

The background features a pair of scales of justice, with two silhouettes of men in classical attire (likely philosophers or jurists) positioned in the pans. The entire scene is set against a dark blue and purple geometric pattern of triangles. The title is centered in white text.

Derecho, Filosofía y Sociedad

Derecho, Filosofía y Sociedad

Compiladores

Ph. D. Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga
Ph. D. (C) William Esteban Grisales Cardona
Ph. D. (C) Carlos Augusto Arboleda Jaramillo

Dirección editorial

Mg. Jovany Arley Sepúlveda Aguirre
Director Editorial y de Publicaciones

Corporación Universitaria Americana
Sede Medellín
2020

340.11
C822

Corporación Universitaria Americana.
Derecho, filosofía y sociedad. Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga, William Esteban Grisales Cardona y Carlos Augusto Arboleda Jaramillo (comps.). Medellín: Sello Editorial Universitario Americana

259 Páginas: 16X23 cm.
ISBN: 978-958-5512-93-1

1. Derecho 2. Filosofía 3. Sociedad

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA/RDA
SCDD 22 / CUTTER - SANBORN

Corporación Universitaria Americana©
Sello Editorial Universitario Americana©
ISBN: 978-958-5512-93-1

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA

Presidente
JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectoría nacional
ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Rector - Sede Medellín
ALBERT CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico - Sede Medellín
ARTURO ARENAS FERNÁNDEZ

Vicerrector de investigación - Sede Medellín
LUIS FERNANDO GARCÉS GIRALDO

Director de Publicaciones - Sede Medellín
JOVANY SEPÚLVEDA AGUIRRE

Sello Editorial Coruniamericana
editorialmed@americana.edu.co

Corrección de texto
INFOLIO. CORRECCIÓN DE TEXTOS

Diagramación y carátula
EDUARDO ANDRÉS MURILLO P.

1.ª edición: septiembre de 2020

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Universitario Americana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana.

CONTENIDO

7	Prólogo
9	Introducción
13	Capítulo 1 La dignidad, la igualdad y el Estado de derecho constitucional William Esteban Grisales Cardona, Luis Fernando Garcés Giraldo, Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga
29	Capítulo 2 Hacia una cultura de acuerdos: propuesta desde el diálogo y la autonomía de la voluntad Adriana Patricia Arboleda López y Roger Alexander Acosta Sánchez
46	Capítulo 3 La enseñanza clínica del derecho en Colombia Daniel Gracia Armisén y Estefanía López Salazar
70	Capítulo 4 Interculturalidad y enseñanza clínica del derecho. De la formación legal tradicional a la educación patrimonial Estefanía López Salazar, Daniel Gracia Armisén

86

Capítulo 5

Una mirada epistemológica del derecho

Iván Alfonso Cordero Gutiérrez

109

Capítulo 6

De los principios de corrección y razonabilidad. Una estructura argumentativa de la justicia (libro 1)

William Esteban Grisales Cardona, Luis Fernando Garcés Giraldo, Conrado Giraldo Zuluaga

126

Capítulo 7

Un acercamiento a la figura del amicus curiae en el contexto de la justicia dialógica

Christian Benítez Núñez, Ómar Huertas Díaz, Julio Cabrera Dircio, Luis Fernando Garcés Giraldo, Sandra Johanna Arévalo Fonseca

146

Capítulo 8

Derechos humanos y conflicto en Colombia

Wilberto Therán Lopera

163

Capítulo 9

Democracia deliberativa: desencantos y ficciones

Juan Carlos Álvarez Saldarriaga

185

Capítulo 10

Actualidad del discurso ecológico: una ética del cuidado

María Eulalia García Marín, Luis Javier Agudelo Palacio

203

Capítulo 11

El otro en la construcción del derecho

William Esteban Grisales Cardona, Andrés Felipe Pareja Vélez,
Alejandra Álvarez Carmona, Manuela Sepúlveda Gómez

215

Capítulo 12

Caracterizaciones subsidiarias al concepto de persona en el derecho colombiano

Mariluz Cano García, Luis Fernando Garcés Giraldo, Enoc Iglesias Ortega, Milton Jara Ramírez, Josué Valdivieso Friend, Helmer Quintero Núñez

236

Capítulo 13

Justicia transicional en la experiencia de Colombia

Diana Patricia Ortega García

Prólogo

Cuando recordamos la definición aristotélica del hombre, que lo señala como *zoon politikón*, nos viene a la mente la concepción del hombre como un ser que es capaz de estar con otros en medio de una sociedad diversa (polis) con derechos y deberes. Tanto para Platón como para el Estagirita, las relaciones de los hombres en sociedad deben estar regidas por principios para que el bien común se preserve y la vida de todos sea llevadera, además de considerar que se requiere de un gobierno que los administre.

Platón consideraba que la mejor forma de gobierno sería la proveniente del gobernante sabio y el Estagirita pensaba que solo los mejores hombres deberían ser quienes gobernasen. Que Platón propusiera el gobierno del sabio era una clara evidencia de la sospecha de vicios que surgirían en otro sistema del que seríamos herederos: la democracia. Ahora bien, no se trata aquí de la concepción de sabiduría depositada en la seguridad de un acervo de información adquirido por erudición y estudio académico.

En Aristóteles, heredado de su maestro Platón, el sentido de la política estará vinculado a la idea de la virtud. Y si entendemos la virtud como la tendencia a obrar el bien (en tanto que disposición voluntaria adquirida para lograr el punto medio entre dos extremos viciosos), descubrimos una relación inextricable entre el gobierno de la polis y el actuar con los demás. Es bien interesante que proponga que es el hombre virtuoso el que gobierne y ejerza el derecho porque, en definitiva, la imparcialidad, la justicia y la verdad preceden al hombre que obra con medida y prudencia (*phrónesis*). Conviene recordar que el Estagirita clasifica las virtudes en dos grupos: las dianoéticas (que perfeccionan el intelecto: la sabiduría y la prudencia) y las éticas¹ (que perfeccionan la voluntad).

No debemos dejar de lado, después de anunciar esta estrecha relación entre ética y política presente en el pensamiento griego antiguo, que para Aristóteles el fin del hombre es la felicidad. Suena raro, en un ambiente laboral, econó-

¹ En las obras aristotélicas dedicadas al asunto de las virtudes, aparecen distintas enumeraciones de las virtudes éticas. Sin embargo, es interesante el listado de diez de ellas que aparece en la *Ética a Nicómaco*: apacibilidad, fortaleza, tolerancia, generosidad, modestia, veracidad, gracia, sociabilidad, decoro y justicia.

mico, social y político como en el que vivimos hoy que se nos proponga que el único fin valedero de nuestras vidas sea lograr la felicidad. Aunque la traducción no es del todo justa², una ética de la *eudaimonía* implica superar los esquemas que nos proponen que se vive para triunfar y adquirir fama, para enriquecernos o experimentar todos los placeres posibles... Si hay algo de lo que nos damos cuenta constantemente, sobre todo desde la experiencia de limitación y de precariedad del hombre, es que nos gastamos una buena parte de nuestras vidas en cosas que no nos llevan a vivir bien. Tenemos y hacemos muchas cosas innecesarias, cosas que tornan cosas a los que deberían ser más importantes y vitales en nuestra experiencia vital (vida política y vida ética cotidiana).

Pero fue la Modernidad, de la mano del pensamiento de Emmanuel Kant –en gran medida–, la que prefiguró el divorcio de esta estrecha relación. Así, el deber por el deber hizo surgir una escisión entre la ética y la política³, lo que ha significado la aparición de interpretaciones acomodadas de asuntos tan importantes como la ley, los principios, los derechos, por solo mencionar algunos. Los efectos de una hermenéutica acomodada e interesada han provocado vicios en la ley que son delatados por los juristas y filósofos del derecho que reconocen la necesidad de develar la mentira que se oculta tras verdades a medias. Urge hoy una reflexión de este carácter, que nos recuerde el derecho y que actualice su vigencia para una sociedad que requiere justicia y verdad.

2 *Eu se traduce como bueno y daimon*, como espíritu. Hay quienes lo traducen no como *felicidad* sino como *vida buena*.

3 No nos debe ser extraña una posible conexión del pensamiento aristotélico con las culturas ancestrales orientales. Hay propuestas éticas de Confucio que hallan eco en Aristóteles. Tampoco es de extrañar una relación tan estrecha entre política y ética en el pensamiento del estagirita, debido a que posiblemente leyó en el oriente una cultura que integraba –en el diario vivir– la ética, la religión, la estética y la política.

Introducción

Una obra, como la que aquí se ofrece, pretende ser una mirada –desde distintas perspectivas⁴– del derecho y la sociedad, teniendo como aglutinante, la mayoría de veces, una reflexión filosófica. Bástenos anunciar como abre-bocas los temas esenciales que se esbozan en los distintos apartados de esta obra. Para ello, iniciamos con el capítulo titulado *La dignidad, la igualdad y el Estado de derecho constitucional*. En él se recuerdan la dignidad humana y la igualdad, en tanto que derechos fundamentales, como la esencia del modelo del Estado de derecho constitucional y la apremiante necesidad de una hermenéutica adecuada para la aplicación de los principios y derechos del ordenamiento jurídico.

En el capítulo titulado *La clasificación de los bienes jurídicos: utilidad o inutilidad. Hacia una reforma del Código Civil colombiano* se hace un abordaje al concepto de *bienes* desde el derecho privado, se realiza un recorrido histórico del término, lo que implica una necesaria reforma del Código Civil, debido a la actualización de su clasificación.

El capítulo *Hacia una cultura de acuerdos: propuesta desde el diálogo y la autonomía de la voluntad* presenta los MASC (mecanismos alternativos de solución de conflictos) en Colombia como herramienta de consenso para terminar controversias. Se toma el principio de la autonomía de la voluntad para poner en diálogo las partes enfrentadas, el texto valora al derecho más allá de lo procedimental.

La enseñanza clínica del derecho en Colombia invita a conocer, evaluar, e incluso, replantear la enseñanza tradicional del derecho. Las crisis actuales hacen repensar no solo la función social del abogado sino, y sobre todo, su formación. Este capítulo propone un modelo pedagógico que combina elementos epistémicos con una práctica diversificada en lo laboral. Se propone la enseñanza clínica del derecho como experiencia formativa que lleve a superar el formalismo y la tradición jurídica continental positivista, apostando por el desarrollo de destrezas prácticas en los estudiantes.

4 Recordemos que el perspectivismo en Nietzsche es la posibilidad de mirar desde los más diversos ángulos un mismo objeto... a veces se ha interpretado como relativismo a secas, o como simple eclecticismo. Sin embargo, desea ser más que una única mirada que torne dogmático el conocimiento de la cosa misma.

En el apartado titulado *Interculturalidad y enseñanza clínica del derecho. De la formación legal tradicional a la educación patrimonial* se aborda de nuevo la enseñanza clínica del derecho como una metodología que lleva a relacionar la teoría con la praxis, para fortalecer la función social del derecho. Se proponen, además, las clínicas jurídicas para la intervención comunitaria. Como objetivo se propone analizar los planteamientos teórico-prácticos de la enseñanza clínica que permitan la construcción social del derecho desde una lectura crítica latinoamericana.

Por su parte, en *Una mirada epistemológica del derecho* se recurre al origen griego del pensamiento occidental y, precisamente, al referido al derecho, fundamentado en la vieja pregunta por las acciones necesarias para que el hombre sea capaz de vivir en sociedad. A esta cuestión se responde acá con las diversas escuelas jurídicas sucedidas en el trascurso de la historia hasta el presente, y con los más diversos efectos, incluyendo los errores epistémicos que generaron tiranías ideológicas de los más variados talentos.

En el capítulo *De los principios de corrección y razonabilidad. Una estructura argumentativa de la justicia*, se emplean fundamentalmente las aportaciones del profesor Robert Alexy. Se propone aquí que es necesario tener presentes los principios, la corrección y la razonabilidad para comprender, de manera clara, la justicia como base axiológica del orden jurídico nacional o internacional, llegando a una teoría argumentativa homogénea de la justicia.

En el capítulo *Un acercamiento a la figura del amicus curiae en el contexto de la justicia dialógica* los autores realizan un estudio analítico frente al modelo de democracia constitucional y sus implicaciones en materia de justiciabilidad de derechos humanos, en tanto que se presta especial atención a expertos científicos y técnicos en las áreas relacionadas con los derechos exigidos, a partir de la figura denominada *amicus curiae*.

Derechos humanos y conflicto en Colombia, presenta los resultados de dos investigaciones realizadas por el grupo Territorio de la Universidad Pontificia Bolivariana, importante texto en el que se indaga sobre la eficacia que tiene la apuesta por la convivencia pacífica y la concertación al momento de solucionar eventos conflictivos.

Por otra parte, en el texto *Democracia deliberativa: desencantos y ficciones* se aborda este sistema de gobierno desde su fragilidad y los desencantos que este proporciona, acercándose los autores a la deliberación, el diálogo y la razón argumentativa para avanzar hacia modelos alternativos de vida en comunidad, se enfatiza, además, en esquemas de solidaridad que revitalicen las ciudadanías, que al parecer están siendo condenadas al confort.

El capítulo *Actualidad del discurso ecológico: una ética del cuidado*, muestra cómo la actualidad del discurso ecológico es demandada hoy más que nunca por las dinámicas del consumo irreflexivo, propio del mercado neoliberal, que nos ha llevado a concebir los recursos naturales como algo que se puede reemplazar por otra cosa, por objetos del mercado. Se trata de una reflexión profunda acerca de la concepción de la tierra como un ser vivo, un organismo que tiene vida propia y así mismo, dignidad, cuya vitalidad no puede sustituirse por otra, y que, por tanto, merece ser pensada como parte del mundo de los fines en sí mismo.

En el siguiente capítulo titulado *El otro en la construcción del derecho*, se presenta una aproximación al concepto de derecho desde la fenomenología y algunas anotaciones desde la escuela ecológica del derecho. Tomando el derecho como un fenómeno social que desarrolla la conducta humana como experiencia del ser humano dentro de una comunidad.

En este mismo sentido, vemos cómo en el capítulo titulado *Caracterizaciones subsidiarias al concepto de persona en el derecho colombiano*, desde las ideas constitucionales del derecho, los autores presentan un abanico amplio de la identificación de la persona. Abordando los saberes sociales, se observa la amplitud del concepto de persona, más allá del deber o no, de contraer obligaciones o del proceso gestante que termina en el alumbramiento, o en la determinación de un género sexual para identificar a la persona. Se propone en el texto una reforma sustancial al concepto de persona presente en el Código Civil colombiano aplicando los mecanismos jurídicos y legales.

Finaliza este libro el capítulo *Justicia transicional en la experiencia de Colombia*, texto en el que se aborda la justicia transicional como un conjunto de mecanismos, políticos y jurídicos, que investigan y sancionan los delitos cometidos en el marco de un conflicto armado o un contexto de extrema violencia, analizando la justicia transicional en la experiencia de Colombia desde

diversas formas, pasando por la concesión de amnistías, la reducción de penas a cambio de la verdad o la justicia restaurativa.

Luego de esta breve introducción, que intenta describir a grandes rasgos las temáticas abordadas por los distintos autores aquí reunidos, demos paso a cada una de las valiosas reflexiones aportadas por sus investigaciones. Después de cada capítulo, se entrega el listado de referencias bibliográficas, que con seguridad servirán a otros investigadores para continuar en el intenso camino de preguntar y responder.

Capítulo 1

La dignidad, la igualdad y el Estado de derecho constitucional¹

William Esteban Grisales Cardona², Luis Fernando Garcés Giraldo³,
Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga⁴

Resumen

El Estado de derecho constitucional o también denominado Estado constitucional, busca el reconocimiento real de los derechos fundamentales, pero esencialmente, el reconocimiento de la dignidad humana y la igualdad. Desde los planteamiento doctrinales y jurisprudenciales se han reconocido estos dos derechos como la esencia de este modelo de Estado, lo cual implica reconocer la supremacía de la Constitución y generar desde el tribunal constitucional y la doctrina un modelo hermenéutico adecuado para la mejor comprensión y aplicación de los principios y derechos que sirven de guía e interpretación para el resto del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Estado de derecho, Estado de derecho constitucional, dignidad humana, igualdad.

Introducción

En Colombia, a partir del año de 1991, se generó una perspectiva diferente en cuanto a la concepción del derecho, para esa época la Carta Política

1 Capítulo producto de la tesis doctoral titulada *Modelo argumentativo para una interpretación homogénea de la justicia desde los principios de corrección y razonabilidad desde la filosofía jurídica de Robert Alexy*, que se adelanta en el Doctorado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana.

2 Abogado, magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, candidato a Doctor en Filosofía de la UPB, docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Colombia. Correo: wgrisales@coruniamericana.edu.co

3 Posdoctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, posdoctorante en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana, doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Investigador senior de Colciencias. Correo: lugarces70@gmail.com

4 Ph. D., magister en Desarrollo y profesional en Filosofía por la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor titular de la Facultad de Filosofía en esta universidad. Investigador del grupo Epimeleia, articulista en temas de antropología filosófica y ética. Correo: Conrado.giraldo@upb.edu.co

manifestaba que Colombia es un Estado social de derecho, expresión que fue aclarada por la Corte Constitucional en múltiples sentencias, pero con el paso del tiempo se ha venido hablando desde la doctrina y la jurisprudencia misma la presencia de un Estado de derecho constitucional, todo ello fundado en un aplicación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y demás ordenamientos internacionales acogidos por el Estado colombiano. De allí la obligación, como docentes, de presentar un análisis de estos conceptos desde la línea central de la justicia, sin la cual no puede entenderse ningún ordenamiento jurídico. Dichos análisis de desarrollo tomando como punto de partida las argumentaciones brindadas por la doctrina jurídica y filosófica, como también por lo establecido por el máximo tribunal constitucional. Ver cómo las exigencias varían al hablar de un Estado de derecho constitucional, no solo desde lo judicial sino para todas las otras ramas del Estado.

En este capítulo se presenta un primer aparte de ese análisis, el cual pretende ser un llamado de atención a la academia y a los jueces para seguir ahondando en el tema de la justicia como línea transversal en toda la actuación del Estado. Estudiar el concepto de Estado de derecho constitucional, mostrar sus características, sus fines y su utilidad es lo que desarrolla en primer acápite. En el segundo, se mirará cómo la justicia como un criterio de igualdad es un elemento indispensable en lo que se entiende hoy como Estado de derecho constitucional.

Metodología

La metodología que se empleó en la elaboración de este capítulo, obedece al propuesto para la tesis doctoral, el cual es argumentativo dialéctico. El profesor Robert Alexy, autor base para esta investigación, desarrolla una teoría de la argumentación en la cual estipula que el derecho es un caso especial del discurso práctico general.

Este tipo de modelo es viable en las investigaciones de corte filosófico jurídico, ya que la filosofía jurídica permite una exposición razonada de ideas de donde se deducen las razones válidas para la investigación, argumentación que tiene como base el uso de la lógica y, a la vez, presenta de una forma novedosa algunos de los principales aspectos del discurso sobre la justicia, además la argumentación se apoya en la dialéctica, es decir, ir más allá del punto de

origen del cual inicia esta investigación, esto es, las ideas filosófico-jurídicas del profesor Robert Alexy hasta llegar a una propuesta novedosa que mejore o cambie la teoría inicialmente propuesta sobre la justicia.

Estado de derecho constitucional y la dignidad humana

Se preguntará el lector, inicialmente, por qué empezar con la expresión Estado de derecho, cuando al parecer este modelo ha sido superado hace años en muchos países por otras formas como el Estado social de derecho o el Estado constitucional de derecho o, también, por las corrientes neoconstitucionalistas. Dicha apreciación no es cierta, la base de las legislaciones actuales, salvo aquellos países en los cuales donde no hay prevalencia de la norma escrita, en los demás el ordenamiento jurídico es positivizado, es decir, una norma creada por el órgano legislativo o en el caso de la Constitución por el constituyente primario o constituyente delegado.

La Constitución, como cuerpo normativo, es la recolección de una serie de normas que permiten la estructuración del Estado, en cuanto a su funcionamiento, pero también en ella se encuentra un amplio listado de derechos fundamentales, los cuales regularán las garantías mínimas que debe tener todo ciudadano. De igual manera, la Constitución imprime el marco en el cual el resto del ordenamiento jurídico debe cumplir desde su creación hasta su aplicación. Todo esto permite comprender que el derecho, en cuanto orden normativo o legal, existe en las estructuras actuales de los Estados.

En el contexto colombiano, aún se continúa hablando de un Estado de derecho, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia SU-747 de 1998, ha manifestado:

La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

En la actualidad, el derecho en Colombia está marcado aún por un fuerte régimen normativo, bien sea teniendo como eje para la tarea judicial la norma o, ahora, el precedente judicial, el cual también constituye una fuente normativa para la solución de casos futuros. Existen normas que se deben cumplir, para el cabal cumplimiento de la estructura política y jurídica del Estado. Desde la doctrina puede citarse el siguiente comentario:

El fundamento del Estado de derecho se encuentra en la doctrina del derecho natural racional. El Estado de derecho es, en esos términos, la organización y la actuación del Estado conforme al derecho natural. La explicación del término no debe entenderse, en su origen, como la sujeción del Estado al derecho estatal, sino al derecho supra-positivo, permanente y universal que emana de la razón. Así, su fundamento se encuentra en la naturaleza del individuo: en la libertad y la igualdad de las personas que se reúnen en una comunidad y que se desarrollan en la autonomía moral, la igualdad jurídica y la posibilidad de lograr el bienestar económico a través de la adquisición de la propiedad y el ejercicio libre de la empresa (Barberán, 2010).

De lo anterior, se extrae que en la actualidad el Estado de derecho es concebido a partir del reconocimiento de derechos fundamentales, como norma esencial del Estado mismo, en otras palabras, se le adiciona el concepto de constitución al Estado de derecho. No puede desconocerse que, en el Estado de derecho, la legalidad es un punto central, como también la prevalencia de la ley, pero bajo los actuales supuestos implica que la legalidad y la supremacía de la ley estarán sometidos al cumplimiento mismo de los derechos fundamentales.

Frente al Estado de derecho, y siguiendo lo planteado por Ansuátegui Roig, se señala:

Demostrar la estrecha correlación existente entre su componente ideológica, que genéricamente se identifica con la lucha por la justicia –entendida esta como el resultado de las exigencias que la razón práctica descubre en cada momento histórico como imprescindibles, para posibilitar una convivencia social basada en los derechos fun-

damentales de libertad e igualdad— su estructura tecnicoformal, cuyo principal objetivo es la creación de un clima de seguridad jurídica en el desarrollo de la acción estatal (Ansuátegui Roig, 2007).

Los derechos fundamentales hacen parte integrante de la Constitución, son normas imperantes para los demás organismos del Estado, de allí que pueda hablarse de una prevalencia del derecho, no solo de la ley sino de esta entendida en su forma amplia, donde la aplicación de los denominados criterios auxiliares hace parte de ese concepto Ley.

En la sentencia C-284 de 2015, la Corte Constitucional señala el alcance de la expresión ley dejándola solo en aquellos actos que realiza un ente con competencia para la elaboración de normas, dejando por fuera otros elementos que deben ser comprendidos dentro del concepto en aras de la prevalencia señalada en el artículo 230 de la Constitución Nacional, lo que hace esta sentencia es entender la ley en su sentido material, sin embargo, debe dársele también un sentido formal, todos los criterios auxiliares son también ley, razón por la cual también deben ser prevalentes, por ejemplo los principios generales del derecho. Ahora, en cuanto a los derechos fundamentales, al estar estos positivizados en la misma Carta, son ley de rango superior, son derechos *prima facie*.

La Corte Constitucional en Sentencia de tutela 029 de 2018, manifestó:

Por ello, su restricción lesiona profundamente la concepción del Estado constitucional de derecho, el cual se caracteriza no solo por la vigencia de la dignidad y un conjunto de derechos que ampara todas las actuaciones jurídicas, sino, principalmente, por la existencia de garantías o medios para hacerlos realidad. La creación de barreras al acceso a la justicia constitucional torna estas garantías en promesas sin fuerza normativa.

La aceptación de los derechos anteriormente mencionados, requiere el reconocimiento de aspectos morales en la construcción del Estado de Derecho Constitucional, derecho que se convierten en el eje central para la lectura del ordenamiento jurídico. De igual manera, la dignidad humana como principio fundamental de la sociedad moderna y del derecho, se constituye en el pun-

to de unión entre la sociedad y el Estado. El concepto de dignidad humana, desde la propuesta de Kant es un imperativo, es decir, una guía de vida para el hombre mismo.

Ahora digo: el hombre y, en general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no solo como medio para el uso de esta o aquella voluntad; en todas sus acciones –no solo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales– debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin (Kant, 2012).

Lo anterior, es una premisa de orden antropológico cultural, la soberanía se refleja en la concepción de dignidad para reconocer dentro de la Constitución misma la fuerza creadora y estabilizadora. La Constitución no es simplemente una ley, la Constitución es un cuerpo viviente y vive a través de la aplicación de los diferentes principios como el mencionado y la igualdad para ir adecuando su texto al contexto actual de la sociedad. El texto constitucional es el reflejo de la sociedad como centro de la actividad propia de una nación. El ejercicio de actualización de la Carta Política está en manos de los jueces y los estudiosos del derecho, quienes con su actividad investigativa académica logran que en ella se incrusten nuevos elementos no escritos, pero sí de índole social y cultural.

Todo lo anterior se ve reflejado en la jurisprudencia y en los textos de la doctrina, en estos, se recopila el derecho propio de una sociedad que no se encuentra dentro del marco de la ley, pero sí en el marco de los derechos fundamentales. Peter Häberle, en su texto *El Estado constitucional* (2003), establece una serie de elementos que son necesarios para poder vislumbrar este tipo de Estado:

Tales elementos son: la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro.

Como puede verse, para este autor y situación que recoge la Constitución colombiana, la dignidad es la base del orden jurídico constitucional actual, de

acuerdo a la Corte Constitucional se trata de un valor desde el cual se debe interpretar el orden jurídico, pero también se convierte en una guía de actuación para los integrantes de la sociedad. En la Sentencia T-291 de 2016 este tribunal manifestó:

La Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo.

Bajo este valor, principio, derecho fundamental, la estructura de un Estado de derecho cambia obligatoriamente, 1) el imperio de la ley, en su sentido literal, no puede ser aplicado cuando se ponga en peligro una de las tres formas señaladas de la dignidad humana; 2) la ley debe interpretarse desde la dignidad humana, para conservar de esta forma al hombre en cuanto hombre sin ninguna clase de menoscabo en su ser humano como fin en sí mismo.

Continuando con los planteamientos de la Corte Constitucional sobre la dignidad humana, se tiene la Sentencia T-190 de 2010:

La dignidad humana está comprendida dentro del marco de principios que guían la Carta fundante del Estado social de derecho. Lo cual indica que debe estar presente en cada una de las actuaciones estatales, independientemente del sujeto sobre quien recaiga dicha actuación. Es tal la importancia que reviste, que la garantía de los derechos humanos está cimentada en la consideración de la dignidad humana como esencia de la naturaleza del hombre. Pues resulta claro que en su trasegar histórico la dignidad como exigencia moral se ha

positivizado a través de la creación de los derechos fundamentales, faro en la aplicación de medidas y garantía de derechos (...) el respeto por la dignidad humana debe ser garantizado a todas las personas indistintamente de su condición, es por lo tanto una obligación estatal y debe inspirar cada una de sus actuaciones, incluso las que van dirigidas a personas que se encuentran en un estado de especial sujeción, como es el caso de quienes están reclusos.

Se expresa, entonces, que la garantía constitucional de los derechos humanos esta soportada en la dignidad humana, su reconocimiento no es solo para un Estado social de derecho, por lo contrario, es base del Estado de derecho constitucional, tal como se ha mostrado a lo largo de este escrito. Se afirma, que la Corte Constitucional reconoce en la dignidad una fuente moral dentro del ordenamiento constitucional y jurídico del país. Fuente moral no solo en el contexto colombiano, sino con un reconocido criterio de universalización. Si bien es cierto, el hombre puede adecuar su conducta, el Estado tiene la obligación de velar por el bienestar de la comunidad y la única forma de hacerlo es cumplir con el valor de la moral. Es así como la Corte Constitucional ha señalado, en la Sentencia T-684 de 2005, que la dignidad humana es un mandato constitucional:

Así pues, el principio de la dignidad humana, se constituye en un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados así: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral (subrayas fuera del texto).

En el extracto de la sentencia mencionada anteriormente, se observa con claridad que es una obligación del Estado cumplir con las exigencias propias que implica la dignidad humana, se insiste en que es base fundante de lo que hoy es el Estado de derecho constitucional. La Constitución se convierte en el texto donde se establece el imperativo categórico para el Estado como persona jurídica que debe ver a todos sus súbditos como fines en sí mismos y no como simples medios.

La igualdad como criterio de justicia en el Estado de derecho constitucional

Iniciando este aparte del capítulo, debe decirse que no solo en un Estado de derecho constitucional, es la base la dignidad humana, también se requiere del reconocimiento de la igualdad, no solo como principio formal sino también como principio material. Pérez Royo señala que este principio es esencial en el concepto de Constitución.

En las sociedades que se basan sobre el principio de igualdad, por el contrario, el poder político tiene que ser constituido, porque no es algo natural, sino artificial, porque es el resultado de ‘la técnica del hombre’. La sociedad igualitaria tiene espontáneamente una constitución social, pero tiene que darse una Constitución política, tiene que constituir el Estado (Pérez Royo, 2005).

Desde un contexto histórico, Rousseau nos presenta la idea de que todos los hombres son iguales, pero la igualdad pierde su expresión cuando se reconoce importancia a la propiedad privada. En el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Locke señala que:

Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado de naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es por consiguiente propiedad suya.

Desde el reconocimiento de la propiedad privada como un derecho subjetivo y la correspondiente protección que el Estado presta a ello, se genera una desigualdad porque cada uno tratará de obtener un poco más que el otro, pero cuando se plantea la igualdad desde el artículo 13 de la Constitución, no se hace para mantener un criterio material de igualdad, se trata de establecer un criterio formal. Se reconoce por parte del Estado la desigualdad propia de cada hombre, en primer lugar, desde el aspecto económico, en segundo

lugar, desde su contexto físico, en tercer lugar, desde su aspecto laboral, etc. Pero frente a la aplicación de la ley, cada hombre sí toma la misma posición, el mismo criterio de igualdad. Al hablarse de igualdad en un Estado de derecho constitucional, la igualdad como principio para la distribución de beneficios y oportunidades estará orientado a su vez por las condiciones individuales de la persona. En el marco de la jurisdicción, todos son iguales frente a la aplicación de la ley conservando las particularidades de cada caso. En este párrafo se hace referencia mención a la desigualdad subjetiva y la igualdad objetiva propia del derecho

La Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia constitucional ha señalado en la Sentencia T-030 de 2017:

La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

La igualdad, de acuerdo a la sentencia enunciada, comprende una posición formal, una posición material y, finalmente, la no discriminación. En el primer evento, consiste en la aplicación de la ley con criterios de igualdad, pero desde el punto de vista del derecho como facultad debe reconocerse que este a su vez contiene una desigualdad, porque unas personas están en la posibilidad de exigir un comportamiento a otra persona, la cual debe estar dispuesta a cumplir. “Así, todo derecho importa una desigualdad en favor de su derecho habiente o sujeto activo (Aftalión y Vilanova, 1994).

Al hablarse de la igualdad material, es la aplicación que se hace de la ley por parte de los jueces de la república, estos deben garantizar en forma real la igualdad de oportunidades dentro del respectivo proceso, aunque se puedan

dar criterios de desigualdad desde lo práctico, el juez por mandato legal debe hacer lo posible por mantener y garantizar dicha igualdad, según el artículo 42 del Código General del Proceso, numeral 2: “Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”.

En este punto, es conveniente recordar los planteamientos de Perelman (como se cita en Carbonell Bellolio) sobre la regla de la justicia y cómo estos han sido entendidos:

Los dos elementos indeterminados o variables de la definición de justicia formal serían ‘seres de una misma categoría esencial’ y el ‘tratamiento de la misma manera’ que a ellos debe dársele. En cuanto al primero, se puede señalar que la justicia formal implica una clasificación u ordenación de los seres a partir de la categoría esencial que les sirve de base, o lo que es lo mismo, “exige la determinación previa de las categorías consideradas esenciales”, determinación que, dice Perelman, necesariamente se efectúa mediante la admisión de una cierta escala de valores, que permita distinguir lo importante de lo que no lo es, que permita identificar las características esenciales o relevantes y distinguirlas de las irrelevantes. Toda aplicación de la justicia exige, en otra terminología, una división del universo del discurso (Carbonell Bellolio, s. f.).

Para definir los criterios de igualdad, se hace indispensable estipular los valores que servirán de soporte para una adecuada aplicación de este principio desde los marcos constitucionales, para ello se requiere partir de modelos interpretativos de la principalística constitucional, como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, la ponderación y el test de razonabilidad. Con ellos se establece cuándo la igualdad está presente y cuándo la desigualdad debe operar en el contexto social, político y jurídico.

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes (Bernal Pulido, 2014).

El entendimiento de los derechos fundamentales, y especialmente el derecho a la igualdad requiere una reglas claras para su interpretación, porque este no se puede entender desde un aspecto de totalidad, por el contrario, debe leerse como una forma de desigualdad, se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

De acuerdo con ello, las normas deben cumplir con un trato igual para todas aquellas personas que integran una misma comunidad, sin embargo, desde la aplicación de la ley procesal, como se anotó anteriormente, no puede haber ninguna clase de discriminación. En la Sentencia C-220 de 2017 el Tribunal Constitucional explica sobre este tema lo siguiente:

Desde sus inicios, esta Corporación ha entendido que el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política presenta una estructura compleja que comprende diversas facetas. La primera de ellas (inciso 1.º, artículo 13 C. N.) se manifiesta a través de la denominada “igualdad formal” según la cual todos los ciudadanos merecen el mismo tratamiento ante la ley y por tanto prohíbe cualquier tipo de discriminación o exclusión arbitraria en las decisiones públicas. Esta definición es un rasgo definitorio de nuestro Estado de derecho, en el que el carácter general y abstracto de la ley y la prohibición de dar un trato diferente a dos personas por razones de sexo, ideología, color de piel, origen nacional o familiar u otros similares, expresan las notas centrales de esta dimensión.

