

RACIONALIDAD MORAL Y DERECHO

Mi objetivo es presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un nivel superior de abstracción la conocida teoría del contrato social tal como se encuentra, digamos, en Locke, Rousseau y Kant. Para lograrlo no debemos pensar en el contrato original como aquel que es necesario para ingresar en una sociedad particular o para establecer una forma particular de gobierno. Más bien, la idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original.

John Rawls, *Teoría de la justicia*.

Cuando contemplamos el derecho conectado con la moral, esta se concibe como socialmente cognoscible, y la política es percibida como una actividad moralizadora, por lo que el derecho termina resultando una complejidad de ideales, de convenciones sociales y de procesos políticos. Esta combinación no es caótica, sino ordenada: los principios ideales son los que proveen razones justificatorias operativas; tienen como materia de aplicación directa las prácticas sociales, sólo son indirectamente aplicables a acciones y decisiones individuales y son cognoscibles a través de procesos democráticos, bajo ciertas condiciones que forman parte del contenido *a priori* de dichos principios.

Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política*.

Propiedad y hambre.

Amartya Sen

A propósito de instituciones justas. La rehabilitación de la racionalidad moral en Rawls y Habermas.

Delfín Ignacio Grueso

La seguridad jurídica: entre la tradición y la renovación del derecho.

Diana Patricia Quintero

PROPIEDAD Y HAMBRE¹

AMARTYA SEN

En una carta interesante dirigida a Anna George, hija de Henry George, Bernard Shaw escribió: “Su padre encontró en mí un diletante culto y un militante racionalista en materia de religión, o sea, un bribón inútil. Al conseguir que me interesara por la economía, él hizo de mí un hombre”. Yo no podría establecer del todo en qué podría consistir exactamente eso de hacer de Bernard Shaw un hombre; pero está claro que la clase de problemas morales y sociales por los que Shaw se interesaba a fondo no podían ser tratados de manera notable sin un examen de sus aspectos económicos. Por ejemplo, las reivindicaciones de los derechos de propiedad, que algunos defenderían y que algunos (entre los que se incluía Shaw) discutirían, no son precisamente una cuestión de creencias morales básicas que puedan mantenerse del todo ajenas a los argumentos empíricos. Ellas requieren sensatos análisis morales que respondan a realidades empíricas, entre las que se encuentran las cuestiones económicas.

Los argumentos políticos y sociales a menudo recurren a reivindicaciones morales basadas en derechos intrínsecamente valiosos. Hace ya muchísimo tiempo que se invocan los derechos relacionados con la propiedad. Pero existen también otros tipos de derechos que han sido considerados como “innatos e inalienables”², y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos se refiere a “ciertos derechos inalienables”, entre los cuales se cuentan “vida, libertad y la prosecución de la felicidad”. La Constitución de la India llega hasta mencionar el “derecho a los medios adecuados de vida”³. El “derecho a no sufrir hambre” ha sido invocado a menudo en discusiones recientes sobre la obligación de ayuda a los hambrientos.

¹ Este artículo se publica en *Precedente* por amable autorización de su autor. Apareció originalmente, con el título “Property and Hunger”, en *Economics and Philosophy*, vol. 4, Nº 1 (April 1988), Cambridge University Press. Fue reimpresso en el volumen *The Nature and Value of Rights*. El resumen que aparece en la Tabla de contenidos es el de la edición original.

Traducción de Lelio Fernández. Las notas de pie de página son de Amartya Sen, salvo explícita indicación contraria.

² La expresión “inherentes e inalienables” se encuentra en el borrador original de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, escrito por Thomas Jefferson.

a. Derechos: ¿instrumentos, restricciones o metas?

Hay tres modos diferentes de considerar los derechos como moralmente importantes. En primer lugar, pueden ser considerados como instrumentos valiosos para alcanzar otros objetivos. Esta es la perspectiva instrumental, que resulta bien ilustrada por el enfoque utilitarista de los derechos. Desde esta perspectiva, los derechos no tienen importancia intrínseca. Por tanto, la violación de los derechos no es en sí misma una cosa mala, ni es intrínsecamente buena la realización de los derechos. Sin embargo, siempre desde esta perspectiva, la aceptación de derechos promueve cosas que, en últimas, son importantes; promueve la utilidad. Jeremy Bentham rechazó los “derechos naturales” como “meros sinsentidos”, y los “derechos naturales e imprescriptibles” como “sinsentido retórico, sinsentido con zancos”⁴. Pero atribuyó gran importancia a los derechos como instrumentos valiosos para procurar una sociedad buena, y dedicó mucha energía al intento de reformar de manera adecuada el sistema real de derechos. La segunda perspectiva puede ser denominada perspectiva restrictiva, y consiste en considerar los derechos como *restricciones* con respecto a lo que los otros pueden hacer o no pueden hacer. En esta perspectiva, los derechos son intrínsecamente importantes. Sin embargo, no aparecen en la explicación moral como metas que en general hayan de ser promovidas; sólo aparecen como restricciones a las que otros deben someterse. Robert Nozick ha hecho una vigorosa exposición de esta perspectiva en estos términos: “Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacer a quienes los tienen (sin violar esos derechos)”⁵. Los derechos “establecen las restricciones que delimitan la realización de elecciones sociales, excluyen ciertas alternativas, fijan otras, etc.”⁶.

La tercera perspectiva consiste en considerar la realización de derechos como *metas* hacia las que se debe tender. Esta perspectiva finalista difiere de la perspectiva instrumental por cuanto considera los derechos como intrínsecamente importantes; difiere de la perspectiva restrictiva por cuanto considera la realización de los derechos como metas que en general deben ser promovidas, en lugar de tomar los derechos como algo que exige sólo y exactamente evitar la violación de derechos ajenos.

En la perspectiva restrictiva, no existe el deber de ayudar a alguien para que alcance sus derechos (sólo existe el deber de no impedir que los alcance). En la perspectiva instrumental, no existe de hecho el deber de ayuda, a no ser que ayudar a la realización de un derecho promueva un objetivo como el de la utilidad. La perspectiva finalista integra la valoración de los derechos - su realización y su violación - en una explicación moral global y da lugar a una esfera más vasta de influjo de los derechos en la moralidad.

En otra ocasión he sostenido que la perspectiva finalista tiene ventajas que no comparten las otras dos perspectivas; en particular, la ventaja de proponer una explicación moral

³ Esto es presentado como “principio directivo de política estatal”. No tiene realmente un papel directivo en el funcionamiento del sistema legal de la India, pero tiene una fuerza política considerable.

⁴ El capítulo IV del libro de Ross Harrison, *Bentham* (Londres, Routledge, 1983), ofrece una iluminadora discusión sobre el modo como Bentham trataba los derechos.

⁵ *Anarchy, State and Utopia*, Oxford. Blackwell, 1974, p. XI. Hay traducción castellana de esta obra: *Anarquía, Estado y Utopía*.

⁶ *Ibid.*, p.166.

integrada que incluye, entre otras cosas, la importancia intrínseca de una clase de derechos fundamentales⁷. No repetiré aquí esa discusión. Pero hay una cuestión interesante sobre el papel dual de los derechos, en el sentido de que algunos derechos pueden ser a la vez intrínsecamente importantes e instrumentalmente valiosos. Por ejemplo, el derecho a estar liberados del hambre podría ser considerado -de manera nada inverosímil- como valioso en sí mismo y, *a la vez*, como un buen instrumento para promover otros objetivos tales como seguridad, longevidad o utilidad. Si es así, la perspectiva finalista y la perspectiva instrumental podrían ser desplegadas simultáneamente para alcanzar un afianzamiento comprensivo de tal derecho. Este problema de la comprehensividad tiene un alcance importante en el contexto de la discusión de los derechos llevada a cabo por Henry George, puesto que él atribuyó a muchos derechos un significativo papel doble.

El aspecto instrumental es un rasgo ineludible de todo derecho porque, al margen de que un derecho sea intrínsecamente valioso o no lo sea, su aceptación tendrá además otras consecuencias que deberán ser evaluadas a la par con su valor intrínseco (supuesto que lo tenga). Un derecho que es considerado como completamente valioso en sí mismo, puede ser considerado sin embargo como rechazable moralmente si conduce a consecuencias desastrosas. Es el caso de los valores que representan un valor instrumental *negativo*. También es posible, por supuesto, que el argumento instrumental llegue a *reforzar* la exigencia intrínseca de un valor a que se lo tome en serio. Quiero mostrar aquí que tal es el caso del derecho del trabajo a su producto, en el análisis de George.

Llegados aquí, hay que sacar dos conclusiones generales de esta discusión muy preliminar. En primer lugar, debemos distinguir entre (1^o) el valor intrínseco de un derecho y (2^o) el valor global de un derecho que incluye, entre otras cosas, su valor intrínseco (en el caso de que lo tenga). La aceptación de la importancia intrínseca de algún derecho no es garantía de que su evaluación moral global haya de ser favorable⁸. En segundo lugar, ninguna evaluación moral de un derecho puede prescindir de la consideración de sus consecuencias probables. No se puede eludir la necesidad de evaluaciones empíricas de los efectos de la aceptación de un derecho. Los argumentos empíricos son absolutamente centrales en la filosofía moral⁹.

b. Propiedad y privación

El derecho a poseer, usar y legar la propiedad que se haya adquirido legalmente es considerado a menudo como valioso intrínsecamente. De hecho, sin embargo, muchas

⁷ "Rights and Agency", en *Philosophy and Public Affairs*, 1982, 11, pp. 3-39; "Rights as Goals", en *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*, edit. by S. Guest and A. Milne, Stuttgart, 1985.

⁸ La argumentación se basa aquí (y en discusiones anteriores) en la permisibilidad de estructuras morales pluralistas, de tal modo que la bondad moral no es vista necesariamente como una simple función monótona de una cantidad homogénea primitiva (por ejemplo, la utilidad, tal como se la supone en la explicación del utilitarismo "monista"). He procurado discutir la cuestión del pluralismo, entre otras cosas, en mi "Well-being, Agency and Freedom: the Dewey Lectures 1984" (en *Journal of Philosophy* 82: 185-203).

⁹ Sobre esto, ver Sen, "The Nature and Classes of Prescriptive Judgements", en *Philosophical Quarterly* 17: 46-62 y *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden Day. Reprint, Amsterdam: New Holland, 1979.

de las defensas que de él se hacen parecen ser realmente de tipo instrumental; se arguye, por ejemplo, que los derechos de propiedad hacen que la gente sea más libre para elegir una clase de vida más bien que otra¹⁰. Hasta el mismo intento tradicional de fundar los “derechos naturales de propiedad” sobre los principios de la “libertad natural” (con la condición puesta por John Locke o sin ella¹¹) tiene ciertos rasgos instrumentales¹². Pero aun si aceptamos que los derechos de propiedad pueden tener un valor intrínseco, eso no equivale en manera alguna a una evaluación global de esos derechos, puesto que los derechos de propiedad pueden tener consecuencias que a su vez requieren una evaluación. Ciertamente, tanto las causas del hambre como su prevención pueden depender materialmente de cómo están estructurados los derechos de propiedad. Si un conjunto de derechos de propiedad condujese a la inanición, por dar un ejemplo verosímil, entonces la aprobación moral de esos derechos podría quedar severamente comprometida. En general, la necesidad de análisis de las consecuencias de los derechos de propiedad es ineludible, sea que se considere a tales derechos como intrínsecamente valiosos o no.

Considérese la fórmula “dar al productor el producto”, de Henry Georges¹³. Se trata, por supuesto, de una regla ambigua, puesto que la distribución de los créditos por la producción entre diferentes influjos causales (por ejemplo, de acuerdo a la “productividad marginal” en la teoría neoclásica, o de acuerdo a los esfuerzos humanos en la teoría clásica del trabajo) es inevitablemente arbitraria en cierta medida y está llena de problemas que implican tensiones internas¹⁴. Pero, sea cual fuere el modo según el cual estas ambigüedades pudieren ser resueltas, está claro que esta regla no daría participación en el rendimiento de la producción social a quien no estuviese empleado, desde el momento en que nada produciría. De la misma manera, una persona cuya contribución productiva llegase a ser pequeña, de acuerdo con cualquier procedimiento de medición, llegaría a recibir muy poco si la distribución se basase en esa llamada “ley natural”.

Por consiguiente, hambruna e inanición son compatibles con semejante sistema de derechos. George pensaba que eso no habría de ocurrir, puesto que las reformas económicas que proponía (y que incluían la abolición del derecho de tierras)

¹⁰ Ver, por ejemplo, Friedman, Milton and Friedman, Rose, *Free to Choose*, London, Secker and Warburg, 1980. Hay traducción castellana.

¹¹ Ver John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Cap. 5. La condición a la que alude aquí Amartya Sen es esta: “Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder, será lo que le esté permitido apropiarse mediante su trabajo. Mas todo aquello que excede lo utilizable, será de otros.” Para las discusiones al respecto, ver C.B. Macpherson, “Introduction” en *John Locke’s Second Treatise of Government*, Hackett, 1980, p. IX-X, y, del mismo Macpherson, *Political Theory of Possesive Individualism*, Oxford, 1962. Ver también Carlos Mellizo, “Prólogo”, en John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990; Barcelona, Altaya, 1994. [N. del T.]

¹² Allan Gibbard ha argumentado de manera convincente que estos intentos de fundamentación de los derechos naturales de propiedad no son exitosos (“Natural Property Rights”, en *Nous*, 1976. 10, pp.77 - 88.)

¹³ *The Science of Political Economy*, New York, Robert Schalkenbach Foundation, 1981, p. 451 y *Poverty and Progress*, Centenary Edition. New York, Robert Schalkenbach Foundation, 1979.

¹⁴ Ver Sen, “On the Labour Theory of Value: Some Methodological Issues”, en *Cambridge Journal of Economics*, 1978, 2. pp. 175-190.

eliminarían el desempleo, y que la provisión de los incapacitados se llevaría a cabo a través del apoyo compasivo de los demás.

Estas son cuestiones empíricas. Si estas generalizaciones empíricas no demuestran ser válidas, el sistema de derechos tal como fue delineado podría generar un serio conflicto. Los derechos de propiedad con respecto a un producto (como quiera que se lo defina) podrían tener cierta importancia moral intrínseca, pero también tenemos que tener en cuenta el desvalor moral¹⁵ de la miseria humana (tal como los sufrimientos debidos al hambre o como las enfermedades relacionadas con la desnutrición). Este desvalor tendría más fuerza moral que aquel derecho. Cuando se toma en cuenta todo, un valor intrínseco positivo del derecho al propio producto puede aparecer acompañado por un valor negativo global.

Este tipo de problemas surge con mayor vigor cuando se trata de establecer la fuerza ética de una teoría estándar de los derechos. Por ejemplo, ni una franca teoría moral que afirme el carácter inalienable del derecho de propiedad, ni una sofisticada teoría de un sistema de titulación como la que ha diseñado Robert Nozick, pueden evitar el tener que enfrentarse a la posibilidad de que, al ser aplicadas a la sociedad real, los derechos en cuestión puedan generar hambre, inanición y hasta una hambruna de grandes proporciones. Yo he tratado de mostrar en otra parte - no en el contexto de una disputa sobre estas cuestiones morales, sino tratando de entender las causas de la hambruna en el mundo moderno -, que las hambrunas se explican mejor en términos de fallas de los sistemas de titulación¹⁶. La titulación se refiere aquí, naturalmente, a los derechos legales y a las posibilidades prácticas, más bien que a lo moral, pero las leyes y la operación real de las economías de propiedad privada tienen muchos rasgos en común con el sistema moral de titulación, analizado por Nozick y otros autores¹⁷. El abordar las hambrunas desde una teoría de la titulación no necesita, por supuesto, limitarse a las economías de propiedad privada, y las fallas de titulación de otros sistemas pueden ser estudiadas provechosamente para analizar las hambrunas y el hambre. En el contexto específico de las economías de propiedad privada, las titulaciones son analizables sustancialmente en términos de "dotaciones" (*endowments*) y de "intercambio de títulos". La dotación de una persona se refiere a lo que ella inicialmente posee (incluyendo su propia fuerza de trabajo). Un panorama de los intercambios de títulos nos dice qué es lo que la persona puede obtener por el intercambio de lo que tiene, ya sea mediante la producción (intercambio con la naturaleza), ya sea mediante el comercio (intercambio con otros), ya sea por una mezcla de ambas formas. Una persona puede morir de inanición si ni su dotación ni lo que puede obtener por intercambio generan una cantidad adecuada de alimento.

¹⁵ La expresión "desvalor moral" traduce aquí "*moral disvalue*". Aunque la palabra *disvalue* no aparezca en el *Oxford Dictionary* y tampoco en otros buenos diccionarios, hoy es usada para expresar lo que se podría llamar un "valor negativo" (o un "antivalor"). El término "desvalor" puede ser habilitado para este mismo uso: según el *Diccionario de la Real Academia*, antiguamente significaba "falta de mérito o de estimación". [N. del T.]

¹⁶ *Poverty and Famines: an Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford, Clarendon Press; New York, Oxford University Press, 1981. Me movieron a este trabajo el deseo de entender la naturaleza y las causas de la pobreza y las hambrunas y de sacar conclusiones para una organización práctica (basada en un número de estudios de casos). Allí no está planteada la cuestión de su importancia moral.

