

## NOVA ET VETERA

---

### RESEÑAS, NOTAS Y NOTICIAS

En esta sección encontrarán cabida comentarios y notas sobre libros y otros documentos - recientes, no tan recientes y antiguos: *nova et vetera* - sobre el derecho o relacionados de algún modo con la cultura jurídica.



Hay muchos libros que creemos haber leído sin que lo hayamos hecho. Hay, por lo menos, muchos que creemos recordar sin que los recordemos. Quizá se imprimió en el cerebelo, pero no en el cerebro. Magnífico embajador: hace ocho o diez días respondí su carta última... Ahora estoy en la finca. Llegada la noche,

P

vuelvo a casa y entro en mi estudio. En el umbral, me quito la ropa cotidiana, sucia y embarrada; me visto con la ropa señorial de la cancillería y así, vestido decorosamente, entro en las antiguas cortes de los hombres antiguos [los clásicos], donde soy recibido amablemente por ellos... y las cuatro horas [de lectura] no me cansan... (Carta de Maquiavelo a Francesco Vettori, 1513).

Querida Hannah: he pasado los últimos quince días absorbida por la lectura de tu libro [Los orígenes del totalitarismo], lo leía en la bañera, en el automóvil, haciendo cola en la tienda. Es, a mi modo de ver, un trabajo extraordinario... (Carta de Mary McCarthy a Hannah Arendt, 1951).

Tu clásico es aquel que no puede serte indiferente y que te obliga para definirte a ti mismo a una relación con él y quizás en contraste con él. (Italo Calvino, *ibid.*).

# NOVA ET VETERA

De qué modo el derecho es como la literatura. Sostendré que la práctica legal es un ejercicio en interpretación no sólo cuando los abogados interpretan documentos o estatutos particulares, sino en general. El derecho así concebido es vasta y profundamente político. Abogados y jueces no pueden evitar lo político en el sentido amplio de teoría política. Pero el derecho no es una cuestión de política personal o partidista, y un crítico del derecho que no entienda esta distinción ofrecerá una pobre comprensión y una guía aún más pobre. Propongo que podemos mejorar nuestra comprensión del derecho comparando la interpretación legal con la interpretación en otros campos del conocimiento. (Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, 1985)

Ilustre y distinguido señor:

entre los más grandes

elogios que la fama ha

divulgado sobre usted,

opino que está también su

extraordinaria pericia en

asuntos de óptica. Este es

el motivo de que yo

quisiera enviarle a usted

cualquier ensayo mío, ya

que difícilmente

encontraría mejor

consejor... (Carta de Leibniz

a Baruc Spinoza, 1671).

Queridísima Mary: Quise escribirte mucho antes, y debí haberlo hecho, pero inmediatamente

después de recibir tu carta, recibí la *Review of*

*Books* con tu artículo sobre Sarraute... *Ad alter*

ego: el diálogo silencioso del pensamiento tiene

lugar entre yo y mi ser, pero no entre dos seres.

Al pensar, uno está desposeído de sí mismo: sin

edad, sin atributos psicológicos, sin nada de eso,

como uno "realmente" es. Este dos-en-uno puede

estar falseado, y entonces dos yo hablan entre sí

y cada uno pretende ser el "verdadero", con las

inherentes crisis de identidad, regresión infinita

y otras tonterías por el estilo (Carta de Hannah

Arendt a Mary McCarthy, 1969).

Un clásico es un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir. Leer los clásicos es un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir. (Italo Calvino, *ibid.*)

NOVA ET VETERA



## NARRATIVAS JURISPRUDENCIALES

---

Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2000.

1. Bien lo dice Manuel José Cepeda Espinoza en su breve presentación de la obra que ahora reseñamos: *El derecho de los jueces* llena un vacío sobre la polémica cuestión del valor de las decisiones judiciales en el campo del derecho constitucional colombiano.

Delicado asunto que además originó una controversia bifronte en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. De un lado, quienes promovían una auténtica revalorización del papel de juez en la democracia y de sus responsabilidades frente al afianzamiento del Estado Social de derecho, haciendo de la jurisprudencia un punto de obligada referencia. Aspiración que de cierta manera quedó materializada con la creación de la Corte Constitucional a la que, a más del control concentrado de constitucionalidad, se le encomienda el manejo de los mecanismos de revisión de los fallos de tutela. De otro, quienes mostraban una marcada tendencia a modificar el sistema de fuentes del derecho al consagrar el artículo 230 de la Constitución Política, de cuyo contenido se infiere un tratamiento de segundo orden para la jurisprudencia.

Así, a través de los capítulos que constituyen el cuerpo temático del libro, el autor logra trazar un auténtico mapa que facilita un acercamiento a las profundas transformaciones del derecho constitucional en Colombia a partir de 1991, teniendo como brújula los pronunciamientos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales que han venido dándole identidad al valor del *precedente judicial* dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico.

En el primer capítulo hace un ejercicio hermenéutico sobre los anteriores textos, resaltando el hecho de cómo en Colombia los estudiantes de derecho aprendemos a usar e interpretar el derecho legislado, de espaldas al manejo técnico del derecho jurisprudencial, lo que

necesariamente conduce a que la mayor parte del análisis jurisprudencial que se estila entre los abogados en el país, ostente serios problemas estructurales que amenazan con quitar credibilidad al derecho constitucional, entendido como disciplina. En el segundo y tercer capítulo, a más de tratar de remediar dicha insuficiencia mediante metodología de análisis dinámico y estático del derecho jurisprudencial, se induce al lector a confrontar problemas de teoría del derecho y de derecho comparado. Cierra el capítulo cuarto y último, dedicado a la *teoría del derecho judicial*, invitando a confrontar los convencimientos tradicionales sobre la *auxiliaridad* de la jurisprudencia como fuente del derecho, insinuando que -de hecho- el derecho de los jueces ha sido en nuestro país más importante de lo que se admite en exposiciones más tradicionales.

Estas metas se propone alcanzarlas López Medina a través de tres referentes claves para la comprensión de la problemática:

a) Mediante una crítica profunda a la forma como actualmente se concibe y practica el derecho constitucional, preferentemente en lo que atañe a los derechos fundamentales, hasta el punto de encontrarse en serio peligro de perder su credibilidad como práctica jurídica seria; consecuencia, obviamente, del cuestionado apego a la idea de la *auxiliaridad* de la jurisprudencia.

b) A través de la lectura coherente de la jurisprudencia, desentrañando los elementos que le permitan al operador jurídico apropiarse de las exigencias del moderno Derecho Constitucional, donde predominan temas sociopolíticos apremiantes y complejos. Dejando en claro que la lectura *desestructurada* de la jurisprudencia no enseña mayor cosa, “las sentencias se apiñan las unas sobre las otras y cualquier valor cognitivo o jurídico que tengan, se pierde en el vacío”.

c) Reafirmando la trascendencia garantista de los valores, de los principios y derechos fundamentales en el derecho constitucional, para evidenciar cómo el peor enemigo de los derechos fundamentales en Colombia es, paradójicamente, su uso ambiguo y repetitivo, “hasta el extremo de caer en la trivialización del lenguaje del propio derecho constitucional”<sup>1</sup>.

Premisas estas, necesariamente ligadas a temas vitales sobre los cuales gravita el constitucionalismo de nuestros días (valor del precedente, Constitución como fuente de las fuentes del derecho; interpretación constitucional; seguridad jurídica y garantismo constitucional), sobre las cuales bien vale la pena tratar de hacer una aproximación al pensamiento expuesto por el autor de “El Derecho de los Jueces”.

2. Sobre el problema de la obligatoriedad del precedente constitucional, anota López Medina<sup>2</sup> que, de manera general,

<sup>1</sup> Ibidem. Pag 6

<sup>2</sup> Pagns. 47 y 48 Ibidem.

podría decirse que los textos constitucionales (Art. 228 y 230 de la C.P.) y la mayor parte de las decisiones tempranas de la Corte Constitucional (hasta el año de 1.995) referentes a la cuestión del valor normativo de sus propios fallos (C-113/93, C-131/93), "endosan el tradicionalismo de fuentes", refrendando así la *auxiliaridad* que siempre se ha dado a la jurisprudencia en la cultura jurídica nacional. Que no obstante, la Corte mantiene en estos primeros fallos una cierta ambigüedad que le permite proteger la relevancia de la jurisprudencia constitucional, a la vez sustento de su propia importancia política. Mediando el argumento de independencia funcional, se reserva la prerrogativa de fijar por sí misma los efectos de sus fallos, con la promesa implícita de no alterar de manera dramática la concepción tradicional del ordenamiento de las fuentes (C-131/93). Consenso que de cierta manera fue utilizado para derrotar una tendencia marcadamente "anglo-sajona" sobre el valor de la jurisprudencia, impulsada primero por el ejecutivo (Artículos 21 y 13 del Decreto 2067/91) y luego por la vigencia de la "cláusula decisonal Angarita", que propone el razonamiento judicial por analogía fáctica (Sentencias T-406 y T-414 del 92).

Tendencia que de manera detallada analiza el autor bajo el acápite "lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho", prácticamente derrotada hasta mediados de 1995, cuando un ala liberal de la Corte Constitucional encabezada por los magistrados Gaviria y Cifuentes resucitó, primero, el concepto centenario de doctrina constitucional contenido en la Ley 153 de 1887 (C-083/95) y luego, lo "expandió dramáticamente" dirigiéndolo a un sistema completo de precedentes obligatorios, modelado al estilo del Tribunal Constitucional español (T-123/95) con fundamento en la garantía de igualdad de trato (Art. 13 de la C.P.). Reconstrucción de la obligatoriedad del precedente que posteriormente precisa la Corte Constitucional en pleno (C-037/96) y que, sobre la tutelabilidad del derecho de igualdad (T-123/95)<sup>3</sup>, textualmente expresa la corporación:

Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas Cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.

Complemento de esta narración histórica, bien traída por López

---

<sup>3</sup> Ibidem T-175/97: T-321/98 : SU-640/98 : T-009/00 y T-068/00

Medina, es igualmente la mención que hace desde la esfera política, al choque institucional entre la Corte Constitucional y el Congreso de la República. Pues al tiempo que ocurrían los referidos desarrollos sobre la obligatoriedad del precedente, cobraba fuerza la imagen de un activismo judicial fuerte por parte de la Corte Constitucional a raíz de sus continuas “prácticas” de decisión modulada o condicionada (C-109/95), usurpando incluso funciones legislativas; hecho que constata textualmente el autor<sup>4</sup>:

Esta percepción, originó un serio “contra-ataque” por parte del Congreso (Ley Estatutaria de Administración de Justicia, 20/96) en el que se buscaba recapturar el monopolio congresional sobre la creación del derecho y el sistema de fuentes. La vehemencia de los textos legales ocasionaron que la Corte, antes dividida, reaccionara unánimemente para defender su prerrogativa interpretativa de la Constitución. Para ello, al revisar la Ley 270, acogió como doctrina de la Corte en pleno (C-037/96) la disciplina jurisprudencial que algunos de sus magistrados habían empezado a reconstruir en 1995 (T-123/95).<sup>5</sup>

¿Es posible  
variar de  
manera  
tan  
radical el  
tradicionalismo  
de  
fuentes?

Sobre los sugestivos tópicos del *tradicionalismo de fuentes y de la lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho* tratados a la luz del problema de la obligatoriedad del precedente, catalogados por el autor como “esfuerzos zigzagueantes de las ramas del poder público por retener para sí la potencia política del sistema de fuentes”<sup>6</sup> me parece que es menester llegar un poco más allá, sobre todo si tenemos en cuenta que la Constitución no sólo es fuente de derecho sino también fuente de las demás fuentes del derecho. Como afirma Pérez Royo<sup>7</sup> refiriéndose al mismo asunto, “busca ordenar la génesis del derecho”, resumiendo así la doble vinculación que existe entre ambos conceptos. Por lo que resulta decisivo tener igualmente en cuenta la teoría sobre la materia pero desde la óptica constitucional y no desde el “título preliminar” del Código Civil como se venía haciendo. Por lo que el siguiente acopio

<sup>4</sup> Ibidem, Pag 48.

<sup>5</sup> Expresó la Corte: “Por consiguiente, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declara bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hecerlo, so pena de infringir el principio de igualdad

<sup>6</sup> Ibidem, pag 47 Ibidem.

<sup>7</sup> PEREZ ROYO, Javier. Las Fuentes del Derecho. Tecnos, Madrid, 1.988, Pg. 31

teórico podría constituirse en un buen refuerzo:

a. La Constitución regula las fuentes del derecho no sólo desde el punto de vista infraconstitucional sino por el lugar jerárquico que ocupa dentro del ordenamiento jurídico, por los efectos que produce dicha relación y, fundamentalmente, por la manera como indica que la teoría de las fuentes del derecho no se agota en las fuentes formales, precisándose abordar la propia realidad fáctica como fuente. Lo que nos conduce a escalar más allá de las fuentes tradicionalmente reconocidas (ley, reglamento, jurisprudencia, costumbre, doctrina, etc.), para comenzar su búsqueda en los propios preceptos constitucionales, dado que éstos, no consisten en meras formulaciones con valor simbólico o programático, sino en normas que reclaman eficacia directa y vinculan tanto a las autoridades estatales como a los particulares. Proposición que significa la obligación que tiene el operador jurídico de buscar, de manera primigenia, la fuente del derecho a aplicar en el propio texto constitucional.

b. En el contexto de la Constitución como “fuente de las fuentes del Derecho”, la expresión se atiene a las implicaciones de la Constitución como postuladora de las autoridades competentes y de los procedimientos de creación del Derecho, con lo cual se erige en fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico.