Una segunda faceta, que reconoce las condiciones diferenciales de existencia entre distintos grupos sociales, se manifiesta a través de la denominada “igualdad material”. Como lo prescriben los incisos segundo y tercero del artículo 13 superior, el Estado colombiano debe adoptar medidas promocionales y dar un trato especial –de carácter favorable–, a las personas y grupos vulnerables o a los sujetos en condición de debilidad manifiesta. Esta visión social del Estado, refleja una organización política comprometida con la satisfacción de ciertas condiciones y derechos materiales, que reconoce las desigualdades que se presentan en la realidad, y frente a las cuales es necesario adoptar medidas especiales para su superación con el fin de garantizar un punto de partida equitativo entre los ciudadanos.

Las formas en que ha sido entendido este derecho fundamental, corresponden a una estructura de un Estado de derecho constitucional, el análisis que se desarrolla para la lectura del ordenamiento jurídico acorde con las exigencias de cada sociedad frente al reconocimiento de ciertas actuaciones, ejercicios, en general derechos de las distintas comunidades que conforman el Estado, en este caso el colombiano, por ejemplo, el reconocimiento de la diversidad étnica, la aceptación de distintos ordenamiento jurídico procesales (indígenas), normas de protección para minorías sociales, entre otros.

El profesor Robert Alexy, en su texto *Teoría de los derechos fundamentales* (2002), señala sobre el tratamiento igual o desigual lo siguiente:

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, existe una diferenciación arbitraria ‘cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar (...) una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible’.

Los motivos que generan un trato desigual deben ser razonables desde el mismo marco constitucional y legal, si dentro de este no existen los argumentos necesarios para mantener dicha desigualdad esta violaría el principio o derecho a la igualdad como base del Estado de derecho constitucional.

Continúa el autor citado:

Que para la admisibilidad de las diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de tratamiento. Esto puede formularse con el siguiente enunciado (...): (7) Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual (Alexy, 2002).

Los argumentos para crear una desigualdad deben ser suficientes, tanto desde lo legal y lo constitucional. Por ejemplo, en la Ley 48 de 1993 el Estado consagró un beneficio para quienes prestaron servicio militar, el cual consistía en aumentar en un 10 % el resultado del Icfes, frente a este hecho el Tribunal Constitucional en Sentencia C-022 de 1996, estableció:

La norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada. Por todo lo anterior, la Corte declarará inexecutable el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, a excepción del párrafo, que no fue demandado y que no contradice la norma superior, observando, eso sí, que tal declaración no significa que esté constitucionalmente prohibido al legislador establecer ciertas prerrogativas, a manera de estímulo, para los bachilleres que presten servicio militar, siempre que ellas satisfagan condiciones como las que la Corte señala en el presente fallo y que se echan de menos en el caso *sub-lite*.

En el caso señalado, la desigualdad establecida violentaba la justicia que se deriva de los principios consagrados dentro del Estado de derecho constitucional, como lo son los otros derechos que protegen grupos de personas (las mujeres, los no aptos para el servicio militar, etc.) lo que provocó un argumento jurídico y constitucional insuficiente para mantener la norma dentro del ordenamiento jurídico.

Frente al trato desigual, Alexy (2002, p. 220) continúa diciendo:

La simetría de esta formulación sugiere interpretar el mandato de tratamiento desigual de la misma manera que el tratamiento igual, es decir, explicitarlo con la siguiente norma de tratamiento desigual que estructuralmente coincide con (7): (8) si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

En otras palabras, si la desigualdad es acorde con los mandatos legales y constituciones y no existe argumentos de peso para generar una igualdad se debe mantener la desigualdad, por ejemplo, las ayudas a las personas menos desfavorecidas en la crisis del Covid-19, solo es para ese grupo y no para otros, porque la razón indica una mayor protección para los que menos tienen. De allí que Alexy termine señalando: “(9) si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”.

Cuando se habla de la igualdad, dentro de un Estado de derecho constitucional, no se hace, de manera exclusiva, referencia a una igualdad matemática, todo lo contrario, la justicia bajo este principio es generar los beneficios que cada comunidad necesite, crear las normas que hagan diferencia entre los distintos grupos que conforman la sociedad, para de esta forma mantener la estabilidad que exige el mismo Estado.

Conclusiones

El Estado de derecho constitucional requiere para su formación y estabilidad el respeto por la Constitución y, de manera especial, por los principios y derechos fundamentales que la integran, solo con el reconocimiento de estos se pone al ser humano como fin exclusivo del Estado, sin desconocer los demás seres y el medio ambiente que sirven como soporte y bienestar para el hombre como integrante principal del Estado.

Es entonces la Constitución el cuerpo normativo por excelencia y el que debe prevalecer en los distintos ordenamientos jurídicos, en el caso de Colombia, tal como lo ha mostrado la Corte Constitucional la Constitución es norma de normas, lo cual implica una supremacía frente a las normativas válidas y vigentes en nuestro país.

Referencias

- Aftalión, E. y Vilanova, J. y Raffo, J. (1994). *Introducción al derecho*. Abello-Perrot.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ansuátegui Roig, F. J. (2007). *De los derechos y el Estado de derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Barberán, M. (2010). El Estado de derecho como principio y su consagración en la Constitución Política. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 17, 185–204. <https://doi.org/S0718-97532010000200008>

Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Carbonell Belloio, F. (s. f.). *La regla de justicia de Perelman y teorías de la argumentación jurídica*. https://www.academia.edu/8165907/La_regla_de_justicia_de_Perelman_y_las_teor%C3%ADas_de_la_argumen-taci%C3%B3n_jur%C3%ADdica

Kant, I. (2012). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Las Cuarenta.

Locke, J. (1972). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. México: Tecnos.

Pérez Royo, J. (2005). *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons.

Capítulo 2

Hacia una cultura de acuerdos: propuesta desde el diálogo y la autonomía de la voluntad

Adriana Patricia Arboleda López¹ y Roger Alexander Acosta Sánchez²

Resumen

En Colombia los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), constituyen una herramienta primordial para la finalización consensuada de controversias en la medida que cumplen un doble propósito: por un lado, promueven la cultura de acuerdos a partir del diálogo y el respeto por el otro en tanto sujeto social, al tiempo que se erigen como herramientas jurídicas que desarrollan la disciplina jurídica como una ciencia social que regula legítimamente las relaciones personales. Este trabajo toma como punto de partida el principio de la autonomía de la voluntad para convocar las partes en conflicto alrededor de la satisfacción de sus expectativas, constituyendo herramientas jurídicas que revisten al derecho de un valor humano más allá de lo técnico y procedimental.

Palabras clave: autonomía de la voluntad, cultura, acuerdos, derecho como disciplina social.

Introducción

Para definir el concepto de autonomía de la voluntad, hay que remitirse a la antigua Grecia, específicamente a Aristóteles, el cual recrea al hombre

1 Posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, posdoctora en Ciencias de la Educación con Enfoque en Complejidad e Investigación Transdisciplinar, doctora en Derecho Procesal Contemporáneo, magíster en Derecho Procesal, especialista en Derecho Administrativo, abogada. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana, Área de Derecho, miembro de la Red de Derecho Procesal y de la Red de Consultorios Jurídicos y Centros de Conciliación de Antioquia, con categoría Senior Minciencias. Colombia. Correo: aarboleda@americana.edu.co.

2 Historiador de la Universidad Nacional de Colombia, licenciado en Ciencias Naturales por la Universidad de Antioquia, especialista en Administración de la Informática Educativa y magíster en Gestión de la Tecnología Educativa por la Universidad de Santander, magíster en Estudios Políticos y candidato a doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo: raacosta@unal.edu.co.

en relación con la polis, lo define “por naturaleza, [como] un animal cívico” (Aristóteles, 1988). Es a partir de allí que el concepto del hombre se relaciona estrechamente con el entorno en el que existe, es decir, el hombre en tanto sujeto al servicio de la sociedad. La definición de este concepto trascendió por los siglos pasando por la Edad Media, en la cual se concebía al hombre en relación con un Dios, específicamente el Dios del cristianismo. Y termina finalmente en la Edad Moderna, la cual separa la concepción del hombre en relación con una divinidad o con la polis, y se trata desde su condición política como un ser que tiene derechos, deberes y responsabilidades para consigo mismo y la sociedad en la que se encuentra inmerso.

En la Modernidad, se desarrolla una nueva concepción del mundo que tiene como objetivo darle un reconocimiento al hombre desde los principios rectores de libertad y dignidad, proclamados en la declaración de los derechos del hombre en el siglo XVIII y que buscaba mantener para el hombre este estado por medio de la garantía de sus derechos.

Dentro de lo que se contempla para el hombre –además de la vida– se hace evidente que la dignidad, la igualdad y la libertad son condiciones que tienen los individuos en su relación con el Estado o cualquier otra forma de organización social en que se encuentren agrupados. De esta forma, la autonomía se fundamenta, entonces, como el reconocimiento del valor que tienen las personas y como consecuencia de este reconocimiento, de la capacidad que tiene cada ser humano para autodeterminarse (Mazo Álvarez, 2012). **Se cree en la autonomía de los seres humanos porque se acepta que cada persona tiene la facultad de elegir lo que mejor le convenga para su vida, suponiendo que lo hace siempre buscando garantizar su dignidad a partir de la libertad que, en principio, tienen todos los seres humanos en igualdad de condiciones.** Para el caso colombiano, la Corte Constitucional, en Sentencia C-934 de 2013, define el principio de autonomía de la voluntad o también conocido como principio de la autonomía privada, de la siguiente forma:

La facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones con los límites generales de orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

La autonomía es el derecho de la persona a obligarse en virtud de su propio querer libremente manifestado, donde solo la voluntad de un sujeto, es apta para producir obligaciones. Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad humana de la persona, ya que se erige en el instrumento principal para la satisfacción de las necesidades básicas del ser.

De esta manera, el concepto de autonomía de la voluntad adquiere una especial relevancia en todo el ordenamiento jurídico, pues este da cuenta del hecho de que las normas se instituyen para garantizar que los individuos busquen la relación de sus intereses en el marco de una mayor libertad. Así, este principio, que surge dentro del derecho civil, irradia a todo el derecho, constituyéndose en uno de sus principios fundamentales.

Para el Consejo de Estado, la autonomía de la voluntad privada suele estar materializada en el derecho civil, y específicamente, en el contractual, pero lo cierto es que este principio rige en todas las actividades humanas donde estén en juego la transición de bienes o el ejercicio de los derechos, sean estos de contenido económico o no. Esta propuesta rescata el valor que tienen los mecanismos alternativos de solución de conflictos en tanto se presenta como una experiencia base que sirve para evidenciar cómo –a excepción del arbitraje– la autonomía de la voluntad tiene lugar cuando existen tensiones, desavenencias y conflictos que son solucionados por las personas acudiendo a métodos y formas no adversariales o judiciales para satisfacer sus expectativas.

Siguiendo con lo planteado por el Consejo de Estado, los mecanismos alternativos de solución de conflictos consisten en el acuerdo y la manifestación de las voluntades individuales para solucionar los puntos de no encuentro respecto de determinado asunto, sustituyendo así la necesidad de acudir a la jurisdicción por las vías ordinariamente establecidas. Se demuestra, entonces, que la voluntad privada goza de cierta fuerza normativa, ya que, a través de ella, las partes en disputa alcanzan una solución que resulta vinculante para quienes participaron en su propuesta.

Se puede evidenciar cómo, a modo de ejemplo, la conciliación y la mediación son figuras que se sustentan en el principio de la autonomía de la voluntad. Para lo que interesa al objeto del presente escrito, se materializan a partir de la facultad que poseen los seres humanos para encontrarse pacífica-

mente alrededor de un conflicto con el ánimo de solucionarlo, buscando que todas las partes estén de acuerdo, tanto en el contenido del acuerdo como en el ánimo mismo de resolverlo por esta vía. Dichos mecanismos y algunas de las figuras específicas, como la conciliación y la mediación, encuentran sustento en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en la Constitución Política como en el grueso de la legislación, llegando a otorgárseles incluso la facultad de administrar justicia en los casos autorizados por la ley.

Colombia se encuentra entre los países que adoptaron el sistema de ley codificada, por lo que dicho principio se manifiesta en el Código Civil colombiano, en el cual se establece que “pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia”.

A partir de la consolidación del Estado social de derecho existe una concepción moderna en la que se le da al individuo un poder dispositivo, según la Corte Constitucional, en Sentencia T-668 de 2003:

Lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, [el principio de la autonomía de la voluntad] se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.

Ahora bien, para que los MASC sean garantía de la autonomía privada, requieren de consentimiento libre de vicios y que se dé cumplimiento a los objetivos pretendidos por ellos. Deben ser, igualmente, realizados por personas jurídicamente capaces o por sus representantes para que puedan atenderse uno mínimos que presupongan igualdad formal entre las partes. Dicho de otra forma, sin que exista la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo, no puede existir la solución de conflictos por la vía de los mecanismos alternativos a la jurisdicción.

Los MASC, desde esta perspectiva, entendidos como el arreglo de un conflicto que, de manera voluntaria, hacen varias partes encontradas, ya sea directamente o por medio de un tercero, se constituye indudablemente en la aplicación directa del principio de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico y social colombiano que, desarrollado siempre bajo las perspectivas y

dominio de la Constitución y de las leyes, constituyen la herramienta jurídica más importante para rescatar el valor humanizador del derecho como disciplina social.

Metodología

La elección de una determinada metodología para realizar un proceso investigativo, parte del previo análisis de la temática a trabajar, la perspectiva del abordaje que se quiere llevar y la pertinencia del método para facilitar el acercamiento a los componentes centrales del tema. En esta lógica, es necesario precisar que la metodología elegida para este proceso es una investigación cualitativa de carácter descriptivo, por medio de la cual se pretenden mostrar algunas de las características de un tema o un fenómeno, mediante elementos como la observación, en algunos casos participante, o la medición de las características observadas.

De esta manera, se precisa la definición del objeto a investigar, ya que, con una definición clara, el análisis descriptivo nos permite obtener una base más sólida para el desarrollo de futuras investigaciones. Esta metodología es elegida cuando el tema de interés no se limita exclusivamente a medir variables cuantitativas, sino que pretende también entender el comportamiento y determinar la relación que hay entre estas y el objeto de estudio.

La elección de este tipo de metodología permite conocer la estructura y los factores que van a incidir directamente en el objeto de estudio, así como las variables que, en la mayoría de los casos, posibilitan la validación de las hipótesis que se elaboran sobre los mismos objetos de estudio.

De la mano de la investigación descriptiva, en esta propuesta se utiliza el método inductivo, por medio del cual se busca la relación directa del investigador con su objeto de estudio, permitiendo así la facilidad de pensar por cuenta propia las variables que aborda su temática. El reto de utilizar este método de investigación, radica en la necesidad de encontrar una teoría cuyo potencial para el desarrollo académico permita novedad temática en lugar de verificar algo que ya fue abordado previamente con las mismas características.

El método inductivo fue propuesto en un primer momento por Francis Bacon, que afirmaba que “los pensadores no debían esclavizarse aceptado como verdades absolutas las premisas transmitidas por las autoridades en [determinada] materia”. El investigador, tenía entonces que buscar la manera de establecer conclusiones basadas en los hechos recopilados mediante la observación directa (Newman, 2006).

De esta forma, al decantarse este artículo por este método, es necesario que el trabajo tenga un punto de partida en los hechos y hallazgos más que en conclusiones previas, lo que permitirá hacer generalidades a partir de ellos. Volviendo a Bacon, “las observaciones se hacen sobre fenómenos particulares de una clase, y luego a partir de ellos se hacen inferencias acerca de la clase entera” (Newman, 2006). Es por esto que se plantea un reto importante al elegir el método inductivo para la investigación, ya que corresponde a quien investiga, recopilar la información por medio de la observación directa y participar de los resultados que le arroja este método, lo que tendrá como objetivo sostener los postulados planteados acerca de los MASC como una manifestación de la autonomía de la voluntad de los seres humanos por medio de los cuales se ofrece un mayor empoderamiento de las capacidades a los sujetos articulados en sistemas sociales que regulan su comportamiento a partir de los respectivos ordenamiento jurídicos que han decidido construir.

Manifestación de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es el principio que por excelencia guía y orienta el desarrollo y la puesta en marcha de la mayor parte de los MASC. Si bien este principio ha evolucionado en la medida en que en el mundo se implementan diversas formas de Estado, es un elemento común a todas estas formas de organización social donde tal principio se consagra en el ordenamiento jurídico a partir de la soberanía que la ley le reconoce al individuo, puesto que esto constituye el punto de partida para la regulación de los derechos en el marco de las relaciones sociales, respetando siempre la garantía de un el orden político y social justo, las buenas costumbres y la dignidad de todos los individuos por igual.

En Colombia, los MASC son usados para resolver multiplicidad de conflictos, teniendo regulación específica para la conciliación, la mediación, el

arbitraje y –más recientemente– los círculos de paz. Algunos de los demás mecanismos alternativos carecen de regulación legislativa pero no por ello su aplicación es indebida; por el contrario, la amplitud de sus conceptos garantiza mayor libertad a la hora de ejercer la autonomía de la voluntad en la solución de controversias.

Del gran espectro de MASC, solo algunos tienen requisitos de formación para quienes los ejercen. Un caso concreto de ello es la conciliación, que debe ser ejercida por profesionales capacitados en entidades avaladas por el Ministerio de Justicia y del derecho en esta área. A su vez, al Ministerio lo autoriza la Constitución Política de Colombia, en su artículo 116, para administrar justicia de forma transitoria. Para hacerse reconocer como conciliador, en necesario tener un nivel de reconocimiento por parte de la comunidad a la que pertenece y participar de un proceso de formación y selección de acuerdo a los lineamientos del Ministerio de Justicia y del Derecho.

La conciliación es uno de los mecanismos alternativos con mayor regulación normativa, ha impactado positivamente la sociedad y existe un seguimiento importante a los resultados frente al mejoramiento en la convivencia allí donde se ha podido aplicar. Su trámite debe realizarse en centros con calidad de servicios de acuerdo a la NTC 5906 de 2012 y, atendiendo a lo normado en el artículo 3 de la Ley 640 de 2001, de acuerdo a la calidad que poseen los conciliadores, la conciliación suele ser en derecho, lo que significa que se lleva a cabo en los centros de conciliación o ante autoridades públicas en razón de su cargo y la hacen profesionales del derecho o de alguna otra profesión previamente capacitados en este proceso (Arboleda, 2014).

Es así como una de las figuras sociojurídicas más importantes en el derecho para dirimir los conflictos de la sociedad es la conciliación, y en ella quien ejecuta el proceso debe ser una persona que ayude a solucionar las controversias jurídicas que se presentan entre los miembros de la sociedad. Por tanto, el conciliador en derecho se ve abocado a dirimir conflictos en diferentes áreas del derecho, entre las que pueden encontrarse asuntos de carácter comercial, civil, penal, administrativo, familia, laboral, entre otros. Por ello debe ser una persona con características integrales, tanto desde el punto de vista de la materia que se somete a su consideración como desde el punto de vista humano, de tal forma que pueda estimular permanentemente la autonomía de la voluntad de las partes encontradas en conflicto.

En Colombia, la conciliación cada vez tiene un campo más amplio, hoy se habla con mayor fuerza de los diferentes MASC, lo que plantea, desde la academia y la investigación, la necesidad de promover su investigación, difusión y conocimiento como herramientas sociojurídicas que promueven la cultura del diálogo y la paz, haciendo suyas las características de satisfacción de los intereses de todas las partes para revestir de mayor legitimidad las decisiones que son el resultado de los acuerdos establecidos.

El Ministerio de Justicia y del Derecho suministra los datos que se exponen dentro del Sistema de Información de la Conciliación y es el organismo que autoriza, vigila y controla actualmente 386 centros de conciliación en todo el país, de los cuales 211 son de carácter privado y 128 públicos. Los datos expuestos corresponden al periodo 2016–2017, justo en el período de la firma e implementación temprana del *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, suscrito entre la extinta guerrilla de las FARC-EP y el Estado colombiano en La Habana, Cuba. El carácter de los centros de conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho se evidencia así:

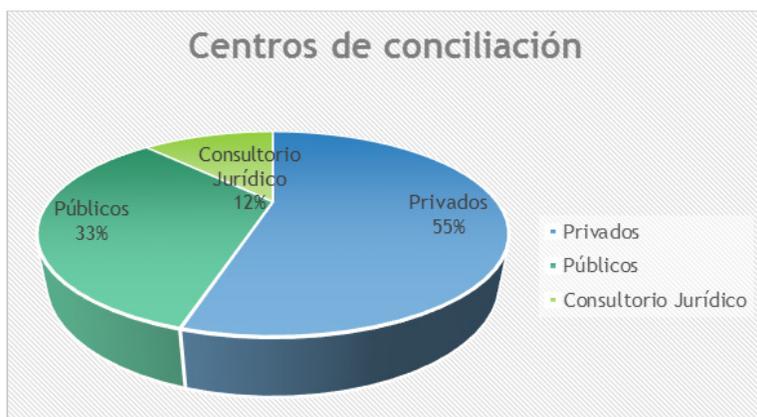


Figura 1. Centros de conciliación y consultorios jurídicos

Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho

En la figura 2 se muestra el porcentaje de solicitudes de conciliación de acuerdo al área. Se observa que el porcentaje más alto corresponde al área civil y comercial, seguido por familia y el porcentaje más bajo corresponde el área de propiedad intelectual:

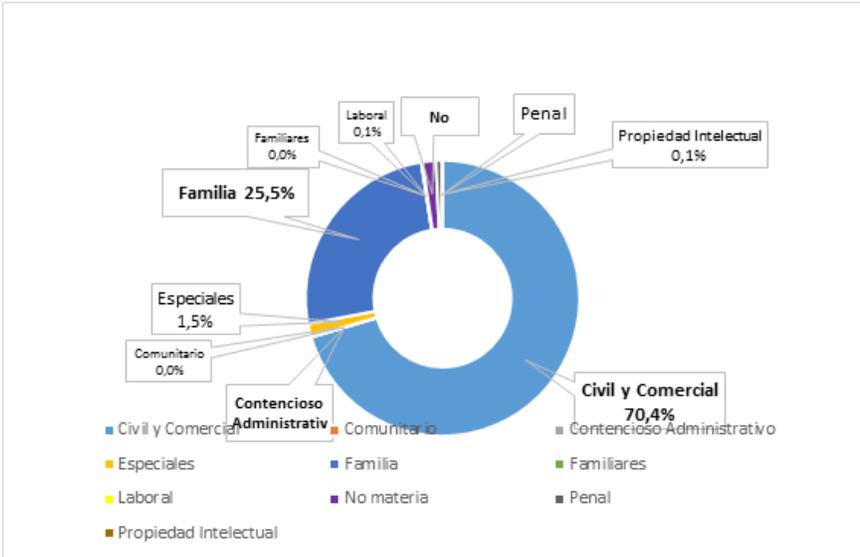


Figura 2. Porcentaje de las solicitudes de conciliación según área 2007-2016

Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho

En la figura 3 también actualmente en Colombia se encuentran activos 13.928 conciliadores, 1.919 en Antioquia, y 1.280 en Medellín.

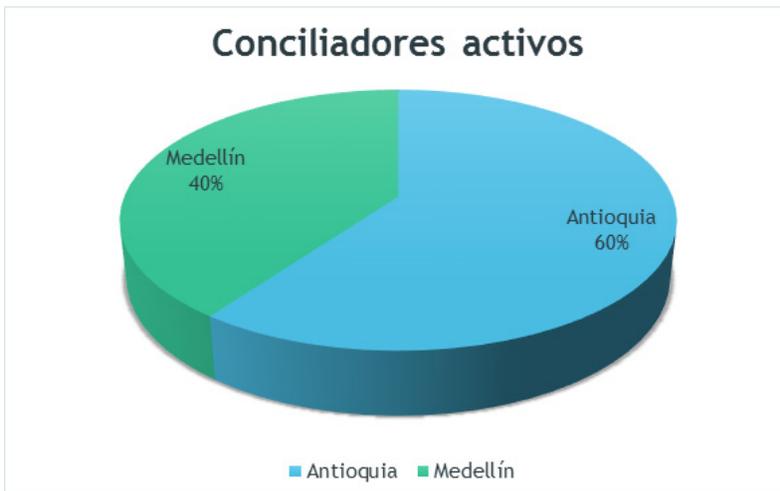


Figura 3. Número de conciliadores

Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017

De esta manera, teniendo en cuenta las figuras, se puede analizar el papel de los MASC y, específicamente, de la conciliación como una herramienta para solucionar los conflictos que cada vez gana más fuerza en el área del derecho en Colombia. Y que, por su misma naturaleza, permite el empoderamiento del ser humano, basado en sus capacidades autónomas y reflexivas para darle solución a los conflictos que atraviesa en su vida.

Otra de las figuras destacadas entre los MASC es la mediación, la cual, a pesar de no tener un amplio desarrollo legislativo en Colombia, se ha encargado de nutrir figuras como la justicia restaurativa en el derecho penal y desde la academia se le ha considerado como una vía factible para lograr acuerdos, sobre todo, por el valor que tiene para superar el conflicto, transformarlo y restaurar las relaciones fracturadas. Al respecto, es ilustrativo lo que dice el profesor Álvaro Cárdenas, al definir el concepto de mediación penal, puesto que muestra la importancia de que sea un proceso participativo e interdisciplinar:

La mediación en materia penal, contempla cierto tipo de ventajas que consiste en que el acuerdo se logra en una justicia participativa y comunal donde interviene el delincuente, su familia, la víctima y los perjudicados, un miembro de la comunidad y el mediador. En algunos casos participa un consejo religioso que busca plantear el acercamiento, el perdón y el arrepentimiento como fase previa al diálogo directo entre las partes (Cárdenas, 2012, p. 23)

Este mismo autor propone otra definición del mecanismo que se acerca más a una definición de tipo técnico, y que contiene dos afirmaciones que cobran mucho valor a la hora de explicitar de mejor forma el porqué de la relevancia de este mecanismo: la primera es que este mecanismo busca reestablecer las relación mediante la comunicación; la segunda es que desde el derecho penal no se le brinda una solución satisfactoria a la víctima, situación que podría trasladarse a otras áreas del derecho, o más bien a otras controversias que producen las relaciones sociales, porque desde la manera tradicional-adversarial no se busca que las partes queden satisfechas ni reestablecer las relaciones o solucionar de fondo los conflictos; por el contrario se busca la consecución de una “verdad procesal” a partir de la cual se emiten operaciones judiciales por medio de fallos que suelen corresponder a los intereses y pretensiones de una de las partes.

Estas afirmaciones se destacan porque enseñan cómo el diálogo en situaciones de conflicto contribuye no solo a superar un problema en particular, también a promover otras formas de relacionarse; aporta al encuentro de otras formas de tramitar los conflictos distintas a la violencia o la resolución adversarial; permite hallar intereses y necesidades comunes; y contribuye a la reconstrucción del tejido social cuando se hace de una manera amplia y participativa por todos los actores involucrados.

Dado lo anterior, es necesario ahondar en el concepto de mediación, en sus tres principales modelos: el modelo de Harvard, es el modelo tradicional –lineal– que sigue una serie de pasos en los que las partes implicadas en la controversia aportan toda la información, se alcanza un estado de análisis del conflicto, que supere la posición que enfrentan las partes, llegando así a generar opciones para lograr acuerdos mutuos (Sauceda, 2018). Es tarea del mediador, hacer a su vez de facilitador de este proceso, ya que debe marcar una sistematización de la herramienta paso a paso, lo que permitirá usar la experiencia como base para sustentar la validez del método. El modelo transformativo, por su parte, se rige bajo la premisa de que la finalidad de la mediación no es el acuerdo entre las partes en conflicto, sino el desarrollo de los potenciales que tienen las personas por medio de su autonomía y reflexión para la búsqueda del cambio y la solución de los conflictos, de esta manera los individuos ven en ellos la posibilidad de transformación propia, mediante la capacidad de generar dos principales efectos en las personas: la revalorización y el reconocimiento mutuo (Sauceda, 2018). Por último, el modelo circular narrativo, que es expuesto teóricamente por Sara Cobb y plantea la comunicación circular entendida como un todo, lo que incluye elementos verbales, paraverbales –es decir, corporales, gestuales, etc.– y la interacción entre las partes vinculadas en el conflicto. Se establece, entonces, que cualquier elemento hace parte de la comunicación y transmite una idea o un sentimiento. Con este modelo se busca principalmente cambiar las narraciones de las partes en el proceso para poder llegar a un acuerdo satisfactorio para todos (Sauceda, 2018).

Estos tres modelos expuestos ofrecen una perspectiva más amplia de lo que es la mediación y, sobre todo, la potencialidad que tiene como método de resolución de conflictos y promotor de una cultura de acuerdos con base en el diálogo de las partes. De la propuesta de transformación de las narrativas, se destaca el papel relevante del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad que conduzca la comunicación para comprender de forma desprevenida los

conflictos, lo que permite establecer el contexto en el que estos se desarrollan y así entender por qué se dan y en qué sentido, para aportar –desde la visión de las personas involucradas en él– un panorama más amplio de análisis, que englobe las diferentes dimensiones del conflicto para poder tramitarle una solución más completa.

Herramientas que alientan al derecho como disciplina social hacia los acuerdos

Para concebir el derecho como una disciplina social, es necesario dar cuenta de las herramientas de las que se disponen para tal reconocimiento. Dentro de estas se encuentra el diálogo como una de las características que mayor promoción tienen desde esta propuesta. Este asunto es concebido inicialmente como un ejercicio de interacción que va más allá de la simple conversación entre dos o más personas, y que implica un análisis crítico y reflexivo sobre el tema tratado, pues debe procurar todo el tiempo el estímulo para que se ejerza la voluntad de las personas de forma libre y autónoma, en conversaciones que suelen girar alrededor de situaciones conflictivas, bien porque se esté desarrollando una controversia particular o bien porque se pretenda evitar.

El proceso de diálogo, según las entidades internacionales que trabajan este tema, no implica solamente emprender un ejercicio que consista en sentarse alrededor de una mesa para abordar un tema, se trata principalmente de modificar la forma en que las personas hablan, piensan y se comunican entre ellas, además de la cualificación de los temas tratados (PNUD, 2009). Así pues, el diálogo implica una serie de procesos internos en la persona, tales como la autorreflexión, el cambio personal y el espíritu de indagación, de manera que quienes participan o están dispuestos a recurrir al diálogo como mediador de conflictos, deben realizar estos pasos previos a la conversación, para llegar a una solución reflexiva al problema que los aqueja.

A la hora de tramitar los conflictos debe comprenderse que, acercar a las partes en disputa para que retomen un diálogo que se vio fracturado por el conflicto, significa también que dicho encuentro no es solo una conversación, sino un proceso de reflexión amplio en torno a intereses y necesidades de las partes. En ese sentido, el diálogo va a permitir que se construyan objetivos comunes y que por medio de ellos pueda existir una negociación que culmine no

solo con la solución del conflicto, sino con la restauración de los lazos que se habían visto fracturados. Es allí donde empieza a aflorar el carácter social de la disciplina jurídica, porque va más allá de un mero silogismo de situaciones y resultados para enfocarse –desde el deber ser– en los objetivos de restauración de las relaciones que permiten un tejido social sólido.

Quienes recurren al diálogo y deciden participar en este, deben estar dispuestos a mostrar respeto y empatía por los demás, reconocer las diferencias y las áreas de coincidencia, además de demostrar voluntad y capacidad para el cambio (PNUD, 2009). Otro factor que se debe tener en cuenta en los acercamientos de las partes en conflicto, es que la concertación no se va a dar de manera espontánea e inmediata, ya que esto hacer parte de un proceso prolongado en el tiempo, que requiere varios encuentros, tanto entre las partes, como con los terceros involucrados cuando a ello haya lugar. Estimular, en todo caso que, a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes en conflicto decidan dar solución de manera pacífica a sus diferencias solo es posible con el estímulo adecuado de los beneficios que ello trae consigo y que superan la meta descongestión judicial, como suele pensarse.

Otra de las formas de estimular el diálogo, presupone enfocarse principalmente en los síntomas, más que en las causas fundamentales del problema. Esto es, encontrar soluciones sostenibles que van a requerir de mucho tiempo y paciencia, pero que a menudo, viendo como los procesos jurídicos se vuelven extremadamente largos y las intervenciones únicas no funcionan para el tratamiento de las causas, ahondar en los síntomas del conflicto, permite abordar otro tipo de sentimientos en el ser humano por medio del diálogo para así llegar a la concertación.

Todo esto conduce a preguntarse por los métodos tradicionales de resolución de conflictos en el derecho y volcar la mirada hacia las herramientas que permiten acercar el derecho a una disciplina social. El diálogo permite entonces, trascender del acuerdo en las formas y en los tiempos que generalmente son muy cortos, obedecen a lenguajes muy técnicos y distantes para las partes involucradas, en cambio, se reivindica la posibilidad del ejercicio de una comunicación más real, más íntima y, por ende, más reflexiva entre los sujetos. Es por ello que se vienen encaminando esfuerzos en Colombia para explorar otras formas de solucionar los conflictos, de una manera más humana e imprimiéndole un carácter más reflexivo, uno que vaya más allá de la clásica

finalidad de descongestionar las vías de acceso a la justicia ordinaria –como lo indica la norma– y darle paso al reconocimiento del ser humano como un individuo autónomo, capaz de solucionar sus conflictos por medio de la vía dialogada y pacífica, reconociendo estas mismas cualidades en la parte con la que se encuentra en disputa. Con esto se busca la oportunidad de abrir espacios por fuera de los procesos judiciales y plantear nuevas alternativas de intervención del conflicto desde la interdisciplinariedad que tenga como punto de partida la autonomía de la voluntad y cuyo objetivo siempre sea poner al servicio del mejoramiento de las relaciones sociales cualquier acuerdo logrado, dando valor a lo colectivo por sobre lo individual.

Desde la teoría de los MASC, diferentes instancias en el mundo han contribuido a propiciar la cultura del diálogo, en palabras de Saucedo (2018) se expone que:

Son medios para la resolución de conflictos en los que se fomenta la participación, responsabilidad propia y directa de los involucrados para que ellos mismos puedan encontrar una solución o determinar la que más les conviene. En dichos métodos se privilegia la cooperación, tolerancia, empatía y el diálogo.

Cuando se trata de MASC, el particular desarrollo que ha tenido la conciliación en derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, genera que su descripción pueda entenderse como un genérico del múltiple abanico de mecanismos alternativos existentes y aceptados en el país. Es por ello que en este trabajo destaca la concepción integral que refleja su condición social en la misma dimensión de su condición jurídica. Es así como se reivindica la definición que lo entiende como:

Un método sociojurídico que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, y novedoso en cuanto a su desarrollo normativo, el cual nace con la Constitución de 1991. A pesar de que las personas, de manera ancestral han usado el diálogo y el acuerdo para resolver sus diferencias, la conciliación no había sido reconocida como un acuerdo privado de trascendencia legal (Arboleda, 2014).