Si la inanición y el hambre son consideradas en términos de fallas en el sistema de disposiciones institucionales, se hace inmediatamente claro que la disponibilidad total de alimentos en un país es sólo una de las variables significativas. Muchas hambrunas ocurren sin que exista una disminución de la disponibilidad de alimentos. Por ejemplo, en la gran hambruna de Bengala en 1943, la disponibilidad total de alimentos en Bengala no era particularmente mala (hasta era considerablemente más alta que dos años antes, cuando no hubo hambruna); sin embargo, murieron tres millones de personas, en una hambruna que afectó sobre todo las áreas rurales, a causa de violentos cambios en el poder adquisitivo relativo de diferentes grupos, que golpearon sobre todo a los trabajadores rurales¹⁸. La hambruna de 1973 en Etiopía tuvo lugar en un año de disponibilidad alimentaria promedio *per capita*, pero los cultivadores y otros grupos ocupacionales en la provincia de Wollo habían perdido sus medios de subsistencia (por pérdida de cosechas y por una disminución de la actividad económica relacionada con la sequía local) y no tenían medios para hacer que llegaran alimentos desde cualquier otro lugar del país¹⁹. Es más, cierta cantidad de alimentos salió de Wollo hacia regiones más prósperas de la misma Etiopía, repitiendo un modelo de desplazamiento de alimentos que fue ampliamente observado durante la hambruna irlandesa de la década de 1840 (con un movimiento de alimentos que salían de la golpeada Irlanda hacia la próspera Inglaterra, que tenía un poder mayor en la batalla de los títulos) Aun cuando una hambruna esté realmente asociada con una disminución de disponibilidad alimentaria, deben ser estudiados los cambios de títulos para entender la naturaleza particular de la hambruna; por ejemplo, por qué cierto grupo de ocupación es golpeado y otro no. Las causas de la inanición pueden ser vistas notablemente en faltas de títulos de los respectivos grupos.

El análisis causal de las hambrunas en términos de títulos de reconocimiento de derechos apunta también a posibles políticas de prevención. La principal estrategia económica debe tomar la forma de crecimiento de títulos de los grupos desposeídos y, en general, debe garantizar una titulación mínima para todos, prestando particular atención a los grupos más vulnerables. Esto puede ser hecho, a largo plazo, de diferentes maneras, que abarcan tanto el crecimiento económico (incluyendo el crecimiento de la producción alimentaria) como los ajustes distributivos. Entonces, el peso de elevar la titulación de los grupos más desprotegidos recaerá sobre los grupos más favorablemente situados, disminuyendo sus títulos. Las transferencias de ingresos y de servicios mediante diversos ordenamientos públicos pueden ser efectivas para combatir las hambruna, como lo ha mostrado la experiencia en varios países; pero eso puede requerir la sustancial intervención del gobierno en la titulación de los grupos más prósperos. Algunas de estas políticas pueden requerir que los derechos de propiedad y las titulaciones correspondientes de los grupos más prósperos sean violados. De hecho, el problema es particularmente arduo cuando se trata del corto plazo,

¹⁷ Por “titulación” [entitlement] se entiende la existencia de disposiciones institucionales que aseguran el reconocimiento efectivo de derechos, la reivindicación de los mismos. Por consiguiente, una expresión como “la batalla de los títulos” (que se encontrará más adelante) puede traducirse como “la batalla por los derechos reconocidos institucionalmente o legalmente”. [N. del T.]

¹⁸ Ver Sen, *Poverty and Famines*, cap. 6.

¹⁹ Ver *ibid.*, cap. 7.

puesto que no es posible organizar un crecimiento instantáneo de la producción. En todo esto no hay un gran dilema cuando los derechos de propiedad son considerados de manera instrumental. Si las metas de aliviar el hambre y la pobreza fueran suficientemente poderosas, sería correcto violar los derechos de propiedad que se atravesaran en el camino porque, en esta perspectiva, los derechos de propiedad no tienen un carácter intrínseco. Pero si los derechos de propiedad son considerados como moralmente inviolables, independientemente de sus consecuencias, se seguiría que las políticas que pasaran por encima de esos derechos no serían moralmente aceptables aun cuando pudiesen salvar de la muerte a miles o millones de personas. La moral “restrictiva” de respetar los títulos legítimamente adquiridos de la gente rechazaría tales políticas²⁰. De hecho, este tipo de problemas da lugar a una *reductio ad absurdum* de los sistemas de titulación basados en la validez moral de la restricción. Y sin embargo, aunque las conclusiones que se derivan de esta consideración puedan ser “absurdas”, la situación postulada no es nada imaginaria. Está basada en estudios de hambrunas reales y del papel de las fallas de los sistemas de titulación en el origen de estados masivos de inanición. Las dificultades que se encuentran en todo esto se deben, de manera consistente, al modo de considerar los derechos independientemente de las consecuencias.

Debo añadir que este dilema no surge del considerar los derechos de propiedad como provistos de valor intrínseco; eso puede ser criticado desde otros puntos de vista, pero no desde el que estamos considerando. Aun si se admite que los derechos de propiedad tienen valor intrínseco, la violación de los mismos puede ser justificada en vista de las consecuencias favorables de tal violación. Como ya se ha dicho, un derecho puede tener valor intrínseco y aun así puede ser violado teniendo en cuenta una evaluación global. El “absurdo” no está ligado al hecho de atribuir a ese derecho un valor intrínseco, sino de considerarlo como aceptable sin más, sin que se deban tener en cuenta sus consecuencias. Un sistema moral que valoriza al mismo tiempo los derechos de propiedad y otras metas - tales como evitar las hambrunas y la inanición, o cumplir con el derecho de la gente a no tener hambre - puede, por un lado, reconocer la importancia intrínseca del derecho de propiedad y, por otro, recomendar la violación de tal derecho cuando ella conduce a mejores consecuencias globales (incluyendo el desvalor de la violación de derechos)²¹.

El punto no es aquí el de la valoración de los derechos de propiedad, sino el de su supuesta inviolabilidad. No se trata de un dilema entre una perspectiva puramente

²⁰ Hasta Robert Nozick mantiene abierta la posibilidad de una justa violación de los derechos para evitar “horrores moralmente catastróficos”. Sin embargo, cuando se admite un rechazo consecuencialista de derechos en un sistema que partió de la simple afirmación de derechos independientes de las consecuencias, no se ve claramente dónde y cómo se han de trazar las líneas. Ver Sen, “The Moral Standing of the Market”, en *Ethics and Economics*, edited by E.F. Paul et al., Oxford, Blackwell, 1985.

²¹ Ver Sen, “Rights and Agency” en *Philosophy and Public Affairs*, 1982, 11, pp.3-39; la crítica de Donald Regan a ese artículo en “Against Evaluator Relativity: A Response to Sen”, en *Philosophy and Public Affairs*, 1983, 12, pp. 93-111 y la respuesta de Sen a esa crítica: “Evaluator Relativity and Consequential Evaluation”, *ibid.*, pp. 113-132. Además, Sen, “Well-being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984” en *Journal of Philosophy* 82, 1985, pp.185-203 y “Rights as Goals” en *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*.

instrumental sobre los derechos de propiedad y otra que los considere como una meta entre otras, sino que se trata específicamente de la afirmación de los derechos de propiedad independientemente de las consecuencias y del tratamiento de la titulación moral de propiedad basado en la concepción restrictiva.

La afirmación de que la propiedad y el hambre están relacionadas estrechamente puede caer como una sorpresa. El hambre está asociada, ante todo, con el hecho de no disponer de suficiente alimento²². Entonces, los derechos de propiedad sobre los alimentos están implicados de manera inmediata y directa. La lucha con respecto a este derecho de propiedad puede constituir la mayor parte de la realidad de un país pobre y cualquier sistema de evaluación moral debe tener en cuenta este fenómeno. La tendencia a considerar el hambre en puros términos burocráticos de producción total y de disponibilidad puede ayudar a encubrir el papel crucial de los títulos en la génesis del hambre; pero un análisis económico más completo no lo puede descuidar. Desde que los derechos de propiedad sobre los alimentos se derivan de los derechos de propiedad sobre otros bienes y recursos (mediante la producción y el comercio), el sistema completo de derechos de adquisición y de transferencia está implicado en el surgimiento y en la persistencia del hambre y la inanición.

c. El derecho a no sufrir hambre

Los derechos de propiedad han sido defendidos por muy largo tiempo. En cambio, la afirmación del “derecho a no sufrir hambre” es un fenómeno relativamente reciente. Aunque este derecho es muy invocado en los debates políticos, hay mucho escepticismo en cuanto a tratarlo como un derecho en un sentido sustancial. A menudo se dice que la afirmación vale lo mismo que nada (un mero sinsentido, como diría Bentham). Esta muestra de sofisticado cinismo no revela una comprensión profunda de los problemas prácticos del mundo, sino, más bien, un rechazo a investigar qué es lo que entiende la gente cuando afirma la existencia de derechos que, para la mayor parte de la humanidad, no están garantizados de hecho por la existencia de disposiciones institucionales.

El derecho a no tener hambre no es afirmado como el reconocimiento de un derecho institucional ya existente, como lo es de manera típica el derecho de propiedad. La afirmación es primariamente una exigencia moral de algo que tendría que ser valorado y hacia lo que tendríamos que hacer que apuntaran las estructuras institucionales y que se debería tratar de garantizar en lo posible. Puede ser expresado en los términos de la categoría de Ronald Dworkin de “derechos básicos”, derechos que proveen de una justificación para decisiones políticas por parte de una sociedad en abstracto. Esta interpretación sirve para una mentalidad de cambio de las estructuras

²² Este no es, sin embargo, el único vínculo causal del hambre. Está el problema ulterior de la distribución del alimento dentro de la familia, que no es realmente una cuestión de propiedad (puesto que todos los miembros de la familia participan del alimento que a ella le pertenece), sino una cuestión de distribución intra-familiar. En muchos de los países pobres, las pruebas de la existencia de parcialidad sexual (contra las mujeres) y de parcialidad de edad (contra los niños) son muy fuertes y esta cuestión de no tener acceso a la propiedad tiene una importancia práctica real. Sobre esto, ver Sen, *Resources, Values, and Development*, Oxford, Blackwell and Cambridge, Harvard University Press, 1984, caps.15 y 16.

institucionales existentes y de organización política.

De manera general, es en esta forma como la Constitución de la India se refiere al derecho a “medios adecuados de vida”: “El estado debe, en particular, dirigir sus políticas a asegurar (...) que los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan el derecho a medios adecuados de vida”. Por supuesto, esto no ofrece a cada ciudadano un derecho garantizado a una vida adecuada, pero se le exige al estado avanzar de manera que este derecho llegue a ser alcanzado por todos.

De hecho, con frecuencia ha sido invocado este derecho en los debates políticos en la India. La política electoral en la India ha creado ciertamente un campo particular para tal uso de lo que se consideran derechos fundamentales. Por supuesto, no está del todo claro si la referencia a este derecho en la Constitución de la India es lo que ha influido efectivamente en los debates políticos. La afirmación constitucional es citada con frecuencia, pero es muy probable que esta cuestión habría figurado de todos modos en tales debates, dada la naturaleza del interés moral y político. De todos modos, cualquiera sea la contribución constitucional, es interesante preguntar si la aceptación implícita del valor del derecho a estar realmente libres del hambre (*the right of freedom from hunger*)²³ ha aportado alguna diferencia a la política actual. Se puede sostener que la aceptación general del derecho a la libertad real con respecto al hambre aguda como objetivo mayor ha jugado un papel sustancial en la prevención de las hambrunas en la India. La última hambruna real tuvo lugar allí en 1943, y mientras que la disponibilidad de alimentos por cabeza se ha elevado más bien lentamente (aún ahora, esa disponibilidad no es más alta que la de muchos países subsaharianos, sacudidos por hambrunas recurrentes), el país no ha experimentado hambruna desde su independencia en 1947. La principal causa de este éxito es una política de intervención pública. Cada vez que surgió una amenaza de hambruna (por ejemplo, en Bihar en 1967-1968, en Maharashtra en 1971-73, en Bengala Oeste en 1978-79), una política pública de intervención y alivio ha ofrecido un mínimo de titulación, [es decir, de disposiciones institucionales] a las víctimas potenciales de la hambrunas amenazantes, y así se pudo conjurar el peligro. Se puede argumentar que la rapidez de la respuesta del respectivo gobierno (tanto del estado afectado como del gobierno central) refleja una necesidad política, dado el sistema electoral de la India, y la importancia atribuida por el público a la prevención de la inanición²⁴. Las

²³ Amartya Sen distingue entre *liberty* y *freedom*. Con el primer término designa toda libertad formal, la formulación abstracta de un derecho (por ejemplo, la libertad de expresión, la libertad de movilización). *Freedom* designa, en cambio, una libertad sustancial, una libertad que es *capacidad real de funcionar* (por ejemplo, es *freedom*, libertad sustancial o real, la capacidad real de expresarse adecuadamente en forma oral y escrita; capacidad que le da contenido a la “libertad de expresión”. Es libertad sustancial con respecto al hambre (*freedom from hunger*) la capacidad institucionalmente reconocida de disponer de los medios necesarios para la vida y, por lo tanto, la capacidad de reivindicar efectivamente la posesión de esos medios. Todo su reciente libro *Development as Freedom*, supone esa distinción, desde el título, lamentablemente traducido al español como *Desarrollo y libertad*; (además, la traducción no distingue entre *liberty* y *freedom*, ya que traduce ambos términos con la palabra “libertad”)

²⁴ De hecho, la eliminación de las hambrunas es una de las pocas realizaciones mayores de la India independiente. Es una realización que merece ser reconocida, especialmente por cuanto las hambrunas han tenido lugar en otros países pobres. Una que fue gigantesca tuvo lugar en China en 1958-61, con una

presiones políticas de los grupos de oposición y los medios informativos mantuvieron en alerta a los gobiernos, y el derecho a ser libres del hambre aguda y de la inanición ha sido visto como un derecho valioso. De esta manera, el reconocimiento de la importancia moral intrínseca de este derecho, ampliamente invocado en las discusiones públicas, ha servido también como poderoso instrumento político²⁵.

Por otra parte, este proceso ha estado bien lejos de atajar de manera efectiva la desnutrición invasiva y persistente en India. Después de la independencia, no ha habido hambrunas en India, pero tal vez un tercio de la población rural de India está desnutrido permanentemente. Mientras el hambre se mantiene en estado no agudo y se evitan las muertes por inanición (aun cuando las tasas de morbilidad y de mortalidad aumentan por la desnutrición), los medios de información no discuten mucho sobre la necesidad de una respuesta política, que tampoco los partidos de la oposición exigen con energía. La eliminación de las hambrunas coexiste con la supervivencia de una difundida “hambre regular”. El derecho a “medios adecuados” de *nutrición* no parece despertar para nada el interés político que, en cambio, despierta el derecho a “medios adecuados” para *evitar la inanición*.

El contraste puede deberse a una razón, entre varias razones distintas. Podría ser, simplemente, que de hecho no se reconozca socialmente mucha importancia a la habilidad para evitar la desnutrición. Podría ser así; pero lo que socialmente es tenido por muy importante y lo que no lo es, es también en buena parte cuestión de hasta qué punto los problemas son propuestos con claridad. Es muy posible, de hecho, que esta libertad sustancial de la que estamos hablando llegara a ser vista como un derecho moral importante si la cuestión de la desnutrición crónica fuese propuesta de modo transparente. Pero tal cosa no sucede debido a la naturaleza de los procesos electorales en India y por el tipo de cubrimiento informativo. El problema no resulta ciertamente tan “dramático” como lo son las muertes por inanición y las amenazas de hambruna. La miseria continuamente controlada puede ser un fenómeno que, por tan familiar y tan conocido, no ofrezca suficientes ventajas para la práctica habitual de los líderes políticos. Los medios, por su parte, sacarían pocos beneficios si se dedicaran a enfatizar un fenómeno que no es espectacular: la quieta supervivencia de un hambre no aguda y disciplinada.

excesiva mortalidad que fue estimada en alrededor de 30 millones (Ashton et alii, “Famine in China, 1958-61”, en *Population and Development Review* 10, 613-45). Y eso sucedió a pesar de que es muy impresionante el hecho de que el registro general de los estándares de mejoramiento nutricional, de reducción de la morbilidad promedio y de las tasas de mortalidad en China es de lejos superior al de India. He tratado de discutir en otra parte el papel de los medios informativos y de las presiones de la oposición en la prevención de hambrunas en India (“How is India doing”: *New York Review of Books* 29, n° 20 (diciembre 16, 1982), 41-45; reeditado en D.K.Basu y R. Sisson, *Social and Economic Development in India*, Beverly Hill, Sage, 1986. Ver también Ram, N. “An Independent Press and Anti-Hunger Strategies”, WIDER Conference Paper. In *Hunger: Economics and Policy*, edited by J.Dreeze and A. Sen, Oxford, Clarendon.

²⁵ Es por cierto muy difícil encontrar un ejemplo de hambruna que haya tenido lugar en algún país con políticas electorales y prensa libre. Sin embargo, no hay que otorgar necesariamente demasiada importancia a esta observación empírica, puesto que tales países son por lo general típicamente más bien ricos. India, en razón de su pobreza como también de su prensa relativamente libre, es uno de los pocos casos de prueba. Hay también contrastes interesantes dentro de África (ver Dreeze y Sen, obra citada en la nota anterior).

