este sentimiento – aún cuando exista en los poderes que poseen derechos dictatoriales – pueda motivarlos para que actúen en interés de los dominados”²³.

Mientras que en relación al *ethos* del Estado jurisdiccional, Schmitt, afirma, que este radica en que el juez juzga inmediatamente, en nombre del Derecho y de la justicia, sin que las normas de esta justicia le sean mediatizadas ni impuestas por otros poderes políticos ni judiciales²⁴.

Finalmente Schmitt afirma que “la aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir dentro del Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, en procurar ‘paz, seguridad y orden’ y crear así la situación normal que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general.... Esta necesidad de pacificación dentro del Estado tiene como consecuencia, en caso de situación crítica, que el Estado como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo también al enemigo interno”²⁵.

Austin, por su parte, expresa que “las sociedades reales, sin embargo, no son lo suficientemente ilustradas y la obediencia que sus miembros prestan habitualmente al soberano tiene otras causas, como la costumbre o los perjuicios. Sin embargo, también en estas sociedades la obediencia se funda, en una razón utilitarista: la percepción de la conveniencia del gobierno

17 MEJÍA QUINTANA, Oscar, “La norma básica como problemas ius filosófico, Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas post positivistas de superación”, en: Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Memorias del tercer congreso nacional, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pág. 202.

18 MEJÍA QUINTANA, Oscar, “La norma básica como problemas ius filosófico, Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas post positivistas de superación”, en: Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Memorias del tercer congreso nacional, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pág. 202.

19 KELSEN, Hans. “La Norma Fundamental” en *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Porrúa. 1994. Página 202.

20 Sobre este punto cabe anotar que Kelsen, hacia el final de su vida académica, flexibilizó relativamente su posición y se mostró dispuesto a reconocer que el derecho podía ser enfocado de manera complementaria por una ciencia normativa y por otra de signo sociológico. Pero la teoría pura nunca abundó en las posibilidades de una síntesis eventual de las dos perspectivas; sin embargo, con sus presagios alumbró un trayecto que hoy resulta indispensable: el de la visión integral de lo jurídico a partir de un sistema de remisiones mutuas entre orden normativo y realidad social. Tomado de DÍAZ y DÍAZ, Martín “Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos”, Distribuciones Fontamara S.A. México, 1998. Pág. 67.

21 HÄBERLE, Peter, “Constitución como Cultura” en: Oscar Mejía Quintana, “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación” en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

22 SCHMITT, Carl, “Legalidad y Legitimidad”, Trad. José Díaz García, Madrid: Aguilar, 1971.

23 KAUFMANN, Matthias. “Derecho sin reglas”. Editorial Alfa S.A. Mú-nich, Alemania. Segunda Edición. 1993. Página 106.

24 SCHMITT, Carl, “Legalidad y Legitimidad”, Trad. José Díaz García, Madrid: Aguilar, 1971.

25 SCHMITT, Carl “El Concepto de lo Político”, Madrid, Alianza Editorial, 1991, p. 75.

político, es decir, una preferencia, por la generalidad o la mayoría de la comunidad, de cualquier gobierno a la anarquía. Esta última, es la única causa de la obediencia habitual que tienen en común todas las sociedades. Con independencia de las causas específicas o particulares del origen y permanencia de cada gobierno político, la causa general es el deseo de los individuos de escapar a un estado de gobierno desde un estado de naturaleza o anárquico”²⁶.

De otra parte, Hart define un tipo de norma fundamental empírica denominada regla de reconocimiento que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus. 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.²⁷

La regla de reconocimiento hartiana es la regla que provee los criterios de identificación de un orden jurídico²⁸ y que constituye la práctica social de los funcionarios públicos. Si bien expresa la estructura interna de la acción pública cuando aquellos la usan para identificar las normas jurídicas válidas, la afirmación de su existencia es un enunciado de hecho externo. La regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”²⁹.

26 *Ibidem*, Página 294. Los individuos pueden someterse a un gobierno por el que sienten especialmente aversión llevados por un temor a los daños que se derivarían si se negaran a someterse (y, probablemente, por una percepción general de la utilidad del gobierno político). Tomado de TUREGANO MANSILLA, Isabel. “Derecho y Moral en John Austin”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 2001. Páginas 461-462.

27 Oscar Mejía Quintana, “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación” en Numas Gil (Compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

28 La interpretación de la regla de reconocimiento más conforme con los textos del propio Hart, es aquella que la concibe como auténtica norma que, al mismo tiempo que proporciona los criterios de identificación del sistema, impone a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas así identificadas, la cual ha sido la interpretación de la mayoría de los comentaristas. (...) Sin embargo, Buligyn la interpretó como una regla conceptual o definicional carente de cualquier contenido normativo (Eugenio Buligyn, sobre la regla de reconocimiento, en C.E. ALCHOURRÓN y E. BULIGYN “Análisis lógico y derecho”. Op. Cit. p.p. 383 - 391). Tomado de TUREGANO MANSILLA, Isabel. “Derecho y Moral en John Austin”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 2001. Páginas 461-462.

29 HART, Herbert. “El concepto de derecho”. Traducido por Genaro Carrión. Editorial Abelardo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición. Página 137.

Posteriormente, “Hart define un tipo de norma fundamental empírica denominada Regla de Reconocimiento, que 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, tratándose siempre de reglas 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 social”³⁰.

Por otra parte, Luhmann en su *Racionalidad Sistémica*, nos habla de que el sistema jurídico es un constructor de operaciones jurídicas: produce y ordena relaciones, es red comunicacional de circuitos auto referenciados.

*El Derecho deviene del procedimiento puro y aunque es un subsistema más del macro-sistema, de él dependen gran parte de los procesos funcionales que garantizan la autoadaptación del sistema a su complejidad creciente, a través de procedimientos jurídicos despersonalizados que aseguren tal objetivo. El procedimiento funcional deviene derecho y el Derecho se reduce al procedimiento funcional, sin incluir la posibilidad de corrección de ningún tipo a su interior, salvo los que su misma funcionalidad requiera y permita para autoprocesalizar su propia complejidad.*³¹

*La idea de Luhmann es que la complejidad social se reduce construyendo la complejidad interna del sistema jurídico. La apertura cognitiva ante el entorno supone una clausura normativa del sistema jurídico, en el sentido de que el código binario propio al Derecho es el que garantiza que la complejidad social se traduzca al lenguaje jurídico y se resuelva en términos jurídicos y no sociales. El Derecho reduce complejidad social en términos de validez jurídica, no de eficiencia social o legitimidad política.*³²

Se puede caracterizar un sistema complejo cuando es tan grande, es decir, cuando incluye tantos elementos, que ya no puede ser combinando cada elemento con cada uno de los otros, sino que las relaciones deben producirse selectivamente.”³³

30 Oscar Mejía Quintana, “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación” en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

31 MEJÍA QUINTANA, Oscar, *El Derecho Liturgia del Procedimentalismo*, Manuscrito, 1.995.

32 MEJÍA QUINTANA, Oscar, *Elementos para una Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho*.

33 LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis y entendimiento comunicativo*. Universidad Iberoamericana. Editorial Anthropos, España. 1997. Página 14.

Posteriormente, Teubner define el Derecho como un sistema social autopoiético, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales, donde los elementos básicos de este sistema son comunicaciones no normas. "Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una red de comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: La auto-reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores".³⁴

De otro lado, Bourdieu, referente a la práctica de los agentes encargados de reproducir el derecho o aplicarlo, ha señalado que "la proximidad de los intereses y especialmente la afinidad de los hábitos, ligados a formaciones familiares y escolares similares, favorecen el parentesco de las visiones del mundo. Se deduce de ello que la elección que el cuerpo jurídico tiene que realizar en cada momento entre intereses, valores y visiones del mundo diferentes o antagonistas, tiene pocas posibilidades de desfavorecer a los dominadores, en tanto que el ethos de los agentes jurídicos que está en el origen de esas visiones, y la lógica inmanente de los textos jurídicos, que son invocados para justificarlos tanto como para inspirarlos, están de acuerdo con los intereses, los valores y la visión del mundo dominante"³⁵.