A partir de lo descrito en el presente texto, es posible afirmar que los MASC promueven el diálogo, el respeto y tienen fundamento en el ejercicio

del principio de la autonomía de la voluntad, como formas no adversariales de solucionar los conflictos entre dos o más seres humanos. Sin embargo, es importante preguntarse por las razones de conveniencia y coherencia de estos mecanismos, pues existen fuertes críticas respecto del sentir de algunas personas que argumentan que esta forma de solución de conflictos reduce a la justicia por mano propia de los particulares, trayendo consigo un riesgo respecto de las decisiones adoptadas.

No obstante ello, este trabajo pretende realizar aportes a la reflexión de los MASC como métodos válidos basados en la autonomía de la voluntad del ser humano y la reflexión que se da en el proceso de solución de conflictos ya que, como se dijo anteriormente, el individuo tiene la capacidad de abordar sucesos conflictivos de manera autónoma y con la suficiente capacidad reflexiva para entender al otro desde la empatía y la dignidad.

El diálogo y la solución pacífica de controversias deben separarse conceptualmente de la justicia y deben tener un desarrollo profesional, autónomo, propio y liberal en cada ser humano. Los MASC son métodos que desarrollan y trascienden las concepciones tradicionales de justicia como un concepto meramente retributivo, pues la sociedad está compuesta por asuntos más complejos que meros comportamientos inmutables, en tanto es dinámica y este dinamismo lo ofrece la existencia del conflicto como motor de la historia de la humanidad. Esta reflexión pretende ser provocadora y a la vez propositiva y espera despertar el interés de aquellos que quieran hacer aportes a una mejor conceptualización de los MASC.

Conclusiones

A lo largo de este escrito, se han desarrollado diversas reflexiones en torno al principio de autonomía de la voluntad como componente clave de los MASC a la hora de implementar algunas de las herramientas que integran estos mecanismos como garantía de la promoción de una cultura de acuerdos que se fundamentan en el diálogo y el reconocimiento del otro.

Las virtudes éticas que se proponen para los conciliadores y mediadores en el derecho, deben hacer parte no solo de la esencia de cualidades profesionales, sino que son un componente clave de las partes en el proceso, es decir, de

todos los seres humanos. Posibilitar los procesos de empoderamiento en los seres humanos con base en el fortalecimiento de sus capacidades de reflexión y crítica, serán fundamentales para la correcta aplicación de los MASC como herramientas de transformación social.

Ofrecer fórmulas alternativas a la hora de solucionar un conflicto, debe atender a una adecuada formación, vocación y pasión por la cultura de los acuerdos, lo que llevará a las partes involucradas en los conflictos, a potenciar sus propias capacidades en torno al diálogo y a la reflexión, por medio de la empatía y el acuerdo sin intereses individuales de por medio, sino la idea de buscar la mejor solución para cada uno. Ello solo es posible si se enaltece el principio de la autonomía de la voluntad como elemento base para la toma de decisiones que garanticen dignidad, libertad y esté en permanente búsqueda de la igualdad material.

A lo largo de los años, se han propuesto debates de carácter filosófico que han insistido en la necesidad de reflexionar y fomentar la ética en el derecho. En los últimos años, se le han sumado de forma adecuada los componentes de las ciencias sociales a tan importante discusión. Estas ciencias han aportado elementos de la disciplina social y económica para nutrir las reflexiones éticas planteadas en un inicio y que, en su conjunto, han fortalecido la creación de MASC robustos, que trascienden el mero papel de descongestión judicial y han logrado poner en alto la virtud que significa el ejercicio de la autonomía en los seres humanos, que promueven comportamientos basados en el diálogo como una actitud íntima que conduce a la satisfacción de intereses de las personas como sujetos sociales.

La situación actual en que se encuentra el país, lo sitúa en un escenario de posconflicto que, luego de la firma del *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* entre la extinta guerrilla de las FARC –EP y el Estado colombiano en noviembre de 2016, ha traído consigo un recrudecimiento de la guerra con otros actores armados presentes en el país. Este panorama exige la implementación de los MASC y sus herramientas del diálogo, conciliación y mediación, como potenciadores en la búsqueda de esa paz estable y duradera, en tanto se erigen como ejemplo vivo de la solución de controversias por la vía del diálogo. Formar profesionales que se inclinen por esta línea, sumará esfuerzos en la tarea de reconstruir no solo los hechos históricos del conflicto para la satisfacción de los intereses de

las víctimas, sino que alentará a las personas involucradas a iniciar procesos de reflexión autónomos para darle solución a situaciones que los han aquejado con el paso de los años.

Referencias

- Aristóteles. (1988). *La política*. Gredos.
- Arboleda, A. (2014). *La conciliación: como cultura de acuerdos*. Corporación Universitaria Lasallista.
- Cárdenas, A. E. (2012). La mediación como mecanismo de justicia restaurativa. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, 15(29), 149-171.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-934 de 11 de diciembre.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-668 de 6 de agosto de 2003.
- Mazo Álvarez, H. M. (2012). La autonomía: principio ético contemporáneo. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 3(1), 115-132.
- Newman, G. D. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 12, 180-205.
- Sánchez, R. V. (2001). *El pacto compromisorio con opción múltiple*. Legis
- Sauceda, J. B. (2018). Cultura de paz y resolución de conflictos: la importancia de la mediación en la construcción de un estado de paz. *Ra Ximhai*, 11(1), 109-131.

Capítulo 3

La enseñanza clínica del derecho en Colombia

Daniel Gracia Armisen¹ y Estefanía López Salazar²

Resumen

Este escrito es, ante todo, una invitación a conocer, evaluar e incluso replantear la enseñanza tradicional del derecho. Vivimos en una sociedad convulsionada por numerosas crisis (económica, política, moral, entre otras) y ante tal estado de cosas es necesario repensar, ya no solo la función social de los futuros abogados, sino también la formación que reciben. Debemos implementar un modelo pedagógico que, a través de la conjugación de diferentes elementos epistémicos, permita conjugar teoría con práctica en un mundo en el que la inserción laboral de los abogados tiende a diversificarse. Este modelo, además, debe permitir armonizar la adquisición de nuevos conocimientos con la formación de abogados capaces de interactuar con su realidad jurídica y social para transformarla. Esta estrategia pedagógica no es otra que la enseñanza clínica del derecho desarrollada desde hace más de una década en las facultades de derecho latinoamericanas. Una experiencia formativa que permite superar las limitaciones propias de una formación académica marcada por el formalismo y la tradición jurídica continental positivista y que apuesta por el desarrollo de destrezas prácticas en los estudiantes. Seguramente no estamos ante una propuesta revolucionaria, pero sí ante una estrategia que postula la reformulación de los cánones tradicionales de la enseñanza jurídica, tan alejados de la realidad social del momento.

Palabras clave: enseñanza clínica, derecho, método de aprendizaje, abogado, estrategia pedagógica, educación.

1 Licenciado en Filosofía y Ciencias Sociales, doctorando en Historia. Docente Universidad de Antioquia. Correo: 2013iush@gmail.com

2 Abogada, magíster en Escrituras Creativas. Directora del laboratorio de Narrativas adscrito a la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana. Correo: llopez@americana.edu.co

Introducción

El capítulo que se desarrolla a continuación es resultado del proyecto de investigación titulado *La enseñanza clínica: aportes desde una visión crítica latinoamericana a la construcción social del derecho*, ejecutado en la Corporación Universitaria Americana. El mismo, contempló como objetivo general el de analizar los planteamientos teoricosprácticos de la enseñanza clínica que permitan la construcción social del derecho desde una lectura crítica latinoamericana, mediante el desarrollo de una metodología de enfoque cualitativo que se sustentó en el *análisis documental* de diferentes investigaciones para lograr comprender la relación entre los procesos de enseñanza, particularmente del derecho, y la construcción de la sociedad. Se trató de una búsqueda que intentó estrechar lazos entre la academia, la sociedad y el derecho por el factor común de Educación.

Un análisis actual de la profesión jurídica hace necesario evaluar los métodos y prácticas con los cuales se ha enseñado y practicado la profesión. En este sentido, uno de los puntos de mayor relevancia en este caso es el de las epistemologías tradicionales que señalaron una ruta de enseñanza en la cual se debilitó la unión entre teoría y práctica. La excesiva segmentación de los conocimientos y el auge de la especialización generó en la actualidad lo que Boaventura de Sousa Santos denomina como “pensamiento abismal”, el cual se refiere a los conocimientos propios de la modernidad en la que se establece una frontera entre lo válido, verdadero y científico, frente a lo falso, ficticio y pseudocientífico.

En esta medida, las profesiones, incluidas las contenidas en las ciencias sociales y humanas, siguieron el camino metodológico trazado por este pensamiento abismal y establecieron tal brecha dentro de su ámbito de conocimiento que solo fue después, hasta el fortalecimiento de la crítica a la sociedad capitalista que realizó Jürgen Habermas en los años 60, y luego con los planteamientos de la epistemología crítica de las denominadas epistemologías del sur, que empezó a reconocerse la necesidad de valorar, con un método distinto, a las ciencias sociales y humanas, entendiendo la diferencia de sus prácticas cognitivas. Lo cual dio nacimiento a la pregunta por la diferencia de mirada en las ciencias sociales y humanas a nivel mundial y por las diversidades en dichas ciencias en el contexto latinoamericano teniendo en cuenta la disparidad política, cultural, histórica, social, antropológica, climática, entre otras.

Así, en el orden mundial, se estableció la necesidad de hablar de unas ciencias sociales y humanas de corte histórico-hermenéutico que acercaran estas profesiones a la realidad dialógica de su objeto de estudio, también se determinó la importancia de entender si los conocimientos impartidos en la enseñanza del derecho se adecuaban a las realidades propias de los contextos americanos o si, por el contrario, se trataba de codificaciones e instituciones que poco guardaban coherencia con las prácticas y necesidades poblacionales. Hoy en día estas preguntas siguen pendientes en la práctica real del derecho, en las reflexiones jurídicas dentro y fuera de la universidad y en los currículos que guían los aprendizajes de los futuros abogados. Es por ello que la clínica jurídica se convierte en espacio propicio para contener dichas preguntas y generar muchas más hacia el futuro y es por ello el porqué de esta investigación.

Metodología

El presente artículo es el resultado de una investigación que adoptó una metodología interpretativa-comprensiva, la cual está inmersa en el enfoque histórico-hermenéutico (modelo epistémico constructivista) y se orientó a la comprensión de los sujetos, en nuestro caso educadores y educandos, en función de la praxis. Lo anterior significa que nos hemos centrado más en lo que es único y particular del sujeto que en lo que es generalizable: aceptamos que la realidad que investigamos es dinámica, múltiple y holística.

Bajo esta modalidad interpretativa-comprensiva han aparecido una serie de metodologías que son clasificadas de diferentes modos según los autores, entre las que se encontraría la investigación documental. Una investigación documental que no deja de ser un método descriptivo que procura obtener información relevante, fidedigna e imparcial en el tema que deseábamos investigar. Por ello, la investigación se hizo extensible a la actividad profesional de los abogados y se convirtió así en algo que va más allá que la actividad propia de la vida académica.

El desarrollo de esta metodología nos permitió dar cuenta de nuestro objetivo general: analizar los planteamientos teórico-prácticos de la enseñanza clínica que permitan la construcción social del derecho desde una lectura crítica latinoamericana. Lo anterior se tradujo en un estudio sistemático, objetivo-subjetivo, basado en fuentes documentales, que permitió estructurar y

ordenar los datos conocidos sobre la enseñanza del derecho en Colombia, de tal manera que fueran contemplados como un todo.

Al final, la investigación documental nos permitió, entre otras cosas, profundizar, precisar y afinar conceptos relacionados con la enseñanza del derecho como campo de saber educativo; así como, relacionar, explicar y sintetizar las teorías y conocimientos sobre el tema.

Desarrollo

Retos de la educación en el siglo XXI

Es justamente la educación un tema de primer orden en la actualidad, ya que, si consideramos el fenómeno de la globalización, vivimos grandes cambios en múltiples aspectos, y la educación no podía dejar de ser uno de ellos (Bonaf, 2009). En teoría, los diferentes gobiernos y organizaciones internacionales enfocan todos sus esfuerzos en implementar modelos educativos que siguen parámetros muy similares y que tienen por objeto modernizar los modelos tradicionales y dirigir esos modelos hacia la innovación y la evaluación como garantía de mejora educativa, como señala Melendro (2008), en aras de formar auténticos ciudadanos del mundo (Cortina, 1997).

Un ejemplo de lo anterior, según Bonaf (2002), son las políticas promovidas por organismos internacionales y supranacionales, como la UNESCO y las metas 2030, la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI) y su programa de metas 2021 o las enfocadas hacia la calidad educativa, como las promovidas por el Banco Mundial o la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). En este contexto, muchas políticas y discusiones educativas están empezando a girar en torno al papel y desarrollo profesional docente (DPD), bajo el supuesto de que la evaluación de los docentes mejora la calidad educativa (Manso y Monarca, 2016). Sin embargo, los objetivos no se han cumplido en su totalidad y en la actualidad los esfuerzos se siguen centrando en alcanzar y mejorar la calidad educativa. Una meta en la que los maestros tienen un papel fundamental como agentes de cambio, modernización e innovación. Un protagonismo que choca notoriamente con el escaso reconocimiento social con el que cuentan los maestros en Colombia, su baja remuneración en comparación con otros oficios y su olvido a la hora

de invertir en educación (el 91 % del presupuesto educativo de Colombia se invierte en gastos de funcionamiento, lo que deja tan solo un 1 % o 2 % para inversión en calidad). Necesitamos, entre otras cosas, invertir en maestros bien formados que respondan a altos estándares profesionales y que trabajen para retroalimentarse y generar condiciones más propicias para el aprendizaje de sus estudiantes.

Ahora bien, es una realidad que Colombia en los últimos años ha centrado todos sus esfuerzos en mejorar su calidad educativa, partiendo del axioma de que la educación es el motor de cambio y progreso social, en un país marcado por el conflicto armado y las grandes desigualdades sociales (Barrera-Osorio, Maldonado y Rodríguez, 2012). Sin embargo, a grandes rasgos, los resultados en Colombia en materia educativa son considerados no satisfactorios. Solo hace falta echar un vistazo a las pruebas SERCE, TERCE y PISA que se vienen realizando desde el año 2006 para darse cuenta de la cruda realidad de nuestra educación (véase Arizmendi y Saa, 2018). No obstante, todo no son malas noticias: Colombia ha subido 14 puestos en los últimos 10 años en el índice de competitividad Mundial del Foro Económico Mundial (pasando del puesto 74 en 2008 al puesto 60 en 2018). Resultados alentadores que, sin embargo, no pueden disimular el rezago que sufrimos y la necesidad de acometer fuertes reformas estructurales.

Es por ello que, en este contexto, la educación en Colombia (incluida la educación superior) debe repensarse con urgencia. Según Andreas Schleicher, Director de Educación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en una entrevista concedida a la revista *Semana* hace poco más de un año, el sistema educativo en Colombia “está muy fragmentado, muy atomizado y muy localizado para tener la calidad suficiente” (Semana Educativa, 2018). Recordemos que Colombia comenzó a participar en las pruebas PISA en el año 2006 (las últimas pruebas tuvieron lugar en el 2018) y aunque en líneas generales sus resultados han ido mejorando, todavía siguen estando muy por debajo de la media del resto de países, incluso entre los de nuestra región de referencia. Si tomamos el último informe PISA publicado (año 2015), podemos observar que en cuanto al *ranking*: en matemáticas ocupa la posición 63 de 72, con 390 puntos, cien puntos por debajo de la media OCDE (490); en lectura es el país 59 de 72, con 425 puntos, sesenta y ocho puntos por debajo de la media OCDE (493); y en ciencias el 56 de 72, con 416 puntos, setenta y siete puntos por debajo de la media OCDE (493). Con

estos datos y ciñéndonos a los criterios que evalúa PISA, los resultados colombianos están alejados de los estándares medios fijados por estas pruebas. No obstante, debe señalarse que el país ha mejorado con respecto a las pruebas de 2012 en las tres áreas con 8, 6 y 5 puntos respectivamente, aunque esa mejora no sea significativa (Arizmendi y Saa, 2018, p. 66).

La urgencia, entonces, es hallar un balance en un país con una gran diversidad y conseguir que el currículo responda a esa variedad, pero que al mismo tiempo sea una verdadera guía educativa. Cuando se analizan los resultados de nuestros estudiantes en las pruebas PISA, una de las razones de los malos resultados es que el sistema educativo privilegia una educación de reproducción de contenido, extremo este último fundamental para el objeto de nuestra investigación. No en vano, desde hace mucho tiempo la enseñanza del derecho viene ejercitando capacidades nemotécnicas mediante la reproducción y memorización, a costa del desarrollo de capacidades críticas y analíticas. Es por ello que los alumnos tienen tantas dificultades a la hora de extrapolar lo que saben a la realidad o a la hora de usar de forma creativa los conocimientos adquiridos. Lo importante no es lo que se sabe, sino lo que se es capaz de hacer con eso que se sabe. Y, precisamente, es ahí donde encontramos una de las grandes falencias de la educación actual, no solo en Colombia, sino a nivel global.

Ante esta coyuntura, entendemos que es necesario, entre otras cosas, que el maestro retome las enseñanzas de la mayéutica socrática: el maestro debe ser un guía, un acompañante, un mediador y propiciador en el proceso de aprendizaje. No un mero transmisor de información como está sucediendo en muchos casos. La técnica de preguntas y respuestas empleada por Sócrates no transmite conocimiento en sentido estricto. Sin embargo, pretende provocar en el que responde una indagación que se torne en autoindagación. Por lo que, visto así, la enseñanza de Sócrates es una negativa a enseñar en el sentido clásico del término. No olvidemos, por otro lado, que para Sócrates la verdadera enseñanza se lleva a la práctica mediante el ejemplo. Es, literalmente, ejemplar. Como subraya Steiner (2004, p. 15), el maestro aprende del discípulo y es modificado por esa interrelación en lo que se convierte en un proceso de intercambio. La donación se torna, pues, recíproca. “Cuando soy más yo es cuando soy tú”, dijo Celan.

Todo lo anterior, sin duda, pasa por repensar en la actualidad el rol del maestro y del alumno. Atrás quedaron los tiempos de la escolástica, los tiempos en los que la educación se centraba solo en el maestro. Urge volver a plantearse preguntas acerca de lo que supone enseñar y, sobre todo, aprender en nuestros tiempos. El profesor de estar dedicado a enseñar, debe pasar a centrar su labor en ayudar a los estudiantes en aprender. Por ello, como señala Risso (2018), el profesor tendrá que reunir dos características fundamentales: ser solvente en su materia y poder demostrarlo con publicaciones en revistas indexadas; y deberá saber diseñar tareas de estudio y aprendizaje autónomo, lo que le llevará a definir nuevos criterios de evaluación y, lo más importante, replantear su relación con sus estudiantes. Por otro lado, estamos demasiado centrados en la evaluación, casi siempre cuantitativa, del producto final; olvidando lo más importante en el acto de aprender: el proceso. Pocas veces las notas de las diferentes materias reflejan el proceso. Pensemos un momento en cómo son las evaluaciones en la educación superior: parcial tras parcial, taller tras taller, con muy poco espacio para repensar lo leído (si es que ha habido tiempo para leer), para la evaluación formativa, para retroalimentar al estudiante en lo que está fallando y en lo que está haciendo bien. Priorizando los exámenes académicos escritos y el uso generalizado de preguntas tipo test para que las respuestas de los alumnos puedan codificarse y procesarse con facilidad. Se adolece entonces de carpetas docentes, de exámenes con libros, de evaluaciones por pares, de nuevas formas de evaluación más acordes con los nuevos tiempos, lo cual es especialmente notorio en el mundo del derecho. Por ello no es de extrañar que en este contexto los alumnos compitan entre sí y los profesores sean juzgados en virtud de las notas de estos. Pensemos sin ir más lejos, por ejemplo, en los efectos de la prueba PISA. Esta evaluación tiene diversos efectos en los sistemas educativos, entre los que destaca la evaluación del trabajo docente. Tema este un tanto polémico dada la inseguridad que generan estas pruebas a los docentes, relacionando resultados con estabilidad laboral y salario, lo que termina por afectar a la formación de la cultura evaluadora que debería dirigirse, sobre todo, a evaluar competencias que vayan más allá de lo estandarizado tradicionalmente, como el pensamiento crítico y divergente (Ortiz y Montoya, 2015).

Por si esto fuera poco, hoy en día, como bien apunta el profesor Casanova (en Bonachía y Martín, 2008, p. 48), hay que producir mucho, rápido y sin apenas tiempo para la reflexión. ¿Dónde está el sosiego o la reflexión que debe acompañar a cualquier proceso formativo? No obstante, sería una falacia

decir que todo el mundo evalúa o trabaja de esta forma, porque no faltan los profesores que investigan, innovan y les importa la calidad. Pero, igualmente, es una realidad que la educación todavía peca de poco creativa e innovadora, de excesivamente teórica como para formar profesionales con parámetros que les permitan atender a las demandas de su realidad social, política y económica, con capacidad real y potencial para transformarla. Y en este sentido, como veremos a lo largo de este escrito, la enseñanza del derecho no es ninguna excepción.

Todavía en la actualidad la enseñanza del derecho en Colombia es, en gran medida, formalista (Fergusson, 2010, p.25), a pesar de que desde la última década del siglo pasado en Latinoamérica se empezó a introducir en las facultades de derecho de las diferentes universidades la estrategia pedagógica de enseñanza-aprendizaje, basada en el ejercicio clínico surgido en los años 60 en las universidades norteamericanas. Un ejercicio clínico cuyo objetivo principal es el fortalecimiento en los estudiantes de nuevos saberes críticos y analíticos que les permitan la comprensión y resignificación del derecho y su impacto social, a partir del contacto directo con casos reales. Objetivo este que se acerca bastante más a lo que deben ser las metas de la educación superior del siglo XXI: la innovación, la investigación, la competitividad, la intelectualidad y la creatividad, aunadas a la inmensa ola global por un desenfrenado ámbito de expansiones y de aperturas económicas, deben convertirse en escenarios donde la universidad asuma un papel destacado para el éxito de sus conciudadanos (Montaña, 2016, p.14).

Ahora bien, no es un secreto que para el sistema educativo actual la innovación o la creación no son prioridades. En el año 2006, el experto en educación Ken Robinson dio una charla en el congreso organizado por la TED en California donde se preguntaba si las escuelas destruyen la creatividad. La realidad de la actual situación es que todos nacemos con grandes talentos, pero después de pasar por la escuela (¿también por la universidad?) muchos hemos perdido esas cualidades. Como también dijo en esa charla, muchas personas brillantes no creen en sus capacidades porque aquello en lo que destacaban en la escuela no se valoraba, incluso se estigmatizaba. Así las cosas, a medida que el movimiento de normalización cobra fuerza, mayor es el número de estudiantes que están abocados al fracaso. Por no hablar de la cantidad de universitarios que no terminan sus estudios (en Colombia el 37 % de los estudiantes que comienzan un programa universitario abandonan el sistema

de educación superior, la mayoría al finalizar el primer año), los que van a la universidad porque es lo que se espera de ellos al terminar la secundaria, los que se gradúan sin tener una idea clara de lo que harán después o los que terminan endeudados después de seis años de carrera. Pensemos que en América Latina el tiempo en completar una carrera profesional es un promedio de 36 % más que en el resto del mundo. Un tiempo excesivo que encierra todo un círculo vicioso: los estudiantes muchas veces necesitan salir a trabajar para completar sus estudios, pero al mismo tiempo terminan abandonándolos por las responsabilidades laborales. Así pues, la falta de preparación académica (debido, en parte, a la educación de baja calidad que reciben en la escuela secundaria); la falta de medios económicos entre alumnos de escasos recursos; la larga duración de algunos de los programas y la falta de flexibilidad para cambiar de carrera se encuentran detrás de los altos índices de abandono en los estudios superiores.

Ante tal tesitura, si se quiere aumentar el rendimiento académico, hay que volver a lo básico, lo cual pasa, entre otras cosas, por tener un plan de estudios amplio y equilibrado, y aplicar sistemas de evaluación informativos y comprensivos. Luego, si queremos un modelo educativo distinto que responda en verdad a las necesidades de los nuevos tiempos, debemos repensar el concepto de escuela, de educación; así como los métodos empleados en la educación. Necesitamos una metáfora que se ajuste mejor (Robinson, 2016, pp. 16 y 57). Por lo pronto, se sigue apostando por un modelo totalmente irreflexivo, teórico, anacrónico y memorístico. Una memoria entendida solo como almacén o biblioteca y no como lo que es en verdad: facultad que conserva y elabora (memoria creativa). Es una realidad que hoy en día en las aulas de las facultades de derecho, todavía encontramos una metodología de enseñanza consistente en la mera transmisión de información por medio de clases magistrales, para que los alumnos las memoricen y les den aplicación en su ejercicio profesional (Ferguson, 2010, p. 25). Una memoria que, como vemos, no es creativa. Ya lo ha repetido en numerosas ocasiones Steiner: la escolaridad es hoy amnesia planificada. Si perdemos la memoria nos perdemos a nosotros mismos. Ser es, esencialmente, ser memoria, decía Emilio Lledó. Ahora bien, “si lo recordáramos todo, estaríamos tan enfermos como si no recordáramos nada”, decía William James. Todo lo que estuvo en la memoria y ya no está constituye el olvido y, aunque parezca paradójico, la buena salud de la memoria depende del olvido. Pero esta es harina de otro costal.

Estamos, entonces, formando profesionales igual que hace doscientos años, cuando el contexto y las necesidades son hoy totalmente diferentes. Necesitamos volver a ubicar al alumno en el centro del proceso de enseñanza-aprendizaje (si es que alguna vez lo ha estado). Debemos propiciar espacios de reflexión, donde sea el alumno, y no solo el maestro, el artífice de dichas reflexiones. Y esto es algo que no puede conseguirse solo con una enseñanza dogmática, especialmente en el campo del derecho. Necesitamos que alumnos y maestros desarrollen nuevas habilidades, nuevas capacidades en consonancia con los nuevos tiempos. Necesitamos maestros llamados a ser investigadores y productores de saber (Torres, 2007; Silva, 1995) porque sabemos que el maestro, desde miradas más críticas, reflexivas y contemporáneas, tiene entre sus responsabilidades el no ser un simple reproductor de conocimientos e ideologías (Cuervo, 2016, p. 95). En este sentido, ya lo explicaba de forma elocuente hace unos años Estanislao Zuleta (1995, p. 17): la educación será un asunto perdido mientras el alumno no tenga un espacio para su propio juego, su propio pensamiento y sus propias inquietudes; y el profesor se limite a informar e ilustrar al que no sabe, al alumno.

Por todo lo anterior, se nos antoja necesario un nuevo aire curricular, una nueva reforma permeada por las necesidades de la sociedad actual, no las de hace más de dos centurias. Una reforma curricular que logre responder a los nuevos retos que hoy se están generando y ante los que el actual sistema educativo se muestra poco eficaz a la hora de proporcionar respuestas que mejoren nuestra vida y nuestra sociedad. Lo que encontramos, independientemente del área del saber al que nos refiramos, es una hiperespecialización que se traduce en currículos excesivamente fragmentados por disciplinas (donde el derecho no es una excepción), como si de compartimentos estancos se tratase, en eso que Soussa Santos llama *pensamiento abismal*. No vamos a renegar de una cierta especialización que siempre es necesaria. Lo que necesitamos es trazar puentes interdisciplinarios. Lo que necesitamos es un conocimiento más interdisciplinar.

En el caso concreto del derecho, urge desarrollar la capacidad de análisis y de argumentación de los futuros abogados, así como su versatilidad y ciertas destrezas profesionales que les permitan aprender de su propia experiencia. Estamos echando en falta un elemento articulador –¿la enseñanza clínica del derecho quizá?– de la pedagogía, de la práctica, la investigación y la responsabilidad social de los futuros abogados (Molina, 2008, p. 211). Por ello, la en-

señanza clínica del derecho se presenta como una forma de educación para la transformación social, como un cambio de paradigma en la enseñanza-aprendizaje del derecho que permite al abogado tomar conciencia de la proyección social de su profesión, así como de su responsabilidad con la sociedad en la que vive (Castro, 2006, p. 179).

La enseñanza clínica del derecho: un cambio de paradigma necesario

Vivimos en un mundo globalizado, cambiante y contingente que constantemente nos exige un gran esfuerzo por intentar responder a una realidad social muy demandante. La sociedad del siglo XXI se caracteriza por la globalización, internacionalización y transnacionalización de todas sus esferas (Comellas, 2015). Sin olvidar el desarrollo de la tecnología de la información y de la comunicación. Unos cambios de los que el derecho no puede quedar al margen. En este sentido, pensar en la manera en cómo se debe educar a los futuros abogados para que estos puedan atender a las demandas de la sociedad, más allá de la observancia de las leyes y su implementación, es un reto no solo deseable, sino necesario. Y a este reto responde, sin duda, la enseñanza clínica del derecho.

Es una realidad incontestable que en nuestro país se ha venido presentando una cierta desarticulación entre la oferta educativa y el ejercicio de la práctica profesional. En general, existe la percepción de que es necesario intentar formar a los futuros abogados, más allá de los necesarios conocimientos normativos, en desarrollar criterios jurídicos propios amén de incentivar la aplicación práctica de dichos criterios (Campari, 2005). Igualmente, tampoco se ha tenido en cuenta la necesaria propuesta de incorporar alguna modalidad de formación interdisciplinar que logre flexibilizar los planes de estudio tradicionales (recuérdese, por ejemplo, el modelo de aprendizaje de la universidad de Deusto que permite trabajar diferentes competencias desde distintas materias). Un abogado del siglo XXI debe ser un profesional global, reflexivo, con una formación integral en distintas áreas de conocimiento que le permita ejercer su profesión dentro de un marco de responsabilidad social. Sin abogados preparados para el debate, la innovación, la creación o la resolución de problemas, no se podrán identificar los problemas de nuestro tiempo y, menos, buscar soluciones a los mismos. Como dice Edgar Morin, la enseñanza tiene como misión transmitir, más que un saber puro, una cultura que nos

permita comprender nuestra condición y ayudarnos a vivir. Algo a lo que la enseñanza del derecho no puede sustraerse. Por ello, es necesario redefinir el perfil académico-profesional del jurista global y determinar qué competencias genéricas y específicas son las que conforman dicho perfil.

No olvidemos que en la actualidad se habla de dos perfiles complementarios de abogados: el *hard profile* y el *soft profile*. El primero coincide con el perfil tradicional del abogado (sólida formación académica y dominio de varios idiomas). Este perfil es requisito *sine qua non* para ser un buen abogado, pero ya no es condición suficiente. El *soft profile*, complementario del anterior, perfil que responde mejor a las necesidades de un mundo interconectado como el nuestro: orientación comercial, creatividad, innovación, con inteligencia emocional, capacidad de trabajar en equipo y de resolver problemas, etc.

A este respecto no está de más recordar el proyecto Turing aparecido en el 2006, del que formaba parte Colombia junto a otros doce países latinoamericanos (incluido España), interesado en la modernización de la enseñanza del derecho, en incrementar la calidad del proceso enseñanza-aprendizaje por medio de un modelo transparente y en avanzar en el proceso de internacionalización de la enseñanza del derecho.

Todos estos temas son algunas de las aristas en torno a **qué** enseñar en las facultades de derecho en Colombia en la actualidad, asumiendo que lo que era suficiente para formar abogados en el siglo pasado no lo es hoy en nuestro mundo globalizado. Como señala Reisman (1999), tendremos que proyectar hacia el futuro identificando aquellas aptitudes que pueden ser cultivadas en la enseñanza primaria del derecho, cuáles pueden ser dejadas a la experiencia y cuáles deben ser asignadas a la variedad de formas de educación complementarias. Sin embargo, en el presente trabajo nos interesa más el método, el **cómo** enseñar derecho en un mundo global, analizando los retos que enfrenta la enseñanza-aprendizaje del derecho en el siglo XXI. De acuerdo con lo anterior, es necesario repensar y redefinir los nuevos perfiles académico-profesionales (como señalábamos antes), creando puentes entre la sociedad y la universidad. Unas necesidades que la enseñanza tradicional no está en capacidad de enfrentar, a diferencia del método clínico que entendemos que es el más adecuado para llevar a cabo el tan necesario cambio de paradigma en la formación de los futuros abogados.

El desarrollo del concepto *clínica jurídica* permite al derecho, a la academia y a la comunidad jurídica en general, recuperar la conexión entre la teoría y la práctica, lo cual fomenta la resolución de problemas complejos desde la mirada real de las circunstancias de un lugar y tiempo. Así, por la enseñanza clínica se entiende una estrategia metodológica que se esfuerza por demostrar la pertinencia de las reflexiones teóricas en virtud de su correspondencia con la realidad social en la que deben ser aplicadas. Además de la evidente importancia que tiene para un estudio la relación entre teoría y práctica, una clínica jurídica fomenta los procesos de autoevaluación universitaria e internacionalización, propendiendo por el autoconocimiento de la calidad, viabilidad y adecuación del currículo, evitando incurrir en lo que se denomina *currículum oculto*.

Es muy importante subrayar cómo, a día de hoy, no existe un acuerdo entre los especialistas con relación a la principal función de la clínica en la enseñanza del derecho (Estrada, 2015, p. 50). Coincidimos con Abramovich (2007, p.100) en subrayar cómo el principal aporte de este tipo de enseñanza frente a los reduccionismos epistemológicos (iusnaturalismo-iuspositivismo) y a la enseñanza formalista es la de proveer a los estudiantes de técnicas de análisis y ciertas destrezas profesionales que sirvan de medios para aprender de su propia experiencia. Por no hablar del equilibrio que aporta esta perspectiva metodológica entre bien común, seguridad y justicia que invita a un estudio del derecho bajo un esquema de racionalidad práctica. Igualmente, la clínica jurídica expande las fronteras del quehacer académico al repensar crítica y prácticamente cómo debe configurarse el abogado del siglo XXI, así como la educación universitaria que se le imparte.