Si así son las cosas, las implicaciones para la acción en vista de eliminar el hambre, o de garantizar todos los medios para eso, son entonces muy complejas. Es por cierto una tarea pertinente dedicarse políticamente a hacer que el hambre quieta se haga menos quieta y más fastidiosa para los gobiernos que están en el poder. Un periodismo de fuerte iniciativa política podría mostrarse como un valor moral instrumental, si fuera capaz de presentar la difusión del hambre no aguda de una manera más dramática y expresiva, en vez de limitarse a informar sobre los horrores de la inanición visible. Por supuesto, este no es el lugar para discutir los aspectos instrumentales de la práctica política; pero la garantía al derecho moral de ser libres con respecto al hambre, aguda o no aguda, suscita de hecho cuestiones muy puntuales sobre los medios a los que se debería recurrir para alcanzar esa meta.

e. Evaluación moral y relaciones sociales

El consejo de estudiar economía, que dio Henry George a Bernard Shaw, quedaría muy bien complementado si se aconsejara a los economistas estudiar política y sociología, y si se aconsejara al “científico moral” - para usar un término chapado a la antigua -, estudiar las tres cosas. Cuando la realización de derechos tales como el derecho a ser realmente libres del hambre es aceptada como finalidad (entre otras finalidades posibles), la evaluación moral de las acciones y de las instituciones depende de manera crucial de los análisis económicos, sociales y políticos acerca de cómo tender de la mejor manera posible a tales finalidades.

Si algo emerge de manera absolutamente precisa de la discusión que he tratado de llevar a cabo en este escrito, es la importancia del análisis factual para la evaluación moral, incluyendo el examen cuidadoso y profundo de la aceptabilidad y prosecución de derechos específicos. Y esto vale también cuando se reconoce que un derecho en cuestión tiene valor moral intrínseco, puesto que evaluar un derecho no es lo mismo que aceptarlo. Afirmar la aceptabilidad independientemente de las consecuencias puede ser particularmente insostenible, como sostuve al analizar los derechos legales y el hambre. Al evaluar las exigencias de los derechos de propiedad, o el derecho a no padecer hambre, el examen no puede reducirse a puras cuestiones de evaluación básica; una gran parte del desafío de la evaluación descansa en análisis empíricos de causas y efectos. En el mundo en el que vivimos - tan lleno de hambre como de riquezas -, estas investigaciones empíricas pueden ser complejas y a la vez extraordinariamente importantes. Con mucha frecuencia, las grandes cuestiones morales son también profundamente económicas, sociales y políticas.

A PROPÓSITO DE INSTITUCIONES JUSTAS LA REHABILITACIÓN DE LA RACIONALIDAD MORAL EN RAWLS Y HABERMAS

DELFIN IGNACIO GRUESO

Si se me pidiera por adelantado enunciar los objetivos de este ensayo, diría que el primero es mostrar la forma como el filósofo norteamericano John Rawls y el alemán Jürgen Habermas hacen un uso de una razón construccionista y de una razón dialógica, respectivamente, para darle a la *justicia* una preeminencia moral que hace tiempo no tenía en la filosofía práctica. Pero ese es un objetivo más interesante para los historiadores de la filosofía que para los juristas, políticos, pensadores sociales y estudiantes de humanidades para quienes escribo este ensayo. A ellos mi segundo objetivo les puede interesar más: mostrar a la justicia como el concepto rector para establecer la moralidad de lo político y de lo jurídico. Para lograr ambos objetivos, poniendo más énfasis en el segundo, seguiré el siguiente orden. Comenzaré (I) mostrando lo que significó reivindicar el concepto moral *justicia* en el siglo XX, un siglo difícil para la filosofía práctica de vocación normativa. Hecho esto, procederé a (II) mostrar el modo en que ambos pensadores intentan restaurar la moralidad como criterio de legitimidad de las instituciones públicas e intentaré (III) mostrar cómo ese criterio conecta lo constitucional y lo político. En las dos primeras partes comenzaré (1) presentando unas ideas generales, (2) precisaré el caso de Rawls y (3) lo precisaré para Habermas. En la parte III eliminaré las ideas generales, por lo que iré directo a Rawls y luego a Habermas. Este modo de aproximar las filosofías de Rawls y Habermas puede parecer forzado a quienes estén familiarizados con el debate que ellos sostuvieron en 1995. Dejo ese debate para otra ocasión. En este texto, dedicado más a exponer los proyectos que a evaluar los resultados, yo prefiero ahondar en las similitudes, esas que hacían decir a Habermas que su debate con Rawls tenía más bien el carácter íntimo de una disputa familiar.

1. Las crecientes dificultades para la filosofía política normativa

Por el momento, de todos modos, la filosofía política está muerta. [Laslett, 1956 citado por Rubio Carracedo, 1987:13]

1. Podemos suponer que cuando, en 1956, Laslett expedía el acta de defunción de la filosofía política, lo que tenía ante sí era el escepticismo que había venido dominando buena parte del ambiente filosófico hasta inhibir ese tipo de empresa filosófica llamada filosofía política. En cuanto afectaba la capacidad fundante de la razón, este escepticismo llevaba, por un lado, a un *realismo político* para el cual la política no es más que una cruda práctica del poder, acobardando así la tendencia filosófica a pensar lo político en términos normativos y, por el otro, a un *positivismo jurídico* para el cual no existe otro derecho que el decidido por una autoridad que logra hacerlo respetar recurriendo si es necesario a la fuerza, acobardando así la tendencia filosófica a preguntarse normativamente por el fundamento de lo jurídico. Así las cosas, en la medida en que este escepticismo triunfaba, lo que moría era esa forma de filosofar que en el Renacimiento engendró utopías que prefiguraban nuevos modos de organización social y política, que en los siglos XVII y XVIII dio a luz los grandes argumentos de corte iuscontractualista que hicieron posible las revoluciones burguesas, y que en el siglo XIX pretendió alcanzar su mayoría de edad con el ‘descubrimiento’ de las leyes de razón que rigen la moralidad individual, la sociabilidad humana, el Estado y el curso de la historia.

En buena parte de aquel recorrido filosófico, especialmente cuando primó la perspectiva *iusnaturalista*, la pregunta por lo jurídico y la pregunta por lo político en términos normativos estuvieron estrechamente ligadas a través de una intuición básica: *el poder ha de ser legítimo para que pueda erigirse en poder político*. Esta intuición es el punto de arranque de la filosofía política y de la filosofía del derecho: la primera enfocando de preferencia la cuestión del fundamento moral del poder político y la segunda el fundamento legal. Para hacer esto, ambas tenían que comenzar con una consideración inicial del poder y del derecho, distinguiendo entre poder de hecho y poder legítimo, así privilegiara una el estudio del poder y la otra el estudio de la norma. En ambos casos, se dice que para que el poder sea válido, debe ser justificado. Esta justificación, dice Fernández Santillán, transformaba una relación de mera fuerza en una relación jurídica, haciendo del consenso el único principio válido de legitimidad del poder político y del poder jurídico, convirtiendo el poder de mandar en un derecho y la obediencia en una obligación. No cabe duda de que esa justificación da origen al fenómeno que en términos de filosofía política llamamos *legitimidad* y en términos de filosofía del derecho *legalidad*. Ambos conceptos nos hablan, apelando a diferentes criterios, de un *poder válido*. El constitucionalismo llega incluso a juntar ambos criterios al señalar como legítimo un poder político que es legal [ver Fernández Santillán, 1985:12-14]. Según Bobbio, *Apara el filósofo de la política el problema principal es el de la distinción entre poder de hecho y poder de derecho; para el filósofo del derecho en cambio, el problema principal es el de la distinción entre norma válida y norma eficaz*” [Bobbio, 1984:21-22].

He mencionado al iuscontractualismo como uno de los momentos estelares de la filosofía práctica y en el último párrafo he conectado la pregunta por lo legal y la

pregunta por lo legítimo. Permítaseme que insista en los iuscontractualistas a propósito de la conexión de estas dos preguntas. No lo hago por un prurito de erudición (pues en este caso el erudito es Bobbio) sino para resaltar, en un texto dedicado a presentar a Rawls y Habermas enfrentados con las tendencias escépticas de nuestra época, cómo esas mismas tendencias estaban presentes, aunque con otros matices, en la época en que filosofaron los iuscontractualistas. Porque, según nos muestra Bobbio, lo que une a los iusnaturalistas no son las premisas de que parten ni la conclusión a que llegan sino su común aproximación metodológica al problema. Según esta lectura, el iuscontractualismo es “una tentativa de dar respuesta segura a las consecuencias corrosivas que los libertinos habían sacado de las crisis del universalismo religioso. No hay autor de la escuela (iusnaturalista) que no tome posición frente al pirronismo moral, aquello que hoy llamaríamos el relativismo ético” [Bobbio, 1979: 18-21]. Y aunque casi todos estos pensadores difieren al considerar los fundamentos del poder político, todos (desde cuando el método se inicia balbuciente con Bodin, Grocio y Althusius, encuentra su madurez con los contractualistas y llega hasta su culminación con Kant) coinciden en A reducir el derecho y lo moral (además de la política) (...) a ciencia demostrativa”. Según Bobbio, este rasgo común entra definitivamente en crisis a partir del ensayo del joven Hegel “De las distintas formas de tratar científicamente el derecho natural” (1802).

A partir de Hegel, incluso a partir de Burke y de los románticos y, después de Hegel, hasta Marx, el siglo XIX ligó la justificación política al espíritu de un pueblo o a cierta lectura de la historia. La futura crisis de estas fundamentaciones filosóficas decimonónicas, apoyadas en alguna idea rectora sobre el destino del hombre o los pueblos o sobre el sentido de la historia, no implicó volver al modo iuscontractualista. El iuscontractualismo parecía haber sido ya suficientemente superado desde las críticas de Hegel y Marx. Tampoco parecía posible volver a convalidar como justificadora una racionalidad que se había revelado más como racionalidad instrumental o que podría ser fácilmente denunciada por sus rasgos etnocéntricos, clasistas, etc. Escéptica frente a la capacidad fundante de la razón, sin atreverse a intentar formular un sentido de la historia o una nueva teoría sobre la naturaleza humana, la filosofía práctica de vocación normativa se mostró incapaz de renovarse a sí misma. Esta incapacidad se proyectó hacia el siglo XX como un ambiente filosófico que tendía a otorgar más prestigio a las corrientes filosóficas que enlazaron razón y poder de tal forma que hicieron imposible mencionar una sin invocar los indeseables tentáculos del otro. Quienes quedaron atrapados dentro de esto, bien pronto llegaron a transformar la tradición crítica del poder en una corriente crítica de la razón.

Esta apatía de la filosofía para fundar lo político y lo jurídico, por otra parte, estaba bien correspondida por un mundo institucional donde la política y el derecho tampoco se creían necesitados de la filosofía. Respaldados en una sociología y una historia política que eran capaces de dar mejor cuenta de la validez de una manera más verificable, y en una ciencia jurídica que no parecía requerir de razones metajurídicas para decir lo que es positivamente válido, lo político y lo jurídico parecían capaces de encontrar por sí mismos su norte.

Pero no puede decirse que la desaparición de las grandes teorías filosóficas de carácter normativo en materia política y jurídica, que tan importantes fueron en la estrategia argumentativa de las teorías liberales, haya significado el fin de todo modo de justificación de esas esferas. Al contrario, una vez que pareció obsoleta la tarea

filosófica de fundamentar moralmente el orden político mostrando los criterios de obligatoriedad y justicia, la tarea de sostener el orden político acorde con la modernidad burguesa se volvió un problema de gobernabilidad. Ese modo de hablar y de pensar se sostendría por sí mismo como ideología e inspiraría estructuras jurídico-políticas estables desde donde se podían promover y proteger los derechos. Los ideales filosóficos habían cumplido su papel [Marx, 1852]. En adelante, la definición de la norma válida y del poder legítimo no tendría que ser defendida en términos estrictamente filosóficos. Una vez organizado el mundo de esa manera, era tarea de las ciencias sociales venir a entender cuándo una norma es válida y un poder legítimo. Es lo que hacen Weber en términos sociológicos y Kelsen en términos jurídicos. Weber parte de una distinción entre poder de hecho y poder de derecho y llega a la tipología de las formas de poder legítimo. Kelsen parte de la distinción entre validez de las normas específicas y eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto y llega al problema del poder jurídico. Y para definir esto no necesitaron hacerlo al modo fundante de la filosofía. Así las cosas, ya en esa época podría decirse que a la filosofía política no le quedaba otra misión que esa que recientemente le ha asignado Richard Rorty: ponerse modestamente al servicio de la democracia [Rorty, 1991: 175-196]. Leslett tenía razón, la filosofía política había muerto.

Esto no quiere decir que durante la primera mitad del siglo XX no se hubieran escrito obras de filosofía política. El marxismo, especialmente el occidental, dio a luz varias de ellas. Es el caso de Gramsci, Rosa Luxemburgo, Horkheimer, etc. Por otra parte, alrededor de la época en que escribe Leslett, autores liberales como Hayek, Popper, Berlin y otros estaban publicando o habían publicado ciertas obras memorables. Pero esto no podría contradecir el veredicto de muerte porque ninguno de ellos trataba de fundar racional o moralmente, en forma exhaustiva y de manera novedosa, los fundamentos de lo político. Generalmente eran marxistas o liberales atacando las indeseables consecuencias del otro paradigma y tratando de promover las bondades del propio.

Lo que Leslett vio morir, vuelve a renacer con autores como Habermas, quien en su obra *Facticidad y Validez* presenta un programa moral para “devolver al concepto de razón práctica la fuerza explicativa que ese concepto tuvo antaño en el contexto de la ética y la política”, lo cual implica enfrentar con vigor “la intrépida y decidida negación de la razón” en el campo de la filosofía moral de lo político [Habermas, 1992:64-65]. Era una necesidad sentida. Muchos años antes, casi al tiempo en que Rawls publicaba *Una teoría de la justicia*, otro filósofo alemán, M. Riedel, había publicado una *Rehabilitación de la filosofía práctica*. Pero no son las obras de Habermas y de Riedel, sino la que acabo de mencionar de Rawls, la que pasa por ser el punto de arranque de esta rehabilitación, según lo reconoce el propio Habermas, para quien esta significó un intento de rehabilitar, “como objeto de investigaciones científicas serias, preguntas abandonadas durante largo tiempo” [Habermas, 1995:41]. Y Habermas no está solo en ese reconocimiento. Un adversario filosófico de Rawls, Robert Nozick, calificó a mediados de la década de los 70 la mencionada obra como Aun trabajo vigoroso, profundo, sutil, sistemático dentro de la filosofía política y la filosofía moral como no se había visto otro igual cuando menos desde los escritos de John Stuart Mill” [Nozick, 1974:183]. El hecho es que, ya para mediados de los 80, esta obra se había Aafianzado como un ‘paradigma’ de investigación de problemas de filosofía moral y política que ha dado evidentes pruebas de fecundidad (...) (debido) al vigor

y persuasión con que, al hacerse cargo de problemas morales y políticos sustantivos, se ha enfrentado al escepticismo que durante décadas ha permeado la cultura académica acerca de la posibilidad de abordar racionalmente cuestiones prácticas” [Rodilla, 1986:IX-X].

Ahora bien, la forma como Rawls y Habermas enfrentan a las tendencias escépticas hacia la filosofía normativa es distinta y, sobre todo, son distintas las formas como esas tendencias se expresan en el mundo filosófico del cual emerge cada pensador. Por lo tanto, para matizar un poco este apresurado balance de la filosofía práctica hasta mediados del siglo XX, conviene revisar más de cerca el ambiente filosófico que enfrenta cada uno de estos pensadores.

2. Para el tiempo en que Rawls publica sus primeros ensayos, existía en Norteamérica una larga hegemonía de ciertas posturas metaéticas y una gran influencia de la filosofía analítica y su vocación cientificista. La reflexión sobre asuntos sustantivos de la ética había cedido el paso a una tarea que parecía más seria, el análisis de las propiedades formales del lenguaje moral. Tal desplazamiento hacia lo analítico equivalía a un descreimiento de las posibilidades de la filosofía práctica. *Principia Ethica*, publicada por G. E. Moore en 1903, que presenta las teorías morales como ocupadas en ‘falacias naturalistas’, pasa por ser un punto de arranque claro de este descreimiento [ver Rodilla 1986 y Syre-McCord 1988]. La tesis de Moore, según la cual ‘bueno’ y ‘malo’ son conceptos inanalizables, es igualmente sostenida por A. J. Ayer, quien en 1952 escribió que “A la filosofía ética consiste simplemente en decir que los conceptos éticos son pseudoconceptos y por lo tanto inanalizables”, lo que niega la posibilidad de una ciencia ética, Así por ciencia ética entendemos la elaboración de un ‘verdadero’ sistema de moralidad “. Ayer termina por recomendar que la ética, como rama del conocimiento, sea “un departamento de la psicología y la sociología” y aclara que la casuística de los sistemas morales, que no es una ciencia sino una investigación analítica, no debe ser considerada más que “un puro ejercicio de la lógica formal” [Ayer, 1952: 34].