Continuando con Bourdieu manifiesta que "El derecho registra en cada momento un estado de relación de fuerzas y ratifica con ellos las conquistas de los dominadores, que quedan convertidas de esa forma en acervos reconocidos (lo cual tiene el efecto de inscribir en su estructura misma una ambigüedad que contribuye sin duda a su eficacia simbólica)"³⁶.

La concepción de la justicia que Rawls se propone explicar es la de la justicia como equidad, una noción pública de la justicia propia de una sociedad bien ordenada. Lo que significa encontrar unos principios defendibles por un conjunto de seres racionales en una situación de igualdad inicial. Ya que solo desde la igualdad esos seres serán capaces de ponerse de acuerdo y decidir imparcialmente. Y es la imparcialidad, equidad o *fairness*, lo que define propiamente la justicia. Así, los individuos llamados a

optar por una idea de justicia serán seres *racionales* por una parte, y mutuamente desinteresados por otra. Seres dispuestos a perseguir unos fines poniendo los medios para alcanzarlos, y capaces, en definitiva, de actuar sin buscar únicamente la satisfacción de sus intereses particulares, de comprometerse y cooperar en la elaboración de un ideal de justicia.

Para conseguir las condiciones de igualdad deseada, será preciso hacer abstracciones de la sociedades imperfectas y desordenadas en que vivimos, e idear un "estado originario" en el que se den los requisitos para elegir desinteresadamente. Esta situación originaria ideal reproduce, en términos contemporáneos, el llamado "estado de naturaleza" de las viejas teorías del contrato social... es una situación imaginaria de imparcialidad la condición necesaria y al parecer suficiente para llegar a un acuerdo legítimo sobre qué deba ser la justicia. Se parte de la idea más o menos intuitiva de que los principios de la justicia quedarán justificados por un acuerdo producido en una situación originariamente definida, en la cual no existan diferencias fundamentales cuyo peso sea un obstáculo para la limpia decisión de los seres que intervengan en el acuerdo.

A esa situación la llama Rawls "posición originaria" y esta caracterizada porque los seres que concurren en ella se encuentran cubiertos por un "velo de ignorancia". No olvidemos que a la justicia se la representa tradicionalmente con los ojos vendados, garantía de su imparcialidad. De igual modo, ese velo de la ignorancia, significa que los individuos en cuestión desconocen todos aquellos aspectos y contingencias de su existencia, aspectos que, sin duda, los llevarían a actuar desinteresadamente. Ignoran cual es su estatus social, la fortuna o la inteligencia que poseen, incluso el sexo o la generación a la que pertenecen. No saben cuáles bienes les corresponden, ni siquiera cuál es su concepción del bien. Conocen únicamente algo tan vago e impreciso "los bienes generales de la naturaleza humana", esto es, las bases elementales de la organización social y de la psicología humana. En tal situación, los individuos, -que, "son racionales"- tomarán una decisión y llegarán a un acuerdo sobre el tipo de sociedad en que quieren vivir. La teoría de la justicia, aparece como una parte significativa, de la teoría de la decisión racional.

Nozick analizando el autor en comento, sostiene que "Rawls imagina individuos racionales, mutuamente desinteresados, que se encuentran en cierta situación o apartados de sus otras características no proporcionadas por esta situación. En esta situación hipotética de opción, la cual llama Rawls "la posición original", ellos escogen los primeros principios de una concepción de justicia que debe regular todas las siguientes críticas y reformas de

34 TEUBNER, Gunter, "El Derecho Como Sujeto Epistemológico: Hacia una epistemología Constructivista del Derecho". Traducción de Carlos Gómez y Jara Díez. En Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho.

35 BOURDIEU, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". En: *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial. Bogotá. 2002. Página 204.

36 BOURDIEU, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". En: *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial. Bogotá. 2002. Página 161.

sus instituciones. Al tomar esta decisión, ninguno conoce su lugar en la sociedad, su clase o estatus social, sus dotes o habilidades naturales, ni su fuerza, e inteligencia, etc.”³⁷

La perspectiva expuesta permite a Rawls formular los dos principios fundamentales de la justicia, aquellos que, a su juicio, escogerían inevitablemente, los seres que concurren a la posición original. Son los siguientes: 1. Toda persona tiene derecho a un régimen plenamente de *libertades básicas iguales*, que sea compatible con régimen similar de libertades para todos.

2. Las desigualdades sociales y económicas, han de satisfacer dos condiciones. Primero, deben estar asociados a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de equitativa *igualdad de oportunidades*; y segundo, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados en la sociedad.

En resumen, dos principios de hecho, se desdoblán en tres: 1. El principio de la libertad; 2. El de la igualdad de las oportunidades; 3. El llamado “principio de la diferencia” que ordena beneficiar a los miembros de la sociedad menos favorecidos... consiste en que una distribución determinada es suficiente cuando no es posible cambiarla sin mejorar a determinadas personas no empeorando, al mismo tiempo, la situación de las demás.

Supone Rawls que los individuos en la posición original se caracteriza por una clara aversión al riesgo –temen salir perjudicados de la elección realizada–, por ello eligen el llamado en *maximin*, consistente en maximizar los mínimos y no los máximos: maximizar las situaciones de pobreza, marginación y desamparo, y no de las de riqueza y poder, por eso es preciso anotar que Rawls insiste en que debe mantenerse el orden “lexicográfico”. Es decir, no es aceptable defender el segundo sin haber garantizado antes el primero, ni el tercero sin tener asegurado el segundo. Las libertades básicas iguales para todos se afirman así, como el derecho fundamental y prioritario³⁸. Rawls, según interpreta Nozick, sostiene que “las desigualdades se justifican si sirven para mejorar la posición del grupo que se encuentra en peor condición en la sociedad; sin las desigualdades, el grupo en peor condición estaría aún peor.”³⁹

En resumen el contexto sobre el cual entretiene el concepto la posición original con la cual los individuos deben entrar a participar para establecer el consenso de los mínimos debe entenderse como un mecanismo de representación en el que se modelen nuestras convicciones razonadas como personas razonables describiendo a las partes (cada una de las cuales es responsable de los intereses fundamentales de un ciudadano libre e igual) en una situación equitativa desde la que alcanzan un acuerdo sujeto a restricciones adecuadas sobre las razones que respaldan los principios de la justicia política.⁴⁰

*Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un acuerdo o de un convenio justo.*⁴¹

Buchanan, refiriéndose a la ética del trabajo afirma que “es claramente posible que en algunas circunstancias las restricciones éticas puedan devenir excesivamente severas y actuar en el sentido de reducir en vez de incrementar el bienestar individual.”⁴²

Adorno por su parte, en La crítica cultural, tiene de común con su objeto la misma ceguera: “es incapaz de llegar al conocimiento de su caducidad, la cual arraiga en la escisión. Ninguna sociedad que contradiga su propio concepto –el concepto de humanidad– puede poseer plena conciencia de sí mismo. Para impedirselo no hace siquiera falta la actividad subjetiva de la ideología, aunque, en tiempos de cambio histórico importante, ésta suele reforzar y adensar la ceguera. Peor el hecho de que as diversas formas de represión –según el estadio de la técnica en cada caso– se pongan al servicio de la conservación del conjunto social, y el hecho de que la sociedad, pese a todo el absurdo de su modo de ser, reproduzca la vida en las circunstancias dadas, suministran una apariencia de legitimación. Como contenido esencial de la autoconsciencia de una sociedad de clase antagónicas, la cultura no puede librarse de aquella apariencia, y tampoco lo puede la crítica cultural que mide la cultura por su propio ideal.”⁴³

37 NOZICK, Robert: “Anarquía, Estado y Utopía”. Editorial Fondo de cultura económica. México 1990. Pág. 189

38 RAWLS, John. “Sobre las libertades”. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1990. Páginas 10-12.

39 NOZICK, Robert: “Anarquía, Estado y Utopía”. Editorial Fondo de cultura económica. México 1990. Pág. 188.

40 RAWLS, John: “La Justicia como Equidad. Una Reformulación”, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México. España 2001. Pág. 43.