P

La Constitución indica cuáles son los órganos del Estado y determina sus competencias y funciones (arts. 113 y ss.); nos indica que es ella, en primera instancia, quien determina las competencias estatales: “Ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (art. 121), lo que quiere decir que de manera secundaria y residual, compete al legislador regular otras funciones no indicadas en la Constitución. Esta reserva constitucional de regulación en preferencia de las tareas de los operadores jurídicos, no indica cosa diferente de que ella es la creadora de las fuentes mismas del derecho. En algunos casos delega tal competencia en el legislador, no sin recelo e imponiéndole límites constitucionales a dicha tarea. Por tanto, todas las normas que en la Constitución delimitan las competencias de los diversos órganos del Estado y norman los procedimientos para la regulación del derecho, tienen la naturaleza y característica sustancial de indicar que la Constitución es fuente última formal de todo derecho.

c. En los anteriores planteamientos no se agotan las consecuencias que se deducen de considerar a la Constitución como “fuente de fuentes” o fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Sabido es que las estipulaciones normativas sobre la producción de normas habitualmente establecida en nuestros ordenamientos con rango constitucional no se componen sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de la leyes. Incluyen también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan

¿Cuáles son los actores en este teatrino (aparentemente) jurídico que es también un juego de poder?

al poder legislativo excluyendo o imponiendo determinados contenidos. Sin que quepa duda sobre la calidad de fuente de las normas sustantivas constitucionales y menos, sobre el hecho de que la sustancia constitucional no sólo informa el contenido de las leyes sino de todas las demás normas jurídicas emitidas por cualquier autoridad pública (reglamentos, actos administrativos, ordenanzas, acuerdos, y demás actos administrativos del ejecutivo, sentencias de los jueces , etc.) o por los particulares (contratos y en general todos los negocios jurídicos del derecho privado).

Así se entiende mejor la manera atinada como López Medina cierra el capítulo 1<sup>o</sup> no sin antes lamentar que la disciplina del precedente choque con la cultura jurídica hegemónica (y que este choque tenga relevancia para un análisis más realista, por oposición al formalista, del problema), formulando una serie de preguntas fundamentales “*ni siquiera esbozadas*”<sup>8</sup>, pero que como él mismo lo advierte, “*marcan el camino que habrá de seguir el resto del texto*” :

En primer lugar, (interroga López) . ¿ por qué, en últimas, quisiéramos entre nosotros un sistema fuerte de precedentes? ¿Cuál es la utilidad de contar con normas generales expedidas por jueces y no por el Congreso? ¿Es posible variar de manera tan radical el tradicionalismo de fuentes? ¿Cuáles son los actores en este teatrino (aparentemente) jurídico que es también, según hemos visto, un juego de poder?...

Si llegásemos a responder en sentido positivo a la pregunta por la deseabilidad del sistema de precedentes, deberíamos luego preguntarnos, en concreto, por los contornos precisos del sistema que queremos , por sus técnicas hermenéuticas, por los problemas concretos de su implementación y desde luego por las consecuencias que se derivarían de su inobservancia en la argumentación jurídica del litigante y del estudiante de derecho<sup>9</sup>

¿Cuáles son los contornos precisos de un sistema deseable de precedentes?

3. A continuación, López Medina puntualmente expone lo que el mismo denomina “técnicas de estructuración de líneas jurisprudenciales”. Empeño que de cierta manera representa la columna vertebral del libro y que constituye un innegable aporte al entendimiento del papel que juega el derecho de origen judicial en la interpretación de la Constitución Política, con énfasis en la jurisdicción de tutela. Presupone el autor que la jurisprudencia como fuente del derecho posee técnicas especiales de lectura e

<sup>8</sup> Ibidem, pag 51

<sup>9</sup> Ibidem , pag 51

interpretación diferentes a las tradicionalmente aceptadas para el manejo del derecho legislado. Con tal fin, en el capítulo 2º, denominado “análisis dinámico de precedentes” plantea la manera de relacionar varias sentencias entre sí y sobre un mismo tipo; el capítulo 3º se adentra en las técnicas de interpretación de precedentes o “análisis estático de jurisprudencia”, facilitando la comprensión del sistema de precedentes establecido en nuestro ordenamiento, de particular utilidad para jueces y funcionarios enfrentados a la obligación de justificar adecuadamente sus providencias cuando deciden apartarse de la jurisprudencia constitucional establecida.

Del capítulo 2º brevemente nos referiremos al concepto fundamental sobre la línea jurisprudencial, que por ser una “idea abstracta” en palabras del autor, para ayudar a “verla” resulta conveniente tratar de graficarla. Expresa López Medina:

*Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, bipolar.<sup>10</sup>*

Por cuanto la principal característica del derecho de origen jurisprudencial es que tiende a ser, para el autor, de “desarrollo incremental”<sup>11</sup>, la utilidad de dicha línea jurisprudencial radica en la posibilidad de identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de los dos extremos posibles, mediando el análisis diacrónico y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí. Anota López Medina:

La incrementalidad del derecho jurisprudencial, determinada por la resolución de problemas jurídicos caso a caso, tiene la tendencia a ser desestructurada, y a veces caótica. La determinación de la sub-regla jurisprudencial sólo será posible entonces si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes. Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte es necesario identificar las sentencias “relevantes” dentro de la línea y, segundo, es

---

<sup>10</sup> Ibidem, pag. 56

<sup>11</sup> Ibidem, pag 55

necesario construir teorías estructurales (i.e narraciones creíbles) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales.<sup>12</sup>

A vuelo de pájaro, los elementos del análisis dinámico de precedentes señalados por López Medina (perfectamente aplicables al tema tratado en el capítulo 1<sup>o</sup>), es dable reducirlos a las siguientes pasos:

a) Planteamiento del problema jurídico. Corresponde a la formulación adecuada del encabezamiento de la línea cuidándose de incurrir en una excesiva generalidad o conceptualismo. V.gr. *¿Cuál es el nivel de obligatoriedad de las sentencias de revisión de tutela dela Corte Constitucional Colombiana?*

b) Apertura de un espacio entre las dos opciones polares de respuesta a la anterior pregunta. V.Gr: Opción X: *La sentencia tiene valor de precedente para casos futuros análogos por sus hechos* ; Opción Y: *La jurisprudencia es fuente meramente auxiliar no vinculante para casos futuros. La ley es fuente única del derecho aplicable.*

¿Cuáles son las técnicas hermenéuticas de un deseable sistema de precedentes?

c) Identificación (en el medio), del “balance constitucional”. Lo que permite el contraste entre dos (o mas) periodos y sin que necesariamente el proceso sea siempre pendular o contradictorio. V.gr. *Primer periodo 1992-95; Segundo período 1995 en adelante.* Previa aclaración de que la interpretación de la gráfica supone los detalles narrativos que se explicaron en el primer capítulo, dentro del Primer período se alinearían el argumento que arranca en la Ley 153 de 1887, reforzado por el texto tradicionalista del artículo 230, confirmado luego por dos sentencias de constitucionalidad de la Corte (C-113/93 ; C-131/93) haciendo prevalecer la tesis clásica sobre el valor auxiliar de la jurisprudencia de tutela. A este plano se opone el Gobierno nacional con la expedición del decreto 2067/91 y el magistrado Ciro Angarita que en fallos de tutela (T-406/92 ; T-414/92) despliega una cláusula decisional donde pretende hacer obligatoria la *ratio decidendi* de los fallos a casos futuros análogos por sus hechos o circunstancias, línea ésta de argumentación que es derrotada tempranamente mediante declaratoria de inexecutable del artículo 23 del decreto 2067/91. Situación que continúa hasta 1995 cuando comienza la reacción por parte de algunos magistrados (Gaviria y Cifuentes) a la cabeza. Comienza así una reconstrucción de la obligatoriedad de la jurisprudencia mediante la utilización del concepto de “doctrina constitucional” y del principio de igualdad, línea interpretativa que resulta triunfante al interior de la Corte y que finalmente se consagra de manera unánime como “doctrina del valor del precedente” (C-037/96. Idéntico ejercicio resulta conducente para graficar el Segundo período (1995 en adelante) donde quedan alineados al lado de la Polo X un buen número de fallos (T-123/95, C-037/96, T-175/97, SU-047/99, SU-168/99, T-099/00, T-068/00), y al

<sup>12</sup> Ibidem, Pag 55

lado de la Polo Y, tan sólo dos (C083/95, T-321/98) aparte la Ley 270/96.  
d) Actitud del intérprete. En otras palabras, responsabilidad frente a la labor reconstructiva y hermenéutica del operador jurídico. Bien lo advierte López Medina:

El intérprete será responsable por el sentido de su argumento, pero deberá ofrecer posiciones que aclaren e iluminen las líneas jurisprudenciales existentes. La línea, como se ve de los ejemplos que hemos dado hasta ahora, no pre-determina de manera mecánica el resultado. Hay posibilidades de variar el balance constitucional, moderada o radicalmente, a “izquierda” o “derecha”<sup>13</sup>

Allega el autor otros importantes conceptos inherentes a la técnica de construcción de líneas de precedentes como las “clases de sentencias” existentes en la jurisprudencia constitucional colombiana, que desde el punto de vista de su importancia estructural (y del autor) dentro de la línea, la metodología reduce a tres tipos:

a) Sentencias fundadoras de línea; b) Sentencias hito; c) Sentencias que meramente confirman la doctrina. Categorías estas de fácil comprensión y muy útiles para el subsiguiente empeño del autor en torno a las “técnicas de investigación de la línea jurisprudencial” bajo la simpática denominación (y extensa explicación) de: i) El punto arquimédico de apoyo, ii) Ingeniería reversa y iii) La telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.

López Medina finaliza el capítulo 2º con el señalamiento de otras líneas jurisprudenciales, entre las cuales llama especialmente la atención la atinente a la parte orgánica de la Constitución, dejando en claro que aquellas no se limitan al derecho constitucional de los derechos fundamentales tutelables de las personas. Es un hecho que “la Constitución Política esta igualmente complementada por *sub-reglas* de origen judicial a todo lo largo de su texto”<sup>14</sup>. Pone como ejemplo el derecho constitucional económico que debería desarrollarse con especial atención a las líneas de jurisprudencia que se han ido formando. Para lo cual, a modo de ejemplo, igualmente acude a la casuística graficada sobre el tema.

4. El punto axial del capítulo 3º lo fija López Medina en la “insuficiencia” de las antiguas técnicas de interpretación del Código Civil Colombiano<sup>15</sup> para lidiar con los nuevos problemas de interpretación a que hace frente el derecho jurisprudencial:

La consolidación de la línea jurisprudencial a favor de la tesis del valor aplicado del precedente ha generado

<sup>13</sup> Ibidem, pag 85

<sup>14</sup> Ibidem, pag 84.

<sup>15</sup> (diseñadas para la resolución de conflictos interpretativos surgidos en la

una nueva e interesante dinámica en el derecho constitucional colombiano: mientras que para el tradicionalismo de fuentes todas las normas controlantes de un caso debían ser halladas en el texto constitucional o mediante técnicas de expansión o interpretación de dicho texto (analogía y métodos de interpretación), cada vez más las discusiones constitucionales parecen girar en torno a las subreglas que va definiendo la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, ahora con más frecuencia denominados precedentes”<sup>16</sup>.

Por eso se embarca en un recorrido por las distintas técnicas (ilegítimas, legítimas y circunstancialmente legítimas) de interpretación de precedentes, bajo el epígrafe “análisis estático de jurisprudencia” y con la intención manifiesta de facilitar el mejor entendimiento de los contornos propios del sistema de precedentes, en especial, pensando en la exigencia que se hace al juez o al funcionario cuando se le pide que dé “justificaciones suficientes y adecuadas” para apartarse de la jurisprudencia constitucional establecida.

Como se lo propone y en el capítulo 2º, frente a la necesidad de interpretar los precedentes en conjuntos complejos de sentencias, en éste (Cap.3º), se empeña en exponer los resultados de sus indagaciones en torno a las formas específicas de interpretación de sentencias individuales utilizadas en la jurisdicción constitucional colombiana. Después de señalar en qué consisten algunas “técnicas ilegítimas” de manipulación de precedentes (“negación” y “arrepentimiento”)<sup>17</sup>, nos entrega el autor prolijas reglas sobre tres técnicas de manejo del precedente (legítimas las dos primeras y parcialmente legítima la tercera); clasificándolas, en su orden, como : a). Distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*; b). Analogía y disanalogía en derecho constitucional; c.) El cambio de jurisprudencia.

Cuestión esta que nos parece íntimamente ligada al tema más amplio de la *interpretación constitucional* y que como lo percibe López Medina, hoy se debate no solo en el ámbito académico:

Así el sistema de fuentes se abre hacia una muestra efectiva entre textos positivos y derecho jurisprudencial, sin que sea fácilmente discernible cuál de las dos fuentes del sistema sea la dominante. Por esta razón, en muchos casos de derecho constitucional colombiano contemporáneo el derecho aplicable vigente es extraído de precedentes judiciales anteriores. Dichos precedentes constituyen la

---

aplicación de derecho legislado) Ibidem, pag. 90

<sup>16</sup> Ibidem, pag 137

<sup>17</sup> Ibidem, Pag 99

norma controlante del caso y la hermenéutica jurídica se abre ahora, no sólo a la interpretación del derecho legislado, sino, dada vez con mayor ahínco, a la hermenéutica *del derecho jurisprudencial*<sup>18</sup>

Con mayor propiedad, la propia Corte Constitucional (a propósito de las técnicas legítimas sobre el manejo del precedente y ante la absoluta imposibilidad de referirnos con amplitud a cada una en particular), en reciente fallo (T.569/2001) hace un relevante aporte al espinoso tema de la *ratio decidendi* y *el obiter dictum*, aquí planteado por el autor. Aunque de manera fragmentada, vale la pena reparar en los siguientes tópicos:

La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que los jueces están obligados a acatar los precedentes que fijan sus superiores. Así, en sentencia T-566 de 1998 precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales, quienes únicamente pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto”, o que “existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica, en cuyo caso se exige una debida y suficiente justificación”.

Las técnicas y métodos de interpretación, que no se limitan a los establecidos en el Código Civil y en la Ley 153 de 1887, imponen cánones interpretativos que permiten determinar si el sentido que se atribuye a la norma, realmente es correcto. Así las cosas, la *ratio decidendi*, además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.

Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un caso concreto, tiene por efecto que todo funcionario, no sólo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la *ratio decidendi*.

Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos interpartes, no puede sostenerse lo mismo de la *ratio decidendi* del fallo. En la medida en que la *ratio decidendi* constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico 3 de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (C.P. arts. 13 y 29).

La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la

autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.

¿Cuáles podrían ser, en la práctica, los problemas concretos de un sistema deseable de precedentes?

5. En territorios de la *Teoría del derecho judicial*, el capítulo final (4<sup>o</sup>)<sup>19</sup> lo dedica López Medina al papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica anti-formalista al derecho; es el propio autor quien concluye que es misión de la jurisprudencia y de la doctrina explicar tales principios en orden a facilitar la creación, interpretación e integración del derecho, contando con que estas tres funciones no debe ejercerlas arbitrariamente el operador jurídico. Con admirable valentía López Medina arremete contra la tradición formalista de entender los problemas jurídicos y de paso pone en duda la corrección y sinceridad de quienes la encarnan:

Es claro, del recuento detallado que se hace en este texto, que el sistema de fuentes es mucho más complejo descriptivamente que las falsas seguridades que se extraen de normas y comentarios más tradicionales. El análisis anterior también muestra que la puja por el control de las fuentes del derecho es una confrontación con contenido político entre ramas del poder público y, detrás de dichas ramas, entre formaciones sociales con maneras alternativas de entender el Estado y la sociedad en la que cada grupo interesado usa sus recursos político-constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema.<sup>20</sup>

Punto de vista del autor que compartimos plenamente y que, en mi caso particular, suscita las siguientes reflexiones:

a. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado (en razón no únicamente de su jerarquía suprema sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes a la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado), que la jurisprudencia -pasada la época del legalismo- se ha convertido en una fuente del Derecho.

<sup>18</sup> Ibidem, pag 89

<sup>19</sup> Ibidem , Pag 137 y ss.

Subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas para su conveniente aplicación.

b. Tales elementos políticos no niegan el carácter jurídico de la Constitución, sino más bien refuerzan su significado y señalan el carácter histórico y determinado de la misma; además de mantener su permanencia y sustantividad frente a cambios parciales o accidentales, erigiéndose en límite absoluto para la actividad reglamentaria que le compete al legislador.

c. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial identificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, del Derecho eficaz que resulta no de la reconstrucción del pensamiento y voluntad grabadas en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho.

5. Es notoria la enorme trascendencia que ha adquirido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos el poder judicial, dadas sus funciones constitucionales de intérprete oficial y definitivo de la Constitución, que de cierta manera ha llevado paulatinamente a la realidad la famosa frase del Juez norteamericano Huges<sup>21</sup>: “*La Constitución es lo que los Jueces dicen que es*”. Por lo cual, el poder judicial en muchos países ha dejado atrás el lugar inferior y subordinado que en otras épocas y lugares se le asignó, para convertirse en auténtico *Guardián de la Constitución*.

Tema por demás candente que el autor no disimula y que por el contrario lo inscribe dentro del alcance del papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica anti-formalista al derecho. Sobretudo cuando inquiriere, dirigiéndose a todos aquellos que respondemos hoy por el mantenimiento de una “cultura jurídica” en Colombia, “especialmente en lo que toca al Derecho Constitucional y al mantenimiento de una cultura jurídica enérgica y progresista, encaminada a la protección responsable y auto-sostenible de los derechos fundamentales”. Partiendo de la premisa de que si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, corresponde observar cómo se garantiza que eso sea así. A lo cual, con seguridad contribuye el apretado resumen de las siguientes propuestas<sup>22</sup>:

---

<sup>20</sup> Ibidem, pag 139

<sup>21</sup> Citado por Hector Fix-Zamudio en El Poder Judicial en los sistemas Constitucionales Latinoamericanos. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Mexico 1.993. Pg. 245

¿Cuáles serían las consecuencias de la inobservancia de un sistema de precedentes en la argumentación jurídica del litigante y del estudiante de derecho?

a) Proporción razonable entre “estructura” y “flexibilidad”, entre “formalismo” y “anti-formalismo”. Como la mejor manera de tomar el derecho judicial como herramienta formalizadora necesaria para la efectividad de la Constitución, pero controlando los excesos de “tecnificación” que la capa jurisprudencial origina. Como que el derecho constitucional debe mantener su capacidad política de crítica anti-formalista dentro del sistema.

b) Multiplicación de redes de discusión que permitan un examen amplio y pluralista de todo lo que atañe al discurso constitucional.

c) Desde la Academia, avanzar en el camino de formar una verdadera “tradición” que rescate los detalles de “la política y la sociedad nacional” en su auténtica expresión. Como el instrumento para concebir el derecho constitucional como una labor simbólica de discusión política y social enraizada en sus contextos específicos y participe de una globalidad intelectual bien entendida.

6. Finalmente, dentro del mismo marco del último capítulo -donde especialmente se destaca el papel del nuevo derecho-, a título de conclusión, se resalta que las garantías de prevalencia de la Constitución sobre las demás normas, son preferiblemente jurídicas y ante todo jurídicas. No obstante, antes que las garantías jurídicas se encuentran las que se conocen como garantías sociales y políticas de la constitución. Las garantías sociales, sobre todo para los positivistas, son las definitivas, las que cuentan. Evidentemente es dable inferir que el mejor texto -técnicamente perfecto- nunca funcionará bien si los agentes que tienen que aplicarlo, y sobre todo si la *cultura jurídica* sobre la cual tiene que recaer el texto no funciona, no está dispuesta a ello, y al contrario, un mal texto -técnicamente imperfecto-, paradójicamente si podrá funcionar, bastante mejor y con mayor eficacia.

Pensamos que como no resulta fácil entre particulares hacer valer la eficacia de los derechos, la Constitución está esencialmente pensada como norma destinada a los poderes públicos. Es lo que en la doctrina Alemana se denomina «La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares», Se afirma que quien con más facilidad puede vulnerar los derechos fundamentales es el poder público y fundamentalmente el ejecutivo. Como ejemplo se tiene que el poder público es una especie de gran paquidermo en una cristalería en donde los cristales son los derechos fundamentales, y sin moverse y a veces sin querer, lesiona los derechos fundamentales, frecuentemente los vulnera; para eso es

<sup>22</sup> Ibidem . Pag. 206

<sup>23</sup> MORELLI RICO Sandra. La Corte Constitucional, Un papel institucional por definir. Ediciones Academia Coplombiana de Jurisprudencia, Bogotá 20012. Pag. 161.

que está la regulación de los derechos fundamentales en la Constitución y sobre todo la regulación de sus garantías. A manera de contraste, muy pertinente resulta la afirmación del profesor Pier Paolo Portinaro citado por Sandra Morelli Rico<sup>23</sup> en su reciente trabajo sobre el papel institucional de la Corte Constitucional cuando se refiere a la complejidad de un problema que no es solamente predicable de la Corte Constitucional colombiana: "...las Cortes Constitucionales, en su papel de intérpretes de la constitución, muestran, cada vez más, factores de innovación y de producción del derecho concurrentes con el legislador. Está creándose la sospecha que las constituciones contemporáneas sean rígidas respecto del poder legislativo y también frente a un hipotético superlegislador, pero se estén volviendo flexibles ante el poder político jurisdiccional de las Cortes supremas.."....."De frente a las frecuentes afirmaciones en cuanto a que el constitucionalismo se le ha, a estas alturas, confiado a las cortes, se delinea el escenario de una salida del modelo de sociedad liberal y de Estado de derecho y de una posible recaída en el Estado jurisdiccional. Ante la progresiva erosión del carácter democrático de los sistemas políticos, implícita en la difusión de *authorities* técnicas y en la tendencia de poderes jurisdiccionales a asumir, subrepticamente, funciones legislativas, intérpretes preocupados sientan una voz de alarma respecto del riesgo de deslizamiento en una forma de constitucionalismo ético, latentemente antidemocrático. Para decirlo de una vez por todas: la excesiva credibilidad reconocida a los guardianes de la constitución terminaría por llevar a la constitución de los guardianes..."

#### Breve consideración final

La lectura detenida del libro del profesor Diego Eduardo López Medina, ante todo permite un ameno encuentro con una de las ramas más vitales del derecho; del derecho como objeto de la ciencia jurídica, como fruto de la actividad humana, como regulador de dicha actividad. Constituye el ejemplo más claro de cómo la dinámica de la vida social ha obligado a una constante transformación de sus estructuras jurídicas, pero también de cómo no siempre ha tenido una estrecha relación con el marco social. Más aún, como el derecho, por su naturaleza y su contenido, es el llamado a lograr el acercamiento de las dos dimensiones permanentes de esa actividad: la teórica o abstracta y la práctica o concreta.

Dentro de dicho marco se observa que si todos los campos del saber humano han recibido el influjo benéfico y correlativo de los avances científicos (llámense sociales o naturales) revelados en la posibilidad de medir el saber no tanto por el volumen de

conocimientos como por la capacidad para interpretarlos e interrelacionarlos, en la forma de hacer de cada saber particular un saber omnicomprensivo, el derecho como objeto de conocimiento que es de la ciencia jurídica no es una excepción y por el contrario, son muchísimas las posibilidades de acción como fuente de transformación, como medio para la potenciación del propio derecho, como recurso fundamental para el trabajo jurídico, como el único medio para construir una teoría jurídica (y/o constitucional) propia, aún por hacerse entre nosotros.

Javier Aristizábal Villa  
Docente Universidad Icesi

## VISIÓN DE NUESTRA DRÁMATICA COMPLEJIDAD

---

Boaventura de Sousa Santos - Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2001

El Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus) de la Universidad de los Andes, bajo el patrocinio de Colciencias, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Centro de Estudios Sociais de la Universidad de Coimbra, la Universidad Nacional y Siglo del Hombre Editores, recientemente ha puesto en circulación dos gruesos volúmenes (V.1 XXIV + 682 págs. y V.2 XVI + 541 págs.) que contienen los resultados de un proyecto de investigación que ha sido calificada por los autores como “vasto y ambicioso”. Se trata de un estudio que, encabezado por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, fue desarrollado entre 1995 y 1999 por un grupo de 15 investigadores que desde las perspectivas marxista, funcionalista e individualista-metodológica, pero convergentes todas en una línea de sociología crítica, han adelantado un amplio análisis sobre el Estado, el derecho y la resolución de conflictos en Colombia. O dicho por ellos mismos, se trata de un proyecto en el que “*se estudiaron los múltiples conflictos sociales y soluciones judiciales desde una perspectiva sociojurídica*”. La metodología empleada y el carácter interdisciplinario propios del trabajo, han sido suficientemente justificadas bajo la premisa de que “... los problemas de la justicia no pueden ser comprendidos por fuera del contexto sociopolítico”.

La obra viene dividida en seis partes. En el primer volumen se recoge el marco teórico; se describe el contexto histórico, social y político de la justicia; y se hace el análisis de la justicia oficial. Por su parte, el segundo volumen está dedicado a la justicia multicultural; la justicia comunitaria; y la justicia para-estatal. Las seis partes de la obra a su vez se subdividen en 22 capítulos, a lo largo de los cuales se abordan y desglosan las diversas materias que

NOVA  
VEIRA

integran el universo de la investigación.

Este libro  
se nutre de  
esa  
complejidad  
dramática que  
caracteriza  
al  
derecho, a  
la justicia y  
a la vida  
social e  
institucional  
en  
Colombia

En las dos primeras partes se expone una amplia visión teórica en la que, a partir de dos ejes (la crisis del modelo de Estado liberal y el papel de la justicia en la sociedad contemporánea), se hace un largo y riguroso recorrido por lo que ha sido el devenir del contrato estatal tanto desde una perspectiva general, como de lo que ha sido su praxis en Colombia, especialmente a lo largo de los últimos 50 años. Ello ha permitido que en los primeros capítulos de la obra se denuncien las antinomias de nuestro ordenamiento y la inveterada incapacidad de nuestras instituciones para materializar un auténtico Estado de derecho que vaya más allá de las tradicionales y reiteradas manifestaciones formalistas, que por la fuerza de los hechos –régimen permanente de estado de sitio– fueron ampliamente superadas en nuestro país durante ese lapso. De esta forma los autores van más allá de la pretensión inicial de estudiar las diversas instancias de solución de conflictos y la obra se convierte en un *pretexto* para poner en evidencia toda una larga historia de desarticulación institucional a partir de la cual se ha hecho muy evidente la incapacidad del aparato del Estado para responder con eficacia a muchas y muy diversas demandas de la sociedad. Los investigadores denuncian sin ambigüedad y con vehemencia que

... el carácter distante del Estado no significa que este haya sido indiferente o, mucho menos, neutral. Por el contrario, la idea de lejanía debe ser complementada –y contrastada– con una historia estatal de dominación y de exclusión social en la cual el atropello y la felonía en beneficio de las oligarquías nacionales han sido la regla.

El marco teórico de la investigación se complementa con una exposición sobre las recientes transformaciones de la justicia en el contexto del Estado, especialmente a partir de su irrupción como un órgano colocado en igualdad de condiciones al legislativo y al ejecutivo, que fueron los tradicionales motores de la vida estatal hasta la década de los 90. Para el caso colombiano, el análisis de esta perspectiva se centra en lo que fueron los esfuerzos de nuestro Estado a lo largo de la segunda mitad de siglo XX, por introducir modificaciones a la Administración de Justicia que la hicieran más eficiente.