En consecuencia, la enseñanza clínica del derecho cumpliría con una doble función: en cuanto propuesta metodológica, verificar los problemas de un reduccionismo epistemológico representado por la perenne ficción entre iusnaturalismo-iuspositivismo; y, a la vez, sirve de propuesta para la superación de los mismos (Estrada, 2015, p. 52). Este punto, siendo interesante, no es para nosotros el más determinante. Lo que pretendemos rescatar de la enseñanza clínica en el momento actual es su vertiente de modelo de enseñanza-aprendizaje que busca indagar en aspectos curriculares tan importantes como qué enseñar, cómo enseñar, a quién enseñar y por qué enseñar, donde el método es solo uno de sus componentes. Porque la enseñanza clínica, y esto es muy importante, no es solo un método pedagógico. Es mucho más, como se infiere

de lo anterior. Es el mejor medio para superar el modelo formalista en aras de un modelo de racionalidad problemática acorde al Estado social, a través de la promoción de competencias críticas y propositivas en el estudiante que permitan el desarrollo de un nuevo razonamiento jurídico que permita la construcción de una teoría jurídica contextualizada que responda mejor a los actuales desafíos (Estrada, 2015, pp. 50-52).

La necesaria relación entre teoría y práctica

La enseñanza clínica del derecho iniciada, como decíamos antes, hace varias décadas en nuestro continente, representa una experiencia formativa de la mayor riqueza, importancia y necesidad en el estado actual de la educación. Lo anterior porque permite superar las limitaciones propias de una formación académica marcada por la tradición jurídica positivista, o *Civil Law* (Alfaro, 2010, p. 7). Una tradición fundamentada en una racionalidad para cuya enseñanza bastaba el uso de la lógica, algo de memoria y el tradicional manual de derecho. Esta enseñanza formalista se caracteriza, y hablamos en presente porque todavía está presente en nuestras aulas, en la transmisión de información del profesor por medio de clases magistrales para que los alumnos memoricen. Esta información transmitida principalmente se refiere a los contenidos de leyes y códigos, y a los conceptos jurídicos. En la consolidación de este modelo tuvieron influencia la escuela de la exégesis francesa y el conceptualismo alemán. Sin embargo, hay que reconocer que no han faltado los abogados y académicos que, desde hace casi un siglo, claman contra una enseñanza formalista del derecho insuficiente para la formación de los abogados por considerar que la mera transmisión y memorización de información jurídica son herramientas limitadas para formar a los futuros profesionales.

Por ello no han faltado propuestas, especialmente desde el año 1991, que buscan vincular el conocimiento teórico con la práctica, implementando metodologías activas de aprendizaje que permitan a los estudiantes el desarrollo de habilidades y destrezas requeridas para el ejercicio de la profesión y para vincular el conocimiento teórico a la realidad, como las clínicas de interés público, el aprendizaje basado en problemas, la investigación o materias como la práctica forense. La insuficiencia de este razonamiento lógico quedó en evidencia a mediados del siglo pasado con la crisis del positivismo jurídico, que permitió advertir la necesidad y conveniencia de una racionalidad que abriera

sus puertas a la razonabilidad, en palabras de Estrada (2015, p. 53). Precisamente, fue la incapacidad de una teoría del derecho lógica o dogmática para dar respuesta a los problemas sociales lo que propició, entre otras cosas, la aparición de corrientes críticas dentro del derecho en las que no cabían los reduccionismos epistemológicos iusnaturalistas (solo es derecho lo que sea justo) y iuspositivistas (solo es justo lo que sea derecho) a los que nos referíamos antes. Estamos hablando, entonces, de una metodología activa que permite vincular teoría y práctica, de una experiencia formativa flexible que exige, y esto es fundamental, un cambio de paradigma, un cambio de fondo en la forma como se entiende el derecho, su enseñanza y su ejercicio, superando el formalismo tradicional y apostando por técnicas activas, más allá de la existencia de una base teórica o de la tan necesaria articulación con la dimensión institucional (Courtis, 2003). Como señal Frank (2007):

Teoría y práctica podrían estar constantemente entrelazadas... Es indescriptible la diferencia entre esta forma de aprendizaje (se refiere a la enseñanza clínica) y la que los estudiantes enfrentan hoy en las facultades. Esta diferencia es similar a la que existe entre besar a una muchacha y leer un tratado sobre el arte de besar (pp. 73-74).

Por lo tanto, el método clínico, como método de enseñanza-aprendizaje, tiene por objetivo integrar el aprendizaje doctrinal y teórico, las destrezas de análisis, comunicación y persuasión al manejo de situaciones conflictivas reales. Busca, así, aproximar la teoría a la realidad o, si se quiere, busca evaluar la pertinencia del contenido teórico que se está impartiendo a la hora de resolver problemas a la luz de nuestra realidad social. Pero, en la medida en que la enseñanza clínica motivó cambios sustanciales en la noción de derecho, es también la respuesta a los cambios que se presentan al interior de la teoría del derecho. Por lo que dicha enseñanza no puede reducirse al fortalecimiento de competencias para la formulación de una teoría del caso o al desarrollo de destrezas prácticas vinculadas al manejo de un caso. Constituye un auténtico punto de quiebre que evita caer en la tentación de reducir la formación jurídica a una praxis doctrinaria (Valenzuela, 2012, p.3). ¿Por qué? Porque la enseñanza clínica busca desarrollar competencias interpretativas del fenómeno jurídico a la luz de una determinada realidad social. Así, el modelo clínico permitirá que el conocimiento no parta de la esterilidad del texto sino de la fertilidad que ofrece el derecho viviente, parafraseando a Estrada (2015, p. 55).

Jerome Frank (1933) en un artículo titulado *Why Not a Clinical Lawyer School?* estableció el origen de la enseñanza clínica como un movimiento cuestionador de los métodos tradicionales en la enseñanza del derecho. En esta obra, Frank sostiene que las escuelas de derecho podrían aprender mucho de las escuelas de medicina en el uso de las clínicas gratuitas y dispensarios, como ámbitos para desarrollar un método de enseñanza basado en la práctica de los estudiantes en la atención de casos reales, en lugar de destinar todo el tiempo al estudio de libros de casos. Sin embargo, no será hasta los años sesenta cuando las clínicas jurídicas comienzan a desarrollarse como estrategia pedagógica, y en los años 80, con la publicación de *The Lawyering Process* (Bellow y Moulton, 1981, citado por Correa, 2010), cuando se empieza a dar importancia a la enseñanza clínica. A este respecto, no está de más recordar cómo, en América Latina, las clínicas jurídicas se desarrollaron en los años setenta impulsadas por el *Proyecto sobre derecho y desarrollo* promovido por la Fundación FORD y AID, proyecto que no logró modificar el modelo tradicional de enseñanza a pesar de erigir al derecho en instrumento de cambio social (González Morales, 2007).

Así pues, habrá que esperar hasta los años 90 para que se perfeccione el desarrollo teórico de la enseñanza clínica del derecho a partir de dos informes que se erigirán en documentos claves para repensar el método de enseñanza crítica: el *Informe del comité para el futuro de la enseñanza legal clínica* (1991), y el informe *Legal Education and Professional Development: an Educational Continuum* (1992), también conocido como el *Informe MacCrate* (Correa, 2010, p. 14). Todo ello coincidiendo con el resurgir de un nuevo interés propiciado por las crisis políticas y la afectación a escala masiva de los derechos fundamentales.

En la actualidad, según datos consignados por Londoño (2015), existen 69 clínicas jurídicas consolidadas en Iberoamérica correspondientes a 49 universidades; en Colombia existen doce clínicas consolidadas (con más de tres años) y 16 en formación. Aun cuando en Colombia este sistema del método clínico ha tomado fuerza, puede criticarse que los temas de dichas clínicas están particularmente ligados a los temas del derecho tradicional (Londoño, 2015, p. 47), y por ello cabe preguntarse si la función de la clínica jurídica es el desarrollo de conocimientos ligados a un área y tiempo ¿por qué los temas y estudios en Latinoamérica se centran en los mismos del derecho tradicional de corte europeo?

Nuevos retos en la enseñanza clínica del derecho

El camino recorrido hasta llegar al momento en el que nos encontramos no ha sido sencillo. La enseñanza clínica ha debido enfrentarse a problemas tales como la ausencia de recursos suficientes y la escasez de profesores con la formación y la disposición necesarias. En este sentido, es necesario, como subraya el profesor Abramovich (2007), repensar la enseñanza del derecho en América Latina con el fin de dotar a los abogados de las herramientas necesarias para hacer frente a los problemas propios de la región. Y lo anterior implica enfrentar una serie de retos: es necesario aumentar el acceso a medios de comunicación que divulguen el impacto de la experiencia clínica. Urge avanzar en la interdisciplinariedad y crear vínculos de trabajo con organizaciones sociales y ciudadanas. Es necesario también reconceptualizar el interés público como guía teórica para la selección de casos. Finalmente, y no menos importante, se deben implementar acciones pedagógicas comunitarias que logren impactar en la comunidad (Londoño, 2003, citado por Correa, 2010). Por ello, es necesario preguntarnos: ¿hasta qué punto la enseñanza tradicional del derecho está atendiendo a las problemáticas actuales? ¿Hasta qué punto estamos dotando a los futuros abogados de las herramientas necesarias para hacer frente a las problemáticas puntuales del país y de la región en la que viven? ¿Qué concepción del derecho debemos enseñar? Si la idea de derecho cambia en la medida que incorpora reflexiones morales y políticas, fundamentalmente, se debe buscar el método que mejor se adapte a la enseñanza de esa nueva realidad; enfrentando a la teoría, ayudada del adecuado ejercicio práctico, a las nuevas necesidades sociales. Porque, no olvidemos, que la enseñanza clínica del derecho busca transformar la sociedad en la que vivimos, y son muchas las experiencias que así lo atestiguan. Asegurando, así, que la nueva generación de abogados esté lo suficientemente comprometida con el cambio social, porque este es el sino de las clínicas jurídicas.

Por otra parte, la educación clínica debe además atender a las exigencias del modelo educativo actual, entendiéndose, sobre todo, como una oportunidad de aprendizaje. Como un espacio propicio, no solo para la enseñanza del derecho, sino para la discusión, el cuestionamiento continuo, la argumentación, la reflexión, la crítica, y la búsqueda de una justicia social que permita paliar las desigualdades económicas, sociales y políticas de nuestro entorno. Y es allí, precisamente, hacia donde han evolucionado las clínicas jurídicas por medio del acceso de los menos favorecidos a la administración de justicia

(González, 2007). Ahora bien, la enseñanza clínica es más que un cambio, necesario si se quiere, de método. Como apuntaba el profesor Witker (2007), estamos hablando de un cambio en la concepción misma del proceso de enseñanza-aprendizaje, de los roles que juegan maestros y alumnos, así como de la responsabilidad de las universidades como centros de formación. Un cambio de paradigma que debe posibilitar acercarse a escenarios reales donde los abogados en formación no solo sean capaces de aplicar los conocimientos adquiridos en su carrera solucionando casos reales, sino que sean capaces también de tomar conciencia de la proyección social de su profesión y de su responsabilidad con la sociedad de la que forman parte. Como bien ha captado Torres Villarreal (2013, p. 711), estamos hablando entonces de promover otro tipo de esquema o modelo de enseñanza-aprendizaje que integre el aprendizaje teórico, las destrezas de análisis, la oratoria y la retórica propias del abogado para lograr un adecuado manejo de situaciones jurídicas que exigen no solo reflexionar sobre las herramientas jurídicas, sino también sobre la responsabilidad social y ética del abogado. De lo anterior se puede inferir que las clínicas tienen una doble misión: educar al estudiante y proveer servicios legales, permitiendo un ejercicio socialmente responsable de la profesión y aportando al cambio social (Álvarez, 2007, p. 236).

No sé si hay un consenso acerca de cuál es el objetivo de la enseñanza clínica, pero parece claro que el método clínico de enseñanza del derecho, como lo señala el profesor Molina (citado por Torres Villarreal, 2013, p. 713), constituye un elemento articulador de primer orden de la pedagogía, la práctica, la investigación y la responsabilidad social de los futuros abogados. Es así como, por medio del ejercicio clínico, se fomenta también el uso de las herramientas creadas para la defensa de los derechos humanos, fortaleciendo su conocimiento por parte de los estudiantes y el empoderamiento de las comunidades en la defensa de sus propios derechos. Por no hablar del carácter pedagógico y social de la educación legal clínica, pues no solo contribuye a un cambio en la forma de enseñar derecho, sino a la transformación de la realidad social en la que vivimos, tal y como mencionábamos antes. El trabajo clínico ha evolucionado mucho en Latinoamérica en los últimos años. Dejando a un lado la tensión continua entre los fines de las clínicas jurídicas, como función pedagógica u oferta de servicios legales a la comunidad (Courtis, 2007), existen una serie de retos, como los que se mencionaban antes, sobre los cuales convendría fijar determinadas líneas de acción. Pero, más allá de enumerarlos, es de vital importancia que el trabajo clínico involucre diferentes disciplinas, pues

los casos no se agotan en el derecho. En este sentido, es importante subrayar la necesidad de que las clínicas no se dediquen exclusivamente a labores jurídicas si en verdad se quiere apostar por la formación integral del abogado que sea capaz de responder a los retos de una época cambiante como la nuestra.

Conclusiones

De todo lo anterior se infieren varias cosas en forma de retos y posibilidades nuevas de exploración. Si se quiere afrontar la vida profesional de una forma más rica y con mayores potencialidades de transformar la realidad en la que vivimos, es necesario que los nuevos abogados desarrollen sólidas destrezas legales adquiridas a través de la práctica, que sean diestros en la aplicación de la metodología de investigación jurídica a su quehacer diario y que a través de una sólida formación en valores democráticos y derechos humanos adquieran un fuerte compromiso social con su realidad.

Nuestra apuesta en este sentido es clara: si queremos impactar de alguna forma en nuestras comunidades, amerita un cambio de estrategia que permita fortalecer competencias analíticas, comprensivas y propositivas en el estudiante que la enseñanza tradicional del derecho no está garantizando. Ahora bien, como señala Estrada (2015, p. 56), la enseñanza clínica no es solo una estrategia. Es mucho más: es un medio especialmente propicio para superar las fracturas epistemológicas en la medida en que la solución a un problema social llega de manos no solo de todos los rincones del universo teórico, sino también del correspondiente ejercicio práctico.

No sabemos si en verdad se puede hablar de la enseñanza clínica del derecho como una propuesta revolucionaria, pero lo que parece claro, es que aporta una serie de valores agregados que la diferencian claramente de las prácticas preprofesionales de los estudiantes de derecho. Estamos hablando de formación en valores constitucionales y democráticos y de la formación en la metodología de investigación jurídica (Alfaro, 2010). Lejos de abogados operadores del derecho, lo que se busca es abogados convertidos en actores principales del cambio social. Algo que solo puede conseguirse con una formación orientada al espíritu crítico y con una clara vocación por el cambio social.

Lo anterior cobra, además, una especial significación a la luz de los efectos de la globalización que hace que cada vez sea más necesario la formación de ciudadanos en este nuevo contexto. Unos ciudadanos que tengan espíritu crítico y comprometidos con transformar la realidad social que le toca vivir. Por ello, a lo largo de este texto hemos analizado la pertinencia de los métodos que se están empleando en la enseñanza-aprendizaje del derecho, llegando a la conclusión de que la enseñanza clínica del derecho, en cuanto experiencia que articula teoría y práctica, se presenta como la mejor opción para dar respuesta eficaz a las demandas sociales. Complementando así la formación estrictamente dogmática que encontramos en las aulas y unos modelos educativos que han transitado desde el tradicional al humanista, pasando por el conductista y constructivista, con aportes poco significativos.

Creemos que el éxito de la educación clínica del derecho radica en centrar la enseñanza en el estudiante y en desarrollar en él determinadas competencias genéricas y específicas, como hemos visto, más allá de que se presenta como un modelo pedagógico congruente con la ciencia jurídica. Sin embargo, el desarrollo de este enfoque requiere todavía en la actualidad mucho esfuerzo por parte de las instituciones de educación superior, tanto en términos materiales como personales.

Referencias

- Abramovich, V. (2007). La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática. En M. Villarreal *et al.* (Eds.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados* (pp. 91-121). Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Alfaro, O. (2010). Prólogo. En C. Correa *et al.*, *La enseñanza clínica del derecho* (pp. 7-13). Fundación Luis Amigó y Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO de Cartagena.
- Álvarez, A. (2007). La educación clínica. Hacia la transformación de la enseñanza del derecho. En M. Villarreal y otro (Eds.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. Instituto Tecnológico Autónomo de México.

- Arizmendi, A. y Saa, B., (2018). La evaluación docente en Colombia. *Revista Educación, Política y Sociedad*, 32(2), 60-75.
- Barrera-Osorio, F., Maldonado, D. y Rodríguez, C. (2012). *Calidad de la educación básica y media en Colombia: diagnóstico y propuestas*. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10907>
- Bonal, X. (2009). La educación en tiempos de globalización: ¿quién se beneficia? *Educação & Sociedade*, 30(108), 653-671.
- Bonal, X. (2002). Globalización y política educativa: un análisis crítico de la agenda del Banco Mundial para América Latina. *Revista Mexicana de Sociología*, 64(3). DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/3541389>.
- Bonachía, J.A. y Martín Cea, J.C. (2008). Conversación con Julián Casanova: sobre la historia, los historiadores y la universidad. *Edad Media. Rev. Historia*, 9, 35-57.
- Campari, S. (2005). Enseñar derecho pensando en el profesional del siglo XXI. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/05/ensenar-derecho-pensando-en-el-profesional-del-siglo-xxi.pdf
- Castro, E. (2006). La enseñanza clínica: un paso hacia la calidad. *Opinión Jurídica*, 5(9), 177-186.
- Comellas, P. (2015). Reflexión de la enseñanza-aprendizaje del derecho en el siglo XXI y el modelo basado en competencias. *Novum Jus*, 9(1), 81-102.
- Correa, L. (2010). La enseñanza clínica del derecho, retos actuales de las facultades de derecho. En Correa *et al.*, (eds.), *La enseñanza clínica del derecho*. Fundación Luis Amigó y Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO de Cartagena, 13-19.
- Cortina, A. (1997). *Ciudadanos del mundo. Hacia una tercera ciudadanía*. Alianza.
- Courtis, C. (2007). La educación clínica como práctica transformadora. En M. Villarreal y C. Courtis (eds.), *Enseñanza clínica del derecho. Una al-*

ternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.

- Cuervo, E. (2016). Currículum y poscolonialidad del saber: resistencias a la proscripción curricular. En *Borremos el tablero: otra educación está en camino* (pp. 87-109). Corporación Confiar y otras.
- Estrada, S. (2015). De las aulas a la calle: un paso más de la racionalidad teórica hacia la racionalidad práctica. Aportes y retos de la clínica jurídica a la enseñanza de la teoría general del derecho. *Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA*, 1(1), 47-68.
- Fergusson, A.M. (2010). La enseñanza del derecho en Colombia. En C. Correa et al. (eds.), *La enseñanza clínica del derecho* (pp. 21-50). Fundación Luis Amigó y Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO de Cartagena.
- Frank, J. (2007). Una defensa de las escuelas de abogado. En M. Villarreal y C. Courtis (eds.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Frank, J. N. (1933). Why Not a Clinical Lawyer-School? http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4109
- González, F. (2007). El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina. En M. Villarreal et al. (eds.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados* (175-224). Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Londoño-Toro, B. (2015). *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*. Universidad del Rosario.
- Manso, J. y Monarca, H. (2016). Concepciones e implicaciones de la OCDE y la Unión Europea sobre el desarrollo profesional docente. *Journal of Supranational Policies of Education*, 5, 137-155.

- Melendro, M. (2005). La globalización de la educación. *Teoría de la Educación de la Universidad de Salamanca*, 17, 185-208.
- Molina, C. A. (2010). Fundamentos de la enseñanza clínica del derecho. En Correa *et al.* (eds.), *La enseñanza clínica del derecho* (73-98). Fundación Luis Amigó y Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO de Cartagena, 73-98.
- Montaña, C. (2016), *Desafíos de la educación superior colombiana frente a las expectativas de mercado y la internacionalización*. Bogotá.
- Ortiz, F. y Montoya, J. (2015). Transformación de la evaluación estandarizada en Colombia. Una ruta para promover el pensamiento crítico. En H. Monarca (coord.), *Evaluaciones externas: mecanismos para la configuración de representaciones y prácticas en educación*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 107-128.
- Reisman, M. (1999). El diseño del plan de estudios para que la enseñanza del derecho continúe siendo efectiva y relevante en el siglo XXI. En M. Böhrmer (compilador). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Gedisa.
- Revista Dinero. Educación. (2017). ¿Por qué enfrentamos una tasa tan alta de deserción en la educación superior? <https://www.dinero.com/pais/articulo/desercion-y-abandono-de-la-educacion-universitaria-en-colombia/247068>
- Risso, M. (2018). *La enseñanza del derecho vista desde el aula*. Colección de estudios de Derecho y Ciencias Sociales.
- Robinson, K. (2015). *Escuelas creativas*. Grijalbo.
- Semana Educativa. (2018). ¿Cómo ve la OCDE la educación en Colombia? <https://www.semana.com/educacion/articulo/que-dice-la-ocde-sobre-la-educacion-en-colombia/575903/>
- Silva, T. (1995). *Escuela conocimiento y currículum*. Buenos Aires: Miño y Dávila.

Steiner, G. (2004). *Lecciones de los maestros*. Siruela.

Torres, J. (2007). Las culturas negadas y silenciadas en el currículum. *Cuadernos de Pedagogía*, (217), 60-67.

Torres Villarreal, M. (2013). La enseñanza clínica del derecho: una forma de educación para el cambio social. La experiencia del grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43, 117, 711.

Zuleta, E. (2004). *Educación y Democracia*. Fundación Estanislao Zuleta.

Witker, J. (2007). La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 5(10). 181-207.

Capítulo 4

Interculturalidad y enseñanza clínica del derecho. De la formación legal tradicional a la educación patrimonial¹

Estefanía López Salazar², Daniel Gracia Armisén³

Resumen

La enseñanza clínica del derecho es una metodología crítica que permite relacionar teoría y praxis para fortalecer el impacto de la academia sobre su entorno y educar desde el hacer, buscando fortalecer la función social del derecho. Las clínicas jurídicas son espacios direccionados a la intervención comunitaria de necesidades que afectan a los colectivos. Es por ello que, las líneas que guían el actuar de la clínica determinan su norte y su plan de intervención. Así las cosas, la clínica jurídica de la Corporación Universitaria Americana se fundamenta en los postulados de las epistemologías del sur para proyectar acciones tendientes a reivindicar las ausencias y los saberes invisibilizados por los conocimientos y prácticas hegemónicas; para llevarlo a cabo, una de sus líneas es la de *patrimonio cultural*, enmarcada en la intervención litigiosa e investigativa, teniendo como norte la interculturalidad mediante el afianzamiento de la educación patrimonial y la demodiversidad.

Palabras clave: interculturalidad, enseñanza clínica del derecho, demodiversidad, patrimonio cultural.

1 Capítulo de libro derivado del proyecto de investigación *La enseñanza clínica: aportes desde una visión crítica latinoamericana a la construcción social del derecho* de la Corporación Universitaria Americana

2 Abogada, magíster en Escrituras Creativas. Directora de la Clínica Jurídica de la Corporación Universitaria Americana. Correo: llopez@americana.edu.co

3 Licenciado en Filosofía y Ciencias Sociales, doctorando en Historia. Docente Universidad de Antioquia y de la Corporación Universitaria Americana. Correo: 2013iush@gmail.com

Introducción

El capítulo que se desarrolla a continuación es resultado del proyecto de investigación titulado *La enseñanza clínica: aportes desde una visión crítica latinoamericana a la construcción social del derecho* de la Corporación Universitaria Americana. El mismo, contempló como objetivo general el de analizar los planteamientos teórico-prácticos de la enseñanza clínica que permitan la construcción social del derecho desde lectura crítica latinoamericana. En este sentido, el actual proyecto surgió con la intención de propiciar escenarios diversos de educación en derecho, para lo cual se acudió a la enseñanza clínica como plataforma para incentivar los estudios en patrimonio cultural y, desde un punto de vista más amplio, para generar una reflexión sobre la necesidad de la educación intercultural y la educación patrimonial.

En el resultado que se desarrolla a continuación se ahondará en unas *reflexiones preliminares* referidas a las apropiaciones conceptuales necesarias para poder llevar el tema de análisis hasta el concepto de la demodiversidad y poder desarrollar la imbricación entre enseñanza clínica del derecho y educación patrimonial. En el aparte denominado *interculturalidad y educación jurídica* se desarrollarán los conceptos de patrimonio cultural, patrimonio cultural inmaterial, el de visión no eurocéntrica del patrimonio y las relaciones y diferencias entre multiculturalismo e interculturalidad. Luego de lo cual, se expondrá lo referido a la *demodiversidad latinoamericana* y la necesidad de unos procesos de enseñanza – aprendizaje de corte intercultural. Finalmente se analizará lo concerniente a la enseñanza clínica del derecho y sus implicaciones en materia de educación patrimonial y patrimonio cultural en donde se centrará la explicación en los resultados encontrados, los cuales, a la luz de la interpretación de los investigadores, son reveladores frente a las demandas actuales de una educación intercultural, la cual puede ser materializada a través de procesos de demodiversidad, aplicables mediante modelos de enseñanza - aprendizaje disruptivos, como es el caso de la enseñanza clínica derecho.

Metodología

Para desarrollar la presente investigación se acudió a dos autores fundamentales para el soporte epistemológico del mismo, los cuales fueron Jürgen

Habermas y Boaventura de Sousa Santos. Esta investigación se realizó mediante un estudio textual, de corte histórico hermenéutico, con base en los señalamientos de Jürgen Habermas, en relación con el texto conocimiento e interés. Es decir, los investigadores inmersos en el proceso comprenden que los intereses que guían el conocimiento son preponderantes a la hora de elegir el método y, por ello, se asumió como directriz el interés práctico que arroja el camino del método histórico hermenéutico. (Habermas, 1982).

Ahora bien, aunque se aceptó que la diferencia entre los métodos científicos es un desarrollo crítico aplicable en la contemporaneidad, se realizó una focalización espacial debido a las particulares circunstancias de los países latinoamericanos, que hacen que las investigaciones de sus sociedades y procesos educativos deban estar afianzados a sus propias dinámicas. En vista de lo anterior, acompañamos el componente crítico con su visión latinoamericana; esto es, las epistemologías del sur. Desde este ámbito de conocimiento se acudió a las directrices fijadas por Boaventura de Sousa Santos en lo referente a la necesidad de propiciar acciones emancipatorias a partir de la visibilización de las lógicas monoculturales, (Quijano, 2014) lo cual deriva en la necesidad de centralizar el rastreo documental en estudios latinoamericanos y referenciar procesos culturales que tradicionalmente han sido invisibilizados. (Estermann, 2014). Asimismo, pensar el derecho y su sistema educativo desde las Epistemologías Del Sur supone un análisis que contraste los contenidos tradicionales del derecho, los sujetos llamados a su profesionalización, la relación profesional – sociedad, y arroja la necesidad de incluir factores interdisciplinarios en la investigación jurídica que reviertan la mirada reduccionista de la práctica jurídica.

En este sentido, frente al paradigma de la educación, se concretó el análisis en las corrientes constructivistas y que tienen como desarrollo el problema de la complejidad. Por lo cual, se acudió a las exposiciones de Edgar Morín, en materia de pensamiento complejo; y se realizó un rastreo de información sobre las áreas de estudio señaladas, con la finalidad de sustentar la necesidad de estudios interculturales desde la práctica del derecho y de la doble dimensión de la educación patrimonial como proceso emancipatorio y como movilizador de otros desarrollos teórico prácticos del derecho latinoamericano a la luz de del conocimiento de sus historias y de sus transformaciones.

Desarrollo

Reflexiones preliminares

Este proyecto se enfocó en tres categorías de análisis, a saber: enseñanza clínica del derecho, educación patrimonial e interculturalidad. Estos enfoques de análisis surgen de conflictos actuales en la profesión jurídica como el anquilosamiento de algunas de sus normas e instituciones, la paulatina deslegitimación de sus autoridades, el descrédito en ascenso de la profesión jurídica y las demandas sociales de grupos emergentes que exigen unos procesos democráticos amparados en una real praxis social, es decir, en las necesidades reales de una colectividad amalgamada que ha estado históricamente minimizada por las lógicas del poder inscritas en la racionalidad moderna; una racionalidad segregacionista que jerarquizó las clases, los recursos y los conocimientos.

A causa de estas demandas, la época contemporánea se ha visto movilizada por una serie de políticas públicas surgidas de estos movimientos de acción emancipatoria que han obligado a la tradicional institución a mirar con otros ojos terminologías como la del patrimonio cultural a las cuales se les restó importancia históricamente. Así pues, el Plan de Desarrollo Cultural de Medellín (PDCM) 2011-2020, planteó entre sus principales objetivos el desarrollo de la interculturalidad y la promoción de estrategias para garantizar el derecho a la diversidad y salvaguardar a los grupos minoritarios de fenómenos de exclusión y discriminación. En 2011 planteaba la multiplicidad de grupos poblacionales en la ciudad y los relacionaba por situación étnica, preferencias sexuales y condiciones particularizantes, así, señalaba que en el territorio de la ciudad coincidían afrocolombianos, indígenas, personas de la comunidad LGTBI y sujetos en situación de discapacidad, al igual que sujetos con requerimientos especiales de reconocimiento como los menores de edad y adultos mayores (PDCM, 2011). Desde ese entonces, se planteó la directriz de una ciudadanía articulada desde la búsqueda del patrimonio cultural mediante la reivindicación de las particularidades de cada cultura, reconociendo la necesidad de inclusión en participación política y la consolidación de mecanismos jurídicos que permitieran fortalecer un espacio sin vulneraciones a los derechos humanos de las personas.

A la fecha, a más de estos grupos poblacionales, la ciudad de Medellín ha recibido un gran flujo migratorio de Venezuela, lo que ha incrementado la

importancia de repensar lo cultural, lo patrimonial y la enseñanza del derecho, es decir, la forma en que se legisla, se juzga y se contemplan alternativas para una población tan diversa. Se trata, en consecuencia, de realizar estudios y emprender acciones que tiendan a consolidar, en palabras de Boaventura de Sousa Santos (2007), una *demodiversidad* en la que actores académicos y políticos entiendan el deber de formar en la interculturalidad y de propiciar colectivos de reflexión e intervención en garantía de los saberes locales, dando visibilidad a los grupos minoritarios para combatir las ausencias tradicionales que ha impuesto la praxis social en Occidente mediante un paradigma hegemónico universalizante.

Interculturalidad y educación jurídica

Las diversas concepciones sobre el término cultura han dado nacimiento a tesis funcionalistas, objetivistas y a las más recientes corrientes que ahondan en la estrecha relación entre derechos culturales, derechos humanos y políticas públicas, como herramientas de conservación y control en un mundo global. Hay que decir, pues, que hoy el concepto “cultura” se afianza al ámbito local y regional, mediante la protección de lo micro en un mundo que tiende a la universalización, y por tal a la homogeneización, de las particularidades humanas.

En la actualidad, entendemos que no existe una única cultura universal, sino que en cambio existen *las culturas*, y que lo hacen “gracias a los individuos, dado que son estos los ‘portadores’ de las mismas. (...) cada individuo participa en su recreación, en su transformación, a medida que se desarrolla su experiencia” (García y Figueroa, 2007, p.18). En consecuencia, las culturas se constituyen en productos vivos portados por los individuos que integran el todo, conservan, practican y mantienen, los usos y objetos culturales que constituyen el patrimonio cultural. Dicha noción de patrimonio cultural ha sido evaluada desde su doble condición de material e inmaterial ya que la lógica del paradigma eurocéntrico impuso una racionalidad según la cual el patrimonio cultural se asimilaba con los bienes tangibles históricos y a partir de la historia arquitectónica y museística de Europa, fijó una invisibilización general frente a los patrimonios culturales americanos arrojando una lógica simbólica que excluye la riqueza cultural de los pueblos que sufrieron la imposición de la colonia y la esclavización.

Bajo esta órbita, la noción de patrimonio cultural se ha reactualizado, “en contraste con este enfoque “museístico”, en las últimas décadas el PC se incorpora al mercado global como parte de la dinámica de la sociedad posmoderna, a la vez que se comienza a plantear su uso como una herramienta para el desarrollo sostenible de las comunidades locales” (García, 2007, p. 675). Es decir, que se reconoce el papel de las historias locales en la consolidación de unos bienes intangibles que representan identidad con el territorio y con la cultura. Para Rodríguez (2017), quien cita a Mosonyi (2012), hablar hoy de patrimonio cultural, reflexionarlo, implica: “desmontar el discurso eurocentrista que ha permanecido sobre estos pueblos, llamar la atención sobre valores y aportes a nuestra sociedad en contra de la ignorancia que se tiene en cuanto a su cultura, modos de vida y vestimenta” (p.131). Se trata de entender que las culturas coexisten en un mismo territorio y que de la comunicación entre las mismas derivan procesos de gran importancia. En conclusión, que la cultura se constituye a partir de redes simbólicas interculturales permitiendo el intercambio de saberes y el reconocimiento entre las diversas prácticas cognitivas:

La interculturalidad nos interpela a no caer en la trampa identitaria, y a no perder la narrativa de la identidad propia, reubicándola y recontextualizándola espacial y temporalmente, con la obligación de interpretarla, argumentando y reconstruyendo valores y normas “pluri-universales”, porque todas las culturas generan sus universos de sentido propio. Esto determina la imposibilidad teórica de subsumir por completo al otro en “mi” sistema de interpretación, surgiendo así el imperativo ético (para la acción política, la filosofía y el conocimiento en general), de no poder prescindir de los “lugares” en que se forjan las racionalidades. Este enfoque del reconocimiento significa una relación nueva entre el *sí mismo* y el *otro*, mismos que pueden cambiar las relaciones asimétricas actuales para trascender en el marco de un nuevo diálogo intercultural (Faundes, 2017, p. 317).

Al entender que el patrimonio cultural de los pueblos debe escapar de las lógicas eurocéntricas, se puede acudir a dar preponderancia a lo autóctono y a aquellas manifestaciones que subyacen a la amalgama ineludible de los procesos de colonia y mestizaje. Esto, implica reconocer el inmenso valor de lo

latinoamericano como constructo de una diversidad cultural innegable. Así, la reivindicación del patrimonio cultural inmaterial no partirá de la intención reduccionista de “recuperar las raíces” mediante procesos de limpieza imposibles, sino en reconstruir las prácticas ancestrales y comprender su fusión con las prácticas de los pueblos colonizadores y de aquellos que llegaron a América bajo circunstancias de esclavización, para reconocer la riqueza cultural del presente y el valor de los rasgos intangibles del patrimonio. Ahora bien, comprender la importancia del patrimonio cultural inmaterial no les compete solo a los estudios culturales o a la sociología; muy por el contrario, el derecho está implicado en su reconocimiento y sus instituciones y normas están atravesadas por la visión social de estos patrimonios y por las exigencias reivindicatorias de los colectivos. López y Valentín (2011) aseguran que:

El derecho provoca una acción positiva de protección y fomento de la cultura procurando las condiciones más idóneas para su desarrollo y difusión. Con ello se pretende que el disfrute de la cultura no sea solo un medio de desarrollo de la personalidad del ciudadano, sino también una fórmula de cohesión social y de integración con el fin de asegurar y propiciar el intercambio y el diálogo (López y Valentín, 2011).