41 NOZICK, Robert: “Anarquía, Estado y Utopía”. Editorial Fondo de cultura económica. México 1990. Pág. 189.

42 BUCHANAN, James M: “Ética y Progreso Económico”. Editorial Ariel S.A. Barcelona 1996. Pág. 37.

43 ADORNO, Theodor: “Crítica, Cultura y Sociedad” Editorial Ariel S.A. Barcelona-España. 1969. Páginas 218 y 219.

En relación al materialismo dialéctico Adorno ha señalado: "que la doctrina de la ideología se ha convertido de instrumento de conocimiento en instrumento de tutoría sobre éste. En nombre de la dependencia de la superestructura respecto de la estructura, se pasa así a vigilar la utilización de las ideologías en vez de criticarlas. Y se va perdiendo la preocupación por su contenido objetivo, siempre que resulten claras en su utilidad."⁴⁴

Siguiendo con Adorno en relación con lo que la ideología que influye en la conciencia de la sociedad y el vacío que ésta trata de llenar señala que "para el contexto social dominante es seguramente menos importante que el contenido ideológico específico que un film puede comunicar a los espectadores, que el hecho de que éstos, a la vuelta de sus casas, queden interesados con los nombres de los actores y por su historietas galantes o matrimoniales. Concepto vulgares como el de distracción son más adecuados para estos hechos que explicaciones más ambiciosas sobre si un escritor es representante de la pequeña burguesía y el otro lo es de la alta."⁴⁵

Alasdair Macintyre, comunitarista, argumenta que el proyecto ilustrado de Kant fracasó, no cree que el mundo se rija por los principios universales, sino por los valores concretos, los cuales están representados en la eticidad de un colectivo "El individuo comienza por identificar su bien individual y preguntarse por los medios que debe emplear para conseguirlos; pero pronto descubre que si no coopera con los demás, tomando en cuenta que también aspiran a alcanzar sus respectivos bienes individuales, los conflictos resultantes serán tales que harán imposible que alcance su propio bien, salvo muy a corto plazo y a menudo ni siquiera eso. De modo que tanto él como los demás encuentran en cierto tipo de cooperación un bien común que es un medio para que cada cual consiga su bien individual, y que se define en término de los bienes individuales."⁴⁶

Posteriormente Taylor, comunitarista, referente a la autenticidad, sostiene que han de evitarse dos posiciones simples y extremas, las de partidarios y detractores, respectivamente; que la condena de raíz de la ética de la autorealización supone un profundo error, como lo supone la completa aprobación pura y simple de todas sus formas contemporáneas. Así mismo sostiene que "se producen tensiones entre los ideales éticos subyacentes y las formas en que llegan a reflejarse en las vidas de las personas, lo que viene a significar que el pesimismo cultural sistemáti-

co anda tan errado, como el optimismo cultural global. Por el contrario, nos enfrentamos a una lucha continua por reafirmar formas de autenticidad más elevadas y plenas contra la resistencia de formas más chatas y superficiales."⁴⁷

De otro lado Alexy al hablar de la fundamentación de los derechos humanos y en especial de lo que legitima las reglas que regulan los comportamientos sociales señala que las decisiones deben tomarse de acuerdo a procedimiento reglados jurídicamente, por ejemplo, sobre la base del principio de mayorías. El problema de la ejecución surge porque el conocimiento de la corrección o legitimidad de una norma es algo distinto a su cumplimiento. Así, la apreciación concordante lograda en un discurso de una norma como justa y en consecuencia correcta, no trae como efecto necesario su observancia por todos. Pero como algunos pueden sin reparos infringir una norma, a nadie cabe exigir su cumplimiento. Del hecho que en discursos puedan elaborarse juicios, pero no siempre las correspondientes motivaciones, se deduce la necesidad de reglas revestidas de coactividad y con ello la necesidad del derecho."⁴⁸

Ahora Alexy afirma que el problema de la organización de los individuos no puede alcanzarse a través de acciones individuales o de cooperación espontánea pues la racionalización requerida presupone al Derecho. La renuncia a las instituciones sociales en forma de derecho, fundada en otro tipo de argumentos sería anarquía. En esa sociedad desde luego no estarían garantizados los derechos humanos. La necesidad del derecho en efecto, puede fundarse no sólo en condiciones de utilidad, sino también en los derechos humanos."⁴⁹

*Para Marx la racionalización se impone directamente en el despliegue de las fuerzas productiva, es decir, en la ampliación del saber empírico, las mejoras de las técnicas de producción y en una movilización, cualificación y organización cada vez más eficaces de la fuerza de trabajo socialmente utilizable. Por el contrario, las relaciones de producción, es decir, las instituciones que expresan la distribución del poder social y regulan el acceso diferenciado a los medios de producción, sólo pueden revolucionarse en medida a la presión racionalizadora que ejercen las fuerzas productivas.*⁵⁰

44 *Ibidem*. Pág. 222.

45 *Ibidem*. Pág. 223.

46 MACINTYRE, Alasdair: "Animales Racionales e Independientes". Editorial Paidós. Barcelona-España. 2001. Pág. 134-135.

47 TAYLOR, Charles: "La Ética de la Autenticidad". Ediciones Paidós. Universidad Autónoma de Barcelona- Buenos Aires-México. 2002. Pág. 121.

48 ALEXY, Robert: "Teoría del Discurso y Derechos Humanos". Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2001, Pág. 95.

49 *Ibidem*, Pág. 96.

50 HABERMAS, Jürgen: "Teoría de la acción comunicativa: Complementos y elementos previos" Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Ediciones Cátedra S.A. Madrid España. 1989. Pág. 380.

Siguiendo a Marx, Ernst Bloch sostiene que *“la consecuencia para los peor librados de la sociedad capitalista, es el destino de poder ser renovadamente una mercancía invendible por sí misma, la simple mercancía de la fuerza del trabajo que ya no es utilizada más. Y aún cuando se utiliza en las épocas prósperas del capitalismo, ello conduce a una tal autoalienación de todos los explotados y convertidos en mercancía bajo los explotadores, de todos los sometidos bajo los emprendedores, conduce a tal esterilidad del ser humano, que se necesita un particular coraje de vivir para soportar esta alienación, que permanente presiona y paraliza. Estar cada mañana a la puerta de la fábrica, sin haber dormido suficientemente; cada tarde, al fin del día, abandonado y agotado por las funciones estereotipadas, aceleradas en razón del beneficio, subalternos. Y esto únicamente en razón del salario de esta fracción de la plusvalía que fluye a los trabajadores y empleados, plusvalía que ellos han producido y salario que únicamente tiene que servir para la reproducción de la fuerza de trabajo del próximo día; con lo que se cierra siempre de nuevo el paralizante círculo del trabajo”*⁵¹.

Marcuse por su parte, en relación a la concepción totalitaria del estado, señala que éste se caracteriza por las siguientes contraposiciones: *“la sangre contra la razón formal, la raza contra el finalismo racional, el honor contra la utilidad, el orden contra la arbitrariedad disfrazada de libertad, la totalidad orgánica contra la disolución individualista, el espíritu guerrero contra la seguridad burguesa, la política contra el primado de la economía, el estado contra la sociedad, el pueblo contra el individuo y la masa.”*⁵²

De otro lado, Marcuse con respecto a la pobreza existente dentro de una sociedad, manifiesta que, *“este ethos actúa como soporte de la política, descubriendo el sentido último de la lucha contra la concepción materialista del mundo: la eliminación de los instintos que se revelan en contra de la disminución del nivel de vida.”*

*El hombre es un ser cuya existencia se realiza en sacrificios cuyo sentido no cuestiona y en una entrega incondicionada, cuyo ethos es la pobreza y para quién todos los bienes materiales desaparecen en aras del servicio y de la obediencia: esta imagen del hombre presentada como modelo por el realismo heroico de nuestro tiempo, se opone radicalmente a todos los ideales que la humanidad occidental había conquistado en los últimos siglos.”*⁵³

Foucault, por su parte, no cree que nuestra sociedad sea democrática, si se entiende por democracia el ejercicio