La segunda parte de la obra está dedicada a lo que los investigadores han denominado la justicia oficial; aquella que comprende el aparato institucional que a nombre del Estado cumple la misión de resolver conflictos. Es decir, en este tramo de la investigación se estudia la administración de justicia desde su clásica concepción de rama del poder público. Desde esta perspectiva la rama judicial es analizada en 5 bien elaborados capítulos (tutela; derechos sociales; justicia

P

penal; justicia civil y de familia; y justicia laboral), los cuales vienen sustentados con amplios y juiciosos trabajos de campo que a través de datos estadísticos reflejan el desempeño de la rama judicial, especialmente durante los 5 primeros años de la década de los 90. Sin embargo, en esta parte de la investigación los autores dejan por fuera de la obra, sin explicar la razón, múltiples manifestaciones de la justicia oficial, algunas de muy escasa importancia como la agraria y la comercial, pero también otras que son fundamentales como la justicia de menores, la arbitral y sobre todo la contencioso administrativa, cuyo estudio en este caso parecía ineludible, sobre todo porque es ella la que, desde la entraña misma de la institucionalidad oficial, dirime conflictos entre el Estado y los particulares, tanto por fallas en la prestación de los servicios, como por abusos y extralimitación en sus funciones. De la misma forma, de la investigación han quedado por fuera otras formas de justicia oficial como la administrativa (inspecciones de tránsito, de policía, comisarías de familia, notarías); instancias que cada día adquieren una participación más activa en los procesos de resolución de conflictos. Con un panorama de estos, parece que este capítulo ofrece una visión un poco limitada de la realidad de la justicia oficial del país, pues si bien las ramas que se abordan tienen especial relevancia, no se puede desconocer la importancia histórica en algunos casos o creciente en otros, de las manifestaciones que no fueron consideradas.

De ahí en adelante, la obra se desarrolla por una vía bien novedosa, en tanto aborda el estudio de una realidad que hasta ahora ha permanecido prácticamente inédita en Colombia: el análisis y estudio de las formas de justicia no oficial. Se trata de un concepto relativamente nuevo, pues si bien es cierto que era propio del Estado liberal gozar del monopolio del derecho judicial y de la resolución de los conflictos, en el Estado contemporáneo la idea de pluralismo se viene proyectando sobre todo el universo jurídico facilitando que en la práctica circulen derechos y justicias no oficiales, algunos de los cuales se presentan como complementarios a la oficial; mientras que otros aparecen claramente como contradictores de la misma. Paradójicamente estas justicias y derecho, a pesar de que en algunos casos carecen de reconocimiento en el plano jurídico-constitucional del Estado, en muchas ocasiones tienen una vigencia y una eficacia superior a la de la contraparte oficial y por eso su análisis es fundamental para comprender los patrones de resolución de conflictos. Sobre estas variables se desarrollan las restantes tres partes de la investigación.

La cuarta parte está dedicada a la justicia multicultural y se centra específicamente en las comunidades indígenas, cuyo derecho a administrar justicia de conformidad con sus usos y costumbres

ancestrales ha sido reconocido y garantizado constitucionalmente a partir de 1991. La obra realiza un recorrido por las formas propias de algunas de las comunidades indígenas del país, siendo muy notable la referencia que en varios de los trabajos se hace de la comunidad u'wa, cuyos recientes conflictos han tenido gran despliegue e impacto en los medios de comunicación nacionales. Pero a pesar de la amplitud de las investigaciones, se echa de menos toda referencia a las formas de resolución de conflictos entre las comunidades negras, especialmente las del Pacífico. De ellas se sabe que a partir de sus prácticas tradicionales han articulado algunos procedimientos para resolver sus diferencias jurídicas. El olvido se hace más notable sobre todo porque, a pesar de que a partir de la Constitución de 1991 el carácter plural de nuestro Estado es claro y definitivo, en materia étnica y cultural parece que ese reconocimiento sólo llegó a las comunidades indígenas y de forma reiterada se ha venido dejando de lado la amplia y vieja realidad de las negritudes colombianas.

La quinta parte de la obra está dedicada a la justicia comunitaria, que es otra manifestación del pluralismo jurídico. El análisis, que utiliza los métodos de la investigación social empírica, se centra en la ocurrencia del fenómeno tanto en las comunidades populares rurales como en las urbanas. En ambos tipos de comunidades concurren de un lado los mecanismos de resolución de conflictos propuestos por las instancias estatales, no siempre exitosos-, como las formas tradicionales que aplica la propia comunidad. El capítulo concluye con una visión teórica de las dificultades de la justicia comunitaria en Colombia, así como con una breve alusión a la figura de los jueces de paz, que ha sido de tan reciente creación a través de la ley 497 de 1999 y cuya puesta en marcha y resultados apenas están por verse. Pero esta parte de la investigación también deja por fuera algunas manifestaciones que, a efectos de la completud del trabajo, hubiera sido importante al menos reseñar. Así pues, no se hace referencia alguna a las Casas de la Justicia, esa experiencia comunitaria que de forma más bien reciente se ha comenzado a experimentar en Colombia.

Finalmente, la sexta y última parte del libro, sustentada en una gran investigación de campo, está dedicada a lo que en el trabajo se denomina la justicia para-estatal. Y hay que decirlo sin ambages, este es el fragmento más discutible del trabajo porque, desde el punto de vista epistemológico, resulta muy problemático ubicar como un mismo objeto de estudio las manifestaciones jurídicas que son parte del ordenamiento jurídico o que son reconocidas por este con aquellas que se le oponen o la desconocen claramente. En este sentido no se puede perder de vista que tanto la justicia comunitaria como la justicia multicultural encuentran reconocimiento en la normatividad jurídica del Estado; mientras que las llamadas justicia guerrillera y la justicia de las bandas no son más que expresiones claramente delincuenciales. Ahora bien,

los investigadores justifican acertadamente la inclusión de estos fenómenos ante la presencia de una realidad incontrastable: el enorme vacío de poder a que están sometidos muchos lugares de la geografía nacional y que paradójicamente se ubican tanto en lugares periféricos, como en el corazón mismo de las grandes ciudades, tal como lo demuestra la investigación.

En fin, se trata de una gran obra que por su alcance y significado, está llamada a convertirse en uno de los aportes fundamentales que la academia hace a uno de los problemas más acuciantes de la sociedad colombiana. Ojalá sea objeto de desarrollos posteriores, sobre todo de cara a complementar los aspectos que consideramos se han quedado por fuera, como a mantener actualizados los datos estadísticos que han sido recopilados a lo largo de la investigación y que en algunos casos ya presentan alguna desuetud y sobre todo, porque es de amplio conocimiento que en el último quinquenio el estado ha venido realizando un gigantesco esfuerzo por modernizar y fortalecer la función jurisdiccional. En este contexto resulta casi imprescindible cotejar la entidad de los esfuerzos con los resultados finalmente se lleguen a alcanzar.

Ricardo Zuluaga  
Docente Universidad Icesi



## EN EL PRINCIPIO, LA VIDA

---

Angelo Papacchini, *Derecho a la vida*, Cali: Editorial  
Editorial Universidad del Valle, 2001.

Eutanasia y suicidio. Aborto. Pena de muerte. Guerra. En trescientas noventa páginas, Angelo Papacchini aborda las cuestiones morales, y también las jurídicas, implicadas en esos cinco asuntos. Es un trabajo de filosofía práctica sobre el “derecho a la vida”, es decir, **una reflexión sistemática desde problemas concretos, vitales, cuyo tratamiento tiene que ser rigurosamente ético y político.** Papacchini, actualmente vicedecano de investigaciones en la Facultad de Humanidades de la Universidad del Valle, es bien conocido por sus trabajos de fundamentación de los derechos humanos, especialmente por el más difundido de sus libros: *Filosofía y derechos humanos* (Cali, Editorial Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, 1996). Hay que hacer notar de entrada, como doble mérito, que *Derecho a la vida* es resultado de una prolongada investigación y que se publica como “edición previa”, es decir, abierta a la crítica y a las observaciones que podrían dar lugar a futuras reelaboraciones y a publicaciones posteriores. Un mérito más sustancial es el de ofrecer, en una forma inédita entre nosotros, una extensa “argumentación racional o razonable acerca del sentido, la razón de ser y la justificación moral” del derecho a la vida (p. 8) y de los arduos problemas que de él nacen. En nuestro país, aunque no sólo en él, la difusión de la concepción religiosa sobre la eutanasia, el suicidio y el aborto es amplia. Lo es, en particular, la difusión de la doctrina oficial católica. La presencia de un pensamiento laico al respecto es más bien fragmentaria y ligada por lo común a urgencias polémicas. Con cierta frecuencia, estallan enfrentamientos orales o escritos entre defensores de la doctrina católica y defensores de una concepción opuesta, sobre todo en ocasión de proyectos legislativos o de decisiones jurídicas. En esos

Una  
intención  
emancipadora  
y de  
pedagogía  
moral

casos, un oído atento e iniciado rara vez percibe contribuciones aptas para mejorar considerablemente la reflexión. Lo que se percibe a veces de lado y lado, como en sordina, es el deseo o la voluntad de homogeneizar los pareceres y las convicciones acallando al adversario. Y no faltan, a veces, las técnicas del arte de agraviar. El libro de Papacchini presenta un pensamiento sistemático que es ciertamente laico, pero que no nace de ganas polémicas, aunque en los puntos decisivos discrepe clara y explícitamente de la doctrina católica, como discrepa también de algunas concepciones filosóficas, en particular, del utilitarismo. La lectura atenta de toda esta obra descubre en ella, casi a cada paso, que la intención dominante del autor es la de colaborar en la construcción de una cultura de respeto a la vida y a todo lo que puede garantizarla. Una intención emancipadora y de pedagogía moral. Eso y su modo de proceder en la investigación hacen que el libro sea francamente recomendable. Es un libro útil. Lo es para todos los que coincidimos con la intención que le dio origen. Es un serio aporte para el trabajo de legisladores, de jueces y magistrados, de defensores de los derechos humanos, de estudiantes y de profesores de Ética y de Derecho; para teólogos morales, para quienes reflexionan sobre la violencia que destruye vidas, instituciones, bienes y esperanzas, y, no en último lugar, para quienes, siendo actores de la violencia, no hayan renunciado del todo a pensar y a discutir con franqueza. Cuando digo que el libro es recomendable y útil no quiero decir que haya que profesar una coincidencia puntual con todos los argumentos del autor, con todos sus enunciados, con su modo de fundamentar. Las obras de esta naturaleza son buenas y convenientes cuando despliegan problemas reales ante la mente de quienes las leen, cuando hacen ver razones desconocidas, cuando ayudan a descubrir prejuicios y falacias, cuando mejoran la calidad de los argumentos en circulación, cuando desinflan, con la agudeza de una frase, un lugar común realmente poco digno de respeto. Son buenas y convenientes cuando desafían, cuando sacuden la pereza mental y cuando muestran que ciertas pretendidas convicciones son pomposa inercia verbal. Entonces son buenas, aunque tengan defectos (a veces son particularmente buenas en sus defectos). En estos temas, y en otros, la bondad de un libro está en que realmente valga la pena discutirlo. Así es *Derecho a la vida*.

No tengo la más mínima intención de resumir la obra de Papacchini; por lo tanto, esta reseña no será un ejemplo de “el libro leído para usted”. Sólo me detendré sobre algunas cosas, con el propósito de llamar la atención sobre ellas. A veces lo haré para destacar el valor de un argumento, de una observación, de una afirmación; a veces, para expresar una incertidumbre, una crítica, un desacuerdo. Comienzo por esto último, porque a eso me obliga el primer capítulo. El autor lo dedica a sustentar la existencia de un “derecho a la vida”

la  
bondad  
de un  
libro está  
en que  
realmente  
valga la  
pena  
discutirlo

y a aclarar su naturaleza. Angelo Papacchini sabe que siempre he sido reacio a hablar, en términos filosóficos, de ese supuesto derecho. Concedo que, por la necesidad práctica, por conveniencia pedagógica o por economía verbal, convenga usar la expresión o haya que usarla. Pero no creo que, para defender los derechos humanos o para una buena fundamentación de los mismos, sea indispensable hacerlo. Hasta creo que puede tener algunos inconvenientes. Pienso que una lectura de ese primer capítulo, hecha renglón por renglón, hace ver que bastaría con decir que lo que se pretende es sustentar *un derecho al respeto a la vida y a todo lo que la garantiza*. Para rehusarse a hablar de derecho a la vida en un sentido estricto, para no incluirlo en la lista de los derechos, no es necesario coincidir con los argumentos de esos autores un tanto desdeñosos del “derecho a la vida”, a quienes Papacchini quiere refutar. Pienso la vida humana, la de los otros y la mía, como una singular gratuidad que es producto de la necesidad y del azar, y que no se puede circunscribir ni traducir estrictamente en un derecho. Pienso la vida - y coincido aquí casi a la letra con Papacchini - como la condición de posibilidad y la razón de las progresivas y diferentes experiencias de lo valioso. De lo valioso *para* esa vida humana personal y *para* la vida de los otros. De la fuerza de la experiencia primordial de lo valioso surge la necesidad práctica de defender esa experiencia y todo lo que la garantiza. De defenderla, es decir, de reivindicar el respeto a “una esfera sagrada individual” (uso la expresión de Papacchini, p. 19), que no es *un bien* connumerable con otros; que no es, como dice el autor, “uno de los bienes más valiosos” (p. 13). Simplemente, no es “un bien”. Para aclarar un poco más lo que quiero decir criticaré esta expresión que tengo ante los ojos en la página que acabo de mencionar: “la suspensión del derecho a la vida supone (...) una pérdida irremediable, puesto que ningún ser humano está en capacidad de *restituirle al individuo* ese bien tan valioso” (subrayo). Me doy cuenta de que se trata de un modo común de hablar, de una frase que se ha colado en el texto sin pretensión de ser una fórmula rigurosa. Pero lo cierto es que cuando matan a un ser humano no “le quitan la vida”; lo aniquilan, lo borran de la existencia, sin que haya posibilidad de *restituirlo a ella*. Lo que quiero decir es que **entre un ser humano y su vida no hay una relación de propiedad, hay una relación de identidad**. Existir, ser y vivir son una misma y única cosa. Por supuesto, estoy de acuerdo con el autor cuando habla del “derecho a vivir con garantías frente a la violencia”, o cuando se refiere al derecho a “pedir unas garantías mínimas de supervivencia frente a la intervención violenta de otros seres humanos” (p. 18 y 19). También estoy en todo de acuerdo con él cuando reivindica para los seres humanos “la disponibilidad de los medios” que se requieren para el desarrollo de la vida; pero no creo que sea necesario apelar a un “derecho a la vida”, en sentido estricto, para refutar “las tesis neo-liberales” que obstruyen esa

reivindicación. Estoy de acuerdo con todo eso dentro del contexto civil en el que él lo reivindica. En estas coincidencias estamos hablando siempre de *un derecho a algo en vista de la vida*. Hablamos del derecho a la “seguridad frente a la violencia” y del derecho a la “libertad frente al hambre” (p. 22, es decir, del derecho a los medios necesarios para no morir de hambre, como lo afirma la Constitución de la India). Mientras que para Papacchini estas últimas son “dos dimensiones que integran el derecho a la vida”, para mí son

dos derechos que nacen de la experiencia primordialmente valiosa del vivir y de los contrastes a los que esa experiencia está sometida.