Cuando Rawls orienta su proyecto a superar “la teoría sistemática predominante en la filosofía moderna (...) el utilitarismo” [Rawls, 1971:9], un utilitarismo que él ve comenzando con Hume y Adam Smith, pasando por Mill y terminando con Edgeworth y Sidgwick, no sólo tiene que enfrentar el desestímulo que las reflexiones de Moore, Ayer y otros impusieron sobre el campo filosófico de la ética y la política y que casi prohibía inmiscuirse en prescripciones que pusieran en peligro la deseada seriedad del discurso filosófico; también tenía que enfrentar el decisionismo amoral que, a los ojos de nuevas teorías democráticas, regía el mundo político. En efecto, la democracia, ese criterio normativo sobre la legitimidad del poder político que se había venido imponiendo desde comienzos del siglo XX, había sido analizada por Joseph Schumpeter en 1942 en términos de sociología política y había quedado reducida a una forma de estabilidad dependiente más de la manipulación que del consenso moral. Las teorías clásicas de la democracia, sostuvo Schumpeter, son inadecuadas no sólo como descripciones sobre el funcionamiento real de los gobiernos democráticos, sino también como justificación de las instituciones y prácticas democráticas. En lugar de la definición clásica de la representación, que más o menos supone un pueblo con una opinión definida y racional sobre cada asunto y capaz de elegir los representantes que llevarán esa idea a la práctica, Schumpeter propuso

definir la democracia como “ esa estructura institucional para la toma de decisiones políticas en la cual los individuos adquieren el poder de decidir a través de una lucha competitiva por el voto de la gente” [Schumpeter, 1942:95]. La democracia aparecía ahora como un simple *modus procedendi* ante el cual lo normativo se mostraba fatuo y para el cual no hacía falta una moralidad política intersubjetiva.

Si la democracia podía funcionar así, era también gracias a que las grandes ideas utilitaristas habían hecho su trabajo -en la medida sesgada e indirecta en que los pensamientos filosóficos lo pueden hacer- sobre la opinión pública predominante, una opinión pública más afín con un realismo político capaz de aceptar el quehacer político como un simple decisionismo tecnocrático con sanción electoral. Si, pese a la complejidad de las doctrinas utilitaristas, algo logró quedar como verdad utilitarista en la opinión pública, fue esto: “como no hay verdades definitivas y como nadie tiene un voto que valga más que el de los demás, lo que diga la mayoría será tomado como lo definitivo hasta nueva orden”. Esto no obsta para que, en términos del discurso consciente, los ideales patrióticos, los valores democráticos y todas esas ideas sobre las cuales se elaboran los discursos políticos, fueran también un componente de la motivación electoral. Pero los discursos no serían otra cosa que malabarismos lícitos dentro de un amoral decisionismo.

Ahora bien, aunque un estado de cosas así podría ser muy eficaz por un tiempo, en el largo plazo termina liquidando el fundamento moral del orden político y podría comprometer esa misma eficacia. Al no haber vínculos intersubjetivos, una simple sumatoria de individualidades moralmente desvinculadas no garantiza un orden político legítimo y nada garantiza hacia el futuro la estabilidad del régimen. No parece posible esperar una duradera estabilidad política sobre bases puramente cínicas o racional-instrumentales, porque la misma apelación usada para la legitimidad del régimen bien puede usarse para su negación. La desnudez moral del realismo político es autofágica.

3. De manera similar, cuando Habermas emprende su rehabilitación de la filosofía práctica se enfrenta a un mundo filosófico hostil. En su caso, la hostilidad a la filosofía práctica le viene casi de lo que pudiéramos llamar su nicho original, la vieja *Escuela de Frankfurt*. Tiene que comenzar por enfrentar una tradición de crítica a la ‘racionalidad instrumental’ y sus nefastos efectos sobre lo político y lo social. Sus maestros Horkheimer y Adorno habían concluido que los ideales de la Ilustración habían llegado finalmente a un estado de control social sobre los asuntos públicos, un control que estaba lejos de ser una sana opinión pública fundadora de lo político. Ellos habían hecho notar que, aunque la Ilustración había soñado con “liberar a los hombres del temor e imponer su soberanía”, hoy “toda la tierra ilustrada irradiaba un desastre triunfante” [Horkheimer y Adorno, 1944:196]. Tal desastre no podría explicarse sino por un develamiento del carácter ideológico de la Ilustración, con el cual ella termina legitimando nuevas formas de dominación. En resumidas cuentas, la Ilustración consistía “sobre todo en el cálculo de la eficacia y de las técnicas de producción y distribución; de acuerdo con su contenido, la ideología compagina con la idealización de la existencia y del poder que controla la tecnología” [Horkheimer y Adorno, 1944: xvi]. Casi coincidiendo con las ideas de Marx acerca del trabajo alienado y su relación con la naturaleza, Adorno y Horkheimer habían concluido, que en la medida en que instrumentalizaban las cosas, los hombres

ilustrados se comportaban como dictadores y trataban de instrumentalizarse los unos a los otros.

A similares conclusiones habrían de llegar otros pensadores del siglo XX que analizaron los efectos de la modernidad política y con los cuales Habermas se enfrenta en su *Discurso Filosófico de la Modernidad* (Luhmann, Derrida, Foucault y otros). Según ellos, en lugar de expresar una moralidad, la razón se mostraba como una mera racionalidad instrumental al servicio de una voluntad de dominio, en la forma vista por Nietzsche; de las pulsiones, en la forma vista por Freud o de las necesidades del mundo socioeconómico, en la forma vista por Marx. A falta de una razón trascendental, se tenía la amarga vivencia de una racionalización del orden social, estudiada en términos sociológicos por Weber como la característica determinante de la modernidad, que en vez de llevar a los seres humanos a un orden social y político justo, los había llevado al campo de concentración de Auschwitz.

Demostrar que esto no es necesariamente así ha sido un esfuerzo constante en la obra de Habermas. Y tal demostración pasa por una revalidación de la razón moral de cara a lo político. Por supuesto, Habermas no niega la razón que le asiste a quienes critican el curso que siguió la razón práctica una vez consolidado el mundo capitalista. Buena parte del problema es que la razón práctica que debía iluminar la realidad política ha quedado atrapada en la subjetivación típica de la modernidad. Por eso propone que el lugar de la razón práctica sea ocupado por la razón comunicativa”. La ventaja de la razón comunicativa, según Habermas, es que, a diferencia de la vieja razón práctica, “no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social (sino) al medio lingüístico” [Habermas, 1992:65]. Ya en *Acción Comunicativa y Conciencia Moral* había dicho que la acción comunicativa le abre camino a la razón moral por cuanto permite salirle al paso al escepticismo moral’, pues en ella los juicios morales realmente sí tienen contenido cognitivo; al ‘relativismo moral’ ya que cualquiera que tome parte en una argumentación es en principio capaz de alcanzar los mismos juicios; y al “materialismo moral’, pues se elimina lo no generalizable de las éticas particulares y se puede apuntar con exclusividad a la justicia [Habermas, 1983:120-121].

Concluyo esta parte con unas palabras de transición hacia la siguiente. Comenzaré por reconocer que a Habermas le cabe el mérito de haber emprendido ese proyecto al tiempo que se ocupaba de criticar la tradición escéptica sobre las posibilidades fundadoras de la razón, mientras que Rawls, que no se interesa mucho en criticar otras tendencias filosóficas, tiene el mérito de haber sido el pionero. Es indudable que él generó sus detractores-correctores, quienes sólo han venido a trabajar dentro del territorio abierto por la agenda rawlsiana. Porque, bueno es no olvidarlo, fue en torno a ella donde primero se identificaron libertaristas, comunitaristas, neoutilitaristas y construccionistas, y es ella la que da sentido a ideas como las de Dworkin, Nozick, Ackerman, Walzer, Kymlicka, van Parijs, Taylor y otros.

Ahora bien, tanto Rawls como Habermas tienen que evitar que sus propias restauraciones de una racionalidad moral fundadora del orden político afronten las dificultades que dieron al traste con proyectos anteriores. La osadía de Rawls radica en que, conociendo las dificultades, emprende un modo de fundación del orden político que es claramente contractualista. Llevándolo a un refinamiento tal, llamado ahora *constructivismo político*, se permite encargarle a ese modo la tarea de determinar lo que es una sociedad justa. No menor es el mérito de Habermas quien, de una

manera menos evidente, también apela a lo que en Kant podría pasar por un modo contractual de legitimar el orden político. Esta es la idea de unas reglas que los ciudadanos se den a sí mismos (o, para decirlo de otro modo, ‘se den unos a otros’) como si fueran personas morales libres e iguales. En ambos casos, la rehabilitación de la condición de que, para que un ordenamiento político de la sociedad fuera aceptado como legítimo, éste tenía que ser justo, implica trasladar el criterio de legitimidad del consenso fáctico de los gobernados (donde tan acertadamente lo colocó Max Weber para efectos explicativos) a una categoría prescriptiva de estirpe claramente moral: la justicia. Veamos cómo se justifica esa prescripción.

2. Redefiniendo lo justo al modo Kantiano

Mientras Rawls da por sentado ‘el punto de vista moral’, usándolo para derivar principios substantivos de un orden social y político justo, Habermas apunta a fundamentar el punto de vista moral mismo [Moon,1995:145]

1. En Rawls, el tema de la fundamentación moral del orden institucional a partir de un concepto de justicia está presente casi desde el comienzo de su obra. No creo, en cambio, que ese haya sido el tema central del programa filosófico de Habermas. Esa centralidad es más bien un fenómeno tardío en el desarrollo de su obra y viene en gran parte, mucho más de lo que los habermasianos están dispuestos a conceder, de la influencia del propio Rawls. Si los desarrollos investigativos que le permitieron llegar a su teoría de la acción comunicativa son los que van desde Frege y Pierce hasta Piaget y Koelberg, entre otros, los de Rawls vendrán después a ayudarlo a pensar las consecuencias morales de dicha teoría. Más concretamente, aparecen a partir de 1983 y primero como un objeto de crítica; sólo después se nota claramente que es un modelo y que, de ser objeto de una crítica más o menos externa, Rawls se irá volviendo para Habermas un interlocutor dentro de una “disputa familiar” [Habermas, 1995:42]. En verdad, el modo de filosofía moral que Habermas emprende, en cuanto es crecientemente kantiano, lo es en el sentido rawlsiano. Eso se puede observar en lo que Habermas llama ‘el punto de vista moral’.

En fin, hoy por hoy ambos coinciden en ese propósito y ligan su indagación al problema de las instituciones en un régimen democrático habitado por individuos que se consideran a sí mismos libres e iguales. Esa coincidencia (reconocida por Habermas, no aún por Rawls) vincula ambos con lo más excelso de la tradición filosófica práctica moderna. Y los pone también en frente de las dificultades contemporáneas para la elaboración filosófica prescriptiva, al tratar de definir lo justo, y hacer de la justicia un valor vinculante y eficiente, cuando hay tantas culturas, religiones, filosofías e ideologías que pueden tener su propia noción de lo justo y lo bueno.

La pista la da el modo kantiano de entender lo justo. Para desarrollar ese modo en una versión nueva y hacerla capaz de eludir el problema que presenta la diversidad de doctrinas y cosmovisiones del mundo contemporáneo, nuestros dos autores tienen que corregir lo que perciben como deficiencias en el propio modo en que procedió Kant. Para Rawls, esas deficiencias se expresan en las connotaciones metafísicas que

hacen de la kantiana una aproximación a la justicia más bien incapaz de ganar la aceptación de las diversas doctrinas y cosmovisiones que habitan las sociedades democráticas contemporáneas. Para Habermas, en la casi indiferencia para con la realidad social que parece tener la moralidad kantiana, haciendo que ella descuide el cálculo de las consecuencias de las acciones y que se defina con una independencia casi absoluta de las cuestiones de vida buena, que tan importantes han sido en la filosofía moral clásica y que Kant pone casi al nivel de las decisiones irracionales. Veamos un poco las ideas generales de Kant sobre la justicia y el derecho y luego, la reformulación hecha por cada uno de los dos pensadores.

Cuando Kant piensa el derecho, lo piensa más próximo a la moralidad de la justicia que a las nociones empíricas sobre lo que es bueno. En general, para Kant, el concepto de derecho sólo tiene sentido bajo las siguientes condiciones: “Primero, es válido únicamente para las relaciones externas y prácticas de una persona con otra (...). Segundo, es válido únicamente para las relaciones de una voluntad con la voluntad de otro, no con sus deseos o intenciones (...) Tercero, no toma en consideración el contenido de la voluntad, es decir, el fin que la persona intenta realizar(...). El derecho es por lo tanto un agregado de esas condiciones bajo las cuales la voluntad de una persona puede ser puesta en relación con la voluntad de otra de acuerdo con una ley universal de libertad (...) El derecho estricto sólo puede ser representado como la posibilidad de un uso recíproco general de la coerción que es consistente con la libertad de cada uno de acuerdo con leyes universales” [Kant, 1797: 38-39].

Esta idea de uso recíproco de la coerción consistente con la libertad de cada uno es materializada en la *posición original* de Rawls y, de un modo un poco distinto, en el *principio de universalización* de Habermas. En ambos casos, en términos generales, las partes involucradas en una disputa tienen que decidir los principios de justicia haciendo un uso moral de su racionalidad. Hasta cierto punto, lo que define ese uso moral es la ley de la libertad al modo kantiano: “Una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal” [Kant, 1797:39]. En otras palabras, *la libertad de cada agente debe ser consistente con la libertad de cada otro agente*. De allí recibe la ley su *objetividad*, es decir, que aparezca como moralmente objetiva.

Como se ve, la objetividad moral no depende de alguna doctrina de la virtud. Es allí donde cobra relevancia la diferenciación que Kant hace entre *deberes de virtud* y *deberes de justicia*, fundamental para distinguir entre éticas de la virtud y éticas del deber (llamadas por Habermas moralidad en sentido pleno). En general, un deber es un constreñimiento de la voluntad. Kant lo definió de modo similar en diferentes textos: el deber es “la limitación de la voluntad a lo que requiere una legislación universal que se hace posible a través de la adopción de una máxima” [Kant, 1793:72]. El deber es “la acción a la cual una persona está atada” [Kant, 1797:279]. Y hay, al menos, tres parejas contrastables de deberes: 1. Deberes para con nosotros mismos y deberes para con otros. 2. Deberes perfectos e imperfectos. 3. Deberes de virtud y deberes de justicia. Los deberes de virtud son llamados por Kant deberes *reales*, porque ellos expresan en sentido estricto lo que es un deber, al menos para un hombre libre, pues en cuanto “es un ser *libre* (moral), la noción de deber sólo puede ser *autoconstreñimiento* (...)” [Kant, 1797:290]. Los deberes de virtud no son más que deberes autolegislativos y como la justicia sólo tiene que ver con las relaciones externas entre individuos, esos deberes quedan excluidos. En conclusión, la distinción entre los

deberes de virtud y los deberes de la justicia es “que sólo los últimos son externamente compelibles, mientras que los primeros descansan en el autoconstreñimiento” [Kant, 1797:293]. Sólo los deberes de justicia son controlables en términos jurídicos y políticos. Esto no disminuye sino que afirma el carácter deontológico de la moral del deber, pues “el sistema de la deontología general se divide en *jurisprudencia*, capaz de establecer leyes externas, y *ética*, que no es capaz de ello” [Kant, 1797:289]. La jurisprudencia tiene que ver con la condición *formal* de la libertad exterior, es decir, con el *derecho*. Kant lo dice de modo preciso: “Podemos concebir la relación de un fin con un deber en dos modos: comenzando con el fin hasta encontrar la máxima de las acciones ajustadas a deber, o, al contrario, salirnos del fin para encontrar el fin que sea también un deber. La jurisprudencia procede del modo primero. Se deja a la libertad de cada cual elegir libremente el fin a escoger para sus acciones” [Kant, 1797:292]. Pero esto no quiere decir que la jurisprudencia sea sólo un marco externo y que la libertad y la moralidad sólo se pueda conseguir huyendo al reino interior, donde de verdad reine el deber o donde podamos escoger un deber. Al contrario, la moralidad debe estar ya presente en el orden externo de la jurisprudencia para que pueda ser compatible con la ética interna, para que los hombres se sientan bajo el imperio de una sola legislación y, por cierto, de una legislación moral. Kant expresaba esto como una necesidad de que la legalidad aparezca como una necesidad objetiva, es decir, que las leyes “son válidas en la medida en que tienen una base *a priori* y pueden ser vistas como necesarias”. Cuando esto ocurre, la legislación es capaz de prescribir acciones externas e internas, uniendo así una *ley* (que objetivamente presenta la acción que debe ser hecha, que hace de ella un deber) y un *motivo* (que conecta subjetivamente con la idea de la ley la razón de la voluntad electiva para esta acción). Cuando el motivo es el *deber*, la legislación es ética. Cuando el deber no es el motivo, la legislación es jurídica. La *moralidad* aparece cuando la idea de deber que brota de la ley es también el motivo de la acción. [Kant, 1797:270],

Todo esto está bien con respecto a Kant. Pero ¿cómo ayuda esto a resolver el problema de las sociedades democráticas modernas, habitadas por distintas doctrinas, ideologías y culturas, cada una con sus propias nociones de lo bueno y acaso también de lo justo? Puede esto ayudar a encontrar una noción de justicia que guíe el diseño de las instituciones y la producción y renovación del derecho? Al parecer, ayuda. Por lo menos a nuestros dos pensadores les ha servido para establecer, a partir de la distinción kantiana entre ‘asuntos de vida buena’ y ‘asuntos de justicia’, una distinción rawlsiana entre *good* (bueno) y *right* (correcto) y habermasiana entre ‘moralidad’ y ‘eticidad’ En ambos casos les sirve para llegar a una *moralidad* política postconvencional, una moralidad política pensada con independencia de los ‘asuntos de vida buena’ que Habermas, siguiendo la terminología hegeliana, llama ‘eticidad’, ‘valoraciones éticas de lo bueno’ o simplemente ‘éticas convencionales’, y que Rawls llama *doctrinas comprensivas de lo bueno*. Rawls dio el primer paso al establecer que su *justicia como equidad* pertenece a una moralidad relacionada con lo justo y que se aplica sólo al campo de lo público. Esa moralidad, pretende liberarse en gran medida además, de las connotaciones relativistas de las éticas de los pueblos, las ideologías y las épocas. Recientemente ha independizado su moralidad política de lo que él considera ha sido la filosofía moral tradicional y la ha llevado a ser una moral estrictamente política. Habermas ha obrado de modo similar al independizar de tal modo su propuesta de acceder a

un punto de vista moral de ciertos nexos indeseables con las posiciones éticas, que ha tenido que precisar que su *ética del discurso* debería llamarse en rigor *moralidad del discurso*.