Es justamente ese diálogo entre culturas, la interculturalidad, una acción comunicativa que permitirá la convivencia y pervivencia de las diversas prácticas culturales y, por tal, se perfila como la fórmula fundamental para controlar la necesaria convivencia. Así también lo aseguran López y Valentín (2011) cuando aducen que “el derecho garantiza los principios y valores superiores, como por ejemplo, la autonomía de la cultura, el pluralismo, la diversidad, la descentralización, etc., que posibilitan un desarrollo social democrático” (López y Valentín, 2011).

La Unesco ha privilegiado el derecho a la diversidad cultural dando cuenta del alcance sociojurídico de la cultura y de la necesidad de la interculturalidad para un real encuentro dialógico entre los sujetos de una comunidad, buscando erradicar acciones instrumentales, prácticas de segregación y discriminación, así como nuevos brotes de nacionalismos que busquen universalizar una determinada cultura subvalorando otras:

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos (Unesco, 2002).

Hay que decir entonces que la cultura conforma el patrimonio cultural de una determinada comunidad y que ese patrimonio tiene relevancia material e inmaterial y debe coexistir con otras prácticas culturales. La importancia de teorizar el patrimonio cultural y fomentar la interculturalidad tiene su nacimiento en el riesgo de estandarización cultural en el que se pierdan las prácticas y elementos estructurantes de las culturas locales o regionales, debido a la sustitución de patrones homogeneizantes: “Por ello supone un serio peligro de regresión de culturas nacionales, regionales o locales “aplastadas”, por esa cultura “universal”, potenciada por esos poderes públicos en muchos casos” (López, 1999, 24). Justamente, la defensa de los patrimonios culturales se entiende como un imperativo ético debido a la intención universalizante de los sistemas tecnocráticos, en los cuales, desde una lógica positiva se arrasa con la diversidad, situando la existencia en una escala jerárquica que desnaturaliza lo diferente. Es por ello, que en términos de Fascioli (2013), quien cita a Habermas, el hecho de que las sociedades modernas presenten un mayor proceso de industrialización con el consecuente supuesto de progreso, no implica que haya una mayor evolución de los derechos culturales sino, por el contrario, que la lógica tecnocrática está en pugna constante con la diversidad pues su interés de dominación se ve alimentado cuando logra homogeneizar los individuos y las culturas, buscando como *telos* un escenario social del pensamiento equivalente (Fascioli, 2013, p. 46).

Las lógicas que pugnan por la homogeneización están amparadas en la necesidad de poder, utilizando como medio de dominación una estrategia simbólica unidireccional que se reproduce mediante los *mass media* y el pensamiento productivo masificado. Se trata de una filosofía inscrita en los modos de vida del capitalismo que sitúa el poder económico como bien supremo, relega los demás bienes de la interrelación humana y genera una segunda naturaleza transaccional en las comunicaciones sociales (Honneth, 2007). Bajo estas lógicas:

Medios como el dinero y el poder establecen conexiones empíricamente motivadas, codifican un trato racional utilitario con magnitudes calculables de valor y posibilitan una generalizada influencia estratégica sobre las decisiones de otros partícipes de la interacción, dejando de lado procesos lingüísticos generadores de consenso (Fascioli, 2013, p. 46).

Esta tensión que produce la racionalidad instrumental, instalada en los actuales modos de producción y de vida, desarrolla la denominada: “*racionalización económico-burocrática de los fenómenos sociales*, que consiste en una extensión general de la razón instrumental, de la lógica del dominio y la cosificación” (Fascioli, 2013, p.53), que implica una percepción de la cultura como universal a partir de un control social que “ha sido asumido por una economía monetarizada y una administración pública regida por la racionalidad burocrática, sin otro fin que el mantenimiento mismo del sistema” (Fascioli, 2013, p.53), bajo este entendido, se hace entonces imperioso remitir a la interculturalidad y a la educación jurídica.

Demodiversidad latinoamericana

Fernando Mayorga (2016) en el texto *América Latina: la democracia en la encrucijada*, asegura que “en los años noventa, la mayoría de los países andinos incorporaron instituciones de democracia participativa en sus constituciones políticas y reconocieron el carácter multicultural y pluriétnico de sus sociedades” (p. 86), estos reconocimientos obedecen a transformaciones graduales y al empoderamiento local de sus propias historias que demarcó una mirada diferente al tradicional paradigma eurocéntrico. El derecho empezó a dar muestras del vínculo entre la teoría y el contexto del que deviene, y al que sirve, y se empezó a reconocer la riqueza que implica la diversidad; es decir, a dejar de lado el paradigma de la pigmentocracia y de la lógica de la clasificación social que se impuso como verdad simbólica desde la colonia.

También Mayorga (2016) asegura que en el inicio del siglo XXI hubo reformas sustanciales en algunos países latinoamericanos que permitieron hablar de sociedades plurinacionales que ponen hoy en debate las relaciones entre democracia e interculturalidad (Trotta, 2016). Según Mayorga (2016) un término importante dentro de estos estudios derecho-cultura es el de *demodiver-*

sidad acuñado por Boaventura de Sousa Santos, con lo cual se alude a que la institución jurídica y los estamentos políticos “deben adaptarse a las prácticas heterogéneas de los sujetos que conforman los Estados latinoamericanos actuales en donde existen nuevas demandas y necesidades” (Mayorga, 2016, p. 86). Sin embargo, aun cuando paulatinamente se vienen visibilizando estas necesidades de la realidad social, el derecho desde las aulas sigue manteniendo estudios que tienden a un carácter tradicional de sus contenidos y métodos de enseñanza–aprendizaje. Así, la educación jurídica incluye en pocas asignaturas o en contenidos de pocos créditos, estudios de fundamentación y análisis de esta demodiversidad y, en cambio, asigna mayor importancia a los estudios tradicionales que están soportados en instituciones jurídicas eurocéntricas o en lógicas decimonónicas que se alejan de esos pedidos de las colectividades emergentes.

Ante esta perspectiva, la ciencia jurídica debe reformularse mediante otros contenidos, unos que tengan mayor concordancia con su evolución histórica y espacial; uno que fusione los contenidos de la tradición jurídica romano-germánica que le han servido de base, pero que también incluya sus propias reflexiones a partir de la praxis real de los sujetos latinoamericanas y, por tanto, de las demandas jurídicas de su colectividad. Para esta reformulación jurídica, será necesario empezar por lo contenidos y los métodos de enseñanza del derecho que se emplean en las universidades. Se trata pues, de incentivar nuevas investigaciones y métodos de enseñanza-aprendizaje que incluyan la construcción compleja de las ciudadanías del presente. En este sentido, Edgar Morín (2004) afirma que:

El proceso de enseñanza-aprendizaje de naturaleza intercultural debe basarse en la construcción de actitudes que promuevan los valores y el encuentro entre las culturas, implicando a los estudiantes en la apertura, la empatía, el reconocimiento, que les permitan entender las formas de reaccionar y de actuar de las culturas presentes en su entorno (p. 32).

La educación tradicional, en relación con sus métodos de enseñanza y a los contenidos impartidos, ha transmitido un conocimiento hegemónico que poco ha tenido que ver con las realidades latinoamericanas y que ha solidificado la brecha vertical de conocimiento entre estudiantes y profesores. Una educación jurídica que se centre en la interculturalidad tendrá que partir de

métodos de enseñanza revolucionarios que descrean del papel histórico que han tenido docentes y estudiantes, y del estereotipo del abogado corporativo (que solo perpetúa la idea de un sujeto superior jerárquicamente por asimilación al deber ser, impuesto por la monocultura capitalista); restituyendo la ética, el conocimiento, y la función social de la profesión jurídica en un mundo cambiante, y diverso.

Enseñanza clínica del derecho y sus implicaciones en materia de educación patrimonial y patrimonio cultural

La pregunta por una enseñanza diferente del derecho impone un reto de análisis pedagógico, el cual implica procesos de aprendizaje críticos, en los que los estudiantes no se consideren como depositarios del conocimiento, sino como creadores de este y los docentes adquieran el carácter de guías y no de superiores jerárquicos. Asimismo, implica la unión de la brecha existente entre teoría y práctica jurídica, de manera que se conozcan las demandas comunitarias en el momento en que evolucionan los aprendizajes meramente académicos. En esta órbita, la enseñanza clínica del derecho resulta propicia, ya que se consolida como una metodología que vincula teoría y praxis, que rompe con la relación vertical entre docente y estudiante y contribuye al aprendizaje de la ciencia jurídica desde el hacer, desde el reconocimiento de las diversidades y da cuenta del papel de la universidad como transformadora de su entorno.

Este tipo de enseñanza se deriva de la adaptación de las prácticas de la medicina al terreno jurídico y tuvo origen en la primera mitad del siglo XX en Europa y Estado Unidos. Aun cuando su nacimiento es foráneo se ha practicado satisfactoriamente en las universidades latinoamericanas en los últimos años, y esto se debe a su lógica de *aprender haciendo* no implica importar una metodología sino enfrentar al estudiante a procesos autorregulativos del conocimiento que están atravesados por su acercamiento a la sociedad en la que vive. Esta metodología se pone en práctica mediante el instrumento de las clínicas jurídicas, espacios de intervención equitativa entre estudiantes y profesores enfocados en la solución de problemas de interés público es decir, de problemas que interesen a las colectividades. De manera que, aunque las clínicas jurídicas se enuncian como un desarrollo propio de países del norte, las formas educativas son propicias para romper con la concepción tradicional

del profesional jurídico y permiten atravesar el límite entre academia y realidad uniendo las culturas, las sociedades, con los desarrollos del pensamiento académico. Se trata de espacios de pensamiento crítico y serán las líneas de trabajo de las clínicas jurídicas las que permitirán ahondar en problemas propios de cada región.

En el año 2018 se dio inicio al proyecto *Clínica jurídica de interés público* y epistemología crítica de la Corporación Universitaria Americana, enfocado en la enseñanza del derecho desde la interculturalidad, propiciando el reconocimiento y el resguardo colectivo de las nuevas necesidades del entorno. La clínica jurídica de la Corporación Universitaria Americana optó por consolidarse metodológicamente a partir de los presupuestos de las epistemologías del sur, determinando que sus líneas de análisis coincidieran con un impacto eficiente en su sector de formación: el centro de Medellín, y que estuvieran determinadas por una visión plural y no hegemónica del derecho y de la cultura. Es por ello que una de las líneas de estudio e intervención es la de *patrimonio cultural* la cual está demarcada por el criterio de la demodiversidad. Ahora bien, para la formalización de la línea de *patrimonio cultural* de la clínica jurídica de la Corporación Universitaria Americana, se tuvo en cuenta una visión ligada a la fundamentación de la educación patrimonial, la cual reflexiona el patrimonio cultural como ligado a los derechos humanos y como espacio de emancipación social en lo relativo a las prácticas de poder asimétricas que ha vivido Latinoamérica.

En consonancia con lo anterior, se puede afirmar que la educación patrimonial supone ir un paso más allá del reconocimiento de la demodiversidad, ya que la educación patrimonial tiene una intención emancipatoria, esto es, que mediante el reconocimiento del poder político de la diversidad y de la necesidad de reivindicar los patrimonios culturales latinoamericanos los estudiantes desarrollarán un sentido crítico de sus procesos formativos y se educarán como gestores críticos de las prácticas jurídicas. La educación patrimonial se encargará de deliberar sobre la integración de las culturas y analizará la imposición del poder simbólico que determina el canon de lo cultural (Teixeira, 2006). La educación patrimonial, será, en consecuencia “la acción educativa, que tiene por base la cuestión patrimonial, es esencialmente política y se presenta como un fuerte instrumento de ciudadanía e inclusión social” (Teixeira, 2006, p. 134). Es, mediante la educación patrimonial, que se puede dar un viraje a las pedagogías positivas y funcionalistas en las cuales ha esta-

do enmarcado el estudio del derecho. La educación patrimonial fundamenta los estudios de patrimonio cultural ampliando la visión tradicional de este en relación con la relevancia de los objetos y prácticas culturales. La educación patrimonial descrea del canon que ha demarcado como patrimonial solo aquello reconocido como universal, y que invisibiliza lo local y la unión entre saberes ancestrales y prácticas que hasta el momento se han considerado no científicas. Dentro de la educación patrimonial se hace fundamental ligar la democracia con las necesidades del presente, dado que son las distintas cosmovisiones las que articulan la ciudad.

Medellín y, en particular, el centro de la ciudad, son espacios de confluencias, de tránsitos migratorios, de requerimientos comunitarios que demandan reconocimiento y resistencia ante las ausencias que impuso el pensamiento hegemónico y ante el poder universalista de la globalización tecnológica que ahonda las brechas de inequidad y da pie a afectaciones a la dignidad mediante prácticas discriminatorias.

El Plan de Desarrollo Cultural de Medellín 2011-2020, ha contemplado la interculturalidad como pieza fundamental para hablar de intercambios dialógicos que construyen ciudad, reivindicando las prácticas culturales cotidianas que constituyen un patrimonio simbólico. Allí se asegura que “la interculturalidad, por su parte, alude a la relación respetuosa entre culturas, y a que la construcción de ciudadanía se hace en relación con otros diversos” (Alcaldía de Medellín 2011-2020, 2011, p. 79). Afirma que dicha interculturalidad no se refiere, en exclusiva, a una aplicación ética, sino que: “al reconocer la diversidad cultural de la nación, se develan las particularidades culturales de los territorios que la constituyen, lo que implica repensar las maneras de intervenir el territorio” (Alcaldía de Medellín 2011-2020, 2011, p. 80), este documento expone que ante la gran cantidad de comunidades que hoy conforman el territorio: personas en situación de discapacidad, indígenas, afrocolombianos, mestizos, *rom*, niños, jóvenes, adultos, adultos mayores, lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, entre otros, resulta un reto para la ciudad generar reales espacios de participación y de reconocimiento y efectivización de sus derechos. Así, la enseñanza clínica del derecho enfocada en este sentido se constituye en una herramienta para comprometer a la academia y al mundo jurídico con las transformaciones de la ciudad y con los avances de las culturas que constituyen los Estados actuales, con miras a una real inclusión de las necesidades diversas que consolidan la totalidad de la ciudadanía.

Conclusiones

El acercamiento a los conceptos patrimonio cultural inmaterial, interculturalidad y educación patrimonial está estrechamente vinculado con los paradigmas filosóficos y productivos que gobiernan las mentalidades. Con la transformación de los medios de producción, con el imperio del pensamiento globalizado, con la preponderancia inevitable de la tecnología y con el recrudescimiento del capitalismo. Estos hechos, imponen unas demandas sociales a las cuales deben responder las normas y las instituciones educativas que se encargan de formar a los profesionales en derecho.

La universidad tiene la labor de pensar en los contenidos que imparte, en las formas en que se educa y en la responsabilidad que le asiste frente a la brecha, cada mayor, de las desigualdades en el mundo, para el caso que nos ocupa en Latinoamérica. Entonces, es preponderante fundamentar proyectos que permitan reflexionar sobre la ciencia jurídica contextualizada, desde el acercamiento de docentes y estudiantes a las fuerzas vivas del entorno, para que así se pueda incidir, no solo en menguar las problemáticas sociales, sino, también, en la consolidación de otras miradas y propuestas para la construcción de un sistema jurídico acorde a los requerimientos del siglo.

Aun cuando no existe un criterio único acerca de cuál es el objetivo de la enseñanza clínica, sí debe resaltarse su carácter pedagógico y social, pues no solo contribuye a un cambio en la forma de enseñar derecho, sino a la transformación de la realidad. La enseñanza clínica del derecho es un método de enseñanza-aprendizaje propicio para los requerimientos de las sociedades del presente, de los retos que impone la globalización tecnológica y de respuesta a los requerimientos del flujo comunitario que consolida el tejido social. A partir de la educación patrimonial, vertida en procesos de investigación e intervención comunitaria la academia tendrá una representación efectiva para de las necesidades interculturales del presente. Ahondar en materia de patrimonio cultural permite hablar de un derecho distinto, un derecho que logre, mediante herramientas críticas, intervenciones sólidas en los problemas del entorno y asegure la visibilidad y el reconocimiento de las comunidades históricamente invisibilizadas y en riesgo de desaparición a causa de la dominación de un pensamiento global que instaura barreras al acceso efectivo de todos los sujetos de la colectividad.

Referencias

- Alcaldía de Medellín. (2011). *Plan de Desarrollo Cultural de Medellín 2011-2020*. Alcaldía de Medellín.
- Antequera, J. (2011). Memoria histórica como relato emblemático. Consideraciones en medio de la emergencia de políticas de memoria en Colombia. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/1467/AntequeraGuzmanJoseDario2011.pdf;jsessionid=14C9B4097D7B8F-666544BF7258EA3F9C?sequence=1>
- Correa, C. *et al.* (2010). En la ruta de las reformas fundamentales. Homenaje al maestro Edgar Morín desde su Centro de Formación de Formadores en Latinoamérica. <http://cmap.javeriana.edu.co/servlet/SBReadResourceServlet?rid=1LSKTKT0Y-193W9GW-1NZG>
- Estermann, J. (2014). Colonialidad, descolonización e interculturalidad. <http://journals.openedition.org/polis/10164>
- Fascioli, A. (2013). Honneth frente a Habermas: confrontaciones sobre la renovación de la Teoría Crítica. Alcance y aporte del concepto de reconocimiento en la teoría de Axel Honneth. <http://roderic.uv.es/handle/10550/30472>
- Faundes Peñafiel, J. (2017). Honneth y la demanda por el reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Perfiles Latinoamericanos*, 25(49), 303-323. <https://dx.doi.org/10.18504/pl2549-013-2017>
- García Ruiz, J. y Figueroa, F. (2007). Cultura, interculturalidad, transculturalidad: elementos de y para un debate. *Antropología Sociológica*, 9, 15 – 62.
- García Valecillo, Z. (2007). Estrategias educativas para la valoración del patrimonio cultural en la educación básica en Venezuela. *Educere*, 11(39), 673-681. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-49102007000400012&lng=es&tlng=es.
- Habermas, J. (1982). *Conocimiento e interés*. Taurus: Madrid.

- Habermas, J. (1999), *Teoría de la acción comunicativa*. (Volumen 1: Racionalidad de la acción y racionalización social). Taurus.
- Honneth, A. (1997): *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Crítica.
- Hernández, I., Herzog, D. y Martins, M. (2017). La educación y la teoría del reconocimiento: entrevista a Axel Honneth. *Educação & Realidade*, 42(1), 395-406. <https://doi.org/10.1590/2175-623670297>
- López Hurtado, M. y Valentín Ruiz, F. (2011). Derecho y cultura: en torno a una definición y nexos de unión entre ambos conceptos. *Revista Online de Estudiantes de Derecho*, 1.
- López, C. (1999). *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Universidad de Sevilla.
- Morín, E. (2004). *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa.
- Moncayo, V. (2015). *Antología del pensamiento crítico colombiano contemporáneo*. CLACSO.
- Quijano, A. (2014). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. CLACSO
- Ruiz Cabezas, A. (2011). Modelos educativos frente a la diversidad cultural: la educación intercultural. *Luna Azul*, 33.
- Rodríguez, M. E. (2017). La educación patrimonial transcompleja en el aula mente social y las instituciones educativas. *Revista Aletheia*, 11(1), 125-146.
- Santos, B. (2007). *La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad*. Cides-Umsa, Asdi y Plural editores.
- Teixeira, S. (2006). Educación patrimonial: alfabetización cultural para la ciudadanía. *Estudios pedagógicos (Valdivia)*, 32(2), 133-145.

Capítulo 5

Una mirada epistemológica del derecho

Pero sin detenernos en los ensueños de un pueblo educado en la servidumbre y en el absurdo, decimos que la ignorancia ha producido la creencia en todas las imposturas y errores que reinan hoy entre nosotros. (Anónimo, p. 24).

Iván Alfonso Cordero Gutiérrez¹

Resumen

Desde los inicios de la civilización occidental, Grecia ha sido la cuna de grandes filósofos y pensadores que han generado toda la base fundamental de nuestro pensamiento. Dentro de esas inquietudes planteadas por los griegos antiguos, la del derecho no les fue extraña y, por el contrario, se ha convertido en tema central de debate, para ayudarnos a responder uno de los enigmas de la humanidad: ¿Cuál son las acciones que debe realizar el hombre para vivir en sociedad? Atendiendo a este interrogante, las construcciones conceptuales griegas han generado las diversas teorías jurídicas que explican el origen y la finalidad del derecho, pasando entonces por las escuelas del pensamiento iusnaturalista, las de pensamiento positivista y las posiciones intermedias más actuales que han generado híbridos inconsecuentes e ininteligibles plagados de contradicciones epistémicas, aún sin superar. Este escrito pretende abrir el debate respecto a los errores epistémicos que se han generado desde el pensamiento griego y que han generado confusiones tan graves a nivel jurídico que han permitido justificar regímenes autoritarios que se presentan como tiranías ideológicas, representadas en el absolutismo y en las demás formas de fascismo como el comunismo, el nazismo, el maoísmo, el estalinismo, el capitalismo salvaje, el derecho internacional humanitario, la teoría de los derechos fundamentales, la ideología de género y la China actual.

Palabras claves: ley, derecho, naturaleza, sistema normativo, norma jurídica, principio

¹ Abogado, magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo: icordero@coruniamericana.edu.co

Introducción

Se pretende con este escrito evidenciar las contradicciones o errores dentro de la construcción de las teorías del derecho que se han nutrido de los aportes griegos, especialmente de Protágoras, Platón y Aristóteles. Se requiere mantener vivo el debate y la réplica respecto a las concepciones griegas que fundan nuestra civilización. No es posible dar por fundadas o por cerradas las conclusiones de los griegos respecto a temas tan importantes como la vida en comunidad y los desarrollos morales que se derivan de esa necesidad de convivencia.

Por esa razón, y en aras de sostener la discusión sobre lo que hemos considerado como fundamental, pretendo mostrar los errores epistemológicos que han cometido los antiguos y resaltar los aciertos que hemos desconocido, algunas veces por temor reverencial y otras por perseguir oscuros intereses en contra de la humanidad.

Metodología

Para la elaboración de este escrito se utiliza el método cualitativo y se aplica a fuentes bibliográficas, obtenidas de textos publicados tanto física como virtualmente, las cuales se referencian o citan de acuerdo con el formato internacional APA, de protección de derechos de autor. Las descripciones, consideraciones, reflexiones y conclusiones son responsabilidad exclusiva del autor de este escrito y no comprometen a la institución educativa a la que pertenece.

Desarrollo

El error de equiparar ley con el derecho

La confusión de los conceptos de principio y valor conlleva al problema develado en las tesis iusnaturalistas, positivistas y sus respectivas variantes o híbridos, que no tienen en cuenta el problema que surge de la confusión entre el objeto de estudio y la disciplina que tiende a su regulación. De acuerdo con el profesor Mario Ossa Henao *et al.*:

Las tesis iusnaturalistas han defendido por siglos un dualismo ontológico platónico, no ya solamente en el plano del mundo físico y el espiritual, sino el jurídico, como ley natural y ley positiva. La teoría iusnaturalista ha sido dualista, en cambio la positivista es monista. Mientras el positivismo sostiene que todo derecho es derecho positivo, las escuelas iusnaturalistas tradicionalmente han defendido la existencia de un derecho natural compuesto por normas no positivas, sin desconocer la existencia del derecho positivo (Ossa, Valde-rama, Botero, Rico, Agudelo y Pérez, 2012, pp. 92-93)

Dicho dualismo ha permitido claramente establecer la diferencia entre las leyes creadas por el hombre y las descubiertas por él. Siguiendo a Ossa *et al.*, claramente evidencia que desde los sofistas, se tiene una diferencia entre lo que son las leyes naturales y las convencionales, para entender que las primeras no son creaciones del ser humano en tanto que las segundas si lo son, al respecto manifiesta...

Los sofistas distinguieron entre *Physis* (naturaleza) y *Nomos* (normas). Existen leyes eternas de las cuales nadie sabe cuándo comenzó su vigencia y, por lo tanto, existen leyes que derivan de un modo de ser de las cosas –naturaleza física– y leyes (*nomos*) positivas, que son fruto de la convención o acuerdo entre los hombres (Ossa *et al.*, 2012, p. 91)

De la misma manera, los autores resaltan que Protágoras, en la obra platónica conocida como los *Diálogos*, afirmaba que:

La constitución y las leyes, así como la lengua y la religión, son convencionales y fruto de la costumbre. Si bien es cierto que el hombre es social, la sociedad no surge por naturaleza sino de la convención. El hombre es la medida de todas las cosas. Solo existe un orden social positivo regulado convencionalmente (Ossa *et al.*, 2012, p. 91)

Para Protágoras, era claro que las fuentes que originan el derecho son las actividades sociales y los hechos naturales que afectan esas convivencias, así como la distinción entre las leyes naturales y las leyes creadas por el hombre. El profesor Ugalde Rother al respecto anota que “manejaban una distinción

entre las nociones de ley y naturaleza, esto es, entre aquello que es una convención legal, fruto del acuerdo de los ciudadanos, o lo que es natural y forzosamente de una cierta manera” (Ugalde, 2012, p. 21).

Siguiendo al profesor Ugalde Rother, es reiterativo en afirmar esa dualidad en los antiguos griegos y por ende en los sofistas:

Los griegos conciben las tareas propias del hombre y sus artes, como no naturales pues no se originan espontáneamente, sino mediante un proceso de producción que es propio del hombre. Es justamente tarea humana el llegar a descubrirla y a desentramar sus intrincados caminos. Por esto Heráclito había dicho: la naturaleza ama esconderse. De este modo, en algún punto del siglo V, los griegos llegaron a la conclusión de que ciertas cosas eran por naturaleza y otras correspondían sencillamente a la invención humana, esto es, a una convención (Ugalde, 2012, p. 33).

Las leyes naturales hacen parte de lo que conocemos como principios, frente a los cuales he afirmado que:

Estos se manifiestan al hombre como referentes absolutos que han existido siempre, no los inventa el hombre, los descubre, algunas veces por el sentido común, otras por la investigación y en muchos casos por la fatalidad o la casualidad, no necesitan de nuestra intervención pues permanecen incólumes, inamovibles e inmaculados (Cordero, 2018, p. 22).

Afirmación que Ossa *et al.* corroboran al decir que “las primeras (las leyes naturales), son independientes de nuestro querer y tienen como característica su indisponibilidad, pero el *nomos* (leyes positivas) (...) son el resultado del contrato y, en consecuencia, mudable” (Ossa *et al.*, 2012, p. 91). Según la RAE, la palabra *ley* presenta estas doce significaciones:

1. f. Regla fija a la que está sometido un fenómeno de la naturaleza.
2. f. Cada una de las relaciones existentes entre los diversos elementos que intervienen en un fenómeno.

3. f. Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.
4. f. En el régimen constitucional, disposición votada por las Cortes y sancionada por el jefe del Estado.
5. f. Religión, culto a la divinidad. La ley de los mahometanos.
6. f. Lealtad, fidelidad, amor. Le tengo ley.
7. f. Calidad, peso o medida que tienen los géneros, según las leyes.
8. f. Cantidad de oro o plata finos en las ligas de barras, alhajas o monedas de oro o plata, que fijan las leyes para estas últimas.
9. f. Cantidad de metal contenida en una mena.
10. f. Estatuto o condición establecida para un acto particular. Leyes de una justa, de un certamen, del juego.
11. f. legislación (|| conjunto de leyes). El Gobierno debe actuar conforme a la ley.
12. f. Cada una de las disposiciones comprendidas, como última división, en los títulos y libros de los códigos antiguos, equivalentes a los artículos de los actuales (RAE, 2020).

Me enfocaré en las dos primeras: “1. f. Regla fija a la que está sometido un fenómeno de la naturaleza. 2. f. Cada una de las relaciones existentes entre los diversos elementos que intervienen en un fenómeno (RAE, 2020).

Como se evidencia en estas dos definiciones de ley, la RAE se refiere a la descripción que se le puede dar a elementos que integran fenómenos y las consecuencias de su reunión o agrupamiento, sin tener en cuenta su origen, es decir una ley solo se limita a describir o explicar el resultado de la conjunción de unos elementos que integran un fenómeno, sin importar si su origen es natural o convencional. Ahora bien, la intención de diferenciar las leyes naturales de las convencionales de acuerdo con su origen, como lo hacen los sofistas, se debe exclusivamente a una necesidad de categorización por la fuente y no por la utilidad o finalidad del concepto. El concepto de ley se refiere a un conjunto de hechos que son producto de la relación causa efecto.

La finalidad del concepto ley es igual para las leyes naturales como para las convencionales, el elemento diferenciador entre los dos conceptos es su origen, no la descripción de unos hechos. Las leyes de la naturaleza son según Wagensberg:

¿Qué es una ley de la naturaleza? ¿Mero conocimiento elaborado por la mente humana o una propiedad íntima de las cosas y sucesos de este mundo? (Algo, no menos turbador, puede enunciarse de la ausencia de ley: ¿es el azar un producto de nuestra ignorancia o un derecho intrínseco de la naturaleza?) Se diría, por un lado, que las leyes de la naturaleza existen sin necesidad de que alguien las conozca. La célebre manzana no fue el primer objeto que cayó según la ley de Newton. “Pero, por otro lado, se diría que las leyes no son más que modelos imaginados ¿Cómo si no, pudo Einstein proponer luego otra teoría de la gravitación mejor? La cuestión parece fácil: una cosa es la ley y otra el conocimiento de esta. Según esto, la ley que duerme en la oscuridad existe, es una, permanente y propia de la naturaleza. Es el modo de despertarla, es decir, su representación mental lo que cambiaría. Pero ¿por qué habría de existir una ley de naturaleza? ¿Sólo porque a veces tenemos la ilusión tenaz de conocerla más o menos provisional y parcialmente? ¿Diversas verdades científicas caducables como garantes de la existencia de una verdad natural absoluta! ¿Es eso serio? Conocer una ley y constatar que el mundo es compatible con ella no es suficiente para asignarle rango de ley de la naturaleza. «Las pulgas no se vuelven sordas en el momento de perder su sexta pata» (proposición de ley de la naturaleza) solo porque justo entonces dejan de obedecer las órdenes de su domador (sólido resultado experimental). Las grandes teorías, leyes, modelos y modelillos de la ciencia pueden demostrarse falsos, pero jamás verdaderos (en contraste con las creencias e ideologías que se asumen verdaderas y cuya falsedad nunca puede demostrarse). Las leyes del conocimiento científico simplemente funcionan hasta que dejan de funcionar. Por lo menos en eso las leyes de la ciencia se parecen a las leyes de la ética o del derecho. Hay, sin embargo, una diferencia radical. En ciencia, una teoría no se sustituye por otra como quien derruye un puente obsoleto de troncos podridos para construir en su lugar una maravilla de la ingeniería del acero. Más bien se parece

a las sucesivas visiones que tenemos de un paisaje cuando escalamos una montaña. Al ganar altura se consiguen nuevas y más amplias panorámicas, y, sobre todo, insospechadas conexiones entre las vistas de menor cota (la manzana y el planeta obedecen la misma ley. Pero un punto de vista no elimina los anteriores (Newton versus Einstein), que siguen en su sitio para el gozo local, aunque, después de la esforzada ascensión, se nos antojen partes menores de un esquema más global. De esta hermosa metáfora, creo que, de Einstein, conviene expresar una gota más (Wagensberg, 1998, pp. 16-17).

Este dualismo planteado por los iusnaturalistas equipara las leyes naturales y las leyes convencionales con el derecho, lo que genera un error epistemológico al confundir el objeto de regulación (las leyes naturales y convencionales), con el método de agruparlas o incluirlas dentro de un sistema lógico en algunas ocasiones o con la disciplina que las describe o intenta regularlas para provecho humano. ¡Esto sería afirmar que los fenómenos que describen la gravedad son la gravedad misma o que las leyes gravitatorias son la física o las matemáticas!

Al respecto Wagensberg nos ilustra cuando reitera que:

El método se aplica siempre a una idea. Y no hay un método para cazar ideas. O, lo que es lo mismo, todo vale con las ideas: la analogía, el plagio, la inspiración, el secuestro, el contraste, la contradicción, la especulación, el sueño, el absurdo (...). Un plan para la adquisición de ideas sólo es bueno si nos tienta continuamente a abandonarlo, si nos invita a desviarnos de él, a olfatear a derecha e izquierda, a alejarnos, a girar en redondo, a divagar, a dejarnos llevar por la contingencia (...) El célebre rigor científico no se refiere a la obtención de ideas sino al tratamiento de éstas. Aferrarse con rigor a un plan de búsqueda de ideas es una anestesia para la intuición (1998, p. 19).

Wagensberg es enfático en este punto cuando afirma que “comprender una ley de la naturaleza significa entonces comprimir dicha ley dentro de otra más fundamental” (Wagensberg, 1998, p. 25). El pretender equiparar las leyes naturales al derecho es uno de esos errores epistemológicos que no podemos seguir permitiéndonos. ¡La silla no es igual al material del que está hecha y

mucho menos a la carpintería o al carpintero! Las actividades sociales no son la sociología, ni la arqueología, las enfermedades no son la medicina, los seres vivos no son la biología ni la zoología y podría pasarme el resto de este escrito enumerando infinidad de ejemplos que ilustrarían este craso error.

De lo anterior se deduce que no existe un “derecho natural”, el derecho es una creación humana, es un valor, es una disciplina que da cuenta de las formas o maneras de regular hechos naturales y conductas sociales, pero no por esto decir que lo son. ¡No podemos confundir lo que se regula con la disciplina que pretende regular! Un ser humano que vive aislado del contacto con otros humanos, solo deberá obedecer las leyes naturales que explican los principios, pues le queda imposible no envejecer, no enfermarse o sortear los fenómenos naturales que hacen parte de su entorno. Por ende, no podemos afirmar que el hombre obedece a un “derecho natural”. Siguiendo a Wagensberg, podemos entender lo afirmado en el párrafo anterior: “hacer ciencia es proponer reducciones a la naturaleza. Otra cosa, claro, es que la naturaleza se deje” (1998, p. 26).