Puede parecer que estoy discutiendo cuestiones de palabras. Indudablemente, así es, ya que discuto un modo de hablar del que podrían llegar a seguirse dos consecuencias que estimo no deseables. Una, que alguien dé en pensar que el ser humano es, *ante todo*, un propietario de bienes diversos, comenzando por el de su propia vida. Por cierto, eso no lo dice el libro ni lo piensa su autor. Cualquiera que lea bien el capítulo primero, o que haya leído *Filosofía y derechos humanos*, se dará cuenta de la distancia que hay entre el pensamiento habitual de Papacchini y la tradición del individualismo posesivo. Comprendo, o creo comprender, que es la unión de dos cosas lo que lleva al autor a usar, no obstante su concepción filosófica, el lenguaje del derecho a la vida que, según me temo, podría sugerir un derecho de propiedad. La primera es su convicción fuerte (contraria a la de Bobbio o a la de Rorty, por ejemplo) de que hay que fundamentar los derechos, y la idea de un derecho a la vida puede aparecer como una sólida piedra fundamental. La segunda es la idea de que, en la situación de violencia que está viviendo el país, el lenguaje del *derecho a la vida* puede tener una particular fuerza. Una fuerza pedagógica, una fuerza política y una fuerza jurídica. Papacchini afirma vigorosamente que la tarea prioritaria del poder estatal es la de “controlar las pulsiones agresivas” y que “la impotencia en este terreno no admite excusas”. Un lenguaje entretejido de derechos y obligaciones tiene para esto su eficacia. De acuerdo; no creo que le falte razón. La otra consecuencia no deseable podría ser precisamente la de pensar todas las relaciones humanas, especialmente las que están implicadas en los asuntos de esta investigación, sólo en términos de derechos y obligaciones, que se desprenderían de ese supuesto derecho primero. No creo que el libro sea del todo inmune a esa consecuencia que, por lo menos en algunos casos, puede ser desdichada.

La segunda parte del primer capítulo es la parte fuerte del mismo. Lo es sobre todo en su crítica al utilitarismo, doctrina filosófica que, según el autor, choca con “nuestras intuiciones morales ponderadas” (p. 34). Esta expresión, que en la p. 39 reaparece como

nacen  
experiencia  
contrastes

“las intuiciones básicas de nuestra conciencia moral”, nos deja con las ganas de una debida explicación por parte de Papacchini, porque no es algo marginal, sobre todo en un autor que se caracteriza por su preocupación por las fundamentaciones o justificaciones vigorosas. Son particularmente llamativas las páginas 37-39, que hablan de la dignidad humana con un *pathos* kantiano. Esa dignidad es expresada, según el autor, en “un complejo de creencias, valores, normas e ideales, [e] incluye un postulado acerca del valor intrínseco de lo humano, unas pautas de conducta que se desprenden de este reconocimiento y unas orientaciones acerca del camino a seguir para lograr una forma superior de humanidad” (p. 37). Esa dignidad “se transforma en un derecho moral básico” (p. 80), “el de todo individuo a ser reconocido en su valor intrínseco y no instrumental” (p.44). Ella no depende de méritos, rango o conducta. Hasta tal punto esto es así, que **la dignidad como estado moral no se pierde a pesar de los actos considerados más indignos** (*ibid.*). No se pierde ni por “los crímenes más abominables”, “ni siquiera por las actuaciones más espantosas” (p. 44). No se pierde como estado moral ni como derecho. Que no se pierde quiere decir, sin duda, que no disminuye, que no mengua, que no se erosiona. Papacchini justifica esa dignidad ontológica, permítaseme la expresión, por la capacidad del hombre para la autonomía. A ella dedica unas cuidadosas páginas en el capítulo segundo (p. 82 ss.). Sin embargo, el autor siente que la dignidad puede resultar gravemente vulnerada o degradada por factores como la enfermedad grave, el dolor insoportable, el encarnizamiento terapéutico o una dependencia clínica humillante. Eso no quiere decir que se pierda o disminuya como derecho. Debo declarar que siento que hay allí un problema que merece tratamiento: ¿cuál es la relación entre esa dignidad que he llamado “ontológica” y esta otra, a la que llamaré “estética” porque está ligada a la sensibilidad en sentido amplio?

Esto nos introduce en el extenso capítulo segundo, titulado “Derecho a la vida y eutanasia” y dedicado a intentar “mostrar en qué medida el valor superior de la dignidad puede servir para justificar, en algunos casos, un derecho a disponer de la propia vida, que se concreta a su vez en el derecho a morir con dignidad y a decidir acerca de la modalidad y el tiempo de la propia muerte” (p. 51). Papacchini argumentará en favor “de la moralidad de algunas formas de suicidio y de eutanasia” (*Ibid.*). Los puntos de apoyo de su argumentación serán los ideales morales de dignidad, autonomía y solidaridad. Entre las discrepancias que circulan en las discusiones actuales acerca de la eutanasia, una es la que tiene que ver con la definición de la misma. Papacchini ofrece una definición que, a su juicio, tiene considerables ventajas porque es genérica y despojada de valoraciones morales. Es esta: “*hablamos de eutanasia cuando alguien provoca de manera rápida e indolora, por acción u omisión, la*

La  
autonomía  
sufre, a  
veces  
restricciones

P

muerte de otra persona, convencido de que tiene buenas razones para actuar de esta forma” (p. 59). El hecho de que la definición mencione “buenas razones” no introduce una valoración moral en la definición como tal. Lo que sucede es que la definición recoge una pretensión que tiene que estar presente para que se pueda hablar de eutanasia, así el escrutinio moral ponga de manifiesto lo ilegítimo de esa pretensión. Para que ese escrutinio sea posible, Papacchini estudia las variables moralmente significativas que pueden intervenir en prácticas que se presentan como “eutanasia”. En la página 65, un sorpresivo cuadro sinóptico encasilla dieciocho posibilidades. Mientras lo examinaba, me vino a la mente una reunión de un comité de ética en la que participé, hace muchos años y muchos kilómetros, para analizar el caso de una persona que, gravísimamente afectada por un accidente, parecía solicitar por señas que se la ayudara a poner fin a su vida. Apenas oída la dramática descripción del caso, alguien enarboló fervorosa y sorpresivamente (era un eclesiástico) el ideal de la autonomía para aconsejar que se accediera de inmediato a lo que parecía pedir el paciente. Otros participantes aportaron, con entendimiento emocional solidario, un par de buenas razones para hacer ver que una situación como esa no se resuelve moralmente por la sola apelación a la autonomía o a otro principio o ideal aislado. Estos participantes eran médicos experimentados. El cuadro sinóptico de Papacchini es una especie de adminículo para el discernimiento de la complejidad moral de un caso, para distinguir adecuadamente lo que debe ser distinguido; es algo así como un test de moralidad para el escrutinio de las posibilidades de eutanasia – definidas como lo hace el autor – que no pueden apelar a la autonomía y que no tienen derecho alguno a ser consideradas morales. Lamento que, al tratar este tema, el autor no haya considerado la literatura que existe sobre los cuidados paliativos de los enfermos terminales. En algunas obras de esa literatura, el lector atento descubre la diversidad de restricciones, a veces ocultas, que padece la autonomía de quien sufre dolores atroces o humillante dependencia y postración. La lectura de un libro como *La mort intime*, de Marie de Hennezel, con prólogo de François Miterrand (hay traducción castellana), por ejemplo, le habría ofrecido algunas contribuciones muy valiosas para pensar la eutanasia desde una perspectiva mucho menos dominada por el lenguaje de obligaciones y derechos.

El tema de la eutanasia impone hablar del suicidio. Papacchini lo hace en páginas minuciosas de este mismo capítulo.

El capítulo tercero, sobre el aborto, ofrece al lector todo lo que pudiere desear saber sobre la cuestión: su historia, los debates (reconstruidos y sistematizados), los supuestos de esos debates, la mejor literatura actual sobre el problema. Por lo que sé, Papacchini no deja de lado ninguna obra importante de los últimos años, de modo que no se podría esperar un mejor estado de la cuestión. Las

páginas 246-268 enfrentan el aborto como problema moral. Con argumentos “en favor de una decisión responsable”, el pensamiento desemboca en una concepción que el autor caracteriza como intermedia. Allí se encuentra una descripción de lo que Papacchini entiende por un pensamiento laico en estas cuestiones: “Apelar a posturas laicas supone algo más que la simple renuncia a unas coordenadas, explícitamente religiosas: se trata de un estilo de enfrentar los problemas ético-políticos caracterizado por una actitud prudente y medida, que desconfiaba de las certezas inmovibles en un terreno tan complejo, a pesar de que no descarta de antemano la posibilidad de lograr convergencias y acuerdos razonables, por supuesto nunca definitivos y siempre modificables”.(p. 251). Las páginas dedicadas a “la dimensión jurídica” del aborto son particularmente ponderadas.

Y luego, la guerra. ¿Es la guerra una negación sistemática del derecho a la vida? La tesis que quiere sostener el autor como respuesta, en el capítulo cuarto es: “la suspensión temporal de algunos derechos no autoriza a pensar el conflicto armado como una negación indiscriminada del derecho a la vida, puesto que la dignidad humana conserva su vigencia incluso en una práctica aparentemente caracterizada por la suspensión de toda norma ética o jurídica, o por la regresión al estado de naturaleza” (p. 281). Papacchini expone, inicialmente, los argumentos de quienes ven una oposición radical entre derecho a la vida y guerra. De inmediato, analiza y critica las teorías pacifistas. Una nota a pie de la p. 289 declara netamente: “Más allá del aprecio por la entereza moral y la fortaleza espiritual demostradas por algunos pacifistas radicales, no comparto el principio ético según el cual es peor ejercer la violencia que padecerla, tengo algunas dudas acerca de la eficacia de la desobediencia activa desarmada, y tiendo a creer que la renuncia radical a la fuerza de las armas podría colocarnos en una situación de indefensión frente a los violentos”. Aunque la guerra es una realidad tan antigua como las grandes organizaciones humanas, Papacchini tiene que emplear varias páginas a la discusión sobre su definición, y da la suya. Luego, se dedica a probar que “la guerra no es la antítesis del derecho, ni una zona de despeje frente a los principios éticos”. La vieja cuestión sobre la posibilidad de una guerra justa (en defensa de derechos), lo lleva a tratar el tema de la “humanización” de la guerra y del respeto a los derechos humanos en ella. Es inevitable que una reflexión racional sobre la guerra, como esta, pueda producir la impresión de cierto idealismo. Sin embargo, este tipo de reflexión es lo que alimenta a sectores de la opinión pública, a fuertes organizaciones y a intentos de legislar para disminuir la ferocidad que se desata en los conflictos sangrientos.

Del último capítulo, dedicado a la pena de muerte, se puede decir lo que dije sobre el capítulo del aborto: ofrece todo el material que un lector interesado puede desear para estudiar de manera adecuada esa cuestión. Como era de esperar, un filósofo dedicado a defender los derechos humanos argumenta en contra de ese castigo (hay estadistas que parecen sentirse eximidos de esa necesidad de coherencia).

Al acabar esta reseña, pienso en posibles lectores del libro adversos a las tesis que defiende Papacchini. Estoy seguro de que también ellos pueden sacar provecho de la lectura, sobre todo porque encontrarán argumentos con los que podrán confrontar las propias ideas y porque podrán intentar mejorar los propios argumentos, o buscarlos.

En cuanto a esta “edición previa”, sólo resta desearle que sea sucedida muy pronto por otra edición en la que se revisen algunas cuestiones. Pienso que sería bueno que Angelo Papacchini dedicara algo de tiempo a confrontar su concepción de la autonomía con las innumerables y poderosas restricciones que padece nuestra racionalidad, que el libro parece tratar con demasiado optimismo. Tengo la impresión de que la autonomía que ensalza es demasiado triunfante, demasiado ideal (como la figuras del cuadro de Mantegna elegido por los editores para la carátula). Además, me gustaría leer una reflexión de Pappachini, sobre estos temas, hecha desde una filosofía del reconocimiento, hacia la cual se orientaba explícitamente hace unos años su valioso trabajo de pensador ocupado en cuestiones actuales lacerantes. Muchos lectores le agradecerán que, en una próxima edición, las expresiones en latín y en griego aparezcan con su correspondiente traducción, y que desaparezcan algunas repeticiones que escaparon al trabajo de edición.

Lelio Fernández

## CICERÓN TIENE ALGO QUE DECIR

---

Marco Tulio Cicerón, *De Oratore - De re publica*

Las condiciones según las cuales un hombre sería apto para gestionar su ciudad, es un viejo problema filosófico y, precisamente porque participamos de una herencia jurídica inscrita en una civilidad romana, todavía es de actualidad. En el *De Oratore*, Cicerón responde a esta cuestión gracias a su experiencia personal, que es romana, y gracias al conocimiento teórico que aportaron los griegos en la materia. Es común hablar de un cierto pragmatismo del romano en el sentido de un espíritu de empresa que tiende a administrar y a regular las conquistas terrenales e intelectuales. Cicerón no es una figura de excepción en el cuadro histórico de la República. En él, el arte oratorio está ligado a la acción. La elocuencia juega un papel de primer orden en la ciudad. No se trata, lo habremos adivinado, de la elocuencia en sí, de sus recetas o de su aparato conceptual (aunque éste sea ampliamente analizado en aquel entonces), sino de la persona misma del orador en tanto que es un ideal cívico y humano. He aquí presente un ideal humano que guarda en nosotros un eco al hablar de *humanismo*. El orador es un pensador universal, un filósofo a la manera platónica y no se confunde con su copia defectuosa, el sofista o el hombre de labia. Maestro en todas las técnicas, artista del verbo, el orador persuade con un bello estilo por saber descubrir la razón profunda de las cosas.