51 BLOCH, Ernst: *“El Ateísmo en el Cristianismo”*. Taurus Ediciones. Madrid 1983. Pág. 236.

52 MARCUSE, Herbert: *“Cultura y Sociedad”*. Editorial Sur S.A., Buenos Aires. 1968. Pág. 15.

53 *Ibíd.* Páginas 35 y 36.

efectivo del poder por parte de una población que no está ni dividida ni ordenada jerárquicamente en clases, afirma que *“está perfectamente claro que estamos muy alejados de la democracia. También está claro que vivimos bajo un régimen de dictadura de clase, de poder de clase que se impone mediante la violencia, incluso cuando los instrumentos de esta violencia son institucionales y constitucionales.”*⁵⁴

Habermas al hablar de las relaciones de producción, hace un análisis que va desde Weber hasta Marx, afirma que *“son las instituciones que expresan la distribución del poder social y regulan el acceso diferenciado a los medios de producción, sólo pueden revolucionarse merced a la presión racionalizadora que ejercen las fuerzas productivas. Como consecuencia de la burocratización, Weber teme una cosificación de las relaciones sociales que ahogue los impulsos motivacionales que nutren el modo metódico de vida. Horkheimer, Marcuse y Adorno, interpretan a Marx desde esta perspectiva weberiana. Bajo el signo de una razón instrumental autonomizada la irracionalidad del dominio de clases, y las fuerzas productivas desencadenadas, estabilizan relaciones de producción alienadas”*.⁵⁵

Respecto a los modelos normativos de democracia Habermas expresa que *“según la concepción liberal, el Estado se concibe como el aparato de la administración pública y la sociedad como el sistema de interrelación entre las personas privadas y su trabajo social estructurado en términos de la economía de mercado.”*

De acuerdo con la concepción republicana, la política se concibe como una forma de reflexión de un entramado de vida ético. Constituye el medio con el que los miembros de las comunidades en cierto sentido solidarias asumen su recíproca dependencia y con el que en su calidad de ciudadanos prosiguen y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento recíproco con las que se encuentran convirtiéndolas en una asociación de miembros libres e iguales.”⁵⁶

Diego Farrell define el gobierno democrático como *“la alternativa que cuenta con el apoyo de la mayoría es la alternativa elegida. La mayoría entonces, puede optar por leyes que repriman a una minoría racial o religiosa, aunque el caso que más le preocupa a Mill es el de una mayoría pobre que viola los derechos de propiedad de una minoría rica”*⁵⁷.

54 RAWLS, John, Ob. Cit. Pág. 83.

55 HABERMAS, Jürgen. Ob. Cit. 381.

56 HABERMAS, Jürgen. *“La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política”*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 1999. Páginas 231 y 232.

57 DIEGO FARRELL, Martín: *“Utilitarismo, liberalismo y democracia”*. Ediciones Fontamara S.A. Biblioteca de ética, Filosofía del derecho y política. México. 1997. Página 99.

3. Fundamentos epistemológicos para sostener que el factor económico es un instrumento de legitimación de los sistemas jurídicos

Para sustentar que los intereses económicos de ciertos grupos sociales son los que determinan la legitimidad de los sistemas jurídicos, es necesario retomar a Kelsen cuando afirma que “el enfoque sociológico del problema del Estado, procede de la suposición de que los individuos que pertenecen a una misma comunidad política están unidos por una voluntad común o, lo que equivale a lo mismo, por un interés común. Hablase de una voluntad colectiva o de un interés colectivo, y se piensa que estos constituyen la unidad y, por tanto, la realidad social del estado. Se habla así mismo, de un sentimiento colectivo, de una conciencia colectiva, especie de alma colectiva, como del hecho que constituye la comunidad del Estado”⁵⁸.

Coincidimos con Kelsen cuando expresa que “afirmar que todos los ciudadanos quieren, sienten o piensan permanentemente del mismo modo, es una obvia ficción política, muy semejante a la que implica la teoría de la acción recíproca”⁵⁹. Y continúa, “en realidad, la población de un estado hallase dividida en varios grupos de intereses que en mayor o menor escala se contraponen entre sí.

La ideología de un interés estatal colectivo es empleada para encubrir ese inevitable conjunto de intereses. Llamar interés de todos al expresado en el orden jurídico, es una ficción, inclusive cuando ese orden representa un compromiso entre los intereses de los grupos más importantes. Si el orden jurídico fuese realmente la expresión de los intereses de todos, es decir, si estuviese en completa armonía con los deseos de todos los individuos sometidos a él, entonces podría contar con la obediencia voluntaria de todos sus súbditos; no necesitaría tener carácter coercitivo; y, siendo enteramente justo, tampoco necesitaría ostentar el carácter de derecho”⁶⁰.

Ahora pasemos a Rawls, los principios asequibles a las partes en la posición original, deben estar reconociblemente ligados a la concepción de los ciudadanos como personas libres e iguales...estos principios, como principios de la estructura básica de la sociedad, deben contener una noción de reciprocidad apropiada a los ciudadanos como personas libres e iguales involucradas en la cooperación social durante toda una vida.

*En esta explicación del bien de la unión social, las partes de la posición original no tiene que tener un conocimiento específico de la concepción determinada del bien de las personas a que representan, pues sean cuales fueren las concepciones del bien de estas personas, sus concepciones resultaran extendidas y sostenidas por el bien más general de la unión social siempre que sus concepciones estén dentro de unos márgenes amplios y sean compatibles de los principios de la justicia*⁶¹.

*“Los que tienen mayor responsabilidad y riqueza pueden controlar el curso de la legislación en su propio provecho. Para responder a esta cuestión voy a distinguir entre las libertades básicas y la valía de estas libertades del siguiente modo: Las libertades básicas se especifican en derechos y deberes institucionales que permiten a los ciudadanos hacer varias cosas, si lo desean y que prohíben interferir otras. Las libertades básicas son un marco de vías y oportunidades legalmente protegidas. Por supuesto, la ignorancia y la pobreza, y la falta de medios materiales en general, impiden a las personas ejercer sus derechos y sacar partido de estas posibilidades”*⁶².

*“El valor de las libertades políticas para todos los ciudadanos, sea cual fuere su posición social o económica, debe ser aproximadamente igual, o al menos suficientemente igual en el sentido de que todo el mundo tenga una oportunidad equitativa de tener un cargo público e influir en el resultado de las decisiones políticas”*⁶³.

Rawls introduce el concepto de equidad señalando que “la justicia como equidad espera extender la idea de un acuerdo equitativo a la propia estructura básica. Aquí nos enfrentamos con una dificultad seria para cualquier concepción política de la justicia que use la idea de contrato, sea o no social dicho contrato. La dificultad es ésta: debemos establecer un punto de vista desde el que pueda alcanzarse un acuerdo equitativo entre personas libres e iguales; mas este punto de vista debe quedar al margen de los rasgos y circunstancias particulares de la estructura básica existente y no ser distorsionado por ellos. La posición original, con el rasgo que yo he llamado el velo de ignorancia, estable ese punto de vista. En la posición original, no se permite a las partes conocer sus posiciones sociales o las doctrinas comprensivas particulares de las personas a las que representan. Tampoco conocen la raza y el grupo étnico de las personas, ni su sexo o sus diversas dotaciones innatas tales como el vigor o la inteligencia. Expresamos metafóricamente estos límites a la información diciendo que las partes están bajo un velo de ignorancia”⁶⁴.

58 KELSEN, Hans. “Teoría General del Derecho y del Estado”, Editorial Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición, 1969, página 219.

59 *Ibid.*, página 220.

60 *Ibid.*, página 220.

61 RAWLS, John. “Sobre las libertades”. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1990. Páginas 67-69.

62 *Ibid.* Pág. 71.

63 *Ibid.* Pág. 73.

64 RAWLS, John, “La Justicia como Equidad. Una Reformulación”, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México. España 2001. Pág. 39-40.