Encontramos en una cita de Vernant, presentada por el profesor Ugalde Rother, la diferencia existente entre las creaciones humanas (entre ellas las leyes) y las de la naturaleza, así:

El postulado decisivo de Vernant con relación a que la razón solo es posible sobre una cierta base política: la razón griega es aquella que, de manera positiva, reflexiva, metódica, permite obrar sobre los hombres, no transformar la naturaleza. Dentro de sus limitaciones como de sus innovaciones, ella es hija de la ciudad (2012, p. 43)

Las reglas que componen una ley, en sentido jurídico, se consideran como integrantes de un sistema normativo que lo hemos denominado derecho, pero, insisto, no podemos equiparar el concepto ley con el de derecho. La definición jurídica de derecho más aceptada, es la que pregona que este es un conjunto de normas jurídicas que se encargan de regular las relaciones o actividades que el ser humano tiene entre sus semejantes y los demás seres del universo en un entorno social como producto de la ocurrencia del fenómeno de la alteridad jurídica, entendida esta, como la introspección de cada ser humano respecto a la conciencia de entender que frente a todo derecho que le aproveche le corresponde una obligación, por ende cada derecho que opongo

a los demás genera la obligación en los otros de respetarlo y cada derecho de los otros me genera la obligación de respetarlos, como contraprestación o efecto de esa relación de alteridad.

El ser humano no es sociable por instinto, lo es por la experiencia. La norma como tal debe ser jurídica por su característica diferenciadora plena de las otras categorías de normas, la coercibilidad entendida, no como la cualidad de imposición obligatoria *per se* de la regla, sino como ese respaldo que tiene por parte del Estado para obligar a los asociados a su cumplimiento, cualidad de la que no gozan las demás. Los principios se consagran normativamente como hechos jurídicos, se presentan entonces como fuentes de derecho, pues estos acontecimientos naturales afectan a los humanos que también se encuentran en sociedad, generando lo que se ha denominado como un efecto jurídico, pero no por eso los debemos considerar como derecho. Los principios y los hechos desencadenados por ellos no son derecho, lo será la regulación o la forma en la cual queramos organizarlos a través de la disciplina jurídica.

Es indiscutible que hechos como el nacimiento o la muerte de un individuo dentro de una sociedad, inexorablemente acarrearán efectos jurídicos, es decir resultados que afectan el orden establecido y no solo el espacio físico en donde se presentan y será necesaria su regulación por medio de una norma jurídica. La disciplina que se encarga de generar esas regulaciones para mantener un orden establecido se denomina igualmente derecho, pero en aras de categorizar sin confusiones podríamos empezar a pensar en darle otro nombre.

El error de equiparar el derecho con un sistema normativo

El derecho requiere estructurar un sistema que lo sustente tanto como función como en competencia, por ende, ese sistema lo conocemos como el normativo. Un sistema normativo nace de la necesidad del hombre que vive e interactúa en sociedad por mantener el orden en su entorno y, por ende, repeler la anarquía y el caos. Carnelutti afirma que “el secreto del derecho está precisamente (...) en que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran” (Carnelutti, 2010, p. 5).

Esa necesidad de orden, lo ha llevado a establecer las *conductas* y los *hechos naturales* que deben ser objeto de regulación y una vez determinados, elevar-

los a la categoría de normas jurídicas para que con su característica coercitiva, sean de obligatorio cumplimiento, pues su esencia se circunscribe a relatar una conducta o un hecho natural que deberá ser cumplida o acaecida para que se genere la consecuencia que contiene. Esa necesidad de orden y sistema la evidenciaban los griegos de manera contundente, según el profesor Ugalde Rother “la ley puede adoptar la forma que cada polis estime conveniente, pero lo que no puede dejar de tener una comunidad, si quiere seguir existiendo, es orden y amistad, *κόσμος* y *φιλία*” (2012, p. 148). Siguiendo una cita de Havelock, realizada por el profesor Ugalde Rother, con referencia a los sistemas normativos encontramos que “Havelock lo ha planteado con claridad: la literalidad ha hecho familiares a las sociedades modernas con las nociones de leyes en su existencia plural en tanto corpus de instituciones, procedimientos y penalidades por violaciones” (2012, p. 43).

Es el derecho el objeto de la sistematización utilizando un sistema jurídico, por ende, no es lógico equiparar un sistema jurídico con el objeto, que debe sistematizarse. Si lo que se pretende es establecer que dichas normas jurídicas deben obedecer a unos criterios organizacionales y jerarquizados que conformen un conjunto armónico, entonces debemos hablar de **sistema normativo** y no de derecho, pues si ese sistema se encuentra conformado por normas jurídicas presentadas dentro de un esquema, mal haríamos en confundirlas.

El error de confundir un sistema normativo con las normas jurídicas

Un sistema normativo se encuentra conformado por normas jurídicas que establecen derechos. Ese orden que justifica el sistema normativo y las normas jurídicas que lo componen, se nutre de las actividades sociales y los hechos naturales que generan efectos jurídicos en una determinada sociedad. Algunos doctrinantes se inclinan a diferenciar el derecho, de la norma jurídica, explicando que el primero se refiere a un sistema o conjunto de normas y las segundas a uno de los elementos que lo componen. Discrepo de esa posición, pues el hecho de que se agrupan de manera sistemática las normas jurídicas no significa que su finalidad no se entienda como la determinación de lo que podemos llamar como derechos.

El origen del sistema normativo se funda en la necesidad de establecer un orden determinado. El origen de las normas que lo componen, son las acti-

vidades sociales y los hechos naturales que generan efectos jurídicos en un orden determinado. Por ende, tienen orígenes diferentes que corresponden a utilidades prácticas disímiles. Para evitar el caos necesitamos un orden, de ahí que sea necesario establecer un sistema normativo que se encuentre conformado por normas jurídicas. El establecimiento de un sistema normativo obedece a la necesidad de mantener un orden establecido, pero la confluencia de necesidades de creación del sistema normativo y de la norma jurídica no da pie para equiparlos. Por ejemplo: una cosa es establecer un sistema de riego y otra serán los regadores, los tubos, mangueras que lo estructuran, los planos que posibilitan su construcción y el agua necesaria para cumplir con esa finalidad.

De acuerdo con esa necesidad normativa, se han creado categorías jerárquicas dentro de los sistemas jurídicos modernos, entendiendo su aplicación de acuerdo con su importancia o relevancia para atender ese criterio básico que las origina —el mantener un orden—, pero no podemos entender que estas categorías sean creadoras de las normas jurídicas. La fuente que origina un sistema normativo es la necesidad de establecer un orden para compilar las normas jurídicas que lo van a componer, determinando así los derechos. Por ende, las normas jurídicas crean derechos coercibles, es su razón de ser, pues de otra manera no se puede mantener un orden.

No podemos confundir el contenido de algo con su recipiente. El sistema normativo es el recipiente que contiene las normas jurídicas, por ende, son conceptos diferentes no equiparables.

El error de considerar a la ley como fuente creadora del derecho

Es muy común en las teorías positivistas considerar a la ley como el origen del derecho. Postulado que ha llegado incluso a trascender al campo metafísico al referirse a la existencia de un ente no falseable que denominan la “norma fundamental” y sus derivaciones delirantes como la norma fundamental hipotética, para entrar a explicar el origen del derecho de manera tautológica y cayendo en la incontrolable barrena de la causalidad inerte que solo empobrece el debate. ¡El origen de algo no se puede explicar mediante su propia existencia, como tampoco podemos afirmar la génesis de la existencia de algo por sí misma!

En el numeral primero de este escrito advertíamos el error de considerar a la ley como derecho y establecíamos una evidente diferencia entre estos dos conceptos, es menester entonces aplicar esas distinciones para entender que la ley no puede ser materia prima originaria del derecho, pues como se plantea, el concepto de ley se refiere al organizado relato de como suceden las cosas por un devenir causal, mientras que el derecho es la forma mediante la cual se regulan esas cosas que describen las leyes. Nuevamente estamos ante el error de considerar el objeto de regulación con la disciplina reguladora. Este error es propiciado por no entender a Aristóteles cuando afirmaba en su teoría de las causas, que:

Y puesto que, evidentemente, es preciso adquirir la ciencia de las primeras causas (decimos, en efecto, que sabemos una cosa cuando creemos conocer su causa primera), y las causas se dividen en cuatro, una de las cuales decimos que es la substancia y la esencia (pues el por qué *se reduce al concepto* último, y el por qué *primero es causa y principio*); otra es la materia o el sujeto; la tercera, aquella de donde *procede el principio* del movimiento, y la cuarta, la que se opone a ésta, es decir, la causa final o el bien (pues éste es el fin de cualquier generación y movimiento). Aunque hemos tratado suficientemente de las causas en la Física, recordemos, sin embargo, a los que se dedicaron antes que nosotros al estudio de los entes y filosofaron sobre la verdad. Pues es evidente que también ellos hablan de ciertos principios y causas. Esta revisión será útil para nuestra actual indagación; pues, o bien descubriremos algún otro género de causa, o tendremos más fe en las que acabamos de enunciar (Aristóteles, p. 7)

Para Aristóteles, la distinción entre origen y finalidad se encuentra bien definida, sin importar si en realidad la esencia o la substancia existen o no, él está dándole relevancia al hecho de que todo origen difiere de su finalidad y expresa la relación causa efecto como un resultado lógico, pero no tautológico, es decir, el origen no es igual a la finalidad. La causa no es igual al efecto. Ossa Henao *et al.*, explicando la teoría de las causas de Aristóteles, lo ratifica de esta manera:

Saber de qué están hechas las cosas (materia), tiene una importancia secundaria, ya que de la materia participan múltiples cosas, que, si

no fuera por el fin, porque han tomado forma diferente, no sabríamos diferenciarlas. Entenderlas significa descubrir las características que le distinguen de las demás, es describir el fin (teoría teleológica) (Ossa *et al.*, 2012, p. 102).

Aristóteles es muy claro en la referida teoría, en el sentido de que, la finalidad de los conceptos no determina su existencia, así como la finalidad de los objetos no explica la realidad de estos.

¡La supervivencia no explica la existencia!

¡La silla no se explica como tal porque sirva para sentarse!

¡La finalidad de los conceptos no explica la existencia de estos!

El concepto escapa de esta manera de la utilidad que se pueda derivar del mismo. La silla seguirá siendo silla porque es un objeto que sirve para sentarse, pero cualquier objeto que sirva para sentarse no es una silla, por ende, la estructura que se le crea a las cosas no se determina por la finalidad. Sentarse entonces, no es una silla. La silla es una derivación del concepto sentarse. Me puedo sentar en infinitudes de objetos, pero no por ende esos objetos serán una silla.

El hecho de que pueda usar esa multiplicidad de objetos como silla no implica que todos ellos sean una silla, por ende, la utilidad del objeto no define su existencia. Un concepto no se crea por la utilidad o finalidad que se persiga, ya que la única finalidad del concepto es la descripción inequívoca de una cosa. No podemos seguir sosteniendo que el origen de las normas jurídicas son las mismas normas jurídicas o peor aún, entes metafísicos carentes de toda falsación como la “norma fundamental”, o su pariente la “norma fundamental hipotética” o al mejor estilo de los iusnaturalistas “la divinidad” o “la esencia del ser humano”. Son las actividades sociales y los hechos naturales, generadores de afectaciones al orden establecido, por ende, fuentes de las actividades que deberán ser recogidas en normas jurídicas, con el único propósito de conservar el orden establecido en cada sociedad a través de un sistema jurídico, de ahí que es absurdo sostener que la ley es la fuente generadora de la ley.

El error de considerar otras fuentes del derecho

La tendencia moderna se inclina por el entendimiento de que la norma jurídica, surge de la necesidad social de mantener un orden establecido como principal fuente de su origen y agruparlas de manera coherente dentro de lo que se denomina un sistema normativo, por lo tanto no es propio clasificar otras fuentes como si crearan o no derecho, pues es ilógico establecer que si la única finalidad es precisamente esa necesidad de orden, existan otras posibles causas que justifiquen la creación de las normas jurídicas o que estas no establezcan derechos.

Entendiendo la diferencia entre un sistema normativo y las normas que lo componen, debemos tener claro que las únicas fuentes del derecho son las actividades sociales y los hechos naturales que generan efectos jurídicos dentro de los órdenes establecidos. Las escuelas clásicas, diferenciaban si la fuente de creación de la norma jurídica emanaba directamente de la Constitución Política como fuente originaria o si esta se derivaba de forma indirecta de esta. Tradicionalmente se han erigido como fuentes del derecho las siguientes:

- **Los tratados internacionales, el bloque de constitucionalidad, la Constitución, la ley, los decretos con fuerza de ley etc.**

No es plausible establecer que la norma jurídica difiere de sus categorías dentro de un sistema normativo, ya que todas ellas se agrupan bajo el nombre genérico de norma jurídica. Por ende, no es lógico o siquiera inteligible establecer que la norma jurídica se origina en ella misma como lo siguen aduciendo tratadistas y magistrados. Sería como explicar que mi origen como ser humano soy yo. La Constitución dentro de un sistema jerarquizado de las leyes, se erige como la más importante, por consagrar. El tipo de Estado que se ha creado. La estructura de ese Estado y sus funciones públicas, los principios, reglas principios y valores contenidos dentro de reglas de interpretación que determinan su protección, valoración, garantía y aplicación, Los derechos fundamentales se encuentran inmersos dentro de estos conceptos, como se puede ver en Cordero (2018). Los mecanismos para ejercer el control de Constitucionalidad de las actuaciones de sus pobladores (Verly, 1991), en Colombia específicamente encontramos que la Corte Constitucional tiene la facultad de ejercer este tipo de control generando sentencias **SU** o de unifica-

ción condicionadas y las de **exequibilidad parcial o condicionadas**, que fijan o modifican leyes de carácter procesal y estima que estas deben ser interpretadas de una manera distinta a la que la propia ley establecía. Es el dilema de la Corte Constitucional cuando deja su función de legislador negativo (inexequibilidad total de una norma) y se torna en legislador positivo, en defensa de la Constitución y los mecanismos para su reforma (Cordero, s. f.).

El hecho de que la constitución sea considerada la norma jurídica más importante dentro de un sistema normativo y que la Corte Constitucional tenga la posibilidad de legislar, no implica que sea una fuente de derecho. Una cosa es en donde se contienen las normas jurídicas y que organismo puede ser el competente para crearlas y otra es considerar que estas son las fuentes de estas. Para entender de una forma más didáctica esta cuestión es necesario plantear y responder las siguientes preguntas:

¿Que origina las normas jurídicas? La necesidad de mantener un orden; ¿En dónde se agrupan o contienen las normas jurídicas? En sistemas normativos; ¿Cuál es la materia prima de las normas jurídicas? Las actividades sociales y los hechos naturales que generan efectos jurídicos dentro de ese orden.

- **La costumbre:**

Se entiende como la reiteración de las actividades sociales, por ende, antes de darse el fenómeno costumbrista deberá existir la actividad social para que sea repetida por los sujetos a los cuales se aplicará el tratamiento repetitivo. Sirve esta costumbre para orientar al legislador respecto a cómo deberá crear la ley que fije esa determinada práctica, más no deberá entenderse como creadora o fuente de la norma jurídica. El maestro Savigny incurre en este error cuando afirma que “el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares y luego por la ciencia del derecho; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador” (Savigny, 2008, p. 28).

El maestro Savigny tiene razón en el sentido de la justificación respecto al origen del derecho, esa “fuerza interior y tácitamente activa”, es la necesidad de un orden, pero se equivoca al establecer que el derecho se crea “por las cos-

tumbres y las creencias populares” y aún más cuando asevera que el derecho es una ciencia, pues lo jurídico solo alcanza a ser una disciplina.

- **La jurisprudencia**

Se entiende como la reiteración de fallos de los jueces en la resolución de litigios similares que versan sobre los mismos derechos sustanciales o aclaraciones respecto a la aplicación de materias procesales. Para generarse este fenómeno jurisprudencial, es requisito *prima facie* que existan las normas sustanciales o las procesales sobre las cuales se basan los fallos que fundan las decisiones repetitivas o similares, por ende, las actividades sociales o los hechos naturales que generan efectos jurídicos que las originaron, serán la materia para discutir por los jueces. En sistemas jurídicos en donde no existe una creación de la norma sustancial o procesal por un organismo legislativo diferente al jurisdiccional, la creación de dichas normas será competencia de los jueces quienes en sus fallos plasmarán la forma en la cual se evidencia el derecho y su debida aplicación teniendo en cuenta por supuesto, la existencia previa de actividades sociales y hechos naturales que generan efectos jurídicos que originan la necesidad de su regulación y no entendiendo que los jueces con sus fallos “originan el derecho”.

- **La doctrina**

Se entiende como tal a los resultados o exposiciones que los eruditos del derecho presentan respecto al estudio de actividades sociales y hechos naturales que generan efectos jurídicos y que se encuentran plasmados en normas jurídicas preexistentes o en proyectos de normas jurídicas. Al igual que las anteriores, los doctrinantes solo pueden referirse a las actividades sociales y a los hechos naturales que generan efectos jurídicos dentro de un orden establecido, pues son las únicas fuentes que generan la necesidad de ser reguladas.

Si nos detenemos a examinar cada una de las fuentes mencionadas, inexorablemente caeremos en la cuenta de que todas confluyen o se derivan de las actividades sociales y de los hechos naturales que generan efectos jurídicos dentro de un orden establecido.

El error de considerar que las normas jurídicas se consagran como abstracciones

No es posible, entender la existencia de la norma jurídica por fuera de la interacción de los sujetos que componen una sociedad y de los hechos naturales que la impactan, pues conllevan a satisfacer una necesidad de orden a través de la regulación normativa, quedando de esta manera justificada su creación. Esta interacción o relación entre los sujetos que componen una determinada sociedad, es conocida con el nombre de *alteridad*, la cual es definida por Aristóteles como “la justicia, vista en nuestro trato con otro, no puede ser simplemente ser justo uno en sí mismo. Y este es el principio de la justicia social (como se cita en Aftalión, Vilanova y Raffo, 1999, p. 196). Sin la referida alteridad, es imposible que los sujetos sean susceptibles de adquirir obligaciones o de oponer sus derechos a los demás componentes de la sociedad.

Para el campo del derecho debemos referirnos a una *alteridad jurídica*. Un ser humano que vive aislado de cualquier contacto humano no necesita de las normas jurídicas, no necesita del derecho, pues nadie va a desconocer sus derechos y él no tendrá a quién disputárselos o siquiera reconocérselos. Entendiendo el derecho como resultado de esa necesidad de orden que debe ser establecido dentro de una sociedad mediante el establecimiento de un sistema normativo, es imposible abstraerse del concepto de las relaciones que son generadoras de esas normas ordenadoras y de los hechos naturales que se circunscriben a los seres humanos, los cuales deben ser vistos en una relación en la cual sus intereses constantemente se encuentran enfrentados. De ahí que, la materia prima por excelencia del derecho sean estas actividades sociales y los referidos hechos de la naturaleza.

El concepto de *alteridad jurídica*, parafraseando a la doctora Beatriz Quintero y a Prieto, se refiere a la necesidad del derecho de tener como materia prima una relación entre entes o de esos entes con los hechos naturales, entendida esta como la del uno y la del otro, es decir que los derechos considerados a una persona de forma individual no adquieren relevancia jurídica sino en el momento en el que se enfrentan a los derechos de las otras o de otra persona. Es esta la estructura que fundamenta el derecho:

Con el nombre de derecho se designa un trozo de realidad; por eso el derecho además de un conjunto de normas, o reglas, es conjunto

de realidades normadas, una relación entre hombres es la materia jurídica...esa propiedad definidora de no poderse referir a uno solo como ente, sino al uno o al otro, se ha denominado alteridad y significa que el derecho tiene siempre como materia una determinada relación (Quintero y Prieto, 2010, pp. 7-8).

La alteridad jurídica parte de la existencia de esa interacción entre derechos y obligaciones de cada individuo en sociedad, de lo cual se desprende el binomio derecho–obligación, como una descripción del fenómeno acción y reacción. Esta relación deberá ser entendida como un fenómeno en el cual se reconoce su titularidad en cabeza de cada integrante de la sociedad, es decir, de cada sujeto enmarcado dentro de su individualidad.

Debemos recordar que todos los individuos que componen una sociedad tienen derechos que sus congéneres deben respetar y a su vez este sujeto se encuentra obligado a respetar los derechos de sus compañeros societarios. Todo deber refleja una obligación y en este caso se refiere a la del respeto por el derecho del otro. De lo anotado anteriormente, podemos comprender, porque una persona es sujeto de obligaciones y de derechos. Yo en mi individualidad, soy sujeto de derechos que puedo oponer a los otros y a la vez debo respetar sus derechos. El profesor Alvarado Velloso al respecto afirma...

Los fines que interesan al derecho (...) solo puede darse entre dos personas, nunca respecto de una con ella misma, ni de ella con una cosa, pues todo el derecho es producto ideal originado por la necesidad de regular de alguna manera la convivencia. Fácil es de inferir así que todo vínculo se materializa solo entre individuos y nunca con la cosa (...) (recordar que la idea de lo mío frente a lo tuyo puede ser entendida solo por dos hombres) (Alvarado y Grisales, 2011, p. 19).

El contenido de las normas jurídicas se determina acorde con la finalidad que ellas le presten a ese ejercicio regulatorio y categorizador, así como al criterio de utilidad o de finalidad que para tal propósito se destine, por ende, las normas jurídicas se clasifican en sustanciales y procesales. Las normas *sustanciales* son las que recopilan todas las conductas de la sociedad, que junto a los hechos naturales, se tornan necesarias para mantener el orden dentro de ella. Estas normas son conocidas como el derecho sustancial, sustantivo, de fondo o material.

Respecto al derecho sustancial, nuestra Corte Constitucional entiende en su Sentencia C-029 de 2005, que este es “el que consagra en abstracto los derechos”. Esta definición, es ambigua pues el derecho sustancial no se consagra “en abstracto”, pues según la Real Academia de la Lengua Española, abstracto significa “alguna cualidad con exclusión del sujeto. Con separación o exclusión del sujeto en quien se halla cualquier cualidad”. También, citando a Rocco, la Corte Constitucional agrega que “derecho material o sustancial es, pues, el derecho que determina el contenido, la materia, la sustancia, esto es, la finalidad de la actividad o función jurisdiccional”. Rocco es más acertado en su definición de derecho sustancial, pero se torna confuso, pues no define qué es “contenido” ni qué es “materia” o “la sustancia” y se desvía completamente cuando afirma que esa materia o contenido es la finalidad de la función jurisdiccional, pues esta es la solución de los litigios. Si los derechos sustanciales se consagrarán “en abstracto”, no podrían ser utilizados por los sujetos que son sus destinatarios, esto sería absurdo, pues si los derechos son generados por actividades sociales o por hechos naturales que alteran el orden, excluir a los sujetos que involucran estas regulaciones dejaría sin sentido la norma misma, pues se tornaría imposible aplicarla. Si este tipo de normas son un conjunto de regulaciones de actividades, es apenas coherente que se encuentren dirigidas directamente a los sujetos que las realizan (las actividades).

Mal haría el legislador en consagrar en abstracto las normas sustanciales pues no estarían presentes como derechos creados y no podrían ser utilizados por los destinatarios de ellas. Si una actividad no es realizada por uno o más sujetos no sería posible consagrarla en una norma jurídica. Los legisladores no lo hacen de forma abstracta, pues siempre se dirigen a los sujetos que conforman las sociedades que son precisamente el objeto de su regulación. La confusión se puede presentar en el hecho de que no todas esas actividades serán realizadas por todos los sujetos de una sociedad a la vez, es decir, no siempre tendré que casarme o arrendar un inmueble o matar a alguien, pues caeríamos en el absurdo de entender que si no realizamos todas estas actividades consagradas en las normas sustanciales, estaríamos incumpléndolas.

Tampoco supone el hecho de que tengamos que usarlas dentro del trasegar de nuestras vidas, la única seguridad que nos brindan las normas sustanciales es que están ahí presentes y dispuestas para su utilización de acuerdo con nuestras necesidades de vida. Por lo anterior, dos certezas surgen respecto de las normas sustanciales, a saber:

Que existen, por lo tanto las puedo usar en el momento que lo precise. Aunque parezca increíble, encontramos una definición más o menos aproximada de lo que realmente es el derecho sustancial, y no propiamente en cabeza de un doctrinante renombrado o en el seno de nuestras afamadas cortes, sino en una página web *aficionada*:

El derecho sustantivo hace referencia a una serie de normas, preceptos o pautas que demandan los derechos y obligaciones de los individuos que contienen nexos con el [orden](#) jurídico propuesto por el Estado. Es decir se trata del derecho que implanta las conductas que deben seguir los sujetos pertenecientes a una dada sociedad; en él se hallan un conjunto de ordenamientos sustantivos. El derecho sustantivo se encuentra anexado, como bien se dijo en normas de contenido sustantivo, tales como el Código Penal, el Código Civil, entre otros. Cabe destacar que para ciertos tratadistas el derecho sustantivo propone obligaciones, derechos (...) el derecho sustantivo se ocupa de la regulación y fundamentación directa de los deberes y facultades del Derecho (...) el derecho sustantivo es, entonces el encargado de normalizar el [deber](#) ser o el que ajusta el comportamiento de cada individuo y cómo debe comportarse esté dentro de la sociedad o comunidad.

Estas mismas consideraciones se aplican a las normas procesales, estas tampoco son abstractas, pues los procedimientos que genera van dirigidos específicamente a los sujetos que conforman la relación procesal y mal haríamos en extraerlos de las actividades que se fijan a través de ellos. Las normas jurídicas no son abstractas ni se configuran en abstracto, tampoco sus efectos son abstractos ni sus fuentes son abstractas. No pueden generarse normas jurídicas que se aparten de los individuos a quienes se dirigen.

El error de considerar la universalidad de los conceptos como producto de la finalidad de estos

La universalidad de los conceptos no se genera ni se explica por la finalidad de estos. La universalidad de los conceptos surge de la necesidad de categorizar las sensaciones y experiencias del ser humano para darle un orden

a dichas percepciones. De lo anterior podemos afirmar que el concepto de universalidad surge de la necesidad de establecer una coherencia respecto a las descripciones que el ser humano realiza al crearlos y evitar confusiones que llevarían a equívocos.

Un concepto no se crea por la utilidad o finalidad que se persiga. Eso explica por qué el concepto “perro”, significará lo mismo para un americano que para un asiático, aunque en uno de esos lugares sea tenido solo como mascota y en otro también como alimento. Protágoras era enfático en afirmar que el hombre es la medida de todas las cosas, no porque tenga la capacidad de crear conceptos subjetivos sino, precisamente, porque tiene la capacidad de generar conceptos universales que se aplican por igual para los hombres. Esto se evidencia en el mito de Prometeo.

Hay incoherencia en las ideologías de género al afirmar que los conceptos se construyen de acuerdo con las percepciones subjetivas de cada individuo conforme a su estado de ánimo, ya que estas incoherencias desconocen el papel fundamental de la universalización de los conceptos. Esta frase del profesor Noah (2014, p. 679), nos ilustra al respecto: “todos los órdenes imaginados que la gente creaba tendían a ignorar una parte sustancial de la humanidad. Para Wagensberg, el sentido de la universalización de los conceptos radica en...

La ciencia quiere ser universal por oficio. La ciencia pretende ser independiente del espacio y del tiempo, independiente de las mentes que la han forjado y que la aplican, independiente de sus costumbres, tradiciones y creencias. La ciencia aspira a ser una cultura muy amplia, tanto que puede hasta cambiar de nombre y denominarse civilización (1998).

La utilidad de un concepto es generar certeza respecto al hecho descrito y esa certeza se torna universal, pues dicha descripción no generará discusiones frente al concepto como tal y esa será entonces, la finalidad de su universalidad. En términos jurídicos podríamos de forma análoga establecer que la universalidad de los conceptos opera como la cosa juzgada absoluta en los litigios, entonces es evidente que el concepto no surge por esa necesidad. El concepto escapa de esta manera de la utilidad que se pueda derivar del mismo.

Conclusiones

Con este escrito evidencio algunas contradicciones o errores que soportan las teorías jurídicas desde la antigüedad.

No es posible generar una verdadera concepción del derecho cuando no se han logrado superar estos errores, que a la postre perpetúan la procrastinación teórica y no le dan solución a los retos que el derecho como disciplina se plantea asumir.

Es por estas razones (entre otras), que la construcción teórica jurídica a menudo genera tantas incoherencias que se reflejarán indefectiblemente en las normas jurídicas.

Hasta tanto no sean corregidos estos desaciertos epistemológicos, no será posible establecer la verdadera finalidad del derecho como producto humano al servicio de los hombres para una mejor convivencia y no para una perpetua reverencia por lo absurdo.

Referencias

- Aftalión, E., Vilanova, J. y Raffo, S. (1999). *Introducción al derecho*. Abeledo Perrot.
- Alvarado, A. y Grisales, W. (2011). *Lecciones de derecho procesal civil*. Dikaia.
- Anónimo. (s. f.). Tratado de los tres impostores. <http://www.tierradenadieediciones.com>
- Aristóteles. (1998). *metafísica*. <https://www.philosophia.cl/biblioteca/aristoteles/metafisica.pdf>
- Carnelutti, F. (2010). *Cómo nace el derecho*. (4 ed.). Temis.
- Cordero, I. (2018). *Revelando los principios*. Grupo Editorial Ibáñez.

Cordero, I. (s. f.). Repositorio institucional U de M.

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-029.

Noah, Y. (2014). *De animales a dioses*. Espasa.

Ossa, M., Valderrama, F., Botero, A., Rico, L. Agudelo, M. y Pérez, R. (2012). *Filosofía del derecho*. Sello Editorial U de M.

Quintero, B y Prieto, E. (2010). *Teoría general del derecho procesal*. Temis.

Savigny, F. (2008). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. La España Moderna.

Ugalde, B. (2012). *Los sofistas, problemas éticos y políticos de la Grecia clásica desde una perspectiva no metafísica*. Universidad de Chile.

Verly, H. (1991). El argumento contramayoritario. Justificación del control judicial de constitucionalidad. https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahukewih_amonaniahuh11kkhxdnbsqqfjabegqiarab&url=https%3a%2f%2fes.scribd.com%2fdoc%2f151793043%2fhernan-verly-argumento-contramayoritario&usg=aovvaw0akb-lda1vts-7ksvqhya

Wagensberg, J. (1998). *Ideas para la imaginación impura. 53 reflexiones en su propia sustancia*. Akhenaton.

Capítulo 6

De los principios de corrección y razonabilidad. Una estructura argumentativa de la justicia (libro 1)¹

William Esteban Grisales Cardona², Luis Fernando Garcés Giraldo³,
Conrado Giraldo Zuluaga⁴

Resumen

Para la estructuración de una teoría argumentativa homogénea de la justicia se requiere la comprensión de tres elementos, los principios, la corrección y la razonabilidad, Cada uno de ellos, como se verá, juegan un papel trascendente en el concepto de justicia, ella es a su vez, principio, corrección y razonabilidad. No puede entenderse una lectura homogénea de la justicia sin los elementos presentados en este capítulo. Los tres elementos se entremezclan para hacer más comprensible la justicia como base axiológica de todo orden jurídico nacional o internacional.

Palabras clave: principios, corrección, razonabilidad.

1 Artículo resultado de la tesis doctoral *Modelo argumentativo para una interpretación homogénea de la justicia desde los principios de corrección y razonabilidad desde la filosofía jurídica de Robert Alexy*.

2 Abogado y magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, candidato a doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Integrante del grupo de investigación Dehjus y Law and Sciences. Correo: estebangrisales1972@hotmail.com. Orcid 0000-0002-3697-8882.

3 Posdoctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, posdoctor en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana, doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Investigador Senior de Colciencias. Correo: lugarces70@gmail.com

4 Ph. D., magíster en Desarrollo y profesional en Filosofía por la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor titular de la Facultad de Filosofía en esta Universidad. Investigador del grupo Epimeleia. Articulista en temas de Antropología Filosófica y Ética. Correo: conrado.giraldo@upb.edu.co

Introducción

En la construcción de un modelo argumentativo homogéneo de justicia para la lectura de un ordenamiento jurídico, se hace indispensable partir de la comprensión del concepto *principio*, de allí que en este escrito se hará un breve análisis de dicho concepto, lo cual implica que desde sus funciones se pueda generar una mejor comprensión de los principios de corrección y razonabilidad. Esta aproximación al concepto de principios desde la filosofía y lo jurídico, tomando como punto de partida la propuesta del profesor Robert Alexy, quien en sus distintas obras ha precisado la utilidad de estos en la construcción del concepto de justicia, concepto que se acerca a la idea señalada por el mismo Rawls en su *Teoría de la justicia*. La utilización de principios y la determinación de sus funciones nos acercará más al concepto de justicia como virtud, como fin en la vida humana en cuanto ser humano y en su relación con otros seres sintientes y medioambientales. “Por consiguiente, los principios son el instrumento que, basado en la justicia, está al servicio de la humanidad para dignificar su condición mediante el respeto por los derechos y deberes del hombre” (Valencia Restrepo, 2018).

La corrección y la razonabilidad son dos principios esenciales en un modelo argumentativo homogéneo para una lectura justa del ordenamiento jurídico, sin ellos, la base argumentativa carece de validez y eficacia. La justicia entendida desde su procedimiento solo va a aceptarse como tal cuando cada uno de los elementos que la conforman sean lo suficientemente justificados y logren generar el suficiente convencimiento y aceptabilidad en cada uno de los participantes, en palabras de Habermas, lograr un consenso sobre el decir justo y la verdad.

Metodología

A lo largo de la investigación, se hizo uso de la metodología argumentativo dialéctica, con la cual se realizó un trabajo interpretativo y comprensivo de términos necesarios para una construcción homogénea de justicia a la luz del ordenamiento jurídico, pero a su vez se planteó un nuevo camino para una lectura justa del orden jurídico basado en los principios de corrección y razonabilidad que permiten superar la existencia de un derecho estático positivo,

para darle mayor cabida a reglas morales, como los principios, que sirvan de criterios de creación, integración e interpretación del derecho.

Desarrollo

De los principios

En este aparte, tal como se anunció anteriormente, se abordaron los principios desde su componente filosófico y componente jurídico, sin dejar de mencionar un poco el debate en torno a su función dentro del ordenamiento jurídico, lo cual dependerá del modelo jurídico aceptado dentro de la comunidad filosófica jurídica, el positivismo o el iusnaturalismo. La tendencia dentro de la doctrina y jurisprudencia en Colombia acepta en mayor medida la corriente positivista, pero esta ha sido dividida en varias clases, dependiendo de la aceptación de conceptos morales al interior del orden jurídico constitucional y legal.