El orador como pensador  
CÍVICO

Terminado el *De Oratore*, las circunstancias del momento obligan al hombre de letras a preguntarse, en el *De re publica*, por el ciclo necesario que rige a las ciudades: su nacimiento, su desarrollo, su decadencia y muerte ¿son las cadenas imperiosas que rigen los momentos de su vivir temporal o puede concebirse, para ellas, una suerte de inmortalidad? La posibilidad de esta inmortalidad sería otorgado por unas buenas leyes. La pregunta por el mejor gobierno está, entonces, planteada. La conciencia de vivir una historia cuyo origen se sitúa en la fundación de Roma, hace que los hijos de Enea piensen que el mejor gobierno no es aquel que asegura la más grande

felicidad a los conciudadanos, sino aquel que es garantía de una larga duración para la ciudad. Estabilidad y fuerza en el tiempo son unos de los rasgos constitutivos de un carácter ideal: el republicano, primero, y luego, el imperial. Los tiempos políticos de Grecia mostraron que las fuerzas antagónicas que por naturaleza componían la *polis* eran causa de su desequilibrio. El pueblo había mostrado en más de una ocasión su capacidad para modificar la voluntad política, mas esta capacidad estaba guiada por el azar caprichoso y no por un orden de la razón. Platón, como se sabe, no agotará sus fuerzas para denunciar los prejuicios y los excesos del común y la lección socrática muestra que el filósofo pelagra de muerte cuando insiste en la construcción de un ciudadano mejor. Por otra parte, las grandes familias, al gozar del poder económico, se prestaban al juego de las alianzas cuya suerte sufría en su conjunto la *polis*. En fin, tanto en Grecia como en Roma eran conocidas las figuras del *tirano* (soberano ilustrado o déspota absoluta) o del rey originario de una familia ancestral. Trasladados al nivel conceptual, estas tres potencias políticas reciben los nombres justamente conocidos de democracia, aristocracia y monarquía.

La exposición de estas tres formas de gobierno ocupa una buena parte del libro primero; el análisis muestra que cada uno de estos principios aislados son malos, como ya se advertía. ¿Cómo elegir en este concierto de regímenes políticos aquel digno de excelencia cuando, precisamente, cada uno se revela en verdad deficiente? Las tres fuerzas mencionadas se denominan, en su forma degenerada, anarquía, oligarquía y tiranía. Con el fin de alimentar esta reflexión, Cicerón se centra en una noción romana, la de *populus*. Con este término se debe entender no cualquier conjunto de seres humanos, sino la advertida presencia (al menos en tiempo de la República Romana) de una pluralidad de seres asociados por un consentimiento sobre los derechos y la asociación de sus intereses. A diferencia de las grandes formulaciones teóricas de los filósofos griegos, no hay aquí el esbozo de una sociedad ideal. El *ius*, diferenciado de la ley griega que es manifestación del *Logos* cósmico, es el derecho que resulta de las costumbres, un modo de ser inherente a la comunidad cívica de los romanos. Cicerón explica este sentimiento al precisar que la causa primera de la formación de un *populus*, es menos la debilidad de los seres humanos que una suerte de necesidad natural según la cual tienden en agruparse, y es a partir de este instinto que se deducen las diferentes formas de gobierno. El mejor gobierno será, por lo tanto, aquel que esté en capacidad de realizar en condiciones óptimas la expresión de este instinto. Será el de un gobierno mixto, un poder representativo e indivisible. Las virtudes específicamente romanas, las de una serie de factores pragmáticos que cubren al escenario de la obra, dan cuenta históricamente de la respuesta anterior: “de todas las repúblicas, no hay ninguna que, por su constitución, por su

“El primer bien del hombre es haber nacido en una patria digna”

Cicerón

estructura o por su régimen, sea comparable con aquélla que nuestros padres recibieron de los antepasados y nos transmitieron a nosotros”, dice el autor del *De re publica*. En el plano colectivo, la *res publica*, la cosa pública recubre el bien común del cual el propietario es el *populus*, es decir el conjunto de los ciudadanos. He aquí el punto que separa la república romana de la monarquía en la cual el bien común es la propiedad de un solo hombre. Tal vez, a la política no se le asigna otro fin que la administración de ese bien común en el interés de todos. Esto hace que permanezcan tal cual las desigualdades sociales. Sin embargo, la igualdad jurídica entre los *cives* (los ciudadanos) sí se afirma. Y es esta insistencia sobre la igualdad jurídica lo que hace una de las originalidades de Roma. La gestión pública (*res publica*) es la del ejercicio del gobierno del pueblo, es decir del arte de bien gobernar al pueblo según este derecho, o mejor este *instinto* común. El senado y el pueblo romano bajo la autoridad moral de un *princeps* aseguraría en una república soñada las libertades y los intereses de cada uno de estos tres componentes que ninguna de las formas políticas clásicas anteriormente mencionadas eran capaz de proporcionar en una sociedad organizada. Quizá Cicerón intuía el fin inevitable de su república y en muchos aspectos su *princeps* se

revelará en Augusto, el primer emperador. Para finalizar este recorrido presentamos al lector una breve mirada sinóptica de la obra no sin incitarlo a detenerse en algunas nociones como la de *auctoritas* o *potestas*, por ejemplo. Recordemos que el diálogo pone en escena a Escipión Emiliano en una época de oro de la república, hacia el 129 a.C. Este empirismo político se verifica en la respuesta a la pregunta de la mejor constitución posible: ella será, como la república romana, mixta, reuniendo las cualidades de la monarquía, de la aristocracia y de la democracia. Una vez definida en el primer libro, esta constitución es observada a través de la historia de Roma. Los dos libros siguientes introducirán una noción fundamental, la de justicia. Todo estado duradero y legítimo se funda sobre la justicia y vuelve a encontrar en sus leyes una racionalidad inmanente a la naturaleza. Los libros V y VI piensan la formación del hombre de estado, advirtiendo de la necesidad de un príncipe, *princeps*, *gubernator civitatis*, cuyas cualidades lo hacen el *primus inter pares*, encarnación del estado. Es aquí la premonición anticipada del advenimiento de Augusto, pero esto es ya otra historia.

Prof. François Gagín  
Miembro del Grupo Praxis  
Departamento de Filosofía  
Universidad del valle



## HACER JUSTICIA A LA JUSTICIA

---

Paul Ricoeur, *Le Juste*, París: Éditions Esprit, 1995 - 2000, 2 vols. 223

La obra llega a la mesa de trabajo de *Precedente* con la tinta del segundo volumen todavía fresca. Pero el prestigio intelectual y moral del autor es tan merecido y una primera lectura, casi en diagonal, percibe una riqueza tan prometedora para la cultura jurídica, que sería imperdonable no ofrecer por lo menos una información inicial en el primer número de este Anuario. Los lectores merecen la noticia de una obra nacida de este compromiso vital de Ricoeur: *me he impuesto, desde hace años, la obligación de reconocerle al derecho su derecho, de hacer justicia a la justicia*.

Una prueba de la seriedad y de la notoriedad de ese compromiso es el hecho de que, el 19 de febrero de 1999, Ricoeur fue llamado a testimoniar ante la Corte de Justicia de la República Francesa en el famoso asunto, manejado por los medios con escándalo, de la transfusiones con sangre contaminada. La solicitud de su testimonio provenía de Georgina Dufoix, ex ministra de Asuntos sociales y de solidaridad nacional. En la Corte, se hizo a Ricoeur esta solicitud:

Usted ha oído hace algunos años la expresión utilizada por la señora Dufoix: “responsable, pero no culpable”. Deseo que usted, en cuanto filósofo, dé su parecer sobre esa expresión, su actualidad y su verdad”. La intervención de Ricoeur comenzó así:

Señor Presidente, soy testigo; no soy político, ni experto, ni jurista sino, digamos, un ciudadano reflexivo que se interesa por los procedimientos de toma de decisión en situaciones inciertas. Me he interesado por esta problemática en los dominios del juicio médico, del juicio judicial, del juicio histórico y del juicio político. En tal calidad diré cómo recibo e interpreto la frase responsable pero no culpable...

Esa intervención figura como epílogo del segundo volumen de esta obra. Es una reflexión grave y luminosa sobre la idea misma de responsabilidad, de sus componentes, y de la perplejidad que despierta el hecho de tener que llegar a conclusiones prácticas sobre la responsabilidad en una sociedad construida sobre una carencia que es, a juicio de Ricoeur, un mal francés institucional: la carencia básica, desde los inicios de la república, de una instancia capaz de abrir una investigación sobre la responsabilidad política, de conducir esa investigación y de llevarla a su término. El escrito, titulado "Citación para testimoniar: el malgobierno", que abarca lo jurídico, lo político y lo ético, acaba en una evocación de las víctimas de la sangre contaminada porque **la justicia no puede existir sin pasión** y porque es frente al horizonte de la muerte desde donde estamos tratando de reflexionar sobre las carencias eventuales de nuestro pensamiento político, de nuestro sistema político.

Además de todo esto, quiero decir mis motivos para ofrecer esta noticia y justificar su extensión. Son estos:

1. Paul Ricoeur, quien es hoy un hombre de casi noventa años y de una lucidez que resplandece en estos recientes escritos, es lamentablemente desconocido por nuestra cultura jurídica.
2. Paul Ricoeur es un hermeneuta de la acción en sus cuatro registros -hablar, hacer, narrar, imputar-, y de las cuatro *capacidades* correspondientes.
3. No es necesario conocer todo el pensamiento de Paul Ricoeur y su método de investigación para sacar provecho de la lectura estudiva de estos dos volúmenes, que tratan cuestiones vivas en los debates actuales de nuestra cultura jurídica.

Después de esta introducción con la que pretendo conducir la mirada de quien lee hacia la figura del autor del libro, siento que es inevitable comenzar con el epígrafe antepuesto por él al prólogo del primer volumen. Es este párrafo famoso y no siempre adecuadamente recordado de Aristóteles, del libro quinto de su *Ética a Nicómaco*:

Lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino un correctivo de la justicia legal. La razón de esto reside en que la ley es siempre algo general, y que hay casos para los cuales no es posible recurrir a un enunciado general que se les aplique con certeza. (...) Se ve entonces claramente qué es lo equitativo, que lo equitativo es justo y que es superior a cierta clase de lo justo.

Lo copié aquí como inevitable porque el sentido hondo que lo anima es afín al que se encuentra en el eje principal del primer

volumen de Ricoeur: la relación entre la idea de justicia en cuanto regla moral y la justicia en cuanto institución.

Los dos volúmenes son, en su mayor parte, colecciones de conferencias; pero nada de lo que se ofrece en esas páginas está dictado por el vaivén de ocasiones. Como lo dice el autor, todos esos escritos están unidos entre sí. En el primer volumen, el nexo es la preocupación de un pensador por abrirle paso a lo jurídico, que la filosofía había dejado de lado por mucho tiempo, preocupada por lo moral y lo político. Por mucho tiempo, pero sobre todo en el “horrible siglo XX”, que atropelló al mundo con su violencia. En el segundo volumen, el nexo es el adjetivo “justo” transformado en adjetivo sustantivado portador de la fuerza y de la amplitud que tuvo en las investigaciones filosóficas de los griegos: *lo justo*.

Me limitaré a dar una idea de la riqueza y vastedad del contenido. Para eso, entresacaré de cada texto lo que, atrapado por una lectura urgente y atenta, da una idea de lo que se trata. Algún que otro texto será apenas mencionado porque el tiempo, viejo Cronos, siempre devora.

Ante todo, una observación que no puede ser olvidada aquí, porque ella sola es capaz de exorcizar las desconfianzas de muchos hacia toda palabra sobre el derecho que sople desde los lados de la Filosofía. Ricoeur hace saber que, en el *Institut des hautes études pour la justice (IHEJ)*, encontró un lugar exploratorio en el que lo jurídico no corría tanto el riesgo de ser enrolado antes de tiempo por la filosofía de lo político: ese lugar es el de “lo jurídico bajo la figura precisa de lo judicial, con sus leyes escritas, sus tribunales, sus jueces, su ceremonia del proceso y, concluyéndolo todo, el pronunciamiento de la sentencia donde *el derecho es dicho* en las circunstancias de una causa, de un negocio, eminentemente singular” (p. 9). Ese descubrimiento le permitió pensar lo específico de lo jurídico y de su destinación pacífica.

### **Volumen primero: relación entre la justicia en cuanto regla moral y la justicia en cuanto institución.**

1. “¿Quién es el sujeto del derecho?”, se titula la primera conferencia. En ella, Ricoeur quiere mostrar que esa pregunta de forma jurídica no se distingue, en últimas, de la pregunta de forma moral: “¿quién es el sujeto digno de estima y de respeto?; y que esta pregunta envía a otra, de naturaleza antropológica: ¿cuáles son los rasgos más fundamentales que hacen al yo capaz de estima y de respeto? En ese primer texto, la noción de *capacidad* será central, como “referente último del respeto moral y del reconocimiento del hombre como sujeto de derecho”. Y se verá que el corazón de esa noción es el “poder hacer”, el poder de intervenir.

2. “*El concepto de responsabilidad. Ensayo de análisis semántico*”: título del segundo escrito. Ricoeur revela que escribió este trabajo motivado por una especie de perplejidad provocada en él por el

examen de los contextos contemporáneos en los que aparece la idea de responsabilidad, tanto en los escritos de derecho civil como en los de derecho penal. De las treinta robustas páginas de este análisis doy, a manera de indicios, los subtítulos: Entre imputación y retribución. La idea contemporánea de responsabilidad: un concepto estallado. Imputación y “adscripción”. Reformulación del concepto jurídico de responsabilidad. Transformaciones del concepto moral de responsabilidad.