En la medida en que ambos pensadores intentan alcanzar esa moralidad, ambos vuelven a acercarse a Kant: Rawls a través de un complejo sistema de argumentación y decisión de lo que es justo, articulado en torno al dispositivo conocido como *la posición original*, y Habermas a través de una *situación ideal de habla*, fundamental para el logro de la justicia, un poco distinta a la de Rawls. No en vano coinciden en algo: Rawls ha dicho que su *posición original* puede entenderse como una interpretación *procedimental* del imperativo categórico kantiano y Habermas ha dicho que su *principio de universalización* puede entenderse como una interpretación *intersubjetiva* del mismo imperativo. Veamos esto un poco.

2. Casi desde el comienzo, Rawls conecta su concepción de la justicia con la noción de equidad y termina por llevar esa noción hacia una moralidad capaz de reorientar la organización social, la relación de lo privado con lo público y la vocación de lo institucional. En lo que toca a la legislación, ella también debe corresponder a una noción de equidad entre ciudadanos libres e iguales. No debiéndose a las éticas de la virtud, la única condición que una legislación debe siempre tener a la vista es ésta: *la libertad de cada agente debe ser consistente con la libertad de cada otro agente de acuerdo con una ley universal*. Rawls eleva esto a la categoría de un primer principio de justicia. A partir de esta condición se pueden definir los derechos, que en buena parte no aparecen en Rawls como derechos naturales sino como *bienes primarios*, es decir, como medios para el logro de los fines que los agentes sociales persiguen de acuerdo con su propia concepción de lo bueno. En otras palabras, lo justo se define con independencia de lo bueno e incluso de los derechos. Luego, los derechos deben servir para perseguir lo bueno siempre y cuando no destruyan ese primer principio de la justicia ya enunciado. A fin de que el primer principio no se quede en un formalismo jurídico, indiferente ante la real distribución de oportunidades, la justicia rawlsiana obliga a atender a las condiciones de desigualdad que en las sociedades impiden la realización de la libertad y el logro de los fines que los individuos se proponen de acuerdo con su concepción de lo bueno, incluso si esa concepción es conciliable con el primer principio. Se postula entonces el segundo principio de justicia, no como una forma de buscar una igualdad final, sino una igualdad de la libertad inicial. En un momento volveré sobre estos principios. Lo que me interesa señalar por el momento es que no hay en Rawls una preocupación inicial por los derechos; ellos aparecen como subsidiarios de la justicia. Es la sociedad como un todo lo que interesa y Rawls toma la justicia como la primera virtud de la sociedad [Rawls, 1971:3].

Si se trataba de pensar una sociedad virtuosa, habría que pensarla como aquella donde hay una moralidad que guía la producción del derecho, eso que Kant llamaba una *máxima de objetividad*. Rawls tiene que establecer las condiciones que hagan de la teoría de la justicia una teoría moral, a fin de que ella pueda regir la producción del derecho en las sociedades democráticas. Esta es la función asignada a las condiciones racionalistas que dan forma a la *posición original* y al *velo de ignorancia*. Su función es proveer *objetividad* a los principios de justicia.

3. En el caso de Habermas, lo post-convencional es garantizado de un modo un poco

más complejo, nutriéndose de los contextos culturales, religiosos, étnicos y sociales donde los individuos logran su identidad y, a la vez, separándose de esos mismos contextos. De esa forma, Habermas intenta entroncarse más directamente con las tradiciones aristotélica y hegeliana de la moralidad política, al tiempo que evita la disolución de dicha moralidad en lo que son las vidas éticas concretas incorporadas en las religiones, culturas, etnias, etc. Sólo así podría garantizar una moralidad válida en medio de la diversidad. Permítaseme que presente todo esto a través de lo que hay de hegeliano y de kantiano en el modo habbermasiano de definir la moralidad de las instituciones. Comienzo con una reflexión sobre la racionalidad práctica que pretende ubicar claramente a qué tipo de racionalidad práctica pertenece la moralidad política. Según Habermas, las relaciones entre la razón práctica y algunos puntos de vista morales de la tradición filosófica occidental se deciden por la pregunta *¿qué debo hacer?*, pregunta que siempre se refiere a un asunto de justificación entre cursos de acción alternativos. Hay tres tipos de variación de esa pregunta. *Preguntas pragmáticas*, referidas a asuntos de la racionalidad intencional, aquellos que se resuelven a través de imperativos técnicos y pragmáticos, es decir aquellos relacionados con causas y efectos de acuerdo con preferencias de valor. *Preguntas éticas*, referidas a asuntos de buena vida, es decir aquellos en los que el ejercicio de la razón práctica es dirigida al bien y no meramente a lo posible. Ellos se refieren a lo que Taylor llama “preferencias fuertes”, aquellas que tienen que ver no sólo con las disposiciones contingentes y las inclinaciones, sino con el auto-entendimiento de una persona, su carácter y modo de vida y su identidad individual. *Preguntas morales*, referidas al modo en que mis acciones afectan los intereses de los demás y llevan a conflictos que deberían ser regulados de una manera imparcial, “es decir, desde un punto de vista moral” (Habermas, 1993:5). Ahora bien, si conectamos esos tipos de pregunta con los tres modos filosóficos tradicionales de ver la relación entre la razón práctica y la moralidad, identificamos tres modos: el *kantiano*, el *empirista* y el *neoaristotélico*. Para Kant, la moralidad es coextensiva con la razón a través de una plena autonomía en la que razón y voluntad son equivalentes. Para el empirismo, la razón práctica es asimilable a su uso pragmático, al ejercicio intencionado del entendimiento. Para la tradición aristotélica, especialmente en su versión comunitarista, la razón práctica es asumida con el rol de una facultad de juicio que ilumina el horizonte histórico de un ethos hecho de costumbres. Habermas intenta hallar su propio modo a través de una ulterior clasificación desde la relación de la razón práctica con lo pragmático, lo ético y lo moral. Aquí es donde cobra sentido la elucidación de lo hegeliano y lo kantiano de que ya hablé antes.

Lo que podría llamarse hegeliano en Habermas es su capacidad para acercarse un poco a las posiciones comunitaristas (neoaristotélicas) que eluden las construcciones racionales formales, universalizantes y ahistóricas. A través de este rasgo hegeliano, Habermas recupera, en contra de los esfuerzos de la razón filosófica monológica y descontextualizada, la riqueza de las vidas éticas concretas, las tradiciones y consensos éticos de los contextos culturales específicos, todo lo que los pueblos han ido decantando como sistemas de valores. Así que, si de reconstruir el imperativo categórico se trata, los contextos valorativos específicos deben proveer la orientación principal. Esto además permitirá lograr para la justicia una solidaridad que no aparece claramente en la moralidad kantiana. Por eso, la ética del discurso no “excluye de la esfera de la problematización las cuestiones relativas a la vida buena a las cuales las

éticas clásicas le dieron preeminencia, abandonándolas a las disposiciones o decisiones irracionales” [Habermas, 1991: 1-2]. La resultante sería una moralidad política cuya fuerza motivacional es otorgada por los contextos específicos en virtud de sus eticidades. Es por eso que, “como Hegel, (la ética del discurso) insiste, aunque en el espíritu de Kant, en una relación interna entre justicia y solidaridad. Intenta mostrar que el significado del principio básico de moralidad puede ser explicado en términos del contenido de las proposiciones inevitables de una práctica argumentativa que puede ser intentada sólo en común con otros. El punto de vista moral desde el cual podemos juzgar las cuestiones prácticas de una manera imparcial está ciertamente abierto a diferentes interpretaciones” [Habermas, 1991:1].

Pero Habermas no es un comunitarista, es decir, no considera que las diferentes eticidades puedan proveernos por sí solas las soluciones a nuestros conflictos valorativos. Al contrario, lo ético nos lleva más bien a reafirmar nuestras valoraciones en contra de las ‘transgresiones y diferencias’. Cuando nos apoyamos en nuestro entorno ético, difícilmente podemos adoptar ‘el ojo de Dios’, esa mirada serena y superior que la neutralidad de la justicia exige. Para poder atender a los conflictos valorativos, debemos evitar lo que Habermas considera una indeseable consecuencia del comunitarismo: la disolución de la moralidad en la vida ética [Habermas, 1993:1]. Y eso sólo se puede lograr desde el punto de vista moral kantiano.

Al igual que Kant y que Rawls, Habermas vincula lo moral a la preocupación por la justicia y entiende la justicia como un punto de vista capaz de resolver conflictos entre intereses y valores. Habermas dice que “la ética del discurso se ubica dentro de la tradición kantiana pero sin exponerse a las objeciones a que se exponen las éticas abstractas de la convicción por causa de su concepción” [Habermas, 1993:1]. Como Kant, Habermas hace depender el punto de vista moral de una voluntad autónoma aunque, en este caso, una voluntad autónoma ‘mundana’, por así decirlo, no tan pura como la kantiana pero más realista y capaz de nutrirse de las fuerzas motivacionales que sólo pueden proveer los contextos específicos de solidaridad. La argumentación ayuda a construir esa buena voluntad a través de la fuerza de las buenas razones.

A fin de poder asumir un punto de vista imparcial, la ética del discurso “adopta una concepción muy específica de moralidad que se circunscribe a las cuestiones de justicia” [Habermas, 1993:2] y de esa forma se eleva, por así decirlo, sobre los sistemas éticos. Es por esto que, en sentido estricto, la ética del discurso debería ser llamada *moralidad del discurso*, en cuanto que es una ética post-convencional que difiere de los *sistemas éticos* que nutren a los individuos en virtud de su pertenencia a ciertos contextos sociales, culturales, religiosos, etc. La *ética del discurso*, se ocupa de los problemas de la justicia, incluso de la justicia entre esos mismos sistemas éticos.

En cuanto concentrada en la justicia, la ética del discurso ofrece una explicación del punto de vista moral justo, explicación que tiene que darse en términos de presuposiciones comunicativas de argumentación. Este logro se concreta en el *principio de universalización* o *Principio U*, que señala que una norma es válida si satisface la condición de ser aceptada por todos los afectados por ella, previa evaluación de todas las consecuencias y efectos colaterales de su observación general. De esa forma, “no adherimos a reconocer normas por un sentido de deber porque ellas hayan sido impuestas sobre nosotros mediante la amenaza de las sanciones sino porque nosotros *nos las damos a nosotros mismos*” [Habermas, 1991:31-32 y 42]. Veamos ahora cómo todo esto afecta el mundo institucional político y jurídico.

3. La interrelación moral de lo político y lo jurídico en la reorientación de las instituciones

La voluntad no está simplemente sujeta a la ley, sino sujeta de tal modo que debe ser observada como legislando para ella misma y sólo de este modo como siendo sujeta a la ley (de la cual ella se puede considerar autora). [Kant, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, 434].

1. Como bien dice la cita de Moon usada al comenzar la parte II como epígrafe, Rawls no trata tanto de llegar al punto de vista moral sino que, suponiéndolo, elabora a partir de él una teoría de la justicia que ha de regir el orden institucional, incluido el jurídico, al menos en ciertas sociedades democráticas occidentales. Esta teoría está básicamente resumida en un principio, llamado por Rawls *Principio general de justicia* y que reza de la siguiente manera: “Todos los bienes sociales primarios -libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases del respeto mutuo-, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados”. Este principio se expresa mejor en dos principios de justicia que son los siguientes:

Primer Principio: cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de la libertad para todos.

Segundo Principio: las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

- a- mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b- unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades.

La primera parte del segundo principio es conocida como *principio de diferencia* y está destinada a maximizar las posibilidades de los peor ubicados sin romper las garantías constitucionales prescriptas por el primer principio de justicia. A pesar de su preocupación, esta teoría de la justicia no aboga por una igualdad forzosa que destruya la libertad. Por ello es que los dos principios están gobernados por un *orden lexicográfico*, es decir, un orden que establece la jerarquía entre los principios de justicia para efectos de aplicación. Según este orden, el primer principio debe ser satisfecho antes del segundo y la primera parte del segundo principio antes de la segunda. Rawls define para esto dos normas de prioridad:

1- La prioridad de la libertad

Las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad. De tal forma: a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartidas por todos. b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptable para los que tienen una libertad menor.

2- La prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar

La justicia prima sobre el principio de eficiencia y el de maximizar las ventajas y la igualdad de oportunidades prima sobre el principio de diferencia. De tal forma: a) la

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

Sobre estos principios, sus implicaciones sociales y económicas y su relación con el ordenamiento político abundan las presentaciones y discusiones en la literatura filosófica contemporánea. Me he referido a ellos ampliamente en *Rawls, una hermética pragmática*, (Editorial Univalle, 1997). Aquí sólo me interesa señalar que esta teoría de la justicia, conformada por estos dos principios y por su orden lexicográfico, es lo que se conoce con el nombre de *justicia como equidad* (*justice as fairness*). A ella Rawls aspira a someter el ordenamiento jurídico e institucional de una sociedad que aspire a hacer de la justicia la primera virtud de las instituciones políticas.

En sus recientes textos, Rawls ha asumido que su teoría de la justicia no sólo podría resolver los conflictos entre diferentes doctrinas, ideologías y cosmovisiones porque es superior a ellas en sentido moral, sino que además tiene la capacidad de recibir el apoyo de las mismas gracias a su carácter eminentemente político. En otras palabras, que la 'justicia como equidad' es una *concepción política de la justicia*: en buena parte, esta condición estaría satisfecha por el hecho de que ella reduce su campo de aplicación a la estructura básica de la sociedad, no se nutre de aspectos doctrinarios acerca de la vida buena y rompe con toda pretensión metafísica. Gracias a eso, ella puede ser el objeto de un *consenso traslapado* de doctrinas comprensivas *razonables*, consenso que es necesario para la unidad social en sociedades pluralistas. Este consenso, que es independiente de todos los contenidos comprensivos de las diferentes doctrinas, se forma por la sumatoria de sus contenidos razonables y es por lo tanto un consenso moral, no únicamente un pacto de armisticio. Me he referido ampliamente a estas pretensiones en mi ensayo "Lo político en *El liberalismo político* de John Rawls" (Universidad Central de Venezuela, en prensa) y en "La *justicia como equidad* como una teoría kantiana" (*Humanidades*, IUS, 2000) y no es del caso ahondar en ellas aquí.

2. Desde su temprano texto *La transformación estructural de la esfera pública* hasta su reciente *Facticidad y validez*, Habermas ha insistido en una conexión entre la modernidad y la racionalidad expresada en la esfera pública, una conexión que, de un modo o de otro, provee las condiciones para un orden político moralmente justificado. En esto, Habermas se distancia de Horkheimer, de Adorno, de la tradición marxista y de los nietzscheanos críticos de la razón moderna. No es que Habermas no reconozca el papel que esa esfera ha cumplido en la dominación ideológica del capitalismo reciente. Es más bien que Habermas ve ese papel como el fruto de una tergiversación del proyecto original de la esfera pública burguesa, una transformación que terminó por imponer la racionalidad instrumental allí donde debería reinar la racionalidad moral. En su parecer, quienes condenan a la racionalidad moderna distinguen entre el proyecto inicial y su posterior transformación y adjudican a aquel lo que es criticable en ésta. El proyecto original de la esfera pública que la Modernidad introdujo tenía por función monitorear y legitimar el poder a través de las discusiones públicas. La posterior transformación por parte de un proceso de instrumentalización, en que tuvieron participación los medios de control sistemático del poder, ha alterado las relaciones debidas entre el Estado y la sociedad, de acuerdo con el proyecto inicial. Como consecuencia de esto, se ha dado una 'estatificación' de la

sociedad (que se ha hecho a través de una regulación legal de diferentes niveles de la vida privada y de las relaciones humanas) y una ‘socialización’ del Estado (que se ha hecho a través de una canalización hacia el Estado de los intereses sociales sin ninguna discusión previa en la esfera pública); procesos ambos que han llevado a la destrucción de la separación entre las dos esferas. En lugar de la esfera pública, hay un área donde compiten descarnadamente diferentes grupos de intereses y donde la publicidad es usada para ganar aprobación y prestigio.

Pero la democracia guarda en sí potencialidades para revertir este imperio de la racionalidad instrumental y para ayudar a restituir, guiada por una filosofía práctica capaz de ofrecer una normatividad clara, una esfera pública que sea la concreción del viejo ideal de una sociedad que controle el poder político y le dé fundamento moral. Para ello acude a una *sociología reconstructiva de la democracia* que trata de identificar los “fragmentos de una razón que se ha incorporado en las prácticas políticas, aunque sean prácticas distorsionadas” [Habermas, 1992: 285]. Ese es el papel de la teorización de la razón emprendido en su monumental obra *La teoría de la acción comunicativa*, especialmente a través del concepto de *mundo de la vida* tomado de Husserl y completado con la noción de *competencia argumentativa* de la filosofía aglosajona del lenguaje y de la psicología del desarrollo, como se presenta en Piaget y Koelberg. Con ello Habermas piensa una esfera pública como un “sitio transcendental donde se encuentran el emisor y el receptor, donde ellos pueden pretender que sus respectivas demandas y opiniones se ajustan a los mundos objetivo, social o subjetivo y donde ellas pueden criticar y confirmar la validez de esas pretensiones, ubicar sus desacuerdos y llegar a acuerdos” [Habermas, 1981, vol. II:126].