El profesor Alexy se ha considerado un no-positivista, dentro de su teoría del derecho, este acepta la presencia de la moral en la formación e interpretación del derecho, de allí la necesidad de corrección dentro del ordenamiento jurídico para que este sea considerado justo. No con esto se quiere manifestar que se regresa al iusnaturalismo, sino de la presencia de un positivismo incluyente y la tendencia al acercamiento a un modelo más anglosajón con el paso del tiempo. Dentro de su filosofía jurídica el tema de los principios ha jugado un papel trascendental, es así como en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* dedica un buen espacio a explicar en qué consisten los principios y cómo se diferencian estos de las reglas, tema que se desarrollará a lo largo de este aparte. La principialística, como criterio para la determinación de la justicia, se constituye en el camino a trasegar en la construcción, para el caso concreto, de un ordenamiento jurídico que permita ser leído desde lo justo. “ello quiere significar que los principios son *tópoi* o lugares comunes, o sea, los puntos donde se concentra el sentido común o la experiencia. Donde se condensan los valores superiores (los fundamentales, sociales y bilaterales), que en el derecho viven, y donde pueden descubrirse la virtualidad y exigencia operativa de estos (Valencia Restrepo, 2018).

Desde este campo de los principios, la justicia se ve reflejada en la equidad, no son términos sinónimos, puede manifestarse que la segunda es el resultado de aplicar la justicia general, impersonal y abstracta a un caso concreto. Lo equitativo corresponderá en dar a cada quien lo que le corresponde y ese acto estará determinado por la concreción de los principios sobre un hecho o acto, el cual se percibirá en la decisión judicial, momento en el cual el juez hace uso de las distintas funciones de los principios, para finalmente crear la norma particular para la solución más equitativa del caso debatido. Sobre este aspecto, el profesor Javier Hervada señala:

La equidad es justicia matizada; radica, pues, en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho. La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común y la humanidad en las relaciones humanas. Si en algún caso destruyese la justicia, debilitase el bien común o perturbase las relaciones humanas, ya no habría propiamente equidad, sino vicios como el mal gobierno, la injusticia o la debilidad (Hervada, 2011).

Es importante recordar, frente a la principialística, que uno de los aspectos que hacen importante, desde la propuesta positivista y el positivismo incluyentes, es el reconocimiento de la vaguedad del lenguaje jurídico. “Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados” (Alexy, 2016b). A pesar de contar el derecho con un lenguaje de carácter científico, es necesario precisar, que este parte del lenguaje común, el cual tendrá connotaciones diferentes en un lenguaje vulgar y en uno científico, pero lo que hace más difícil el uso del lenguaje jurídico es que muchas palabras tienen aplicación diversa de acuerdo al área jurídica en particular. De allí, que se sostenga que hablar de una única solución correcta dentro del derecho puede ser difícil, aunque Dworkin mantendrá esta afirmación, tal como se mostrará un poco más adelante, y para ello el mencionado autor hace uno de la principialística jurídica.

Un aspecto importante dentro de este tema es determinar el origen de los principios. Puede afirmarse que un grupo de principios son inherentes al ser humano mismo, pero otro grupo de ellos son creados por el hombre, bien sea por medio del poder legislativo o el poder judicial. Los primeros se descubren y su aplicación no requiere de ninguna ley que lo regule, mientras que los segundos son reglas principales que cumplen las funciones creativa, interpretativa e integrativa. Ambos grupos son la base para una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, en otras palabras, para hacer una lectura justa del ordenamiento jurídico. Los principios jurídicos están en relación directa con la justicia, su aplicación acorde con sus fines es garantía de una decisión jurídica equitativa, son entonces, los principios la base jurídica constitucional de la corrección del orden jurídico de cada Estado. Por principios, debe entenderse la base axiológica que servirá para una lectura acorde con los criterios de justicia del ordenamiento jurídico nacional o internacional. Dicha lectura será adecuada a la corrección y la razonabilidad, elementos argumentativos necesarios en la construcción de un concepto justo del derecho, en otros términos, los principios son el punto común que se presenta entre el derecho y la moral. Son valores que preexisten en una sociedad, inmutables y objetivos. Al respecto puede citarse:

La comunidad, el pueblo o el constituyente primario encuentran unos valores fundamentales y sociales, que preexisten o existen antes que ella los haga jurídicos. Los hace jurídicos o los juridifica al aprehenderlos, al conocerlos y darles un significado o sentido para esa comunidad. Valga agregar, la comunidad toma la materia o contenido de los valores fundamentales y sociales, y a esa materia o a ese contenido les da forma, con lo cual los hace bilaterales o jurídicos: normas jurídicas en sentido más estricto (Valencia Restrepo, 2018).

Los principios existen previamente a toda comunidad. Sin embargo, en algunas comunidades para su aplicación y aceptación requieren de ser positivizados en sus distintas codificaciones, la Constitución, los códigos sustanciales y procesales. De todos modos, estos no derivan su jerarquía por ese hecho, sino por la razón de ser ellos mismo inherentes al ser humano individual y colectivo, un ser en relación con el mundo de la vida o mundo existencial. También puede señalarse:

La doctrina actual no ve más lo principios solamente como origen o inicio, sino también, y al mismo tiempo, como finalidad. Los principios son la causa y el fin, el origen y el término, el alfa y la omega del derecho. Esta orientación teleológica es consecuencia natural de las funciones de los principios y los muestra antediciendo, conviviendo y sobreviviendo a la norma jurídica, es decir, dentro y también fuera de esta (González Álvarez, 2013).

Los principios van más allá de una simple consagración normativa, estos son elementos que están dentro de la sociedad misma, pero que son obligatorios aun antes de ser aceptados por ella misma. Los principios son anteriores a la comunidad por ello estos son descubiertos y luego podrán ser positivizados dándoles un alcance concreto dentro de un orden jurídico determinado. Son, desde otra óptica, valores, estos trascienden el tiempo mismo y no cuentan con el mismo peso o jerarquía, pero tienen un alto grado de universalidad. La aplicación de los principios son los que, finalmente, caracterizarán un ordenamiento jurídico. En palabras de Alexy, los principios son:

Normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque puede ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas (Alexy, 2016a).

De la cita anterior, se observa que los principios son reglas de un mayor grado, dado el contenido que poseen, el cual está íntimamente relacionado con el derecho vivo de una comunidad, pero estas no son creadas por un órgano específico del Estado, por el contrario, son reglas descubiertas por el legislativo, el ejecutivo y la rama judicial en el ejercicio de sus funciones. La realización de los principios dependerá de la afectación que una regla jurídica tenga sobre el ordenamiento justo y la afectación que pueda hacerse de otros principios. De la misma forma, al ser los principios considerados reglas, no podrá entenderse la existencia de un ordenamiento jurídico sin ellos, porque estos son su fuente de inspiración desde cualquiera de las ópticas del sistema normativo. Dentro de las funciones que cumplen los principios, la más importante es la creativa, en ella se condensan las otras funciones (interpretativa e

integrativa), en esta función los principios cumplen con la tarea de llenar los posibles vacíos que tiene el ordenamiento jurídico, o adecuando la norma a una aplicación más justa de la misma cuando se hace corrección de ella para la solución del caso particular o concreto. Por tanto, “un ‘principio’ es la norma que debe observarse por ser un imperativo de justicia de honestidad o de alguna otra dimensión moral y no porque mejore una situación económica, política o social” (González Álvarez, 2013).

Cada una de las funciones mencionadas lleva a que los principios tengan o actúen con criterios diversos, como, por ejemplo: de interpretación o hermenéutico, fuente material del derecho y axiológico. Todas ellas finalmente confluirán en la función creativa del derecho, cada acto de integración o interpretación de una norma jurídica genera una nueva norma de carácter particular y es esta la que finalmente resuelve la controversia de manera concreta, solución que estará enmarcada en la justicia y en la equidad. Frente a este último concepto la Corte Constitucional colombiana ha señalado en la Sentencia C-284 de 2015:

La equidad ha sido objeto de análisis por las decisiones de este Tribunal destacando (i) que se trata de un concepto jurídico indeterminado objeto de constitucionalización; (ii) que su reconocimiento se constata en diferentes disposiciones de la Carta que aluden a ella (artículos 20, 95 226, 230, 267 y 363); y (iii) que la equidad en materia de administración de justicia tiene su lugar “en los espacios dejados por el legislador” al paso que “su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto”

De acuerdo a lo establecido por el alto Tribunal, la equidad hace referencia a la solución justa del caso particular, mientras que la justicia es de carácter general. “En síntesis, la justicia es propia del creador de la norma general (podres constituyente, legislativo y ejecutivo); la equidad, del hacedor de la norma particular o individualizada (poderes ejecutivo y judicial), que con esta aplican aquella. Por tanto, la equidad es la solución justa de los casos o problemas singulares” (Valencia Restrepo, 2018). Como ya hemos anotado, no puede entenderse el derecho sin la presencia de los principios, y los principios son justicia dentro de un orden jurídico, y lo son en la medida que hacen viviente el derecho escrito para la solución de un caso concreto donde puede

inicialmente observarse una laguna, vaguedad del lenguaje jurídico o multiplicidad de normas para aplicar a dicho caso. En estos eventos mediante la interpretación y la integración se crea la norma justa (en equidad) para el caso particular.

La remisión a la justicia, a lo que implica y significa, fue vital en Grecia, tanto que la ley, el derecho, la sentencia y cuanta expresión jurídica existente, y no sin razón, se vinculó directamente con la justicia, pues todo, desde la igualdad y la ética hasta la ley y la sentencia, tiene sentido con ella e insignificancia sin ella, tal parece que esta verdad hizo que sea lugar común en la doctrina que estudia la historia de los principios generales remitir, en inicial orden, al pensamiento aristotélico –que enfatiza por ‘principio’ ‘el punto desde donde una cosa empieza a ser cognoscible’– sobre la justicia y la equidad como el precedente griego de los principios (González Álvarez, 2013).

Los principios son una fuente real y material en la construcción del derecho, pero al ser la norma jurídica (la ley) general, impersonal y abstracta en muchas ocasiones puede parecer injusta, pero al concretarla con las distintas funciones de los principios se obtiene justicia de allí que pueda establecerse la siguiente regla:

Si $(PJ \wedge OJ)$ DJ

Si los principios jurídicos crean el ordenamiento jurídico la decisión jurídica es justa. En un Estado de derecho constitucional la base axiológica es necesaria y fundante de las distintas normas y reglas que integran el ordenamiento jurídico, de allí que, ante una eventual laguna o vacío normativo para la solución de un caso, el juez debe acudir a los principios para dar respuesta a la controversia planteada. Si se presenta una colisión de principios, el juez debe acudir al valor de cada principio en el caso concreto, porque los principios no tienen jerarquía, de su utilización en cada caso dependerá su valor frente a otros principios.

El quehacer de los operadores del derecho está atado a la interpretación de la norma, y si esto es así, también lo estarán a los principios,

de ahí que se justifican plenamente expresiones como ‘quien conoce los principios generales, domina todo el derecho, el que los ignora, nada sabe de él’, ‘sin interpretación [por tanto sin principios generales] no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico’, o magníficas dilucidaciones como que ‘hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, esta está entera, y no puede no estar, dominada por los principios generales (González Álvarez, 2013).

Son los principios la guía y el camino a seguir en aras de mantener un ordenamiento jurídico acorde con el criterio de justicia, justicia tanto general como concreta, que es finalmente la que percibe el ciudadano a través de las decisiones judiciales, es la que percibe cuando se protege el medio ambiente y a los seres sintientes, cuando se les integra, aunque no exista una norma exactamente aplicable al caso concreto. Los principios son fuente real y material del derecho y como tal deben entenderse, no como criterios auxiliares, ellos son principales dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

De la corrección

En esta investigación se le ha dado a la corrección el estatus de principio, aunque el profesor Robert Alexy la denomina *pretensión de corrección*. El mencionado profesor alemán afirma que “el derecho consiste en algo más que la pura facticidad de regularidades de conducta, órdenes, disposiciones psíquicas o el ejercicio de la coacción”(2016b). La corrección será el punto por medio del cual se allega la justicia al ordenamiento jurídico. La corrección, más que una pretensión es un principio y no es un principio distinto a la justicia misma, con ella se busca el plus de justicia que encierra la norma jurídica, teniendo presente que el núcleo de está son los principios o valores de cada sociedad en particular. Como se anotó anteriormente, los principios son una base axiológica que irradia todo el conjunto normativo de un país, es decir, son los valores bilaterales que posee cada sociedad y los cuales se convierten en obligatorios y son coercibles.

El profesor Alexy nos continúa diciendo: “el núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis de que los actos jurídicos institucionales de este

tipo siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto” (2016b). El acto no institucional es la aceptación del acto institucional por parte de la comunidad, de allí que la corrección es una actividad argumentativa y como tal su finalidad es la de convencer al respectivo auditorio. Siguiendo al mismo Alexy, la corrección es una pretensión de fundamentalidad, es decir, un peso argumentativo mayor en quien formula la pretensión de corrección, este tiene la obligación de exponer en forma clara las razones de justicia de la norma jurídica dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta postura del profesor Alexy no es pacífica, existen varias polémicas en torno a ella, como por ejemplo la presentada por Bulygin (2001) y Sieckmann (2014) en los siguientes términos:

Se encuentran varios sentidos del término ‘corrección’ en los escritos de Alexy. En primer lugar, la corrección es entendida como la verdad, o algo semejante a la verdad, de las aserciones normativas. En segundo lugar, la corrección se define como posibilidad discursiva, tercero, se usa como referencia a un criterio de evaluación de nivel más alto, como el de la verdad de las oraciones, o el de la justicia como criterio último para evaluar la corrección de la distribución de los bienes, o el de la conformidad con el derecho vigente. Por último, corrección se usa en el sentido de la corrección moral, cuando Alexy trata del interés en la corrección y su necesidad. El problema central es que la interpretación de la corrección como verdad, o algo semejante, y la noción de corrección como posibilidad discursiva no son del todo compatibles, además que ambas resultan inadecuadas para una teoría de la justificación procedimental (Sieckmann, 2014).

De acuerdo a lo planteado hasta este momento, al hablarse de corrección se hace en el sentido de ser esta una técnica de interpretación del ordenamiento jurídico, teniendo presente que esta se constituye en un principio o regla principio, dado que no es descubierta sino creada por los jueces (Tribunales Constitucionales) en la verificación de la justicia que tiene una norma aplicada a un caso concreto. No se trata, entonces, de un análisis simple del orden jurídico, sino del uso de la corrección como medio de para traer al ejercicio interpretativo a los principios y sus respectivas funciones (creativa, interpretativa e integrativa). Los principios, enmarcados dentro de la corrección, son un

límite a la aplicación del derecho e incluso frente a los mismos principios, ante un choque de principios deberá recurrirse al *balancing* o fórmula del peso (ponderación). Téngase en cuenta que dentro de los principios no existe un orden jerárquico, todos tienen el mismo peso dentro del marco constitucional o legal.

La ley de la ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2004).

La corrección como principio es un factor de creación de norma, en unos casos norma de carácter general, cuando de esta función creativa hace uso el legislador, pero también crea norma de carácter particular, la que se presenta en las decisiones judiciales. Como tal la corrección, siguiendo al profesor alemán es una expectativa normativa, al ser una garantía de fundamentalidad, lo que se busca, como se mencionó atrás, es el convencer al destinatario que existe un acto decisión judicial correcta. La argumentación es el camino final al cual se llega luego de realizar la tarea hermenéutica, es decir, esa tarea de develar o descubrir la verdad. Las conclusiones a las cuales se llega se exponen a través de argumentos que permiten evidenciar que dicho resultado es verdadero, esto es coincide con el mundo fenoménico o que coincide con el mundo jurídico procesal, esto es lo que las pruebas sobre los hechos le muestran al juez (Grisales Cardona, 2015).

Con la corrección lo que se pretende es evitar una sentencia injusta o absurda. En nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 336 del Código General del Proceso, se establece como causal de casación “la violación directa de una norma jurídica sustancial”, ello significa que se haga una indebida aplicación o falta de aplicación de la norma. Al darse una sentencia bajo estos parámetros nos colocaríamos ante una sentencia injusta y absurda, allí se presenta una contradicción con el fin mismo del derecho la justicia, es por ello que se hace necesario que un juez de mayor jerarquía resuelva en justicia la situa-

ción, en otras palabras, que proceda tomando como base los principios de a la corrección de la norma particular, esto es hacer uso de la equidad, justicia para el caso concreto. En este caso se presenta, tal como lo señala Alexy una contradicción performativa. Una sentencia no puede ser bautizada como justa o correcta y luego predicar de ella un error, con ella se rompe todo criterio de justicia.

Con una sentencia judicial siempre se formula la pretensión de que el derecho se aplica correctamente, por escasa que pueda ser la satisfacción de dicha pretensión. La pretensión de corrección necesariamente formulada con la ejecución del acto institucional de la sentencia se contradice con la clasificación de la propia sentencia como errónea (Alexy, 2016b)

Al ser la corrección una técnica interpretativa, y a la vez argumentativa, esta debe responder al principio de igualdad, en el ejercicio argumentativo todos los participantes deben tener las mismas oportunidades para expresar sus razones, y la aseveración que realiza corresponde a una verdad o corrección, pero frente a cada objeción su carga de fundamentación debe ser mayor, siempre deberá fundamentar lo aseverado, si no lo hace, su pretensión será desvirtuada o desechada. Finalmente, la corrección como justicia requiere de la igualdad como elemento práctico y equitativo. En palabras de Perelman se encuentra:

1. A cada quien la misma cosa; 2. A cada quien según sus méritos; 3. A cada quien según sus obras; 4. A cada quien según sus necesidades; 5. A cada quien según su rango; y 6. A cada quien según lo que la ley atribuye (Pelman, 2017).

Los criterios anteriores, no tiene un orden jerárquico, deben presentarse y cumplirse dentro de un ejercicio argumentativo ponderativo. Determinar la medida correcta de los principios frente al caso concreto y de esta manera lograr justicia dentro del discurso reconociendo su igualdad y libertad de participación. La justicia como ponderación tiene, además, una ventaja adicional. Expresa la idea de la medida correcta, idea clásica para la justicia. Excluye, así, cualquier forma de fanatismo. El postulado de la disposición a la ponderación es un postulado esencial del discurso racional de la justicia. Expresa el

respeto de los principios de justicia de los otros y, con ello, es un corolario del reconocimiento de los otros como interlocutores del discurso en igualdad de derechos y miembros de una sociedad de libres e iguales (Alexy, 2016b).

La corrección es una técnica interpretativa, en la cual el discurso o ejercicio dialógico está presente durante todo su desarrollo, los participantes siempre estarán en igualdad de condiciones, esto es la oportunidad de exponer sus aseveraciones con su fundamentalidad, no puede romperse la igualdad en el discurso racional, de hacerse se violenta la corrección como justicia.

De la razonabilidad

Razonabilidad, o también denominada test de razonabilidad, no es otra cosa que el cumplimiento de la fundamentalidad de la aseveración, es decir, la obligación que tienen los participantes de dar las razones en las que se soporta su decir dentro del discurso. En el acápite anterior, se manifestó que la corrección era a su vez una exigencia de fundamentación, donde cada parte está en las mismas condiciones de igualdad para expresar y defender su aseveración frente a los otros. En este aparte, se muestra en qué consiste la razonabilidad y cuáles son sus requisitos dentro de un discurso racional.

Dentro de las aseveraciones que hacen los participantes, el sustento normativo puede recaer sobre reglas o sobre principios, es decir, generar un choque de reglas o de principios, lo que llevará al juzgador a dirimir dicho conflicto o choque, para lo cual tendrá que hacer uso de la razonabilidad para definir cuál de las reglas o principios tienen un mayor peso para la solución del caso particular. Es así como el juez estará en presencia de la solución a un caso fácil o la solución de un caso difícil. En el primer evento hará uso de la subsunción o de las reglas escritas para la dar salida a esa situación, como, por ejemplo, norma posterior prima sobre la anterior, norma especial prevalece sobre la general, entre otras. En el segundo caso deberá hacer uso de la ponderación, en la cual se determinará el peso del principio en el caso concreto. Es importante anotar que la razonabilidad es un criterio argumentativo, esencial para determinar la igualdad que debe estar presente en el ejercicio judicial. No es entendible que ante situaciones similares se den resultados diferentes, o que el legislador genere desigualdades que los ciudadanos no están obligados a soportar. Las

razones para crear el cambio deben ser evidentes y de fuerza suficiente que lleve a los participantes a aceptar dicha desigualdad.

La Corte Constitucional colombiana, sobre este tema ha sostenido que “el test de razonabilidad es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”, y continúa diciendo en la Sentencia C-022 de 1996:

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

De acuerdo a lo mencionado, si una norma general o particular establece una desigualdad, debe indicar en que se fundamenta, señalando el valor que le asigna al principio que permite establecer dicha desigualdad:

De esto se infiere que tiene que haber una razón suficiente para las justificaciones, que las justifique y que la cualificación de la razón como suficiente es un problema de valoración. Aquí habrá de interesar sólo lo primero. Que para la admisibilidad de las diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de tratamiento (Alexy, 2002).

Es obligación del legislador o del juez fundamentar en forma debida la desigualdad en el manejo normativo general o concreto, de no hacerlo se debe mantener la igualdad, en otras palabras, el precedente vinculante se mantendrá hasta que la carga argumentativa muestra que es necesario tratar de una

forma diferente un caso similar al origen del precedente, en caso contrario el juez no lo podrá cambiar a su libre albedrío. Perelman, citado por Alexy, manifiesta que solo se debe argumentar aquello sobre lo que se duda y amerita un cambio, no hay necesidad de argumentarlo todo.

Simplemente enuncia que es irrazonable abandonar sin motivo una idea aceptada hasta entonces. Quien duda o critica debe dar una razón para su duda o crítica. Ello fundamenta además lo inadmisibile de la duda universal. Con ello queda notablemente limitado el campo de la exigencia de justificación. No es necesario justificarlo todo, sino sólo aquello en lo que, con razones, se duda. Esto significa no solo una considerable descarga de la argumentación, sino que ciertamente hace posible el argumentar. Sin presuponer algo no puede empezar ninguna argumentación(Alexy, 2017).

Hasta el momento se ha dicho que en el discurso racional existe una exigencia de fundamentalidad, en ningún momento se asimila la razonabilidad con la proporcionalidad, este es una tarea de peso de los principios, que si bien al final debe explicarse por qué su ejercicio inicial no requiere de argumentación. Pero al realizarse la aseveración respectiva que genere crítica, duda o cambio en posiciones antecedentes que conlleve a violentar la igualdad, necesariamente tendrán que exponerse las razones de la decisión. Los tribunales constitucionales, en aras de garantizar la permanencia de los principios, tienen una mayor carga argumentativa cuando se busca la protección de los derechos fundamentales y estos están en choque con otros derechos también fundamentales. Esa colisión usará en primer lugar la ponderación, pero tendrá, luego, que argumentar el criterio imperante o el peso determinado para el principio que puede genera un tratamiento desigual.

Conclusiones

La principalística es la base en la actualidad para una adecuada interpretación y comprensión del ordenamiento jurídico, sin ella no es posible determinar que cada decisión tomada es justa. La justicia procede de los mismos principios jurídicos, entendidos estos como los valores bilaterales existentes en una sociedad, valores que preexisten a la misma sociedad y al derecho. De

allí que los principios son descubiertos y no creados por el legislador, a menos que se trate de reglas principio.

La corrección es justicia, sin la presencia de componentes morales que lleven a interpretar el orden jurídico y adecuarlo a los criterios de justicia no puede aceptarse la validez de ese orden, el no uso de los principios genera un orden injusto y como tal no puede ser considerado como parte del derecho.

La razonabilidad es el cumplimiento de la exigencia de fundamentalidad que exige la misma corrección, deben darse los argumentos necesarios que sirve de soporte a la aseveración, y con mayor razón cuando estas aseveraciones marcan desigualdad entre las personas, desigualdad que sin ello no puede ser aceptada por la comunidad.

Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2016a). *La doble naturaleza del derecho*. Trotta.
- Alexy, R. (2016b). *La institucionalización de la justicia*. Editorial Comares.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-284 M. P. González Cuervo, M.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-022. M. P. Gaviria Díaz, C.
- González Álvarez, R. (2013). *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. ARA.

- Grisales Cardona, W. E. (2015). *De la argumentación y el lenguaje jurídico*. Leyer.
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural*. Eunsa.
- Perelman, C. (2017). *De la justicia, de la interpretación y razonamiento jurídico*. Ediciones Olejnik.
- Sieckmann, J.-R. (2014). *la teoría del derecho de Robert Alexy*. Universidad Externado de Colombia.
- Valencia Restrepo, H. (2018). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Librería Jurídica Sánchez R.

Capítulo 7

Un acercamiento a la figura del *amicus curiae* en el contexto de la justicia dialógica

Christian Benítez Núñez¹, Ómar Huertas Díaz², Julio Cabrera Dirccio³,
Luis Fernando Garcés Giraldo⁴, Sandra Johanna Arévalo Fonseca⁵

Resumen

La presente investigación parte del método analítico-descriptivo, su objeto de estudio corresponde al modelo de democracia constitucional y sus implicaciones en materia de justiciabilidad de derechos humanos. Modelo en el cual se aperturan las puertas de las altas cortes para escuchar con especial atención a expertos científicos y técnicos, en las áreas relacionadas con los derechos exigidos, a partir de la figura denominada *amicus curiae*, se permite así, un pronunciamiento de la autoridad judicial objetivo e integral. En ese sentido, arribamos a conclusiones al respecto de promover esta figura en la región latinoamericana para una mayor eficacia en la justiciabilidad de los derechos humanos en perspectiva dialógica.

Palabras clave: *amicus curiae*, justicia dialógica, *ius commune* latinoamericano, control judicial.

1 Doctor en Derecho y Globalización, estancia posdoctoral CONACYT, Universidad Nacional de Colombia, México, Correo: christian.benitez@uaem.edu.mx

2 Doctor en Derecho y doctor en Ciencias de la Educación, director de la Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” Universidad Nacional, Colombia. Correo: ohuertasd@unal.edu.co

3 Doctor en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México. Correo: dr.juliocabreradirccio@hotmail.com

4 Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, posdoctor en Filosofía de la misma universidad, y en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. ORCID /0000-0003-3286-8704. Correo: lgarcés@americana.edu.co

5 Magíster en Criminología y Victimología de la Escuela de Postgrados Miguel Antonio Lleras Pizarro de la Policía Nacional, Universidad la Gran Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Colombia. Correo: sandra.arevalo@ugc.edu.co

Introducción

Resultaría difícil negar que nos encontramos en tiempos de constantes transformaciones en diversas áreas políticas, económicas, jurídicas, tecnológicas –y la lista podría continuar de manera casi interminable–. Para ilustrar, bastaría retroceder brevemente al pasado y precisar que a finales del siglo XVIII, la libertad, la igualdad y el derecho de propiedad se convirtieron en estandartes de una lucha social; mientras que a comienzos del siglo XX, la exigencia de condiciones mínimas de trabajo, el reparto agrario y otros tantos derechos sociales, reavivaron el nuevo espíritu constitucional.

Posteriormente, a mediados de ese mismo siglo XX, las más avergonzantes conductas humanas dieron paso a otro nuevo constitucionalismo en el que progresivamente se reconocieron los derechos colectivos y ambientales, entre otros tantos. Ciertamente, todo ello ha impactado de manera directa en la sociedad, y, sobre todo, en el contexto en el que esta se desenvuelve. Precisamente, es en este complejo contexto que tiene lugar un concepto político-jurídico que se le identifica como democracia constitucional, esto representa un modelo de Estado contemporáneo que ha sido adoptado constitucionalmente –explícita o implícitamente–, en los países que se reconocen como democráticos, y cobran relevancia tanto la dimensión sustancial —conformada por las libertades y los derechos sociales—, así como la dimensión formal —derechos civiles y políticos—.

En este punto resulta conveniente advertir que coincidencias en los órdenes jurídicos en cada país, permiten identificar la adopción de este modelo de Estado, mientras que a la par, la recepción de un considerable número de instrumentos internacionales ha conformado sin lugar a dudas un *ius commune*, generando las condiciones para la creación de puentes de diálogo entre diversos operadores jurídicos, para superar las graves violaciones a los derechos humanos desde la experiencia del derecho comparado –siendo derecho común a la vez–. Precisamente, es en este contexto que la figura del *amicus curiae* cobra una especial relevancia, ya que la participación de expertos técnicos o científicos aportan imprescindibles argumentos que permiten llegar a conclusiones objetivas e imparciales a las autoridades judiciales, desarrollando así una democracia constitucional que permite la deliberación, y, al mismo tiempo, la legitimación de las cortes frente a la justiciabilidad de los derechos.

La democracia constitucional como modelo de Estado

Ciertamente el Estado ha evolucionado a lo largo de los siglos y es el poder el elemento constitutivo que más transformaciones ha presentado en su devenir histórico. Esto se debe principalmente a que son las propias reglas impuestas por la sociedad en general, o grupos de poder en lo particular, las que han pretendido limitar y encausar su acción, aunque no en pocas ocasiones con cierta distancia del éxito esperado, ya sea en la respeto de la igualdad y las libertades fundamentales, en la garantía de los derechos sociales o, más recientemente, en la protección de los derechos medioambientales. Un ejemplo de lo anterior se ubica en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano –en adelante DDHC–, en cuyo artículo 16 estableció de que “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución” (1789). Este es el fundamento del Estado moderno en el que el poder se desconcentra a partir de una división específica, para que pueda ser controlado con base en sus fines. Incluso, no se debe perder de vista que en ese mismo artículo la condición de la necesaria garantía de los derechos representa un avance significativo en la reivindicación de los mismos.

En esa misma línea, Georg Jellinek (2003) advirtió que fue por vez primera que se formó en el derecho positivo la noción de los derechos subjetivos del individuo, ya que hasta en ese entonces, solo se reconocían derechos a ciertas clases privilegiadas de la sociedad. Aun así, criticó el contenido de la DDHC, al precisar que esta se componía de fórmulas abstractas, y, por lo tanto, peligrosas ante su indeterminación (p. 193). No resulta una casualidad que Thomas Paine afirmara que la Revolución francesa no se hubiese iniciado en contra de Luis XVI, sino en contra del gobierno como institución, cuyos principios despóticos se habían arraigado profundamente, y por lo tanto, tendrían que ser desterrados por una completa y universal revolución (Paine, 2017, p. 44). En aquel entonces, Francia atravesaba una prolongada crisis, en la que el problema rebasaba las deficiencias personales del monarca, y el hartazgo social resultaba más que evidente, por ello, luego de la Revolución, se despertaron grandes expectativas entre los vencedores (Crook, 2002, p. 14). Resulta entonces que la DDHC articuló de manera clara al menos tres aspectos: 1) la fuente de la autoridad del gobierno, 2) los derechos de los ciudadanos y 3) las formas de aplicación de las leyes. Siendo entonces que la soberanía descansaría exclusivamente en la nación, se reconocería un catálogo amplio de

derechos, y además se establecería la necesidad de una división de poderes entre las ramas ejecutiva, legislativa y judicial (Sperber, 2017, pp. 154-155). Otro punto a destacar consiste en el reconocimiento del fundamento de los derechos, no en el Estado sino en la naturaleza misma, atribuyendo el carácter de sagrados e inalienables; exigiendo a todos los poderes que conforman la institución estatal, el respeto de tales derechos.

Ciertamente, la Revolución francesa trascendió todas las nacionalidades particulares para crear una patria intelectual común, que podría acomodar a los hombres de todas las naciones como ciudadanos (Tocqueville, 2011, p. 19). Retomando los planteamientos tanto de Paine como de Jellinek, no cabe la menor duda que la DDHC marcó un parteaguas en la cultura jurídica universal, así como en las relaciones políticas, es decir, en las bases dogmáticas y orgánicas de toda Constitución de corte liberal hasta nuestros días. Al llegar a este punto, resulta necesario destacar que un Estado que adopta una Constitución, reconociendo un amplio catálogo de derechos, una división de poderes y, sobre todo, un sistema integral de garantías –tanto primarias como secundarias–, se le puede denominar de manera general Estado constitucional.

Por su parte, Riccardo Guastini ha señalado que esta adopción de modelo de Estado constitucional implica a todas luces una organización política liberal y garantista, toda vez que es comprendida la constitución como un límite al poder político, trayendo como consecuencia la constitucionalización de todo el orden jurídico (Guastini, 2017, pp. 213-214). En ese sentido, se debe tener en cuenta que la subordinación de los poderes a los derechos reconocidos constitucionalmente implica tanto una obligación de respeto como de garantía. Por ello, estos se deben traducir en una directriz de actuación de las autoridades estatales. Si observamos con detenimiento, el poder y los derechos representan una simbiosis, por lo que no deben de entenderse a estos elementos con cierto grado de antagonismo. A partir de tal afirmación, consideramos que un elemento de conexión entre estos lo representa la democracia, por lo que resulta necesario indagar al respecto de sus alcances. Para ello tomaremos en cuenta las ideas de Hermann Heller, para quien la democracia representa una estructura de poder construida de abajo hacia arriba, en la que rige el principio de soberanía del pueblo, se concibe este como un principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de la soberanía del dominador (Heller, 2014, p. 313).

Asimismo, Norberto Bobbio precisa que el término democracia se presenta de manera sintetizada como “el poder en público (...) activo, informado, consciente de sus derechos” (Bobbio, 2005, pp. 18-19). Sostiene que este término se emplea para designar una de las formas en las que se ejerce el poder político, destacando que esta forma se caracteriza por ser el pueblo el titular del poder (2001, p. 188). En esa misma línea, el doctor Julio Cabrera afirma que la democracia es un sistema social de valores, en el que la participación del individuo en los asuntos de su comunidad, implica tanto un derecho como un deber, a partir del cual se ejercita el poder político que le corresponde (Cabrera Dircio, 2015, p. 126). Podemos advertir que existen otras implicaciones que evidencian una interdependencia entre la libertad y la democracia. Tal relación trae como consecuencia que resulte “improbable que un Estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia, y por otra parte es poco probable que un Estado no democrático sea capaz de garantizar las libertades fundamentales” (Bobbio, 2003, pp. 26-27). De ahí que, Christian Rostboll afirme que “en la mayoría de los modelos de democracia, encontramos, explícita o implícitamente, tanto una teoría de lo que significa libertad, una concepción de libertad, y una cierta teoría sobre por qué y cómo se necesita la democracia para esta libertad” (Rostboll, 2008, p. 2).