3. “¿Es posible una teoría puramente procedimental de la justicia?” y “Después de *Teoría de la justicia* de John Rawls” son los títulos de dos escritos que ponen a pensar a todo conocedor de la obra decisoria de Rawls y que ayudan a leerla a quienes, sabiéndola imprescindible para entender las cuestiones contemporáneas sobre la justicia, se deciden a estudiarla.

4. “*La pluralidad de las instancias de la justicia*” lleva por título este escrito en el que Ricoeur analiza dos pequeñas importantes monografías: *Esferas de la justicia*, de Michael Walzer, y *Sobre la justificación: las economías de la grandeza*, de Luc Boltanski y Laurent Thévenot. El primero de esos escritos circula entre nosotros, por lo menos en algunos círculos jurídicos y universitarios. Es “una defensa del pluralismo y de la igualdad” y apareció en inglés en 1983. No sé si el segundo, publicado en 1991, ha sido traducido al castellano. Reparto de los bienes sociales. Modos de repartirlos. Dificil y necesaria relación entre igualdad y diferencias. La noción de igualdad compleja, protestataria, como concepto que aparece como resultado de la intersección entre el proyecto de combatir la dominación y el programa de diferenciación de las esferas de la justicia. Lazo mercantil y lazo político. He saltado, en estos renglones, de indicación en indicación para llegar a la pregunta que el lector Ricoeur vuelve a proponerse cuando se prepara a dar forma a la conclusión del examen de las dos obras: ¿cuáles recursos de “remembramiento” del cuerpo político, y por lo tanto de unificación de focos de irradiación del derecho, resultan patentes al acabar la lectura de cada una de las dos obras? Aquí, como en el cine, no puedo contar el final. Pero transmito esta inclinación del pensamiento de Ricoeur: “me siento tentado a atribuir como crédito a cada una de estas dos obras el habernos ayudado a tomar conciencia de una situación inédita, en todo caso impensable en los tiempos de nuestra tradición republicana y jacobina: *que el Estado, en cuanto fuente de derecho, se encuentra hoy en la situación incómoda de ser una entidad llamada a comportarse como el todo y como la parte, como el continente y el contenido, como una instancia inclusiva y una región incluida*” (¡y pensar que, cuando comencé a escribir esta noticia, estaba decidido a no decir nada de este escrito, aunque me parecía excelente! La última frase, la que acabo de subrayar, cambió mi decisión).

5. Nada diré, con todo lo valioso que es, del escrito titulado “*Juicio estético y juicio político según Hannah Arendt*”. ¿Habla del derecho?

192

Que el Estado en cuanto fuente de derecho, se encuentra hoy en la situación incómoda de ser una entidad llamada a comportarse como el todo y como la parte

Habla del acto del juicio. Ricoeur profesa una gran simpatía por el pensamiento de esa mujer decisiva.

6. “*Interpretación y/o argumentación*”. Dejemos que Ricoeur anuncie el asunto: el presente estudio nació de una conferencia dada en el cuadro de un seminario en la Escuela Nacional de la Magistratura, conferencia puesta bajo el título aparentemente unívoco de la interpretación. Ahora bien, lo que aquí se propone, bajo un título doble, es un análisis en el cual la interpretación es puesta a la par con la argumentación, una operación que se presume rival de aquella. Hasta aquí, Ricoeur. Los dworkinianos frequentadores de *A Matter of Principle*, los lectores de Robert Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*) y de Manuel Atienza (*Teoría de la argumentación jurídica*) tienen aquí veintiuna página de festín.

7. “*El acto de juzgar*” es el título de siete páginas en las que el autor propone a la discusión una fenomenología del acto con el que se cierra la deliberación jurídica. Comienza con esta distinción que siempre tendría que iluminar la práctica jurídica: una finalidad corta, en virtud de la cual juzgar significa cortar, con el objetivo de poner término a una incertidumbre; y una finalidad larga, más disimulada, sin duda: la contribución del juicio a la paz pública. Desprendo esta idea: “hay que ir hasta allá: detrás del proceso [judicial] está el conflicto, el diferendo, la querrela, el litigio: y en el trasfondo del conflicto está la violencia. El lugar de la justicia se encuentra entonces marcado en negativo, como participando del conjunto de alternativas que una sociedad opone a la violencia y que, todas a la vez, definen un Estado de derecho”. Y no hay que equivocarse, advierte Ricoeur: no hay que reducir la violencia a la agresión verbal o física, porque **la más tenaz de las formas de la violencia es la venganza**, es decir, la pretensión del individuo de hacerse justicia por su cuenta. La venganza es una simulación de la justicia. El acto de juzgar, que salva a la justicia de las manos vengativas de los individuos, tiende hacia el horizonte de la paz social.

8. En un coloquio sobre *Justicia o venganza*, Ricoeur leyó la comunicación titulada “*Sanción, rehabilitación, perdón*”, con la que se propuso contribuir al tema como filósofo. Y la tarea del filósofo es la de “*aportar un esclarecimiento conceptual, ayudar a reconocer lo que está en juego, distinguir las finalidades*”. Ricoeur despliega una reflexión esclarecedora sobre el derecho penal. En esas dieciséis páginas, hay una sobre la *amnistía* que no es sino una decisión de *amnesia institucional* cuando exige proceder como si los hechos criminales realizados no hubiesen tenido lugar. Esa idea, dice Ricoeur, es antítesis de la idea de perdón. Vale la pena detenerse a considerar el tipo de Estado que, según Ricoeur, tiene la pretensión de borrar los rastros de las discordias públicas con la amnistía así concebida: un Estado jacobino que identifica su presunta racionalidad con lo universal.

9. El último trabajo del volumen primero nace de un rechazo de Ricoeur a dejarse encerrar en un dilema de apariencia estricta que opone la ley (pensada como inmutable, universal, constrictiva, objetiva) a la conciencia (supuestamente variable, circunstancial, espontánea y subjetiva). A ese aparente dilema, el autor opondrá un modelo de correlación entre ambos términos en varios niveles. El título es *“La conciencia y la ley. Envites filosóficos”*. Fue leído en un coloquio sobre la conciencia en la sociedad contemporánea, organizado por la orden de abogados de París en 1994. Al terminar la lectura de esta conferencia, me es imposible renunciar a esta fantasía: en todas las facultades de Derecho, todos son capaces de meditar este texto de lectura imprescindible.

## 2. Segundo volumen: fuerza de choque del empleo extensivo de “lo justo”

Casi medio centenar de páginas de introducción preparan al lector para sumergirse en la lectura y en el estudio de las tres partes que organizan los escritos de este volumen: “Estudios”, “Lecturas”, “Ejercicios”. En las páginas 19 y siguientes, una reflexión ejemplar sobre la preocupación de encontrar una calificación moral para las proposiciones científicas.

### a. Primera parte: los “estudios”

*Primer estudio:* “De la moral a la ética y las éticas”. Hace once años, Ricoeur publicó el libro, imponente, memorable: *Soi-même comme un Autre* (traduzco literalmente, sin piedad: *Sí-mismo como un Otro*). Allí, hacia el final, Ricoeur expuso su “pequeña ética”. En este estudio, la complementa, la corrige y nos hace un inmenso doble favor: primero, explicarnos cómo entiende él la relación entre la “ética fundamental” o “ética anterior”, la moral y las éticas aplicadas o “éticas posteriores”. La ética, enraizamiento de la experiencia moral en el deseo razonado o razonable de una vida buena; respuesta a la pregunta radical: ¿qué deseamos fundamentalmente?, ¿qué tipo de vida deseamos conducir? La “moral” (en respuesta a la violencia), punto de cruce entre un yo que interviene y una ley que se impone; lugar de la obligación y de la prohibición. Las éticas aplicadas: la ética que se ramifica y se distribuye sobre distintos campos de aplicación: ética médica, ética judicial, ética de los negocios, ética ambiental. Segundo favor: explicarnos cómo se encuentra “lo justo” en todo eso. Los filósofos están por lo general de acuerdo en que es necesario disponer de los términos “ética” y “moral” –de los dos-, pero no se ponen de acuerdo sobre el empleo de cada uno de ellos. Los demás, como para no equivocarnos, suelen recurrir a unirlos con una “y” (se dice, por

ejemplo, “las faltas contra la ética y la moral”), eludiendo toda clarificación sobre las diferencias y las relaciones. En este ensayo, Ricoeur muestra la conexión subterránea entre la ética de Aristóteles y la moral de Kant, que la tradición académica siempre se empeñó en mostrar como irreconciliables.

*Segundo estudio:* “Justicia y verdad”. Ensayo que se confiesa de entrada puramente exploratorio y que avanza en el terreno de la práctica. Nos mostrará cómo Ricoeur entiende la primacía de la justicia en ese terreno. Primer movimiento: pensar la justicia y la verdad por separado; la una sin la otra; pensar en la primacía de lo justo en el terreno práctico. Segundo movimiento: pensar la justicia y la verdad en cuanto se presuponen recíprocamente; en el terreno de lo práctico, lo justo implica lo verdadero. Paradoja: la justicia y la verdad son *iguales* porque cada una de ellas puede ser pensada en sí misma; la justicia y la verdad son *iguales* porque cada una de ellas necesita de la otra para ser pensada. Dos figuras distintas de la igualdad. Y una ausencia a la que Ricoeur se somete por exigencias de brevedad, pero que lamenta: la de lo bello. Una larguísima tradición de la investigación filosófica llama “transcendentales” a los miembros de esta tríada: lo verdadero, lo bueno, lo bello (de paso, recuerdo que para Albert Einstein una vida ética es la que está regida únicamente por la tensión hacia esos tres ideales). Ricoeur pone lo justo en el lugar de lo bueno. ¿Coincidencia con *Una teoría de la Justicia* de John Rawls? Hasta cierto punto, sí. Este ensayo, que en el fondo está ligado con el anterior, muestra la implicación de lo bueno en esa primacía práctica de lo justo.

*Tercer estudio:* “Autonomía y vulnerabilidad”. Con una buena paradoja se pueden hacer muchas cosas. Por ejemplo, formular una cuestión ambiciosa para un seminario jurídico de alto nivel. Una paradoja consiste en “dos tesis (afirmaciones) adversas que oponen una resistencia igual a la refutación y que, por consiguiente, deben ser sostenidas juntas o rechazadas juntas”. Es paradoja decir que algo es condición de posibilidad de una actividad y que es, a la vez, la tarea propia de esa actividad. Una paradoja así es la que enfrentó y que trató de fortalecer Paul Ricoeur en la comunicación inaugural del seminario anual del *Institut des hautes études sur la justice* (1995-1996). El título del seminario es el que encabeza este ensayo. El título de la comunicación inaugural: “¿Qué es un sujeto de derecho?”. La paradoja a cuyo estudio se entrega Ricoeur puede y debe ser enunciada en varios registros. Uno: el sujeto de derecho es, a la vez, la *presuposición mayor* de toda investigación jurídica y el *horizonte* de la práctica judicial. Dos: en el registro del título de este ensayo, la paradoja se manifiesta así: “la autonomía es por cierto lo propio del sujeto de derecho; pero es la vulnerabilidad lo que hace que la autonomía sea condición de posibilidad que la práctica judicial transforma en tarea. *Porque el hombre es por hipótesis autónomo, debe llegar a serlo.*”

# La autonomía es una idea-proyecto.

La paradoja está enclavada en lo más hondo de la condición humana. Ricoeur la analiza nivel por nivel, enfrentando a cada grado de autonomía una figura correspondiente de vulnerabilidad o, como gusta decir él, de fragilidad. La autonomía y la fragilidad son términos que se componen entre sí: la fragilidad no es una patología en la medida en que el ser al que caracteriza siempre está llamado a llegar a ser autónomo; frágilmente autónomo. Y dejo aquí, porque hasta aquí he venido siendo casi traductor furtivo de lo principal del inicio de la comunicación. El resto, el desarrollo, lo dejo para que lo lean y estudien los jueces, los profesores de filosofía del derecho, de introducción al derecho, de constitucional, de “personas”, de “obligaciones”, los estudiantes de derecho, los de filosofía, los comités de ética médica y los que se dedican a la “misión imposible” de educar. Esas veinte páginas valen un tratado. O un buen seminario completo.

*Tercer estudio:* las dieciséis páginas siguientes llevan por título “La paradoja de la autoridad”. ¿Paradoja? ¿Enigma? Pesado avanzar por las dos primeras páginas diciéndome, casi con maliciosa alegría apenada: “¡Ah, mi querido Paul Ricoeur! Hasta a usted se le nota el esfuerzo y el malestar al tener que vérselas con el temita”. Pero a la vuelta de un párrafo siento que ese hombre ha estado mostrando lo que fueron, hasta allí, sus trabajos mentales para llegar a un punto de apoyo firme que le permitiera sentirse en “lo espeso del enigma” y, desde allí, hacer algo de luz en el laberinto. El punto es el de la referencia doble a la credibilidad de parte de quien manda y a la confianza de parte de quien obedece. Desde ahí, Ricoeur deja que le tome la mano una mujer, Hannah Arendt (la del ensayo *What is Authority?*), quien lo conducirá - y le hará decir lo que él piensa por

¿Es que la autoridad ha desaparecido realmente del mundo moderno y sólo queda una mezcla de violencia y de persuasión más o menos fraudulenta?

Arendt que supo situar en el derecho romano, el de la Roma antigua imperial, el origen del concepto inicialmente político de autoridad desaparecido (ese derecho romano que tanto aburre a los estudiantes de derecho cuando les es malrepresentado como un reseo objeto de museo, con polvorientos cartelitos en latín y con fantasmas de nombres imposibles!). Pero antes de dejarse guiar así, discrepando a veces, Ricoeur ha pedido información a una fuente importante: la *Histoire de l'autorité* de Gérard Leclerc, porque necesita formularse una pregunta (el itinerario de Dante con Beatriz comienza por una pregunta del poeta sobre ciertos “puntos oscuros”). Y se la formula más o menos así: ¿Es que la autoridad ha desaparecido realmente del mundo moderno y sólo queda una mezcla de violencia y de persuasión más o menos fraudulenta; o es que la autoridad se ha transformado, conservando algo de lo que fue originariamente?