Entonces, para Rawls, la posición original deberá entenderse “como un mecanismo de representación. Como tal, modela nuestras convicciones razonadas como personas razonables describiendo a las partes (cada una de las cuales es responsable de los intereses fundamentales de un ciudadano libre e igual) en una sociedad equitativa desde la que alcanzan un acuerdo sujeto a restricciones adecuadas sobre las razones que respaldan los principios de justicia política”.⁶⁵

*Sin embargo, esta posición de Rawls necesita unos presupuestos para llegar a ser exitosa debido a que como el mismo lo afirma (la justificación pública parte de un consenso previo, esto es, de premisas que todas las partes en desacuerdo, supuestas libres e iguales y plenamente capaces de razón, pueden razonablemente compartir y libremente suscribir. Pero para que la justicia como equidad tenga éxito, debe ser aceptable, no sólo para nuestras convicciones razonadas, sino también para las de los demás, y ello en todos los niveles de generalidad en un equilibrio reflexivo más o menos amplio y general.*⁶⁶

Para Rawls la concepción de persona que participa en este proceso “se desprende del modo en que la cultura política pública de una sociedad democrática concibe a los ciudadanos, algo que se plasma en sus textos políticos fundamentales (constituciones y declaraciones de los derechos humanos) y en la tradición histórica de interpretación de estos textos. Para tener conocimiento de estas interpretaciones nos fijamos no sólo en los tribunales, los partidos políticos y los estadistas, sino también en los expertos en Derecho Constitucional y jurisprudencia y en los más perdurables escritos de toda índole que conforman la filosofía política de una sociedad”.⁶⁷

De modo que la gran disputa de Rawls es contra el utilitarismo, contra la visión de la justicia como bienestar de la mayoría, ya que convalida la minoría mayoritaria. Rawls se opone a que las mayorías impongan su voluntad y que las minorías sean aplastadas.

Hasta aquí vemos que la legitimidad del derecho no radica en un ficticio consenso universal kantiano o de mínimos rawlsiano, en la idea de que existe una norma no positiva que señala qué es derecho legítimo o norma de reconocimiento hartiana, ni al modo marxista pues no hallamos cuál es la clase obrera que presuntamente tendría que abanderar la emancipación social y política, pues es esta misma la que precisamente por medio de su voto reivindica al ethos neoliberal dominante.

65 *Ibíd.* Pág. 39.

66 *Ibíd.* Pág. 53.

67 *Ibíd.* Pág. 44.

De otra parte Alexy al establecer los fundamentos que legitiman al derecho señala que “un consenso elaborado discursivamente es un consenso que nace sobre la base de un discurso. Un consenso elaborado discursivamente se mantiene discursivamente controlado, cuando en todo momento puede ser cuestionado de nuevo. Luego se debe intentar otra vez, elaborar discursivamente un consenso.”⁶⁸

Para la determinación de la norma jurídica, afirma Alexy que sustentarse en la siguiente premisa: “quien quiere resolver conflictos sociales a través de consensos elaborados y controlados discursivamente acepta el derecho de su interlocutor a orientar su conducta sólo en principios que, después de suficiente reflexión, se juzguen correctos y en consecuencia válidos.”⁶⁹

Marcuse manifiesta en relación con la preservación de la legitimidad del Estado por parte del ethos económico lo siguiente: “La permanente presión bajo la que hay que mantener a las grandes masas para la reproducción de esta sociedad, se ha aumentado con la acumulación monopolística de la riqueza. Todo predominio del goce pondría en peligro la necesaria disciplina y haría más difícil la ordenación exacta y segura de las masas que mantienen en movimiento la maquinaria total. Para la regulación económica del goce interviene la policía y la justicia.

Pero el aprovechamiento de estas mayores capacidades y su satisfacción sólo están al alcance de los grupos económicamente más poderosos. El desarrollo de la sensibilidad es sólo una parte del desarrollo de las fuerzas de producción; la necesidad de su control se basa en el sistema socialmente antagónico en que éste desarrollo se realiza. Hay muchas maneras de educar a los grupos dominados, para distraerlos y crearles sustitutos de satisfacción; el deporte y un gran número de diversiones populares cumple aquí con su función histórica. En los estados autoritarios el terror sádico contra los enemigos del régimen ha encontrado posibilidades insospechadas para organizar la distensión social. Todos los días las masas pueden participar en el cine del brillo del gran mundo, con la conciencia de que esto sólo sucede en la película y que también allí existe brillo, amargura y preocupación, crimen y castigo y el triunfo del bien. El proceso de trabajo cuyo resultado es la mutilación y el envilecimiento de los órganos del trabajador asegura que el desarrollo de la sensibilidad, en los grupos inferiores de la pirámide social, no vaya más

68 ALEXY, Robert: “*Teoría del Discurso y Derechos Humanos*”. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2001, Pág. 103.

69 *Ibidem.* Pág. 104.

allá de la medida técnicamente exigida. El código penal circunscribe el ámbito del goce permitido.”⁷⁰

Continuando con Marcuse, éste afirma que: “los resultados de las votaciones populares modernas demuestran que los hombres, separados de la verdad posible, pueden ser inducidos a votar contra sí mismos. Mientras los individuos vean sus intereses sólo en el progreso dentro del orden dado, resulta fácil para un aparato totalitario controlar estas votaciones. El terror solo contribuye a reforzar el engaño en que se encuentran los gobernados. La invocación de estos intereses es falsa”⁷¹.

Para Michel Foucault es interesante intentar comprender nuestra sociedad, mediante sus sistemas de exclusión, sus formas de rechazo, de negación, a través de lo que no se quiere, a través de sus límites, del sentimiento de obligación que incita a suprimir un determinado número de cosas, de personas, de procesos, a través, por tanto, de lo que se deja oculto bajo el manto del olvido, en fin, analizando los sistemas de represión-eliminación propios de la sociedad.⁷²

“En la masa global de la plebe existe una ruptura entre el proletariado y la plebe no proletarizada. Por tanto, instituciones tales como la policía, la justicia, el sistema penal, son algunos de los medios utilizados para profundizar sin cesar esta sima de separación que es necesaria para el capitalismo”⁷³

“La alta burguesía recluta e inscribe en sus universidades a gente que está en vías de proletarización, y que por tanto llegan a la universidad portando consigo un potencial revolucionario: el enemigo está dentro de los recintos universitarios”⁷⁴

En relación a la legitimidad democrática, Duncan Kenndy plantea que “las normas y leyes vigentes, las escogió una gente que tenía el poder suficiente para optar conforme a su peculiar manera de entender la moral, la justicia y sus propios intereses. Considero además, que las normas y las leyes siguen en vigencia porque los grupos que han sido tratados injustamente, no han tenido la visión política, la energía y la fuerza bruta para cambiarlas”⁷⁵.

70 MARCUSE, Herbert: “Cultura y Sociedad”. Editorial Sur S.A., Buenos Aires. 1968. Páginas 114 y 115.

71 Ibidem. Página 120.

72 Michel Foucault: “Estrategias de Poder” Editorial Paidós. Barcelona España. 1994. Pág. 28-29.

73 Ibid. Pág. 187.

74 Ibid. Pág. 30.

75 KENNEDY, Duncan. “Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho”. Siglo del Hombre Editores. Bogotá 2005. Pág. 104-105.