A manera de conclusión, es todavía mucho lo que falta por evaluar de estos proyectos filosóficos de restauración de la filosofía práctica alrededor de un concepto moral como el de *justicia*. Uno de los aspectos vitales para tal evaluación es su viabilidad. En otro ensayo (“¿Cómo responder a las demandas de los grupos monotemáticos? La preeminencia de lo moral sobre lo político y lo jurídico en Rawls y Habermas”, conferencias de filosofía del derecho, *Cátedra Gerardo Molina*, Universidad Libre, 2001), he intentado extraer la posible posición de ambos pensadores frente a las demandas de justicia de las identidades colectivas y las respuestas constitucionales que va dando la Corte Constitucional colombiana. Un más completo balance de estos aspectos debe incluir el concepto de *razón pública*, que va tomando preeminencia en el pensamiento rawlsiano y que me parece implica una especie de ‘constitucionalismo fijista’, por oposición a cierta renovación democrática del derecho propuesta por Rawls. No hay todavía, que yo sepa, una evaluación adecuada del reciente ensayo de Rawls “La razón pública revisitada” (1997). En cuanto a Habermas, es mucho aún lo que falta no sólo por evaluar sino por entender. En lo que he dicho, apenas sí he tomado en cuenta *Facticidad y validez*, obra monumental y compleja cuyas implicaciones y pertinencias (o no) sobre el campo jurídico es un tema abordado intensamente en Alemania y, recientemente, en España. Entre nosotros, donde los estudios dirigidos por el profesor Guillermo Hoyos es el precedente más reconocido, no es mucho lo que hay escrito sobre esta obra, excepción hecha del ensayo del filósofo español Juan Antonio García Amado, publicado en la ‘serie de teoría jurídica y filosofía del derecho’ de la Universidad Externado de Colombia (No. 5, 1997). Las cosas, sin embargo, apuntan a cambiar. En el Grupo *Praxis*, Universidad del Valle, estamos emprendiendo un análisis de los recientes textos y sin duda similares esfuerzos

se están emprendiendo en otras universidades colombianas. Es finalmente significativo el que estos temas estén interesando a las facultades de derecho (Universidad Libre, Icesi, Externado) lo que propiciará, sin duda, un diálogo interdisciplinar al respecto. Si este ensayo contribuye a ese diálogo y es críticamente superado por él, mi objetivo principal se habrá cumplido.

Bibliografía

A.J. AYER, *Critique of Ethics and Theology* (publicado en 1952 en *Language, Truth, and Logic*) en *Essays on Moral Realisms*, Cornell University Press, 1988.

Theodor ADORNO y Max HORKHEIMER, *Dialectic of Enlightenment*, 1944, traducción John Cumming, Continuum, 1996

Norberto BOBBIO, "El carácter del Iusnaturalismo" (1979), en *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna*, Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

_____, "El Poder y el Derecho" (1984), en *Origen y Fundamentos del Poder Político*, Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, Enlace-Grijalbo, 1986.

José FERNANDEZ SANTILLÁN, "Prólogo" en *Origen y Fundamentos del Poder Político*, Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, Enlace-Grijalbo, México, 1985.

Jurgen HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, (en alemán en 1981) Tecnos, Madrid, 1987, *Theory of Communicative Action*, Vol. I y II. Beacon Press, translated by Thomas McCarthy, 1996.

_____, *Moral Consciousness and Communicative Action*, (en alemán 1983) The MIT Press, Cambridge, 1990. *Justification and Application: Remarks on Discourse Theory*, (en alemán 1991) The MIT Press, 1993.

_____, *The Philosophical Discourse of Modernity, Twelve Lectures*, The MIT Press, Cambridge, 1987.

_____, *Facticidad y Validez* (en alemán 1992) Editorial Trotta, 1998. (*Between Facts and Norms*, Cambridge, The MIT Press, 1996)

_____, *Reconciliación Mediante el Uso Público de la Razón*, en *Jurgen Habermas/ John Rawls: Debate sobre el Liberalismo Político*, Paidós I.C.E./U.A.B. 1998

_____, *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, en *Multiculturalism*, editado por Amy Gutman, Princeton University Press, 1994.

_____, *On the Problem of Understanding Meaning in the Empirical-Analytic Sciences of Action*, en *On the Logic of the Social Sciences*, The MIT Press, 1996.

_____, *The Hermeneutic Claim to Universality*, en *Contemporary Hermeneutics. Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique* por Josef Bleicher, Routledge, London, 1990

_____, *Hermeneutics and the Social Sciences*, en *The Hermeneutics Reader*, editado por Kurt Mueller-Vollmer, Continuum, New York, 1994

Agnes HELLER *What is and what is not practical reason*, en *Universalism vs. Communitarianism*, editado por David Rasmussen, The MIT Press, 1990

Guillermo HOYOS, *Democracia y Derecho. El Debate entre Habermas y Rawls*, 1998.

Immanuel KANT, *Fundamentación de una Metafísica de las Costumbres*, Espasa Calpe, Madrid, 1983 (*Grounding for the Metaphysics of Morals*, translated by James Ellington, Hackett Publishing co. 1981).

_____, *Crítica de la Razón Práctica*, Editorial Porrúa, México, 1986 (*Critique of Practical Reason*, Prometheus Books, 1996).

Karl MARX, El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte, en *C.Marx F.Engels Obras Escogidas*, Editorial Progreso, Tomo I, Moscú, 1976.

Thomas McCARTHY Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue, in *Ethics*, 105, Oct. 1994

LA SEGURIDAD JURÍDICA: ENTRE LA TRADICIÓN Y LA RENOVACIÓN DEL DERECHO

DIANA PATRICIA QUINTERO MOSQUERA

Introducción. La suerte del derecho en Colombia no es preocupación exclusiva de juristas; los miembros de la sociedad se sienten autorizados a opinar sobre un fenómeno presente en casi todos los ámbitos de sus vidas. Por esto en la actualidad escuchamos voces críticas que culpan a la inseguridad jurídica en materia económica por la ausencia de inversión extranjera y la huida de capitales del país. Estos factores impactan negativamente las actividades productivas, al generar desempleo, decrecimiento económico, y consecuencias similares. El año pasado, a raíz del fallo de la Corte Constitucional que ordenó el reajuste salarial para los empleados públicos discriminados por la ley 547 de 1999, las críticas se centraron en el papel de los jueces constitucionales. Se les acusó de ser insensibles frente a los efectos económicos de sus decisiones, y de fomentar un ejercicio despótico del derecho. Esta intervención en la economía es percibida como una intromisión ilegítima de los jueces, y ha llevado a algunos a plantear como deseable la supresión de la Corte Constitucional.

Una de las opiniones más fuertes en contra de las decisiones con efectos prestacionales es sostenida por el economista Salomón Kalmanovitz. En su calidad de miembro de la Junta Directiva del Banco de la República ha manifestado: “La Corte Constitucional se ha erigido en un enorme poder (...) ha usurpado funciones del poder legislativo y del ejecutivo para ordenar que se haga legislación de acuerdo con sus conceptos (...) se ha tornado en una autoridad que define a qué sectores debe beneficiar el gasto público y en qué cuantías (...) las cortes pretenden defender los bancos públicos y están cambiando las reglas frecuentemente, agregando riesgos de regulación, de inseguridad jurídica permanente y de malos incentivos que vulneran aun más los derechos privados”¹. El tono de estas afirmaciones evidencia un descontento con el sentido que la Corte Constitucional ha dado al derecho. Pero el elemento constante en todos los opositores del tribunal es la crítica al carácter permanente de la inseguridad jurídica en el contexto colombiano.

¹ Salomón, Kalmanovitz, *Las instituciones colombianas en el siglo XX*, Ed. Alfaomega, Cambio, Bogotá D.C., enero de 2001. Págs 27 - 29.

Parece un hecho notorio la pérdida de seguridad jurídica entendida en su forma clásica: la previsibilidad de las decisiones de los tribunales, que sirve a los destinatarios del derecho para orientar su comportamiento². Cada cual busca a los culpables de esa pérdida entre el Gobierno, las altas Cortes, el Banco de la República, etc. Pero hay un aspecto ligado al concepto de derecho que se suele pasar por alto y cuya consideración puede contribuir a la comprensión del fenómeno que nos ocupa. La seguridad jurídica vigente antes de la expedición de la Constitución de 1991, suponía un acuerdo sobre la reducción del derecho a la ley positiva y el papel inferior del juez, como siervo de dicha ley. El orden institucional establecido durante la última década requiere de un nuevo acuerdo entre los ciudadanos, sobre el sentido y el alcance del derecho en la actualidad nacional. La seguridad jurídica posible hoy está condicionada por las modificaciones sufridas por el derecho en Colombia, a lo largo de la última década. Se trata de variaciones en el contenido, interpretación, método, modo de enseñanza, de estudio, y de aplicación del derecho.

A menudo, las personas vinculadas a las distintas organizaciones que componen la sociedad se sorprenden cuando se habla de los cambios que ha sufrido el modo de pensar el derecho, o de la existencia de nuevos paradigmas del saber jurídico en nuestro país. Sin embargo, encontramos en la realidad diversas nociones del derecho orientando el tipo de decisiones judiciales y gubernamentales que se adoptan. Este artículo pretende mostrar cómo lo que en ocasiones se percibe como ausencia de seguridad jurídica, no es sino el resultado de los cambios en la concepción y práctica del derecho. Como se lee en una sentencia de la Corte Constitucional, los acontecimientos de los últimos años: “han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho”³.

La falta de un acuerdo alrededor de una única noción de derecho explica, aunque de manera parcial, la inseguridad jurídica aludida. Esta no se agota en la preocupación sobre las normas que serán aplicadas por jueces o gobernantes en la solución de los distintos conflictos que se presenten. Involucra una segunda cuestión sobre cuáles elementos adicionales a las normas servirán de fundamento a las decisiones; interrogante que alude a la intervención de lo político y lo ético en el derecho. Y una tercera cuestión, sobre cuáles cambios en la normatividad promoverán los gobiernos sucesivos, bajo la presión de diversos grupos de interés. Responder a este último interrogante requiere una reflexión sobre el entorno político en que se desenvuelve la actividad productiva; reflexión que no se llevará a cabo en el presente artículo. En cambio, se estudiará la segunda cuestión que se refiere al contenido del derecho en la actualidad.

La pregunta que abordaremos es la de si el derecho se agota en el conjunto de normas producidas por quienes ejercen el poder político, o si involucra elementos adicionales y cuáles serían esos elementos. De aceptar una noción más amplia de derecho, debemos interrogarnos sobre cuáles serían el método y el papel del jurista en ese nuevo marco conceptual.

² Véase, H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México D.F., 1995, pág 260.

³ Sentencia T-406/92. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

a. La polémica en el ordenamiento jurídico colombiano actual.

Aunque en algún momento de nuestra historia como República se impuso una determinada tradición jurídica, en la actualidad asistimos a un cambio significativo del pensamiento y prácticas tradicionales. El sentido del cambio no es lineal; por el contrario, las concepciones presentes se entrecruzan o se superponen por períodos. El conocimiento de la concepción tradicional nos permite medir el alcance y significado de las transformaciones. Nos da luces además, para entender el conflicto actual entre las perspectivas tradicional y de renovación del derecho.

Esa tensión entre lo “viejo” y lo “nuevo”, que podemos denominar “formalismo vs. anti-formalismo”, expresa la oposición entre dos concepciones jurídicas. Una concepción *normativa* percibe el derecho como el conjunto de normas producidas y consagradas positivamente a efectos de garantizar la seguridad jurídica. Una concepción *realista* lo define como el conjunto de decisiones que permiten alcanzar la equidad o justicia en un caso particular⁴. Algunos académicos describen la polémica como el resultado de la interpretación realizada por la Corte Constitucional durante la última década⁵. Para estos, antes de la Constitución de 1991 la perspectiva dominante era formalista; mientras que, a partir del trabajo de adjudicación de la Corte, se va consolidando un desplazamiento hacia el realismo jurídico.

¿Posee alguna de esas corrientes que se expresan en el contexto colombiano actual, el concepto “verdadero” del derecho?. La respuesta es negativa, si tomamos en serio la afirmación del jurista Carlos Santiago Nino, para quien no existen unas nociones verdaderas y otras falsas del concepto. Simplemente, hay unas con mayor justificación o justificadas de manera más racional que otras⁶.

A fin de identificar las razones que han servido de justificación a la concepción formalista en Colombia, es necesario remitirse a algunos sucesos históricos acaecidos en los orígenes de la República. No pretendemos hacer un estudio histórico riguroso, exhaustivo. Simplemente queremos mencionar rápidamente dos fuentes de nuestra tradición y delinear los rasgos de una de ellas: el benthamismo jurídico, para señalar cuáles de esos rasgos se mantuvieron y cuáles no.

b. Las fuentes de nuestra tradición jurídica.

La teoría jurídica tradicional como ha sido transmitida en las escuelas, reduce el derecho a las normas de carácter coactivo, general y abstracto, creadas por el Estado o poder político. Esas normas se denominan “ley”, y su cumplimiento es asegurado por la fuerza física ejercida por el poder político sobre los ciudadanos. El carácter general, impersonal y abstracto de la ley así concebida garantiza el principio de igualdad

⁴ Sobre este debate Véase C. Borrero, “La Justicia comunitaria: ¿Peón de sacrificio o torre de marfil?”, en: *Pensamiento jurídico*, Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia, No. 12 Bogotá, 2000, págs 14 y 15. Y E. Ardila Amaya, “Justicia comunitaria: claves para su comprensión”, *ibid*, pág 45.

⁵ C. Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *La corte constitucional, el año de la consolidación*, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 1998. Págs 261 a 267.

⁶ C.S.Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 41

jurídica: los ciudadanos quedan todos cobijados de igual manera por las disposiciones legales. La concepción normativa a partir de la cual el derecho se agota en la ley positiva, fue incorporada a nuestra tradición en el siglo XIX. Los juristas de entonces buscaban desplazar el derecho casuístico propio de la época de la Colonia. Tal propósito se debió en parte al contacto que las elites criollas más progresistas sostuvieron con juristas europeos, provenientes de distintas ideologías.

Uno de los frutos del contacto con Europa fue el “liberalismo utópico” dado en la Nueva Granada entre 1850 y 1870; periodo que ha sido bien caracterizado por Alfredo Vázquez Carrizosa. Para él, durante esos años se intentó convertir el Estado en una confederación compuesta por entidades territoriales soberanas. Los rasgos básicos de dicho intento se expresan en la descripción del Estado como un aparato “con libertades absolutas de imprenta y enseñanza, libre comercio extranjero y la abolición del ejército permanente, por estimarlo opuesto al concepto de las libertades absolutas”. Se trata de un momento de la vida institucional de la Nueva Granada, durante el cual se implanta una utopía libertaria, en detrimento de la autoridad presidencial⁷. El derecho, creación de dicho Estado, es percibido como un freno a las libertades individuales. La proliferación de normas es una cortapisa para el desarrollo y despliegue de los ciudadanos, en tanto restringe la iniciativa privada. A pesar de ese prejuicio hacia el derecho, este liberalismo logró orientar parte importante de la legislación neogranadina del momento. A ello contribuyó el triunfo liberal del general José Hilario López; quien fue elegido por el Congreso en marzo de 1849. Entre las normas promulgadas bajo el influjo de este liberalismo “radical” encontramos la ley del 12 de junio de 1849, mediante la cual se abolió el monopolio del tabaco y se crearon posibilidades para la comercialización de la agricultura. De igual modo, la ley del 26 de mayo del mismo año, que suprimió la pena de muerte para los delitos de naturaleza política. Y la ley del 21 de mayo de 1851 declaró la libertad para todos los esclavos del territorio nacional.

Una segunda fuente de nuestra tradición fue el benthamismo jurídico, en algunos de sus aspectos. Algunos años después de proclamada la independencia de la República, el pensamiento de Jeremías Bentham se incorporó a la enseñanza universitaria de los asuntos jurídicos y políticos. Con esta medida se intentaba desplazar la lógica jurídica propia de la Universidad colonial. Es famosa la amistad existente entre Bentham y Francisco de Paula Santander⁸. Este último instituyó, mediante decreto, el *Tratado de Legislación* del jurista inglés, como obra de estudio obligatorio en las Facultades de Jurisprudencia y en la enseñanza media de Ética. Durante este periodo, los neogranadinos buscaban racionalizar el Estado a través de la legislación y la tecnificación⁹. Para lograrlo, adoptaron la idea de Bentham de crear un sistema de normas jurídicas claras, fundadas en un principio racional: el de la mayor felicidad

⁷ Véase A. Vázquez Carrizosa, “La disolución de la gran Colombia”, en *El poder presidencial en Colombia*, Enrique Dobry editor, Bogotá, 1979, págs. 94 - 98.