Ricoeur le apuesta a la segunda parte de la pregunta, como hipótesis de trabajo. Leclerc le da pie para hacer algunas distinciones adecuadas

como instrumento de pesquisa, para examinar los ideales de autoridad en el mundo romano, en el de la cristiandad medieval, en el de la Ilustración y en de la Revolución francesas, en el del contractualismo; y para examinar la crisis actual. El escrito acaba con una fuerte sugerencia sobre la necesidad de abrir espacio reconocido al desacuerdo, al *dissensus*, al derecho a responder. En definitiva, este ensayo es, entre otras cosas, una ilustración de cómo habría que enfrentar una historia del derecho, una historia de las instituciones.

*Cuarto estudio:* “El paradigma de la traducción” es un ensayo sutil, erudito, sugeridor y lleno de perplejidades sobre el problema de la traducción. También sobre su dimensión ética. Demás está decir que es una reflexión acerca de la relación con el otro, con el que habla otra lengua, pero también con el que habla la misma.

## **b. Segunda parte: las “lecturas”**

Un prefacio a la traducción de la obra de Otfried Höffe, *Principes du droit*, en la que este autor trata de establecer críticamente el lugar que puede ocupar hoy el pensamiento de Kant en la cultura jurídica, especialmente en la ética jurídica. Rawls, Appel y Habermas, cuyas teorías apelan a Kant con distintas formas de originalidad, son estudiados en la obra y son tenidos en cuenta en este prefacio.

Después, unas quince páginas tituladas “Las categorías fundamentales de la sociología de Max Weber” ofrecen una explicación de los primeros párrafos del capítulo primero de la primera parte de la “Teoría de las categorías sociológicas” en *Economía y sociedad*, y de algunos párrafos del capítulo tercero sobre la “tipología de la dominación”. Un riguroso e iluminador recorrido conceptual, conducido por el hilo de la relación entre interés temático e interés metodológico en el proceso de construcción conceptual. ¿Y en dónde queda hoy Max Weber con su teoría de la dominación y de la legitimación? Ricoeur piensa que no está del todo ausente en trabajos como los de Carlo Ginzburg, de Giovanni Levi, de Boltanski y Thévenot, de Michael Walzer y otros. Lo que queda por fuera es la tenaz pretensión weberiana de la neutralidad axiológica.

Otro prefacio de Ricoeur, esta vez a la obra de Pierre Bouretz, *Las promesas del mundo: filosofía de Max Weber*, retoma asuntos de Weber, sobre todo, el que es “la clave” de su pensamiento: la tesis del desencantamiento del mundo. Bouretz se dedica a “verificar” esa tesis en los campos de lo económico, de lo jurídico y de lo político. Ricoeur, a comentar con agudeza la necesidad de encontrar las raíces del desencantamiento allí donde realmente se hundan: en las motivaciones religiosas. Lindo ensayo para poner a prueba las ideas que circulan tranquilamente sobre racionalidad, sobre decisiones económicas, sobre nihilismo.

## El tema de “la democracia capturada por el derecho”, de la “juridización de la vida pública y privada” es tratado por Ricoeur en el prólogo al libro polémico, mordaz, virulento a veces, de Antoine Garapon, *El guardián de las promesas* (digno de un prefacio del sereno Ricoeur). Garapon ve un fenómeno patológico de la democracia actual en la declinación de lo político y en la marea creciente de la potencia judicial; un fenómeno cuya gravedad tiene como causa preponderante la ideología invisible e invasora de lo mediático. Este es un escrito que merecería aquí un espacio amplio. Como no me es posible concedérmelo (por lo del tiempo devorador y por los límites que, impuestos, ya he transgredido), me reduzco a recomendar cálidamente el estudio de estas páginas a quienes se preocupan de veras por los problemas enunciados al principio y por los de la autoridad en la democracia, por la fuerza de lo simbólico, por los problemas de la sanción, por los debates sobre el activismo judicial, etc.

Los lectores de *Sources of the Self*, de Charles Taylor, sacarán provecho del estudio de Ricoeur sobre un hiato, aparente o real, entre lo fundamental y lo histórico en esa obra tan merecedora de atención. Se halla en la última de las “lecturas”.

### c. Tercera parte: “ejercicios”

A Ricoeur le fastidia que se aplique a los discapacitados físicos o mentales una vaga y general noción de respeto. Quiere que comprendamos *La diferencia entre lo normal y lo patológico como fuente de respeto* (este es el título del primero de los “ejercicios”), y hasta de amistad.

Médicas y médicos, profesores de ética en las facultades de medicina, comités de ética médica, jueces: va la pena prestar mucha atención al segundo de los ejercicios, que lleva por título *Los tres niveles del juicio médico*. Allí hay cosas para aprender.

Los mismos del punto anterior, más profesores de derecho: muchísima atención estudiosa al siguiente ejercicio, titulado *La toma de decisión en el acto médico y en el acto judicial*. ¿Qué se propone aquí el autor? Esto: “La ética médica ha sido tratada, con demasiada frecuencia, como un campo cerrado. Pienso que se la comprende mejor si se la aproxima a otras actividades de juicio y de decisión. Aquí propongo un paralelismo entre dos situaciones típicas desde el punto de vista de la decisión, a saber, el acto médico y el acto judicial.”

El ejercicio tercero es una conferencia que Ricoeur dictó, entre 1997 y 1999, en estas tres universidades: Ulm (Alemania), Columbia University (E.U.), universidad Beida (China). Su título hace aparecer la imagen sobrecogedora de las torres gemelas de Nueva York, ardiendo y desplomándose en la mañana del 11 de septiembre,

y las masacres en nuestros campos y pueblos colombianos: *Justicia y venganza*.

¿Es posible formular principios universales -en el plano ético, jurídico, político, social-, que sean válidos independientemente de la diversidad de las personas, de las comunidades, de las culturas susceptibles de aplicarlos, y sin limitaciones provenientes de las circunstancias de aplicación? En el último ejercicio, *Lo universal y lo histórico*, Ricoeur construye para ese problema un cuadro de discusión, en varios niveles. El lector, a estas alturas del volumen ya avezado, percibe cómo este trabajo viene a completar y a precisar lo visto en los “Estudios” de este volumen y en los ensayos del primero.

Lelio Fernández



## DERECHO Y BIENES PÚBLICOS

---

Alfonso Miranda Talero, *El derecho de las finanzas públicas*,  
Bogotá: Legis, 1999.

Teniendo por base una sólida contextualización interdisciplinaria, el autor, quien ha ejercido la cátedra de Hacienda Pública en la Pontificia Universidad Javeriana, desarrolla el tratamiento de la dimensión jurídica de las finanzas públicas, a la que se refiere como aquella rama del derecho público que estudia la actividad financiera del estado, es decir, la regulación de la constitución, administración e inversión de los bienes estatales.

El enfoque del autor es doble: científico en relación con las normas jusfinancieras y técnico en relación con el desarrollo de las operaciones financieras (p. 13), dando lugar a una obra de interés a la vez práctico y teórico, que por su amplitud teórica se distancia del canónico contenido de los manuales tradicionales y en la que se abordan sistemáticamente las disposiciones legales y constitucionales sobre la materia, acompañadas, sin estrépito, de reseñas jurisprudenciales.

### NOVA ET VETERA ET NOVA

El estudio se despliega desde el paradigma de la Hacienda propia del modelo de Estado social, jurídicamente consagrado en nuestro país desde la reforma de 1936. La actual Constitución colombiana introdujo importantes novedades en relación con las finanzas públicas, lo mismo que un catálogo axiológico que también involucra la dimensión económica. En esa dirección es que el autor asume el tratamiento de la normativa jurídica de las finanzas públicas dentro del contexto conformado por los principios constitucionales (descentralización, prevalencia del gasto social, planeación, etc.).

En la primera parte del texto, el autor contextualiza el derecho de las

finanzas públicas dentro del derecho público, diferenciándolo y mostrando sus relaciones con otras ciencias como la política y las económicas, al paso que se establecen los fines y medios de las finanzas públicas. Seguidamente expone los conceptos de gasto e ingreso público, lo mismo que sus clasificaciones, refiriéndose a los diferentes dominios fiscales (territoriales, comerciales e industriales y monetarios), clarificando a su vez las nociones de impuesto, tasa y contribución (o valorización), para continuar con la exposición de las diferentes modalidades de impuestos directos (a la renta y a las sucesiones y donaciones) e indirectos (al consumo, aduaneros y de transacciones).

A continuación se refieren los diferentes aspectos propios de la parafiscalidad, para terminar con el tratamiento de las actividades relativas al crédito público, su origen y clasificaciones, con un especial énfasis en el manejo de la deuda, las condiciones de la contratación de empréstitos, la regulación del servicio de la deuda y las demás actividades en que se desenvuelve el endeudamiento público.

En la segunda parte, según el autor, cobran importancia práctica la hacienda pública y los conceptos de gasto, ingreso, crédito y medidas monetarias (p. 267), pues en ella se analizan los diferentes aspectos del presupuesto público, sus principios rectores y su vigencia temporal, continuando con el análisis del Estatuto Orgánico del Presupuesto, del sistema presupuestal, del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) y de los principios que rigen el presupuesto, así como de las responsabilidades fiscales de las diferentes autoridades.

Seguidamente pasa el autor a exponer el Presupuesto General de la Nación, las cuatro partes que lo conforman y las condiciones para la preparación y tramitación de la Ley Anual del Presupuesto y de su correspondiente ejecución y modificaciones (estas últimas mediante créditos adicionales, contracréditos y traslados). Prosigue el autor formulando algunas consideraciones críticas en torno a temas relacionados con la reforma al Estatuto Presupuestal, como el déficit, el sistema de contabilización, la dictadura presupuestal, los fondos financieros, el concepto de equilibrio presupuestal y el abuso en el crédito público. Finalmente son tratadas las múltiples modalidades de control presupuestal previstas en el ordenamiento (jurisdiccional, político, fiscal, etc.).

Ya en la tercera parte es abordado tangencialmente el tema de la distribución de los recursos y de las competencias, el situado fiscal, su nivel, distribución administración y asignación, lo mismo que los regímenes financieros de las entidades territoriales y del Distrito Capital, con sus correspondientes controles.

Finalmente, la cuarta parte incorpora una síntesis de los planteamientos de la hacienda clásica y de su contraria, la hacienda moderna o funcional, con énfasis en el tema de la estabilización (que procura estabilizar el nivel de precios, el pleno empleo y evitar desajustes presupuestales).

Aparte de lo anterior, la obra incorpora como anexos el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996) y los decretos 359 de 1995 (reglamentario de la ley 179 de 1994); 115 de 1996 (que establece normas para la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta con igual régimen, dedicadas a actividades no financieras); 3077 de 1989 (reglamentario de la ley 38 de 1989 y el decreto 3046 de 1989 (sobre el manejo del Tesoro Nacional).

Domingo Mesa  
Abogado Universidad de Antioquia



## LOS SENTIMIENTOS ECONÓMICOS Y LA MANO INVISIBLE

---

Emma Rothschild, *Economic Sentiments*. Adam Smith. Condorcet and the Enlightenment, Harvard, maSS.: Harvard University Press, 2001.

El modo más conciso de presentar este libro es copiar la primera frase de su Introducción: “This book is about *laissez-faire* when it was new”. Y el *laissez-faire* fue nuevo durante unos cincuenta y cinco años, más o menos, a partir de 1770 y tantos; un tiempo que la autora describe como “de entusiasmo y miedo en la vida económica, de intenso interés en los proyectos del comercio y de las manufacturas, de susceptibilidad contra las restricciones en el comprar y en el vender...”.

NOVA  
VETERA

la vida  
económica está  
llena de  
emociones

Intentaré un modo menos conciso de presentar el libro. Será apenas una noticia, como para llamar la atención de un buen número de interesados lectores y para comprometerme a una futura presentación adecuada. Emma Rothschild, directora del Centro para la Historia y la Economía, del King’s College, Cambridge, ha publicado un libro erudito y complejo en el que estudia el pensamiento de Adam Smith y del marqués de Condorcet. Sus análisis conducen al lector hacia una perspectiva tan nueva sobre la Ilustración que hace pensar en nuestro propio tiempo. El título, llamativo, no es ajeno a esa novedad. Smith y Condorcet, diferentes y divergentes en tantas cosas, coincidían en algunas; por ejemplo, en la preocupación por los “sentimientos económicos”. La vida económica, escribe Rothschild refiriendo el pensamiento de am-

bos teóricos, “está llena de vejaciones, de sobresaltos, de detalles concretos de opresión. También está llena de emociones”. La *Teoría de los sentimientos morales*, de Smith, y el influjo de esa obra sobre Condorcet ocupan numerosas páginas que en este libro explican el sentido de la expresión “sentimientos económicos”. Baste, por ahora, esta iluminación: “La disposición esencial de la vida moral, para Condorcet como para Smith, es pensarse a sí mismo en los sentimientos de las otras personas; es sentir simpatía. Esto es similar, en su reflexividad, a la disposición de la vida económica. Pensar sobre decisiones económicas es pensar acerca de cómo otra persona piensa” (p. 224).

Emma Rothschild es una notable especialista en Smith desde mucho antes de este libro. Y escribe de manera encantadora; con claridad, con elegancia, con humor, con certeras, leves y variadas referencias literarias, que van desde Homero hasta Kundera y que iluminan discretamente las páginas eruditas. El libro lleva esta dedicatoria: *To Amartya*. Una afectuosa retribución de atenciones a su marido, Amartya Sen, quien hace poco más de un año dedicó así su libro *Development as Freedom : To Emma*.

L.F.

P