De otro lado Habermas haciendo alusión al funcionalismo sociológico de Weber señala que

los procesos de racionalización social, buscan como punto de referencia la racionalidad sistémica: el saber susceptible de racionalización se expresa en la capacidad de autorregulación de sistemas sociales que para reproducirse han de adaptarse a entornos cambiantes. La racionalidad sistémica puede entenderse como una racionalidad con arreglo a fines, o quizá fuera mejor decir kantianamente: como una actividad final sin actividad final, que el observador atribuye a los sistemas autorregulados: el mantenimiento de las estructuras sistémicas es el fin supremo del sistema. El comportamiento racional con arreglo a fines de los miembros del sistema pierde entonces su posición central para la problemática de la racionalidad; de ahora en adelante lo que interesa es la aportación funcional que cualquier estado o elemento hace a la solución de los problemas sistémicos.”⁷⁶

Los medios a través de los cuales queda coordinadas las acciones de los miembros del sistema de forma específica para cada subsistema son medios generales de comunicación tales como el dinero, el poder, la verdad, etc. Aunque se empiece investigando esos medios a la luz de los problemas sistémicos en los que se ha especializado cada subsistema, no puede evitarse el choque con un ámbito nuclear de problemas, que solo puede plantearse a los sujetos agentes mismos. Estos problemas de la acción a través de los que se establece la integración social desarrolla una lógica específica frente a los problemas sistémicos por los que se mide la integración sistémica.”⁷⁷

Las acciones sociales pueden clasificarse por los tipos de relación social; por ejemplo según que una relación social se basa en una trama de intereses o en un acuerdo normativo. De este modo Weber distingue, por ejemplo, entre la consistencia fáctica de un orden económico y la validez empírica de un sistema jurídico. En el primer caso, las relaciones sociales adquieren consistencia por la compenetración fáctica de intereses, en el segundo, por el reconocimiento fáctico de pretensiones de validez normativas.”⁷⁸

Hablo de acción comunicativa cuando las acciones de los actores participantes no quedan coordinadas a través de cálculos egocéntricos de intereses, sino a través del entendimiento. En la acción comunicativa los agentes no se orientan primeramente por o a su propio éxito, sino por el entendimiento (...) Cuando se logra un entendimiento,

76 HABERMAS, Jürgen. “Teoría de la acción comunicativa: Complementos y elementos previos” Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Ediciones Cátedra S.A. Madrid España. 1989. Pág. 376.

77 Ibid. Pág. 380.

78 Ibid. Pág. 382.

*conduce entre los participantes a un acuerdo. Un acuerdo comunicativamente alcanzado cumple no sólo las condiciones de un acuerdo fácticamente existente. Antes bien, el acuerdo sólo se produce bajo condiciones que remiten a una base racional. El acuerdo descansa sobre una convicción común.*⁷⁹

Habermas en su teoría de la acción comunicativa, plantea que “los fenómenos específicos de alienación de las sociedades modernas se explican porque ámbitos del mundo de la vida comunicativamente estructurados quedan crecientemente sometidos a los imperativos de sistemas autonomizados que, por su parte, se diferenciaron a través de los medios dinero y poder, y que representan un fragmento de “socialidad” exento de contenido normativo. Que el mundo de la vida dependa de formas de “integración social” y no pueda hacerse depender de mecanismos de “integración sistémica” sin que se produzcan efectos cosificadores, necesita de una explicación en términos de teoría de la comunicación”⁸⁰.

El argumento de consenso constituye un argumento central de la fundación Habermasiana de un sistema de Derechos. Habermas formula la finalidad de una fundamentación como sigue: “este sistema debe contener exactamente los Derechos fundamentales que los ciudadanos tienen que guardar recíprocamente, si ellos quieren regular legítimamente su vida en común con medios del Derecho positivo”. La legitimidad del Derecho se vincula así a la aceptación universal. Esto corresponde al principio del discurso mencionado inicialmente, el cual reza que precisamente son normas de acción válidas y en consecuencia legítimas, las que todos los posibles afectados como participantes en discursos racionales pueden aceptar. Del entrelazamiento de este principio con la forma del Derecho deben resultar, según Habermas, el principio de democracia y un sistema de Derecho como dos caras de una misma cosa. Habermas denomina a esto la “génesis lógica de derechos”⁸¹.

Habermas, refiriéndose al tema de inclusión sensible a las diferencias, expresa que “el problema de las minorías nacidas se plantea en las sociedades democráticas cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su forma de vida y con ello fracasa la igualdad de derechos efectiva de ciudadanos con otra procedencia cultural. Esto tiene que ver con cuestiones políticas que afectan la auto comprensión ética y la identidad de los ciudadanos.

En esta materia las minorías no se pueden mayorizar sin más”⁸².

Siguiendo con el tema Habermas, explica el problema de las minorías nacidas “por el hecho de que los ciudadanos, considerados también como personas jurídicas, no son individuos abstractos, separados de sus referencias de origen. En la medida en que el derecho aborda cuestiones ético políticas, afecta a la integridad de las formas de vida en las que se asientan las formas de vida personales (...) los ordenamientos jurídicos están también en conjunto “impregnados éticamente” porque interpretan en cada caso de modo diferente el contenido universalista de los mismos principios constitucionales, es decir, en el contexto de las experiencias de una historia nacional y a la luz de una tradición, cultura y las formas de vida históricamente dominantes. Por regla general, en las materias culturalmente sensibles se refleja a menudo la auto comprensión ético política de una cultura mayoritaria por razones históricas. Con dichas regulaciones que implícitamente someten en el seno de una comunidad republicana que formalmente garantiza los derechos civiles iguales, puede encenderse una lucha cultural de las minorías despreciadas contra la cultura mayoritaria, por ejemplo, lo vascos y catalanas en España”.

“Una nación de ciudadanos se compone de personas que a consecuencia de sus procesos de socialización encarnan al mismo tiempo las formas de vida en las que se ha formado su identidad (...) nudos en una red adscritiva de culturas y tradiciones”⁸³.

Continuando con esta reflexión, Habermas, entiende que “el problema de las minorías nacidas que puede aparecer en todas las sociedades pluralistas se agudiza en todas las sociedades multiculturales. Pero cuando éstas están organizadas como estados democráticos de derecho siempre se ofrecen diferentes caminos para el precario objetivo de una inclusión sensible a las diferencias”⁸⁴.

Esta inclusión sensible de las diferencias, puede darse a través de diferentes políticas para la igualación y otros mecanismos para la protección efectiva de las minorías, por ejemplo, la descentralización de competencias estatales especificada funcionalmente, especialmente, las relativas a autonomía cultural y de derechos específicos de grupo y la repartición federal de poderes, procesos democráticos que cambian”⁸⁵.

79 Ibid. Pág. 385.

80 Ibid. Páginas 408-409.

81 ALEXY, Robert: “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2001, Págs. 114-115.

82 HABERMAS, Jürgen. “La inclusión del otro. Estudios de teoría política” Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona, España. 1999. Pág. 123.

83 Ibidem. Página 124.

84 Ibidem. Página 125.

85 Ibidem, Página 125.

Refiriéndose al multiculturalismo, Raz sostiene que al sancionar la perpetuación de varios grupos culturales en una sociedad política singular, requiere también de una cultura común (...) Los miembros de todos los grupos culturales (...) habrán de adquirir un lenguaje político y convenciones de conducta y convenciones de conducta comunes para poder participar de modo efectivo en la competición por los recursos y la protección de grupo así como los intereses individuales en una arena política compartida⁸⁶.

4. El factor económico como fundamento de legitimación del ordenamiento jurídico nacional

En Colombia, la identificación del ethos cultural que identifica a los nacionales colombianos es tratado por el profesor De Zubiría Samper⁸⁷, quien señala la diferencia entre eticidad y cultura, la cual está dada por nuestra historia social; y aún más, porque ni siquiera comprendemos la importancia del sentido de esa experiencia. Es decir, la falta de valoración de ésta para crear o modificar nuestras propias instituciones.

Continuando con Zubiría Samper, "existen tres matrices que se yuxtaponen en nuestro comportamiento ético y cultural: elogiamos la existencia de normas legales, pero éstas no modifican nuestra conducta cotidiana; despreciamos y desconfiamos de todo lo que provenga de las instituciones; y desconectamos con demasiada facilidad y frecuencia las normas morales de las jurídicas y estas dos de las culturales (el colombiano puede vivir con normas culturales que se contradicen con sus propios principios morales). Las consecuencias de estas yuxtaposiciones para la convivencia ciudadana y hasta para la paz interior de los individuos son dramáticas en nuestro medio.