⁸ El itinerario de esta amistad consta en la correspondencia y en los escritos de Santander que conforman sus diarios de viaje. Véase, *Santander en Europa. Diario de viaje 1829-1830*, Presidencia de la República de Colombia - Banco de la República, Bogotá 1989, págs 7, 10, 11, 183, 184, 187, 206, 208 y 209. *Santander en Europa Diario de viaje 1830 - 1832*, pág. 118. *Santander en Europa Cartas de viaje, 1829 - 1832*, págs 42, 43, 44, 73, 83 y 98.

para el mayor número de personas; principio que sirve de criterio para la moralidad tanto particular como institucional.

La importancia y posterior permanencia del benthamismo se debió, en parte, al deseo de los fundadores de la República de realizar una organización racional y eficaz del Estado. La formulación jurídica de Bentham, según ellos, adoptaba como principio fundante la generalidad de la ley y ofrecía una concepción del derecho desligada de cuestiones religiosas o morales. La pretensión de algunos sectores de las elites criollas era instaurar un sistema jurídico que obligara a todos por igual, y se pudiera diferenciar de las valoraciones de quienes ejercían el poder. El respeto del principio democrático de generalidad de la ley, adoptado por los benthamistas, garantizaba la seguridad jurídica y en ese sentido inauguraba un ordenamiento respetuoso de uno de los principales derechos de los ciudadanos. El Estado de derecho no sería ya, como en el liberalismo vinculado a la tradición *iusnaturalista*¹⁰, un Estado capaz de garantizar la obediencia a normas universales e inmutables, de contenido vago e indeterminado. En adelante regirían las normas escogidas por el soberano, aunque su contenido no coincidiese con el derecho natural. Bentham vió en el *iusnaturalismo* al mayor enemigo de la seguridad jurídica y logró transmitir esta prevención a sus seguidores neogranadinos¹¹. La tradición jurídica instaurada por este camino se concretó en una concepción normativa, formalista; para la cual la coacción y la voluntad del poder político ocupaban un lugar central, como elementos que distinguen a la Jurisprudencia, es decir la ciencia del Derecho, de otras expresiones normativas como la moral¹².

De todos los elementos incorporados así por nuestra tradición, hay sin embargo, uno que no puede ser atribuido en propiedad a Bentham: el formalismo estricto. Algunos aspectos básicos del pensamiento del jurista inglés fueron olvidados en algún momento por nuestra historia institucional. En primer lugar, su convicción sobre la necesidad de contar en la sociedad con censores, o teóricos dedicados a resaltar los aspectos “irracionales” o “inconvenientes” de la legislación¹³. En segundo lugar, la afirmación

⁹Sobre este período de nuestra historia es ilustrativo consultar a Jaime Jaramillo Uribe en su texto *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Temis, Bogotá, 1982, págs 135 - 155.

¹⁰A pesar de la existencia de múltiples nociones de *iusnaturalismo*, podemos definirlo como aquella corriente para la cual sólo constituyen derecho aquellas normas cuyo contenido es acorde con las leyes eternas, inmutables y de validez universal que los hombres pueden extraer de la voluntad de Dios o bien pueden extraer del conocimiento de la naturaleza humana.

¹¹Véase, J. Bentham, *Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid 1973, Págs 42 - 46.

¹²“El fin de la ética privada es la felicidad, igual que el de la legislación; se trata de la felicidad de cada miembro de la comunidad. Las personas cuya felicidad debe buscarse son las mismas, ¿en donde radica entonces la diferencia? Hay una diferencia en los actos de que tratan ambas. El hombre debe realizar aquellos actos que le producen felicidad y producen felicidad a los demás, pero el legislador no siempre debe, vía coacción, intentar dirigir la conducta de los miembros de la comunidad” J. Bentham, *The principles of morals and legislation*, Prometheus Books, New York, 1988, págs 313 y 314. (traducción mía).

¹³J. Bentham distingue entre el expositor y el censor. El primero es el encargado de explicar lo que la ley es, es decir, aquello que el legislador y su subordinado - el juez- han hecho previamente. El segundo se encarga de fijar lo que la ley debe ser, y en ese sentido, lo que el legislador debe hacer en el futuro. El trabajo de este último es lo que permite a un sistema progresar. Ver *Fragmento sobre el gobierno*, pág. 11.

de que los creadores tradicionales del derecho, denominados por la teoría jurídica “el legislador”, no son tan racionales como supone una concepción normativa del derecho. Y en tercer lugar, para Bentham las decisiones de los tribunales también constituyen normas jurídicas, es decir derecho¹⁴. Además, el derecho debe fundarse en un principio moral: el principio utilitarista del bienestar general. Este hecho hace del pensamiento de Bentham una teoría jurídica sustantiva, comprometida con una idea de bien – la felicidad del mayor número.

Nuestra concepción tradicional redujo el derecho a la ley positiva y coactiva producida por el poder político, al excluir los principios generales y la costumbre. Desconoció el papel de las decisiones judiciales o precedentes como fuentes de derecho y dejó a los juristas la tarea de describir una legislación considerada fruto de un legislador racional incapaz de dejar vacíos o de incurrir en contradicciones¹⁵.

c. Sobre el método en la tradición jurídica colombiana.

Otro de los aspectos que se ha transformado en los últimos años, y cuya formulación tradicional permite entender el contenido del cambio es el método del derecho. Nuevamente fue Bentham, con el concurso posterior de su discípulo John Austin, quien inspiró los desarrollos metodológicos dados a lo largo de los primeros años de la República. El método se tornó descriptivo –descripción de las normas positivas– separado de cuestiones valorativas de naturaleza moral o política¹⁶. Durante el siglo XX se sumó el influjo del jurista Hans Kelsen, quien formuló una concepción formalista y positivista del derecho.

La adopción de los postulados kelsenianos fue un hecho importante. Nuestras escuelas tradicionales enfatizaron en la idea de ciencia jurídica: disciplina fundamental, referida a la actividad del jurista, de describir las normas que forman el ordenamiento jurídico. La filosofía del derecho, la sociología jurídica, la antropología del derecho, etc., se consideraron disciplinas auxiliares. Su tarea, se afirmó, es ocuparse del ordenamiento jurídico de manera externa, en tanto lo valoran y pretenden contribuir a su reformulación. Desde esta perspectiva, tales disciplinas no son partes de la ciencia

¹⁴“Del conocimiento de las normas jurídicas elaboradas por las decisiones de los tribunales dependen la vida, la fortuna y la libertad de todos los hombres de la nación”. J. Bentham, *Fragmento sobre el gobierno*, pág. 24.

¹⁵La poca importancia dada por nuestra tradición jurídica al problema de los vacíos en la ley, se expresa en el hecho de que esta materia se encuentre regulada por la ley 153 de 1887, cuyo artículo 13 establece: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. La Corte Constitucional mediante la sentencia C-224 de 1994 declaró su exequibilidad o existencia jurídica; en una decisión judicial que intenta separar el derecho de la moral, pero fracasa debido a las incoherencias argumentativas y conceptuales.

¹⁶Para Bentham la Jurisprudencia se divide en dos partes: a. el arte de la legislación, también denominada jurisprudencia censorial, cuya tarea es indagar sobre qué deba ser el derecho; y b. la Jurisprudencia expositiva: aquella que se dedica a determinar lo que la ley es (jurisprudencia expositiva) Véase, J. Bentham, *The Principles of morals and legislation*, pág. 324. El desarrollo de esta concepción será elaborado también por el discípulo de Bentham J. Austin, quien formuló una distinción clásica entre Jurisprudencia y Ciencia de la Legislación, (entre el ser y deber ser del Derecho).

jurídica, “sino partes respectivas de la filosofía, la sociología y la antropología generales”¹⁷. Se trata de una concepción que excluye del saber jurídico la tarea conceptual-valorativa, el conocimiento de la realidad social en que surgen y se aplican las normas y el tipo de sujeto al que están destinadas. Las consecuencias que para la disciplina ha traído esta forma de entender el objeto son bastante conocidas¹⁸.

El término ciencia jurídica fue asimilado en nuestra tradición a dogmática jurídica; caracterizada como un saber científico y descriptivo. El saber se consideró desprovisto de valoraciones – sobre la justicia o eficacia de sus normas - y de elementos prácticos; como los problemas de decisión en los casos particulares. La dogmática exige al investigador neutralidad frente a las valoraciones, rigor en la descripción y unidad metodológica. La unidad se expresa en el acuerdo sobre dos reglas básicas.

La primera regla se refiere a la abdicación valorativa; mediante la cual se afirma la necesidad de que el jurista renuncie a dar opiniones sobre cómo deba ser el derecho. El jurista debe dedicarse a describir las normas que forman el ordenamiento jurídico, (ordenamiento jurídico positivo). Esta regla supone que el jurista acepta de manera acrítica la legislación¹⁹ y respeta la idea del legislador racional o sabio. Le impone la obligación de someterse incondicionalmente a la voluntad de quienes hacen la ley, entendida como ley positiva.

La segunda regla de la dogmática señala que el jurista debe abordar el ordenamiento jurídico como sistema. Este principio no considera al derecho como agregado incoherente de normas, sino como un sistema coherente, desprovisto de vacíos o lagunas. Se trata de la convicción sobre la racionalidad intrínseca del derecho, que autores como Hans Kelsen – en sus obras tempranas- defenderán como central en la ciencia jurídica. La norma pertenece al sistema porque se basa en una supuesta Constitución última²⁰, o porque existe una regla de reconocimiento a partir de la cual los funcionarios, tribunales y particulares aceptan que aquello dicho por la Constitución es derecho²¹.

¹⁷ E. Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1980.

¹⁸ Durante muchos años la enseñanza en algunas escuelas de derecho ha estado guiada por una convicción: se considera jurista solo a aquel profesional conocedor de las normas que conforman un ordenamiento jurídico particular. La actividad pretende ser científica, porque se trata de describir los contenidos normativos con supuesto rigor y neutralidad; Este fenómeno ha dado lugar a que los abogados sean técnicos especialistas en el conocimiento de las normas, pero desprovistos de un conocimiento sólido sobre el contexto social, político, económico y moral en el cual aquellas surgen y se aplican.

¹⁹ La pretensión de abdicación es considerada por algunos críticos como imposible, porque cualquier jurista está inmerso en una ideología determinada, de la que le resulta imposible desprenderse, en su tarea dogmática. A. Calsamiglia, “La ciencia jurídica”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, pág. 22.

²⁰ Para H. Kelsen el fundamento de validez del ordenamiento jurídico es una última Constitución, que no corresponde a las constituciones de los Estados particulares en tanto es un supuesto teórico o hipótesis. En virtud de dicho supuesto se asume la existencia histórica de una primera constitución o norma fundamental, según la cual fueron creadas las normas jurídicas. Tomado de H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F., 1995, Págs 201 y 202.

²¹ Para H.L. A. Hart el fundamento de validez de las normas del ordenamiento es la regla de reconocimiento, que reemplazaría esa supuesta constitución última de Kelsen y cuyo contenido reza: “lo que

Entre los elementos que nuestra tradición desconoció de la formulación metodológica de Bentham, se encuentran el reconocimiento de las limitaciones del ordenamiento jurídico. Este podía reducirse a un sistema de normas incoherente e incompleto, por la ausencia de racionalidad en su elaboración²². Bentham sabía que la razón y el poder no siempre coinciden, situación que deja sin fundamento la ficción del legislador racional, propia del paradigma dominante de ciencia jurídica. De igual manera consideraba, tal como citamos líneas arriba, que un sistema jurídico no progresa sin la jurisprudencia censorial. La tarea valorativa del censor no sólo impedía el rezago del derecho frente a los cambios sociales, sino que formaba parte interna de la disciplina – Jurisprudencia –, al lado de la parte expositiva o descriptiva.

La dogmática como método de trabajo del jurista, bajo la forma que adoptó en nuestra tradición, se define como la parte científica del derecho, en la cual los juristas deben abstenerse de valorar las normas; haciendo abstracción de los problemas prácticos o de aplicación de las normas. Las críticas actuales al saber dogmático se refieren a la imposibilidad de separar la descripción del derecho de su valoración. Un estudio riguroso de las normas necesariamente llevará al investigador a develar los vacíos, incongruencias y demás problemas del sistema jurídico. Esto significa en la práctica la realización de una labor valorativa de dichas normas. Otro elemento descuidado por la tradición formalista es una tercera regla de la dogmática referida a la resolución justa y eficiente de los casos por parte de los jueces²³. Se considera que a fin de obtener de la tarea interpretativa una consecuencia justa y bien recibida por los ciudadanos, se deben ponderar las consecuencias de la decisión. Esta regla busca garantizar el valor de la justicia material y la eficiencia como valores básicos de la sociedad y en esa medida, irrenunciables.

d. El papel tradicional del jurista.

En las consideraciones sobre el método va involucrada la tarea que la concepción tradicional deja al jurista, es decir la descripción de las normas del ordenamiento jurídico, y en el caso del juez, la aplicación deductiva de dichas normas a los casos particulares. El supuesto básico de tal asignación es el papel predominante del legislador, quien, al ejercer el poder político es el único facultado para crear las normas del ordenamiento. Nuestra tradición tomó la noción de soberano formulada por Bentham y su discípulo Austin. Para Austin, la voluntad del soberano sirve de criterio para diferenciar las normas jurídicas del resto de normas sociales²⁴. Por soberano Austin no entiende al monarca, sino al legislador último, que en un sistema

la Constitución dice es derecho”, norma última, por encima de la cual no habría otra que le otorgara a su vez validez jurídica y que existe como una práctica de los tribunales, funcionarios y particulares, quienes aunque no la formulen expresamente suponen su existencia como un hecho social. Tomado de H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, Págs 125 – 137.

²² La incompletud del sistema obliga al jurista a acudir a algo externo al conjunto de normas, en su búsqueda de soluciones a los casos particulares, con lo que se desborda el método puramente descriptivo

²³ Sobre las características y límites de la dogmática jurídica, véase: A. Calsamiglia, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, págs 101 – 109.

²⁴ Véase D. Lyons, *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1989, págs 57 – 60.

democrático coincide con el parlamento. La noción de soberano es central en la definición del derecho como conjunto de normas coactivas, creadas por él. Aunque para Bentham el carácter coactivo de las normas era un criterio diferenciador más preciso, el soberano ocupaba igualmente un lugar predominante.

El legislador en nuestra tradición jurídica tiene exclusividad sobre el trabajo creador de normas, pues solo él goza de la autoridad necesaria para mandar, prohibir, facultar o permitir algo a los ciudadanos²⁵. El principio de legalidad, como parte básica de dicha tradición, garantiza que las disposiciones del legislador lo cobijen de igual manera, eliminando cualquier posibilidad de despotismo. Sin embargo, ese principio no impide que el juez sea considerado como su subordinado; posición que comparte con los abogados y los juristas teóricos. La concepción tradicional ve en el juez un siervo de la voluntad del legislador. Su tarea básica se reduce a ser “la boca por la que la ley habla”, para lo cual debe utilizar los métodos de interpretación establecidos por la escuela de la exégesis²⁶. Estos métodos garantizan la seguridad jurídica – ese es el supuesto –, mediante su incorporación a la legislación particular del Estado. Los abogados deben basar su tarea predictiva en un estudio riguroso de las normas jurídicas válidas, como forma de obtener aplicaciones de su contenido favorables a los intereses que ellos representan. El teórico del derecho, por su parte, debe encargarse de la descripción normativa y dar precisión a los conceptos contenidos en el ordenamiento jurídico.

e. Modificaciones a la concepción tradicional del derecho.

La tradición jurídica dominante en Colombia hasta hace una década, corresponde, en términos generales, al esquema esbozado en este artículo. Sin embargo, durante estos años hemos asistido a una profundización de la influencia de la cultura anglosajona sobre el resto del mundo y en particular sobre los países latinoamericanos. De dicha cultura forma parte esencial la tradición jurídica del *common law*, para la cual los precedentes judiciales, entendidos como normas particulares que tienen el poder de suplir o contener la legislación, son considerados como elemento esencial del derecho. A ello se suman los poderes que tienen los jueces constitucionales de interpretar la Constitución; ellos en sus decisiones aislan de las contingencias políticas una parte significativa del derecho²⁷. La incorporación de algunos elementos del sistema anglosajón a nuestro ordenamiento jurídico es consecuencia normal del

²⁵ He descrito aquí el conjunto de acciones que contienen las normas jurídicas. Véase H. Kelsen, ob. Cit, págs 28 –30.

²⁶ Denominación dada a una Escuela de interpretación jurídica de inspiración francesa, cuyo origen se remonta al año de 1804 y cuyos principales rasgos son: el derecho se reduce a la ley, los tribunales deben establecer la existencia de los hechos, de los que se derivarán determinadas consecuencias jurídicas. La interpretación exegética supone que el derecho es un sistema completo, coherente, que contempla soluciones a todos los casos particulares y en el cual consta una única regla aplicable al mismo, desprovista de ambigüedad. El juez debe hacer una deducción silogística, en la cual la premisa mayor es la norma, la premisa menor la conducta y la consecuencia corresponde a la decisión. Véase, Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., págs 37 – 40.

²⁷ C.S. Nino, *Derecho, Moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, págs 12, 13..

proceso de globalización, interdependencia de los estados nacionales que opera en los ámbitos cultural, ideológico, económico, jurídico, etc. La erosión de la soberanía propia del Estado-Nación conlleva necesariamente la pérdida del poder del legislador para dictar, *con exclusividad*, las normas que guían la conducta ciudadana y sirven de soporte a la labor predictiva. Esta pérdida se da en beneficio de las reglas de juego internacionales. El nuevo *status* del derecho internacional resulta paradójico. Durante la vigencia de la concepción tradicional se discutían con escepticismo las posibilidades de reconocer como “derecho” a sus normas, por la ausencia del elemento coactivo. En la actualidad, hay una mayor conciencia sobre su carácter vinculante. La incorporación descrita de los elementos de una tradición jurídica en otra,²⁸ se inició con el establecimiento de normas y prácticas propias del sistema acusatorio, a nuestro derecho penal y se ha ido consolidando mediante la interpretación constitucional realizada por la Corte durante la última década. El Magistrado Carlos Mejía Escobar, Presidente de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado con relación al sistema acusatorio: “El sistema colombiano contiene elementos de tendencia acusatoria, universalmente aceptados: la desconcentración de funciones básicas del procedimiento, la disminución de facultades oficiosas por parte de la judicatura, la pretensión de que el juicio sea oral y algunas instituciones propias del principio de oportunidad”²⁹. Hay sin embargo, otros elementos que faltarían para clasificar a nuestro sistema como acusatorio. El propio doctor Mejía los enuncia: “(...) el sistema colombiano carece de otras como la intervención de jurados, la concentración de la prueba que se practica en el juicio como fundamento exclusivo de la sentencia, la concepción de la fase investigativa como etapa meramente preparatoria del juicio, y en general el desarrollo del procedimiento como proceso puro de partes”.

Al cambio también ha contribuido la necesidad de los jueces de tutela de interpretar y aplicar un listado de derechos individuales, sociales, económicos y culturales, incluidos en la Constitución Política. La cuestión del sentido y alcance de derechos fundamentales, en el marco de un Estado social, requiere de herramientas conceptuales que se encuentran muy elaboradas en la literatura norteamericana e inglesa de los últimos siglos. Proferir fallos sobre aborto o eutanasia, para citar dos casos, requiere alguna reflexión sobre los conceptos de persona, calidad de vida, disponibilidad de vida, etc. Estas cuestiones se han debatido ampliamente en el marco de dicha tradición.

f. La integración de los precedentes a nuestra noción de derecho.

En Colombia presenciamos la incorporación de algunos elementos de la tradición anglosajona a las prácticas jurídicas actuales. Los precedentes judiciales entran a constituirse en fuente básica de derecho, - al lado de las normas jurídicas-. Este proceso

²⁸ A comienzos de la década de los 80 un filósofo del Derecho argentino, Genaro Carrió, explicaba cómo las tradiciones continental y del *common law* se desenvolvían en un ambiente de ignorancia mutua, lo que las llevó a encerrarse en sí mismas y a que los debates propios de cada tradición fueran tratados como un asunto de familia. Véase, G. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, en Cuadernos de crítica 16, Instituto de Investigaciones filosóficas Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, págs 7 y 8.

²⁹ Ambito jurídico, separata bimestral, academia foro justicia. Julio de 2001.

es el resultado de la tarea hermenéutica realizada por el tribunal constitucional, durante la última década. El tribunal constitucional estableció, en un primer momento, la noción de “doctrina constitucional”, para referirse al conjunto de decisiones que tomaba en la revisión de los fallos de tutela. Mediante esos fallos se fijaba el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Estas decisiones, trascendían el efecto entre las partes y se tornan obligatorias para todos, es decir tienen el mismo efecto que la ley creada por el legislador (*erga-omnes*). A esta doctrina se le conoció como doctrina “Angarita”, nombre tomado de su defensor, el magistrado Ciro Angarita; y fue derrotada con posterioridad, mediante la sentencia C-131 de 1993.

La Corte mediante el recurso a la noción de cosa juzgada, ha dado carácter obligatorio a algunas de sus decisiones; las cuales se consideran pautas que unifican y orientan la interpretación constitucional. Esto impone a los jueces el deber de utilizar esas decisiones como precedentes para los casos similares, a fin de respetar el principio de igualdad – situaciones similares deben decidirse de igual manera - o el principio de cosa juzgada, consagrado en el artículo 243 de la Constitución: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Las sentencias de unificación, e incluso las de constitucionalidad, al tener efectos de cosa juzgada pueden considerarse como precedentes, o decisiones que deberán ser acatados por los jueces en los casos futuros.

Esta incorporación de los precedentes como fuentes primarias de derecho no se ha dado sin tropiezos. La Corte debió reconocer el contenido del artículo 230 de la Constitución: “Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley (...)” y enfrentó diversos intentos del legislador por poner límites a su capacidad de generar derecho³⁰. Tales intentos se expresaron en el decreto reglamentario de la acción de tutela, en el sentido de reducir los efectos de la decisión a las partes vinculadas; y también en la ley estatutaria de la administración de Justicia. La Corte utilizó con posterioridad su facultad de determinar la constitucionalidad de las leyes para eliminar tales restricciones a su poder, declarando inconstitucionales los artículos pertinentes de la ley estatutaria. Así mismo, ha esgrimido frente al legislador su autonomía institucional, como la capacidad de fijar ella misma el efecto y alcance de sus fallos. Y ha manifestado que en atención al principio de cosa juzgada, sus fallos pueden tener carácter obligatorio.

Los juristas mediante el estudio de las sentencias pertinentes señalan la existencia de contradicciones en la posición de la Corte. Concluyen que en las decisiones se acepta el carácter “auxiliar” de sus propios fallos y la consiguiente supremacía de la ley, aunque en la práctica ha existido una lucha con el legislador, por controlar el sistema de fuentes del derecho. Las sentencias de unificación y el recurso a las nociones de autonomía institucional y de igualdad, serían parte de estas prácticas³¹.

Con relación a las decisiones judiciales, lo novedoso no es el *status* de normas que se les otorga; incluso Kelsen se refería a ellas como normas particulares. Es su

³⁰ Sobre la historia de esta disputa Corte-Congreso por la hegemonía sobre la creación de pautas generales y obligatorias, se encuentra un estudio interesante de D. López Medina, “El valor del precedente constitucional”, en *Derecho constitucional perspectivas críticas*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y siglo del Hombre editores, Bogotá, 1999. Págs 123 - 146.

³¹ Estas conclusiones se encuentran en el texto de D. López Medina, *ob.cit*, págs 144- 146.

incorporación a nuestro ordenamiento como precedentes, es decir como normas con efectos generales, que imponen un deber de obediencia a los juristas. Esta perspectiva hace de los precedentes una parte esencial del derecho, que debe ser considerada, para el éxito de la labor predictiva propia de la seguridad jurídica. Su lugar en el esquema de fuentes del derecho, deja de ser secundario y subsidiario - solo se consideran fuentes en casos de vacíos legales-, para tornarse en fuente primaria.

g. La incorporación de los principios al concepto de Derecho.

Tal como hemos señalado, algunas prácticas jurídicas propias del *common law* se incorporan de modo paulatino a nuestro sistema jurídico. De igual forma, y como resultado de lo anterior, discusiones teóricas que hace un par de años eran exclusivas de ingleses y norteamericanos, hoy son muy relevantes para la comprensión del tipo de derecho que impera entre nosotros. Uno de los principales teóricos de la tradición norteamericana es Ronald Dworkin, quien ha dedicado buena parte de su esfuerzo intelectual a develar las limitaciones del positivismo. Su crítica pone de manifiesto la forma como el derecho se amplía, más allá de las normas coactivas producidas por el poder político.

Dworkin considera que las normas no pueden dar cuenta de la totalidad del fenómeno jurídico. Reducir el derecho al sistema de normas es desconocer la existencia de los principios y las directrices políticas, cuya naturaleza es distinta a la de aquellas. Para el teórico norteamericano, los abogados y los jueces al decidir un proceso, apelan no solo a normas jurídicas simples (las cuales pueden ser identificadas mediante algún criterio como la coerción), sino además a principios jurídicos. Estos son diferentes a las normas; las cuales tienen una estructura dual, contienen un supuesto jurídico y una consecuencia jurídica. Una vez satisfecha la condición plasmada como supuesto se seguirá la consecuencia de manera inmediata. Los principios en cambio tienen una estructura simple, en tanto se limitan a enunciar una razón³². En aquellos casos en los cuales se presenten conflictos entre principios, el juez deberá decidirse por aquel que posea mayor peso. El principio que ceda en dicho caso seguirá formando parte del ordenamiento jurídico y podría, en otro caso, ser considerado como de mayor importancia o relevancia³³. Las partes tienen el derecho³⁴ de ver resuelta su situación conforme al derecho preexistente. Por esto la crítica dworkiniana busca demostrar la forma como operan tales principios en el derecho. Se trata de impedir la discrecionalidad judicial, es decir, que el juez decida de acuerdo a sus opiniones, creencias, o ideologías.

El objeto del derecho no puede agotarse en reglas reconocibles por su conformidad con un superior - Constitución supuesta o un hecho social -. En él hay principios aplicables a los casos fáciles y a los difíciles que no pueden ser identificados mediante

³² La explicación de esta teoría se encuentra en el texto de R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, pág 75.

³³ Un ejemplo de este modo de proceder lo podríamos encontrar en algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana, cuando decide casos en que debe ponderar el principio de libre desarrollo a la personalidad y algún otro principio como el respeto a la vida o la dignidad humana.

³⁴ Se trata del derecho subjetivo o facultad. Vgr, tengo derecho a esperar que sea aplicada la justicia.

la regla de reconocimiento propuesta por H.L.A. Hart. El soporte del positivismo a partir del cual los “derechos y las obligaciones sólo se pueden derivar de reglas jurídicas, cuya validez se da en términos de la regla de reconocimiento”, tampoco se sostiene, porque los principios también pueden crear derechos y obligaciones³⁵.

En consideración a los anteriores límites positivistas, Dworkin plantea la necesidad de ampliar el concepto de derecho, a fin de incluir los principios que justifican las prácticas jurídicas. Esto permite a los jueces encontrar en los casos difíciles los principios que justifiquen de la mejor manera posible las reglas vigentes, sin necesidad de crear normas jurídicas. Para Dworkin la adjudicación o aplicación del derecho está gobernada por la integridad, entendida como el compromiso de las autoridades públicas de tratar a los particulares de manera consistente con los principios de moralidad política plasmados en las instituciones de la comunidad. Se trata de un vínculo intrínseco entre el derecho y la moral: aquel contiene en sí mismo los principios de moralidad política pactados contractualmente.

La inclusión de los principios en el contenido del saber, no es un elemento ausente de nuestra tradición jurídica; lo novedoso es el lugar que ocupan en el ordenamiento. Los principios eran considerados fuentes secundarias de derecho, aplicables solo en aquellos casos en que no existiesen normas expresas para regular el caso sujeto a examen. Su exclusión como fuentes de obligación era resultado del carácter formal que les daba el ordenamiento jurídico; es decir, el sentido de enunciados que pretenden guiar la conducta de juristas y gobernantes, sin un contenido material con validez normativa. Este carácter subsidiario cede su lugar a un papel más activo, en la medida en que los principios se tornan normativos, - son capaces de imponer derechos y obligaciones -³⁶.

h. Conclusión sobre el Derecho y la seguridad jurídica en la actualidad.

³⁵Las autoridades judiciales colombianas conceden tutelas para salvaguardar no solamente los derechos - normas - de los asociados sino también los principios consagrados positivamente en la Carta Política. En las sentencias encargada de explicar el sentido y alcance de los principios constitucionales, la Corte ha señalado que no se trata de declaraciones éticas, sino de normas jurídicas de carácter vinculante para todas las autoridades. Ver, sentencia T-499 de agosto de 1992, sobre el principio de dignidad humana. Con relación al principio que consagra el Estado social de derecho, la Corte ha manifestado: “ Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no sólo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales (...) la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma (...) No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”, Sentencia T-406 de junio de 1992.

³⁶La concepción tradicional del derecho ha sido clara en excluir a los principios como fuentes de obligaciones. En este sentido afirma A. Valencia Zea: “La doctrina actual señala como hechos generadores de obligaciones a los contratos y las declaraciones unilaterales de voluntad, a los hechos ilícitos, y a los estados especiales o situaciones de derecho o de hecho que, unidos a determinadas circunstancias o supuestos, son susceptibles de engendrar una obligación” Tomado de A. Valencia Zea, *Derecho civil de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1990, págs 45 y 46.

A pesar de los límites del enfoque normativo, es necesario reconocer que en nuestro país el derecho es aún, en buena parte, un conjunto de normas creadas por el poder político. El trabajo interpretativo de la Corte Constitucional ha introducido las nociones de precedente y de principios constitucionales como fuentes primarias de derecho. La metodología es descriptivo - valorativa, incluso en la dogmática jurídica, como aquella parte científica del saber que pretende dar elementos a los juristas y jueces para la interpretación y la decisión judicial.³⁷ Como la valoración moral y política de las normas y principios es parte ineludible de su aplicación, se reconoce que los juristas no pueden ser totalmente neutrales.

Las transformaciones del saber señaladas requieren de un cierto acuerdo por parte de la comunidad jurídica, en torno a una definición válida para nuestra nueva realidad. El acuerdo permitirá la restauración de un tipo distinto de seguridad jurídica. Proponemos entonces una definición, para ser tenida en cuenta por los miembros de esa comunidad. El Derecho puede ser definido como un saber cuyo objeto es un conjunto de normas, principios positivos y precedentes, establecidos para regular las relaciones intersubjetivas de los miembros de la comunidad política. El fin que persigue es compatibilizar los distintos intereses presentes en dicha comunidad, como condición para la convivencia pacífica. Su objeto es pensado de modo activo, en sus procesos de creación, aplicación e interpretación. Su método es descriptivo y valorativo, en tanto involucra la valoración moral y política del objeto.

La anterior definición supone el abandono de la vieja escisión entre disciplinas fundamentales y auxiliares. En su lugar reconoce el papel que desempeñan, para el estudio del Derecho, las teorías de la justicia, de la legitimidad política, de la adjudicación o competencia judicial y de la obediencia al Derecho³⁸. Deja de lado otras formas jurídicas básicas como la costumbre, que a pesar de su carácter de fuente primaria en ámbitos como el comercial, no logran más que ser reconocidas como fuentes supletivas de derecho - suplen los vacíos de la legislación -.

Quienes esperen encontrar en la ley positiva respuestas a la forma como se decidirán los conflictos que afectan la economía, y los demás ámbitos de interés nacional, estarán buscando un tipo de seguridad jurídica que no es posible en el contexto colombiano actual. Un jurista vinculado a una organización cualquiera debe conocer a fondo los principios del derecho colombiano, así como los precedentes relacionados con materias puntuales que afecten la economía en general y la actividad económica particular que su organización desarrolla. Ese estudio debe servirle para prever lo que hará la Corte en aquellos asuntos en los cuales se presenten conflictos de intereses, que vinculen la actividad productiva particular.

Desde esta nueva perspectiva, los precedentes determinan cuáles normas del ordenamiento jurídico podemos razonablemente esperar que sean aplicadas por los jueces hacia el futuro. El éxito predictivo depende a su vez de la capacidad del jurista

³⁷ Este punto es vital pues se deja de considerar a la descripción de las normas de un ordenamiento particular como la tarea propia del jurista, lo que obliga a las escuelas de Derecho a abordar el estudio de los fenómenos económico, político y moral en tanto centrales al concepto de Derecho y no como cuerpos extraños a lo propiamente jurídico.

³⁸ Véase A. Calsamiglia, "La ciencia jurídica", págs 24 y 25.

de interpretar las tendencias de los fallos en materia económica, y de caracterizar el tipo de Corte ante la cual la organización se enfrentará durante los nueve años que dure su periodo. Debe buscar estos datos mediante el estudio directo de los fallos, como trabajo cada vez más ineludible. Los resultados pueden optimizarse con una discusión interdisciplinaria sobre el contenido y alcance de las decisiones; que cobije al menos a economistas, juristas de tendencias ideológicas diversas u opuestas y empresarios. Deben buscarse además, en los resultados de las investigaciones jurídicas que realizan los observatorios de Justicia Constitucional y los centros de investigación jurídica del país.

Bibliografía:

- J. Bentham, *Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid, 1973.
- _____, *The principles of morals and legislation*, Prometheus Books, New York, 1988.
- N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1997.
- A. Calsamiglia, *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990.
- _____, "La ciencia jurídica" R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.
- G. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, en Cuadernos de crítica 16, Instituto de Investigaciones filosóficas Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- D. Held, *La democracia y el orden global - del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.
- J. Jaramillo Uribe, *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Temis, Bogotá, 1982.
- H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- _____, R. Dworkin, Estudio preliminar de C. Rodríguez, *La decisión judicial*, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, 1997.
- S. Kalmanovitz, *Las Instituciones colombianas en el siglo XX*, Alfaomega, Bogotá, 2001.
- H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México D.F., 1995.
- D. Lyons, *Ética y Derecho*, Ariel, 1989.
- C.S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.
- _____, *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- R. E. Peña Peña, *Constitución Política de Colombia*, Ecoe, Santafé de Bogotá, 1996.
- Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.
- M. Reyes Mate, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11*, Trotta, 1996.
- Valencia Zea, *Derecho Civil Tomo III de las obligaciones*, Temis, Bogotá
- Vázquez Carrizosa, *El poder presidencial en Colombia*, Enrique Dobry editor, Bogotá, 1979.
- Varios autores, *La Corte Constitucional el año de la consolidación*, Facultad de derecho Uniandes y siglo del Hombre editores, Bogotá, 1998.
- _____, *Derecho constitucional perspectivas críticas*, Facultad de derecho Uniandes y siglo del Hombre editores, Bogotá, 1999.
- _____, *Revista Pensamiento Jurídico N. 12*, "Justicia Comunitaria" Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 2000.