En cuanto al diagnóstico relativamente compartido sobre la ausencia o déficit ético, se manifiestan tesis bastantes diversas: 1. Tuvimos una Casa ética, donde convivíamos con claridad y entendimiento, compartíamos normas comunes sobre el bien y el mal; pero esa casa ética se vino abajo, se derrumbó; 2. La historia ética de Colombia ha sido un permanente y profundo déficit moral, que se encuentra en las raíces más profundas de nuestro carácter; 3. Esa Casa, ligada o construida por el catolicismo contrarreformista y el bipartidismo del Estado de sitio, posee una importante responsabilidad en la actual "crisis" ética; 4. La "crisis" es tan sólo de "una" ética, la dominante

hasta nuestros días; pero no de otras éticas plurales y no dominantes".⁸⁸

Siguiendo a Kelsen, Nieto Arteta señala que el Derecho natural es un procedimiento teórico para defender determinados intereses económicos y políticos. Se comprueba que todo aquello que se afirma como contenido esencial del ordenamiento estatal, o como derechos innatos del hombre, no es otra cosa que intereses de grupo y de clase, que tratan de atrincherarse tras la teoría.⁸⁹

Así mismo Nieto sostiene que, "la regulación de la vida social está unida a los intereses del hombre. Ningún hombre es indiferente ante la regulación de la vida social. Lo vinculan a ella sus propios intereses personales (económicos y culturales). En toda regulación de la vida social han de señalarse el destino y la función que deban cumplir los bienes poseídos por el hombre. Estos bienes son de dos categorías: culturales y económicos".⁹⁰

La regulación de la vida social del hombre está, según Nieto Arteta, inserta en toda una estructura. "Esta es la totalidad formada por todos los complejos sociales dominantes. Los elementos que la integran, al reunirse y concentrarse entre sí, suscitan la formación de una entidad que trasciende la pura unión mecánica de los mismos. La estructura social es algo más que la unidad material de los elementos que la constituyen. Por eso, la estructura social es una totalidad".⁹¹ Mientras que López Medina citando a Nieto Arteta expresa el código civil es justamente la forma jurídica de la nueva economía capitalista.⁹²

En este sentido vemos que pretender concebir la legitimidad del ordenamiento jurídico por fuera del entramado economía- fuerzas productivas, no es posible, ya que nuestro contexto social nos enseña que la legitimidad del sistema jurídico nacional no se funda en concepciones abstractas y teóricas que se aparten de la realidad económico-política que rige a las sociedades.

El ordenamiento jurídico colombiano no radica en el consenso, por la imposibilidad de lograr un acuerdo entre las muchas eticidades disímiles e incluso opuestas que coexisten en nuestro Estado, sino que se halla en la voluntad del ethos del grupo vencedor en la competencia económica.

86 RAZ, Joseph. "Multiculturalismo: Una perspectiva liberal". Dissent, 1994. Página 77. En: HABERMAS, Jürgen. Óp. Cit. Pág. 126.

87 DE ZUBIRIA, Sergio, "Filosofía de nuestro ethos cultural", Revista de Estudios Sociales Número 01. Agosto 1998. Páginas 50 -55.

88 DE ZUBIRIA, Sergio, "Filosofía de nuestro ethos cultural", Revista de estudios sociales número 01, agosto 1998, páginas 50 -55.

89 NIETO, Luis Eduardo, "La Interpretación de las Normas Jurídicas" Universidad Nacional, Bogotá 1971, p. 16

90 NIETO ARTETA, Luis Eduardo, *Ob cit.* Pág. 39.

91 NIETO ARTETA, Luis Eduardo, "La interpretación de las normas jurídicas". Universidad Nacional de Colombia, 1971. Pág. 37.

92 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "Teoría Impura del Derecho", Editorial Legis 2004, Cap. 6.

Este planteamiento parte de la opinión del profesor Mejía Quintana, quien sobre el consenso constitucional, sostiene que este no existe, ya que “hay que tener en cuenta que la Constituyente de 1991 no fue representativa de la totalidad de ‘formas de vida’ que se encuentran en Colombia, y de allí porqué el acrecentamiento del conflicto armado es también sintomático del inconformismo y la discriminación social y cultural que se han generado. Al no tener en cuenta a un gran número de sujetos colectivos, al no sentirse estos representados ni cobijados por la Constitución, al dar testimonio, en su situación de exclusión vital, social y política, de las falacias y del esquema de dominación ideológica y periferyzación hegemónica que representa ese poder constituido del 91, el poder constituyente popular que tales sectores encarnan no puede sino reclamar, para superar la constitucionalización de la mentira que la Constitución representa -pese a ella-, su ampliación irrestricta hasta cuando en ella quepan y se vean reflejadas todas las formas de vida que no han podido sentirse parte de este país y para quienes supuestamente fue concebida esta Constitución”⁹³.

La regla de reconocimiento, la norma fundamental, el consenso o como queramos llamarlo, en el pueblo colombiano lo hallamos en la premisa: “es legítimo el ordenamiento jurídico que establezca el vencedor en la competencia económica del mercado”, porque su ethos es capaz de imponerse a las demás eticidades y mantenerlas agazapadas conservando, no obstante, el orden público y la estabilidad económica. Esto se evidencia en nuestro país cuando vemos como el narcotráfico es la actividad económica más fuerte, que se sirve de un brazo armado ilegal, tanto paramilitar como guerrilla y de la forma tradicional de hacer política de nuestro pueblo, para acercarse y tener vínculos en los más elevados cargos de dirección del Estado. Lo cual también se corrobora en el hecho de que aproximadamente el 20% del congreso colombiano se encuentra investigado por nexos con el paramilitarismo y el narcotráfico, por lo que salta entonces la pregunta, ¿qué tan legítima es la normatividad que ha sido aprobada por este congreso?, por ejemplo.

En este contexto, en donde el legislador no es la piedra de toque sobre la cual se solidifique el sistema jurídico, encontramos que entonces sería el Presidente de la República quien represente aparentemente la unidad o cohesión del pueblo, pero lo que realmente personifica es al ethos dominante; en el entendido que él es guardián de la constitución siempre que ella traduzca en mayor o menor

93 MEJÍA QUINTANA Oscar, “El origen constituyente de la crisis política en Colombia” en Ann Mason & Luis Javier Orjuela (eds), *La Crisis Política Colombiana*, Bogotá, D.C.: Uniandes (Departamento de Ciencia Política), 2003, pp. 143-160.

medida su ethos, y que de no hacerlo, propugnará por reformarla o cambiarla.

No obstante esto, vemos que el tribunal constitucional tampoco defiende ese supuesto consenso constitucional, pues este pareciera que respondiera al factor económico del que se habla como elemento que legitima el derecho, debido a que ésta corporación es escogida por el Senado de la República -el cual es la más clara manifestación del ethos económico dominante- de sendas ternas que le presentan el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado⁹⁴. En este proceso el senado colombiano comparte la eticidad del ejecutivo la mayoría de las veces, porque ambos tienen la misma procedencia, son escogidos por votación popular, las cuales son manipuladas por el ethos económico dominante; cuando esto es así, el Senado optará por el candidato del ejecutivo como ocurre actualmente.

La capacidad de permeabilidad que tiene el ethos dominante (el económico) en la sociedad, es tan vasta que incluso, llega a tener competencia en las esferas jurídicas, más exactamente en los fallos de la Corte Constitucional. Siendo el caso de la declaratoria de exequibilidad de la reforma a la ley laboral del año 2002, el caso, más flagrante de la superposición de los principios neoliberales por encima de los principios que propugna el Estado Social de Derecho.

En este tipo de situaciones se logra advertir que por un lado se encuentra la solución al problema de la pobreza en la incentivación a la empresa privada; si hay industria, hay empleo, y hay salarios que le permiten al ciudadano tener una vida digna. Por tal razón, para los que comparan esta eticidad, no hay que invertir en lo social, sino en la empresa y estimular la privatización.

Así, nos encontramos al borde del absolutismo, pues poco a poco se ha resquebrajado el sistema de frenos y contrapesos de todo el ordenamiento jurídico colombiano ya que, al haberse instituido la figura de la reelección inmediata, el ejecutivo tiene la capacidad de elegir veladamente desde los magistrados de las altas cortes, el fiscal general de la nación, la junta directiva del Banco de la República y hasta los representantes de los órganos de control, de manera tal, que el ejecutivo controla y manipula todos los factores de poder, sin que exista una real separación de poderes. El poder se concentra en el ejecutivo. Obrando una involución, un retroceso al concepto primigenio de poder público, donde no existe una tridivisión del poder como lo plantea Montesquieu y mucho menos los órganos de control.

94 Art. 249 Constitución Política de Colombia.

5. Conclusiones

La legitimidad del ordenamiento jurídico colombiano no deviene del consenso social sino de la victoria de un ethos sobre otro en el plano económico. No obstante, al ser imposible que exista un acuerdo universal de la sociedad debido a su pluralidad ética ésta se encuentra regida por un sistema normativo, que aunque no resuelve la totalidad de los conflictos, logra al menos asegurar el orden público. Nuestra sociedad ha reconocido al hecho de salir victorioso en la dura competencia del mercado como fundamento de legitimidad. De forma tal, que la legitimidad no tiene como eje a las mayorías o minorías éticas que se imponen unas sobre otras, sino del reconocimiento de aquel ethos que logra imponerse frente los otros.

La norma fundamental es el ethos económico dominante, que actualmente se encuentra plasmado en el texto constitucional en la parte que desarrolla los principios de la economía neoliberal; éste es el punto de contacto entre el

sistema político y el jurídico ya que es el ethos económico el que señala las políticas a asumir y éstas a su vez son reflejadas en los fallos judiciales.

Entendida así, nuestra norma fundamental no es fruto de un consenso político universal sino de la victoria en la competencia del mercado de una determinada eticidad, de forma tal, que existen simultáneamente diversas eticidades que en su interacción generan tensiones, que se evidencian en el perennemente conflicto interno colombiano. En momentos en que el choque de eticidades se ha intensificado deviene la inestabilidad política, es aquí donde el ethos dominante, en cuyas manos se encuentra el poder político, se sirve del *ius belli* y la teoría schmittiana amigo-enemigo, satanizando la oposición, tachando a los desobedientes del ordenamiento de enemigos y aplica el axioma: la democracia es para los amigos y para los enemigos todo el rigor de la ley, autorregulándose así el sistema.



Referencias

- ADORNO, Theodor: "Crítica, Cultura y Sociedad" Editorial Ariel S.A. Barcelona-España. 1969.
- ALCHOURRON C. E. y BULIGYN E. "Análisis lógico y derecho". Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1974.
- ARISTÓTELES, "Ética a Nicomaco". Edición bilingüe María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1985.
- ARISTÓTELES, "La Política", España: Ediciones Orbis, S.A., 1984.
- ARISTÓTELES, "Ética a Nicomaco". Edición bilingüe María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1985. Página 1131a.
- ALEXY, Robert: "Teoría del Discurso y Derechos Humanos". Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2001.
- AUSTÍN, John. "Lectures on jurisprudence". Quinta Edición. Revisada y editada por Robert Cambell, John Murray, London, 1885. Volumen I.
- BLOCH, Ernst: "El Ateísmo en el Cristianismo". Taurus Ediciones. Madrid 1983. Pág. 236.
- BOURDIEU, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". En: *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial. Bogotá. 2002. Página 204.
- BOURDIEU, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". En: *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial. Bogotá. 2002. Página 161.
- BUCHANAN, James M: "Ética y Progreso Económico". Editorial Ariel S.A. Barcelona 1996. Pág. 37.
- CORTEZ, Armando, ¿Cuántos somos en realidad?, Corporación Editora Médica del Valle, Universidad del Valle, Cali, 2006.
- DE ZUBIRIA, Sergio, "Filosofía de nuestro ethos cultural", Revista de Estudios Sociales Número 01. Agosto 1998.
- DÍAZ y DÍAZ, Martín "Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos", Distribuciones Fontamara S.A. México, 1.998.
- DÍAZ, Elías, "Ética contra política", Editorial Distribuciones Fontamara S.A., México, 1998.
- FARRELL, Diego Martín. Utilitarismo, liberalismo y democracia. Ediciones Fontamara S.A. Biblioteca de ética, Filosofía del derecho y política. México. 1997.
- FRIEDERICH, "La Filosofía del Derecho", Editorial Fondo de Cultura Económica, 1980.
- FOUCAULT, Michel. "Estrategias de Poder" Editorial Paidós. Barcelona España. 1994.
- GIL, Numa Armando. (Compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

- GURVITCH, George, "Elementos de Sociología Jurídica", Editorial Comares, Granada España, 2001.
- HABERMAS, Jürgen: "Teoría de la acción comunicativa: Complementos y elementos previos" Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Ediciones Cátedra S.A. Madrid España. 1989.
- HABERMAS, Jürgen. "La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política". Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona. 1999.
- HART, Herbert. "El concepto de derecho". Traducido por Genaro Carrió. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición. 1963.
- HOBBS, Thomas, "Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil, Madrid, Alianza, 1989.
- HOBBS, Thomas. "Elementos de Derecho material y político, México: Editorial F.C.E., segunda reimpresión, año 1984.
- KANT, Immanuel, "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres". Argentina, El Cid Editor. 2003.
- KANT, Immanuel. "Ideas de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita". En Filosofía de la historia."Editorial Nova. Buenos Aires, Argentina. 1958.
- KAUFMANN, Matthias. "Derecho sin reglas". Editorial Alfa S.A. Munich, Alemania. Segunda Edición. 1993.
- KELSEN, Hans. "La Norma Fundamental" en Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires, Editorial Porrúa. 1994.
- KELSEN, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado", Editorial Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición, 1969.
- KENNEDY, Duncan. "Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho". Siglo del Hombre Editores. Bogotá 2005.
- LOCKE, John. "Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil", Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1991.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "Teoría Impura del Derecho", Editorial Legis 2004.
- LORCA NAVARRETE, José F. "Fundamentos Filosóficos del Derecho", Ediciones Pirámide, S.A. Madrid 1982. Páginas 99-102.
- LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis y entendimiento comunicativo. Universidad Iberoamericana. Editorial Anthropos. España. 1997.
- MACINTYRE, Alasdair: "Animales Racionales e Independientes". Editorial Paidós. Barcelona- España.
- MARCUSE, Herbert: "Cultura y Sociedad". Editorial Sur S.A., Buenos Aires. 1968.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. "El origen constituyente de la crisis política en Colombia" en Ann Mason & Luis Javier Orjuela (eds), La Crisis Política Colombiana, Bogotá, D.C.: Uniandes (Departamento de Ciencia Política), 2003.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho" en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar, "La Norma Básica como Problema Iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

- MEJÍA QUINTANA, Oscar, "el Derecho Liturgia del Procedimentalismo", Manuscrito, 1995.
- NIETO ARTETA, Luís Eduardo, "La interpretación de las normas jurídicas". Universidad Nacional de Colombia, 1971.
- NOZICK, Robert: "Anarquía, Estado y Utopía". Editorial Fondo de cultura económica. México 1990.
- RAZ, Joseph. "Multiculturalismo: Una perspectiva liberal". Dissent, 1994.
- RAWLS, John. "Sobre las libertades". Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1990.
- RAWLS, John, "La Justicia como Equidad. Una Reformulación", Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México. España 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. "El contrato social". En obras completas. Editorial Bernard Gagnebin y Marcel Raymond, París. Volumen 3. 1969.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Una Filosofía del Derecho en Modelos Históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo" Editorial Trotta S.A. Madrid 2002.
- SCHMITT, Carl, "Legalidad y Legitimidad", Trad. José Díaz García, Madrid: Aguilar, 1971.
- SCHMITT, Carl "El Concepto de lo Político", Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- TAYLOR, Charles: "La Ética de la Autenticidad". Ediciones Paidós. Universidad Autónoma de Barcelona- Buenos Aires-México. 2002.
- TEUBNER, Gunter, "El Derecho Como Sujeto Epistemológico: Hacia una epistemología Constructivista del Derecho". Traducción de Carlos Gómez y Jara Díez. En Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho.
- TEUBNER, Gunter, "Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold" en Crime, Law and Social Change.
- TUREGANO MANSILLA, Isabel. "Derecho y Moral en John Austin". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 2001.
- TWINING, William. "Derecho y globalización". Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar. Bogotá Colombia. Primera Reimpresión 2005.
- WEBER, Max. "Economía y sociedad". Traducción de José Medina Echavarría. Fondo de Cultura Económica. México, Segunda Edición. 1964.