Ahora bien, es precisamente en este contexto de transformación constante cuando se acuña en este siglo XXI un concepto denominado *democracia constitucional*, el cual, en palabras de Michelangelo Bovero, designa un sistema jurídico-político en el que se sintetizan dos elementos: el Estado constitucional y el gobierno democrático, a partir de las formas que han adoptado un gran número de países a partir de la Segunda Guerra Mundial, se destaca que fue el jurista italiano Luigi Ferrajoli el primero en desarrollar este concepto (Bovero, 2011, pp. 13-14). Cabe señalar que hace más de veinte años, en sus trabajos publicados *post mortem*, Carlos Santiago Nino (1997) señalaba que las dos nociones *constitución* y *democracia* –al combinarse–, dan origen a un sistema de gobierno conocido bajo el nombre de “democracia constitucional”; no sin antes advertir las tensiones entre estos elementos, derivadas de un posible debilitamiento mutuo ante 1) los límites constitucionales que representan un freno a los avances democráticos, y 2) la vigencia de un modelo democrático valioso frente a la noción oscura de constitucionalismo (pp. 13-14).

Asimismo, Nino ofrece un concepto amplio de constitución que consiste en “el conjunto de normas que prescribe la organización básica del poder po-

lítico y la relación entre el Estado y el individuo, imponiendo límites a la actividad legislativa” (p. 17). En ese sentido, constitucionalismo –en su sentido más robusto–, implica el conjunto de normas rígidas que organizan al poder, requiriendo de estructuras específicas de procedimiento y contenido de estas mismas normas al regular la vida pública. Lo que conlleva al desarrollo de una democracia liberal caracterizada por dos elementos 1) la participación popular, y 2) el gobierno limitado (pp. 18-20).

Al respecto, Luigi Ferrajoli ha precisado que este modelo tiene sus raíces en el cambio radical de paradigma que se dio a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –a raíz de la derrota del nazismo y del fascismo–, y que impactó tanto en la estructura del derecho, como en la naturaleza de la democracia, y permitió redescubrir el valor de la Constitución como norma que garantiza la división de poderes, y, el reconocimiento de derechos fundamentales, principios anteriormente negados. Valga advertir que al día de hoy no hemos tomado plena consciencia de dicha transformación y sus alcances (Ferrajoli, 2013, pp. 27-29). El mismo autor identifica la existencia de dos dimensiones de la democracia; dimensión formal o procedimental, desarrollada a partir de las formas el quién y los procedimientos idóneos el cómo, para garantizar la voluntad popular, independientemente de sus contenidos; y una dimensión sustancial, establecida por los derechos humanos, el principio de igualdad, entre otros (Ferrajoli y Bovero, 2012, pp. 12-14). Es decir, la democracia constitucional implica un modelo de Estado contemporáneo adoptado por los países que se reconocen como democráticos, y, en el cual los derechos humanos cobran una especial relevancia progresiva al encontrarse reconocidos y garantizados en una ley suprema; lo que impone límites a los poderes estatales, tanto formales como materiales.

Ahora bien, ambas dimensiones, tanto formal como sustancial, no se contraponen, sino que se complementan, dando como resultado el modelo denominado democracia constitucional, que de acuerdo Luigi Ferrajoli representa un modelo normativo multidimensional que corresponde a diversas clases de derechos fundamentales:

1. Democracia política: asegurada por las garantías de los derechos políticos.
2. Democracia civil: asegurada por las garantías de los derechos civiles.

3. Democracia liberal: asegurada por las garantías de los derechos de libertad.
4. Democracia social: asegurada por las garantías de los derechos sociales (2011, pp. 35-36).

Recientemente, Luigi Ferrajoli ha llegado a la conclusión de que los derechos políticos y civiles –denominados formales o instrumentales– sirven para fundamentar la legitimidad de la forma de las decisiones en la esfera política y en la esfera económica; mientras que los derechos de libertad y sociales –denominados sustanciales o finales– sirven para fundar la legitimidad de la sustancia de las decisiones (Ferrajoli, 2014, pp. 54-55). Tales dimensiones representan la base del modelo de democracia constitucional en virtud del cual, ningún poder puede derogar o desconocer los derechos fundamentales y demás principios establecidos por la propia Constitución.

Asimismo, el jurista italiano advierte que el constitucionalismo contemporáneo debe imponer límites al desarrollo desregulado y salvaje del capitalismo global, así como el desarrollo de un sistema integral de garantías, de lo contrario seguiremos conduciendo a las naciones hacia un futuro marcado por las graves violaciones a los derechos:

Lo que requiere un constitucionalismo más allá del Estado es la construcción, mucho más que de funciones e instituciones de gobierno, de funciones e instituciones supranacionales de garantía, no solo jurisdiccionales sino también primarias, idóneas para llevar a la práctica políticas sociales para la tutela de la supervivencia, del medio ambiente y de la paz no legitimadas por el voto sino simplemente por los pactos constitucionales de convivencia (Ferrajoli, 2018, p. 52).

En conclusión, la democracia constitucional representa entonces un modelo integral al considerar, tanto la dimensión formal como la sustancial, desarrolla obligaciones ineludibles por parte de las autoridades, tendientes a alcanzar el verdadero orden social por el cual fue creado el Estado, y, dotado de poder, para servir a la comunidad y no para servirse de esta. Modelo que se reinventa sobre las bases democráticas al reconocer progresivamente un catálogo de derechos cada vez más amplio, fortaleciendo con ello la dimensión sustancial de la democracia constitucional integral.

Tabla 1. Modelo de democracia constitucional

<i>Dimensión formal</i>	<i>Dimensión sustancial</i>
Derechos políticos Derechos civiles	Derechos de libertad Derechos sociales

Fuente: elaboración propia.

***Ius commune* latinoamericano y sus implicaciones en la justicia dialógica**

Ciertamente, el siglo XX, representó una nueva etapa del constitucionalismo, sobre todo en América Latina, ya que al igual que en Francia, el modelo político basado en una alianza liberal-conservadora, tal y como se había venido desarrollando, ya no resultaba sostenible. Fue en ese contexto en el que luego de una sangrienta revolución, el Estado mexicano reformuló el contrato social, dando origen a una nueva Constitución en el año 1917 que integró tanto demandas de la sociedad como acuerdos entre los principales grupos de poder: liberales y conservadores. Es decir, pactó constitucionalmente un acuerdo de estabilidad, de ahí que, líderes de los países latinoamericanos asumieran como necesaria dicha transformación constitucional. Tal y como lo afirma Roberto Gargarella:

Fue así que las constituciones latinoamericanas, una tras otra, comenzaron a anexar nuevas preocupaciones sociales a la vieja matriz liberal-conservadora, que –notablemente– no fue suprimida ni sometida a cambios sustanciales. El nuevo constitucionalismo se mostró entonces con un perfil social en materia de derechos, pero todavía demasiado conservador en materia de organización del poder (2014, pp. 202).

Con todo lo anterior, podemos resumir que la Constitución, tradicionalmente se ha considerado como la ley suprema que representa las aspiraciones de una sociedad, a partir de las cuales se establecen principios sobre los cuales se busca sentar las bases para la construcción de un estado organizado que permita que tales aspiraciones se conviertan en una realidad. Esta ordenación implica la representación en que habrá de estructurarse y aplicarse el

poder, además de los medios de control que permitan restituir el orden ante cualquier acto abusivo o autoritario, todo lo anterior, hemos de insistir, con el propósito de garantizar el bien común (Benítez Núñez, 2013, pp. 165-182). Pedro Salazar precisa que existe un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, cuya denominación surge a partir de los procesos constituyentes en los últimos años del siglo veinte y la primera década del siglo veintiuno, tales como Brasil, Costa Rica, Colombia, Perú, entre otros. Asimismo, advierte que uno de los temas más complejos corresponde a la justicia constitucional, toda vez que coloca en una posición privilegiada a los jueces encargados de la defensa constitucional (Salazar Ugarte, 2013, pp. 348-349).

Al respecto, conviene señalar que esa tendencia de un constitucionalismo latinoamericano representa una evolución democrática, ya que tanto las reformas constitucionales como la promulgación de nuevas constituciones en estas tres últimas décadas, han representado una fractura con los regímenes autoritarios, es decir, una apropiación jurídica y socialdemocrática.

En esa misma línea, a partir de la recepción de la Convención Americana de Derechos Humanos —en adelante CADH— en cada orden interno, mediante las disposiciones constitucionales de cada Estado-parte, se construye un nuevo orden jurídico regional desde dos perspectivas, la primera internacional ya que es en esta sede donde nace la CADH, y posteriormente, una sede nacional, que se sujeta a su contenido. Una vez planteado lo anterior, resultan claros los fines que persigue esta comunidad en vías de desarrollo, partiendo del respeto a los derechos humanos y el reconocimiento de la dignidad de las personas, el *ius commune* latinoamericano se propone tres objetivos:

1. Avanzar en el respeto de tres principios: derechos humanos, Estado de derecho, democracia, partiendo de la premisa de la insuficiencia del espacio estatal, sin que esto implique el desplazamiento del Estado como institución primordial del derecho público.
2. Concretizar el Estado abierto a partir de las cláusulas de apertura: al derecho internacional, a las instituciones internacionales y la práctica del derecho comparado, basándose en la incapacidad del Estado aislado para superar los problemas del siglo XXI. Traduciéndose esa apertura en progreso.

3. La consolidación de instituciones internacionales fuertes, eficientes y legítimas: que coadyuven con la protección de derechos humanos desde una perspectiva con mayor alcance que la que podría tener un Estado-nación bajo el principio de universalismo (Bogdandy, 2017, pp. 39-41).

Aun y con el destiempo con el que se han propiciado las transformaciones constitucionales, resulta innegable que aquellos países de la región que fueron sometidos por las dictaduras en el siglo pasado como Chile con Augusto Pinochet, Panamá con Manuel Antonio Noriega, Nicaragua con Anastasio Somoza o Paraguay con Alfredo Stroessner, han transitado en las últimas décadas hacia un Estado democrático, siendo robustecido el catálogo de derechos humanos mediante la recepción de instrumentos internacionales. Hemos de señalar como ejemplo de lo antes sostenido, cuatro países de la región latinoamericana en los que se encuentra vigente un bloque de constitucionalidad; es decir, un parámetro de regularidad conformado tanto por la Constitución, así como por los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Tabla 2. Bloque de constitucionalidad en Latinoamérica

País	Año	Artículo(s)	Contenido
Argentina	1994 (reforma)	75 inciso 22	Reconoce la vigencia de un bloque de constitucionalidad conformado por un específico número de tratados, entre ellos la CADH.
Bolivia	2009	13, fracción IV	Los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos, ratificados por la asamblea legislativa plurinacional, prevalecen en el orden interno.
Colombia	1991	93	Los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
Ecuador	2008	417	Los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.
México	2011 (reforma)	1 y 133	Todas las personas gozarán de los derechos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. La Constitución, las leyes del congreso de la unión y los tratados serán la ley suprema de toda la unión.
Perú	1993	3 y 55	Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Fuente: elaboración propia.

Resulta entonces que los derechos humanos que comprenden el bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad, representan lo que Ernesto Garzón Valdés denominó coto vedado y que consiste en “aquellos intereses y deseos primarios de las personas que no pueden ser afectados” (Garzón Valdés, 2003, p. 32). De manera similar, Luigi Ferrajoli lo identifica como la esfera de lo indecible, es decir, el conjunto de principios que se encuentran sustraídos a la voluntad de las mayorías, y que tampoco puede dejar de ser decidido, vinculando no sólo a los poderes públicos sino además, a los poderes privados (Ferrajoli, 2013, pp. 102-103).

Atendiendo a la experiencia comparada, no cabe la menor duda de que a través de un activismo judicial, que no solo ordene acciones al resto de los órganos estatales, sino además que coordine y supervise estas, se alcanzarían mayores indicadores para garantizar ese amplio catálogo de derechos vigente (Huertas Díaz, 2018, pp. 120-122). Consideramos que el desarrollo del *ius commune* requiere de un diálogo constante entra cada uno de los Estados que conforman la región y de estos con los organismos internacionales que se encargan de vigilar el respeto del marco jurídico supranacional. En ese sentido, el *ius commune* latinoamericano en derechos humanos, es un cuerpo normativo y de doctrina, que tiende a conformar una cultura jurídica común en el espacio latinoamericano y como tal, se han de observar los siguientes retos a enfrentar:

1. Diálogo entre cortes.
2. La oportuna intervención de la academia.
3. La implementación de una estrategia de difusión de esta nueva cultura jurídica latinoamericana.

Hemos de concluir este apartado, precisando que la construcción de un *ius commune* latinoamericano en materia de derechos humanos representa un proyecto en constante evolución que implica una cooperación de los Estados parte que han ratificado la CADH, siendo una verdad irrefutable que el Estado nación desde una perspectiva individualista no será capaz de enfrentar de manera eficaz y eficiente, los grandes retos que implica el reconocimiento de la dignidad humana y la protección de los derechos de todas las personas.

Implicaciones del *amicus curiae* en la decisión judicial

En el contexto democrático contemporáneo no basta la simple elección mayoritaria para calificar la legitimidad del actuar de las autoridades, de ahí que su ejercicio puede y debe evaluarse a partir de tres indicadores: transparencia, deliberación y participación. Estas condiciones cobran especial relevancia en el terreno de la decisión judicial, ya que deben perseguirse los valores e intereses de la comunidad (Bogdandy y Venzke, 2014, pp. 171-173). Esto no implica que los sujetos que intervienen en el proceso queden relegados, sino que sus intereses y derechos se desenvuelven en un contexto que superar la condición individual –o privada–, por un interés común –público y colectivo–.

Ahora bien, en el ámbito de las cortes internacionales, la naturaleza de los conflictos que se someten a su jurisdicción, los asuntos relevantes no deben limitarse a las partes en disputa, por lo que no son pocos los espacios en los que se da la participación de terceros. Es precisamente en ese contexto en el que cobra relevancia la figura del *amicus curiae*, que son actores privados y especialmente organismos no gubernamentales –ONG–, este término corresponde a “un espectador, que sin tener interés en la causa, por su propio conocimiento, hace una sugerencia sobre una cuestión de derecho o de hecho para la información del juez” (Dolidze, 2015, p. 852). Sin lugar a dudas, se abre la posibilidad de que los procedimientos puedan generar cierta legitimación democrática de las cortes, al motivar la deliberación a partir de la participación de terceros expertos –sin intereses particulares– en el proceso; sin embargo, no debemos perder de vista que esta figura también podría dar lugar a una participación de *lobbies* en los temas que involucren fuertemente sus intereses (Bogdandy y Venzke, 2014, pp. 178-182).

Ahora bien, organismos internacionales como la Corte Internacional de Justicia, la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no han sido ajenos a la participación de terceros en los asuntos que conocen, no obstante, la regulación sobre la participación de estos no se ha desarrollado plenamente, así también en otros organismos, como la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), al carecer de reglas de procedimiento, se ha permitido la participación de los *amicus curiae* a partir de interpretaciones extensivas de los instrumentos internacionales que los regulan (Vierucci, 2008, pp. 163-168). Por otra parte, en lo relativo a la Corte Penal

Internacional, podemos encontrar que esta figura se encuentra reconocida de la siguiente manera:

Regla 103. *Amicus curiae* y otras formas de presentar observaciones

1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente.
2. El fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1.
3. La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones (Organización de las Naciones Unidas, 2000).

Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, aprobó su reglamento, estableciendo en su artículo 2.3 que la expresión *amicus curiae*, implica tanto a la persona como institución que es ajena al litigio, que expone a la Corte razonamientos o consideraciones sobre la materia del proceso, ya sea de manera escrita a través de un documento, o de manera oral en audiencia. Por lo que se estructura su participación de la manera siguiente:

Artículo 44. Planteamientos de *amicus curiae*

1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos.
2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de

escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el Tribunal en un plazo de siete días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación.

3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los quince días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los quince días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la presidencia.
4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae* (Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

Tomando en consideración los planteamientos de Owen Fiss, el juzgador en un ejercicio de naturaleza deliberativa escucha argumentos en torno a los hechos, los casos anteriores y el texto preciso de las normas para luego reflexionar acerca de todo lo escuchado e intentar evaluar las fortalezas y debilidades de tales argumentos, entonces el proceso de deliberación concluye cuando “se alcanza una decisión, momento en el cual esta es anunciada públicamente y los magistrados exponen las razones que los conjueraron a adoptarla” (Fiss, 2007, p. 269). De manera coincidente, Duncan Kennedy advierte que:

La actividad de creación de derecho de los jueces tiene lugar en el contexto de una estructura de normas jurídicas, los jueces resuelven problemas interpretativos a través de una forma de trabajo que consiste en reformular alguna parte de esa estructura, y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus decisiones (Kennedy, 2010, p. 29).

Al llegar a este punto, resulta imprescindible señalar que las decisiones judiciales implican –al menos en la mayoría de los casos–, el desarrollo de un si-

logismo práctico que de manera general se dividen en las tres fases siguientes:

1. La exposición de los hechos que dan origen a la controversia, en general, los hechos que se consideran violatorios de derechos humanos.
2. La selección de ley aplicable al asunto, ya sea constitucional o convencional.
3. La aplicación de la ley a estos hechos, tomando en cuenta criterios previamente desarrollados en casos análogos (Kahn, 2016, p. 18).

A manera de resumen, la participación del *amicus curiae* permite aportar una serie de argumentos técnicos relevantes sobre el asunto que la Corte debe resolver, lo que además abona en el desarrollo jurisprudencial, y la sensibilización de la opinión pública; produciendo efectos fuera de la sala del tribunal (Vierucci, 2008, pp. 166-168). Así, por ejemplo, la adopción del procedimiento *amicus curiae* ha implicado un proceso transformador en la historia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que se concientizó al respecto de su papel no solo en la resolución de conflictos en disputas particulares, sino también como institución cuyos pronunciamientos tendrían implicaciones políticas en la región (Dolidze, 2015, p. 878).

Sin embargo, salta una preocupación que consiste en ¿existe una vinculación entre la participación del *amicus curiae* y la decisión de la Corte? Tal y como advierte Astrid Wiik, se podría advertir que lo expuesto por el *amicus curiae* representaría una expectativa de que el tribunal al menos consideraría lo que se presenta, o en este caso salta otra pregunta: ¿por qué un tribunal admitiría un *amicus curiae* si no tuviera la intención de considerarlo? (Wiik, 2018, pp. 432-433). A pesar de estas disposiciones, las cortes no suelen referirse expresamente a lo expuesto por los *amicus curiae*, por lo que esto dificulta enormemente el análisis y medición de su impacto. Sin embargo, la participación de los *amicus curiae* resulta innegable en todo el mundo, especialmente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que permite deducir una influencia de los argumentos técnicos en las decisiones (Nkonge, 2017, p. 145).

Ahora bien, al llegar a este punto hemos de insistir en la discrecionalidad de las cortes al respecto de tomar en cuenta el esfuerzo de los *amicus curiae* ya

que, al menos en los reglamentos expuestos, no se advierte una obligación de respuesta –al menos discreta–, por parte de la autoridad judicial, que represente al menos una especie de *guiño procesal* que justifique de alguna manera, el trabajo de ONG o particulares, en pro de la democracia constitucional.

Conclusiones

Somos testigos de la evolución conceptual del Estado moderno, el cual ha ido ajustándose de acuerdo a su complejo contexto contemporáneo; sin que tal circunstancia haya provocado el abandono de la esencia liberal de finales de siglo XVIII.

A nuestro parecer, resulta un perfeccionamiento, una puntualización a nivel teórico de las dimensiones que el Estado mismo implica al día de hoy. La democracia constitucional representa entonces un modelo integral del Estado ya que, al considerar sus dimensiones formales y sustanciales, desarrolla obligaciones ineludibles por parte de las autoridades, tendientes a alcanzar el verdadero orden social por el cual fue creado el Estado y dotado de poder, para servir a la comunidad y no para servirse de esta.

Atendiendo a la adopción del modelo de Estado denominado democracia constitucional, hemos de afirmar que hoy más que nunca, cobra vigencia la necesidad de una participación coordinada de los poderes estatales para alcanzar los fines sociales, entre ellos la garantía del amplio catálogo de derechos humanos que han reconocido, pero no materializado. Es decir, aún y cuando la división de poderes se muestra cada vez más tenue, no por ello, nos alejamos de los principios que persigue la democracia; si la sociedad evoluciona, el poder, así como su división y control tienden también a evolucionar.

Si se observa con detenimiento, el poder y los derechos representan una simbiosis, por lo que no deben de entenderse a estos elementos con cierto grado de antagonismo. Ciertamente existe un sistema de pesos y contrapesos vigente pero distinto al concebido hace dos siglos, toda vez que existen espacios de diálogo y de construcción entre los poderes ejecutivo, legislativo, judicial y sobre todo la sociedad. Sin embargo, esta tendencia de diálogo está dando sus primeros pasos en América Latina, toda vez que cada uno de los poderes esta-

blecidos presenta cierto rechazo a una aparente invasión de sus competencias e intereses derivados de un anarco-capitalismo globalizado.

Para hacer frente a los problemas estructurales, debemos asumir una postura pro derechos humanos ante un país en crisis, en una región que se caracteriza por ser la más desigual en el mundo. Los instrumentos internacionales ya se encuentran vigentes, la jurisprudencia interamericana sigue desarrollándose día a día; solo nos falta formar a verdaderos defensores del orden desde la sede más importante de transformación social.

En ese sentido, también consideramos que el desarrollo de la participación de los *amicus curiae*, resulta imprescindible en la región latinoamericana, ya que a partir de la información técnica o científica presentada –ya sea por escrito o en audiencia– ante la Corte, permite a las autoridades judiciales arribar a conclusiones que fortalezcan el ejercicio argumentativo en las sentencias por cuanto a la motivación de estas, cumpliendo con ello las principales obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

No obstante, reiteramos nuestra preocupación ya que la incorporación de los *amicus curiae* no implica una vinculatoriedad en la toma de decisiones, limitando con ello el alcance de sus planteamientos, y por lo tanto, la justiciabilidad de los derechos. Ello nos invita a la reflexión sobre la necesidad de reformas reglamentarias que permitan contrarrestar la discrecionalidad al respecto de tomar en cuenta el esfuerzo de los *amicus curiae*

Referencias

Asamblea Nacional de Francia. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Benítez Núñez, C. (2013). México–Colombia: dos décadas de distancia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Derecho y Sociedad*, 6(1).

Bobbio, N. (2001). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.

- Bobbio, N. (2003). *El futuro de la democracia* (3 ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Bogdandy, A. (2017). *Ius Constitutionale Commune in América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*. En A. Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi y F. Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford University Press.
- Bogdandy, A. y Venzke, I. (2014). *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford University Press.
- Bovero, M. (2011). Prefacio. Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución. En P. Salazar Ugarte (ed.), *La democracia constitucional*. Fondo de Cultura Económica.
- Cabrera Diricio, J. (2015). El régimen democrático. En J. M. Serna de la Garza (ed.), *Contribuciones al derecho constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. CIDH.
- Crook, M. (2002). The French Revolution and Napoleon, 1788–1814. En M. Crook (Ed.), *The Short Oxford History of France. Revolutionary France 1788–1880*. Oxford University Press.
- Dolidze, A. (2015). Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant. *The European Journal of International Law*, 26(4), 851–880.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). *Democracia y garantismo*. Trotta.

- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del estado*. Trotta.
- Ferrajoli, L. y Bovero, M. (2012). *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*. Instituto Federal Electoral.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Marcial Pons.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Katz.
- Garzón Valdés, E. (2003). El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (18). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100002
- Guastini, R. (2017). *Filosofía del derecho positivo. Lezioni*. G. Giappichelli Editore.
- Heller, H. (2014). *Teoría del Estado* (2 ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Huertas Díaz, O. (2018). *Principio de legalidad penal y justicia transicional en Colombia: legalidad estricta o legalidad flexible*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Jellinek, G. (2003). *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (2 ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kuhn, P. W. (2016). *Making the Case. The Art of the Judicial Opinion*. Yale University Press.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayo de teoría jurídica crítica*. Siglo XXI Editores.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

- None, C. (2017). Friend of the Court Participation in Regional Courts. En C. Kerkering y C. Mbazira (Eds.), *Friend of The Court and The 2010 Constitution. The Kenyan Experience and Comparative State Practice on Amicus Curiae*. Judicial Training Institute.
- Organización de las Naciones Unidas. (2000). *PCNICC/2000/1/Add.1*. ONU.
- Paine, T. (2017). *Los derechos del hombre* (3 ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Rostboll, C. (2008). *Deliberative Freedom. Deliberative Democracy as Critical Theory*. State University of New York Press.
- Salazar Ugarte, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. En L. González Pérez y D. Valadés (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sperber, J. (2017). *Revolutionary Europe 1780–1850* (2.a ed.). Routledge.
- Vierucci, L. (2008). NGO before international courts and tribunals. En L. Vierucci y P. M. Dupuy (eds.), *NGO in International Law. Efficiency in Flexibility?* Edward Elgar.
- Wiik, A. (2018). *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*. Hart Publishing.

Capítulo 8

Derechos humanos y conflicto en Colombia¹

Wilberto Therán Lopera²

Resumen

En desarrollo del proyecto de investigación *Dirección estratégica y procesos de reinserción en la empresa del Aburrá norte*, y del proyecto de investigación *Conflicto urbano y cotidianidad*, planteado por el grupo Territorio de la Universidad Pontificia Bolivariana, se deriva el presente estudio, en el cual se indaga sobre la eficacia que tiene la apuesta por la convivencia pacífica y la concertación al momento de solucionar eventos conflictivos. Se hizo necesario incluir como variables de trabajo los derechos humanos y conflicto, para poder contar con elementos teóricos, que, al ser trasladados a la realidad nacional, permitieran entender y caracterizar la anormal situación conflictiva colombiana. Este trabajo versará, pues, sobre dos asuntos propios de la ciencia política y los trasladará al contexto nacional para ofrecer elementos de entendimiento y reflexión, contribuyendo al análisis de una problemática que no se queda en el plano teórico, sino que, por el contrario, tiene lamentables repercusiones prácticas como violación sistemática de derechos humanos. Sin perder de vista las críticas recientes que se han formulado al concepto de derechos humanos, se realiza un abordaje a las tradiciones que históricamente los postulan y que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido, en especial dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su trabajo de guardiana de la Constitución Política.

Palabras clave: derechos humanos, conflicto, Corte Constitucional colombiana, paz, tradiciones de derechos humanos.

1 Capítulo de libro de investigación derivado del proyecto titulado *Dirección estratégica y procesos de reinserción en la empresa del Aburrá norte* realizado en 2015 y del proyecto de investigación *Conflicto urbano y cotidianidad* planteado por el grupo Territorio de la Universidad Pontificia Bolivariana.

2 Abogado, especialista y magíster en Estudios Políticos, estudiante de doctorado en Filosofía. Docente en pregrado y posgrado. Corporación Universitaria American. Correo: wilberto.derecho@gmail.com

Introducción

La interrelación derechos humanos-conflicto, puede abordarse desde un análisis histórico y hermenéutico, que dé cuenta de las reivindicaciones de derechos humanos surgidas en el seno de los mayores conflictos de la historia occidental moderna (Revolución francesa, Revolución bolchevique, guerras mundiales); también a nivel local puede analizarse el periodo de agudización de la crisis comprendido entre los últimos años de la década del setenta y principios de los noventa y el surgimiento de la Carta Política vigente.

Desde distintas concepciones de los derechos humanos, coinciden los teóricos sobre la dificultad que conlleva el intento de definir tal concepto. Se apela a la noción de derechos, pero el alcance y sentido de este concepto se entiende de manera particular. Esta situación, no obstante, podría llevar a pensar que a más corrientes y enfoques sobre los derechos humanos, más justicia y bienestar, pero la experiencia no puede estar más alejada de tal pretensión, máxime cuando tal discurso es promovido por personas, grupos e instituciones en procura, en algunas ocasiones, de intereses contradictorios e incompatibles. La ambigüedad³ siempre está al acecho en los discursos de los derechos humanos: para expresarlos se acude a la teoría del derecho subjetivo, al derecho natural, a los derechos básicos o a los fundamentales, sin que se logre llegar a un consenso. Es ya tradicional en ciertos autores de la teoría social acudir a la historia como metodología apropiada para acercarse al objeto de estudio, así, en este trabajo se procederá de igual forma al considerarse que es una variable pertinente para abordar adecuadamente el estudio de los derechos humanos. Se comparte la idea de que tal teoría es producto de la historia y surge en época reciente, concretamente en la modernidad, momento en el cual el Estado se seculariza, el poder político se concentra en manos de un gobierno absoluto, irrumpen el capitalismo, se manifiestan fuertes enfrentamientos sociales en los que se ven vinculados sectores antagónicos de la población y en el plano epistemológico, la razón se presenta como criterio exclusivo del conocimiento.

3 El enfoque analítico del derecho y la filosofía del lenguaje que lo inspira, asumiendo la problemática naturaleza que entrañan las palabras por su ambigüedad, vaguedad y carga emotiva, aunque no renuncia a la dilucidación de los fenómenos, sí lo hace frente a la definición como herramienta lógica de trabajo. La ambigüedad, que puede ser semántica o sintáctica, se surge por la diversa significación-acepción de las palabras y sus conectores. La vaguedad alude a la inexistencia de términos necesarios para definir otros. Sobre la carga emotiva del lenguaje, basta recordar la propuesta aristotélica sobre los pilares de la persuasión, concretamente el *pathos*, que afecta las emociones del receptor en la conversación y determina la conducta.

Han sido concebidos los derechos humanos, como todos aquellos *atributos y facultades* que le permiten a la persona reclamar cuanto necesita para vivir de manera digna y cumplir los fines propios de la vida en comunidad; también como un conjunto de principios de aceptación universal, reconocidos constitucionalmente y garantizados jurídicamente, orientados a asegurar al ser humano su dignidad como persona en su dimensión individual y social, material y espiritual. Estos atributos son *integrales*, ya que no se puede respetar unos e irrespetar otros; *intransferibles*, pues no admiten negociación alguna ni renuncia; *irrenunciables*, pues se adquieren para toda la vida del ser humano. Conviene acentuar que las declaraciones de derechos humanos son relativamente nuevas, varían en distintos momentos y lugares y se basan, entre otras, en las demandas humanas de dignidad y reconocimiento. La filosofía ha elaborado una categorización de derechos humanos atendiendo el ámbito de aplicación, sea que se dirijan al individuo, a la sociedad o al colectivo, denominándolos derechos humanos de primera, segunda y tercera generación. Se ha progresado de un concepto liberal e individualista clásico, en procura de consolidar la libertad–autonomía al fijar campos vedados a la intervención estatal, para garantizar una órbita de la autonomía privada (oposición al totalitarismo) a una concepción moderna, de aliento democrático y fuerte inspiración socialista, cuya idea central es la igualdad y la participación como fuentes del poder político (oposición a la autocracia). En la tercera generación se persigue la preservación de la especie humana en colectivo, razón por la que se habla de derechos de la solidaridad, porque son oponibles al Estado y exigibles a él, pero que no pueden ser realizados sino por la acción solidaria de todos los actores del juego social (Ramírez, 1996). Desde su surgimiento, los derechos humanos han tenido como sus titulares a todos los individuos de la especie humana, sin importar su raza, sexo, estatus social o nacionalidad. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, significa esto que no pueden ser instrumentalizados ni humillados gracias a su condición de sujetos morales autónomos.

Para dimensionar los problemas que se ciernen sobre el asunto de los derechos humanos, basta mencionar que es posible encontrar en situaciones de agresión flagrante de ellos, que para el sujeto que juega el papel activo de la conducta no se está cometiendo violación alguna de derechos porque la víctima no participa de una privilegiada naturaleza humana, es decir, se argumenta la plausibilidad de pensar en un tipo específico de ser humano que se

considera ontológicamente superior a otro tipo de seres humanos o pseudo-humanos. Siguiendo a Richard Rorty (1989), “además de la distinción humano-animal, hay otras dos formas principales en las cuales nosotros, humanos paradigmáticos, nos distinguimos de los casos fronterizos: la distinción entre adultos-niños y entre hombre-mujer” (citado en Shute y Hurley 1993, p. 117). Nótese que conflicto y derechos humanos van aparejados, es en medio de los principales conflictos de la historia donde las grandes declaraciones en pro de los derechos se manifiestan. En la actualidad, algunos teóricos del multiculturalismo y la teoría crítica como Santos (2002), los restringen únicamente al occidente europeo, que, en un proceso de colonización o localismo globalizado, los exportan a otros lugares del planeta. Este consiste en el proceso por el cual un fenómeno local dado es exitosamente globalizado, bien sea en la operación mundial de las corporaciones transnacionales... Mi argumento es que mientras los derechos humanos sean concebidos como derechos humanos universales, tenderán a funcionar como un localismo globalizado, como una forma de globalización desde arriba. Por el contrario, el multiculturalismo progresista es una precondition para una relación balanceada y mutuamente reforzada entre competencia global y legitimidad local, los dos atributos de una política contrahegemónica de derechos humanos en nuestro tiempo (pp. 64-66).

Otro asunto de vital importancia, en torno a los derechos humanos, es que estos no se reducen a meras aspiraciones morales o declaraciones de intenciones, pues encuentran respaldo en sistemas normativos, por ejemplo: la *Declaración de los derechos humanos* de las Naciones Unidas de 1948, el *Pacto de San José de Costa Rica* (derechos económicos, sociales y culturales), la *Carta de la Tierra* y las constituciones contemporáneas. En el ámbito nacional, la parte dogmática o filosófica de nuestra Carta Política consagra los principios y derechos fundamentales que sirven de modelo de actuación al legislador en el proceso de creación de la ley y a los demás operadores del derecho que se basan en ellos para realizar los juicios de constitucionalidad de las demás normas integrantes del ordenamiento jurídico. No puede soslayarse la afirmación, de que es el Estado el destinatario principal de las demandas de los derechos humanos. Al momento de exigir el cumplimiento y la plena vigencia de los derechos, los individuos deben acudir a la instancia que perciben como responsable de un estado de cosas desagradables e injustas, o como el poder liberador capaz de asegurar la supresión de las penurias y las molestias. Se apela

al Estado de derecho como instancia que posee el monopolio de la coerción, para la protección de la ya mencionada libertad negativa, y al Estado social de derecho para asegurar las condiciones necesarias de una vida digna.

De esta manera y después de abordar las características que consideramos propias de los derechos humanos y su historia, podemos transcribir, por considerarla acertada, la definición que sobre los mismos hace el profesor Angelo Papacchini:

Los derechos humanos son reivindicaciones de unos bienes primarios considerados de vital importancia para todo ser humano, que concretan en cada época histórica las demandas de libertad y de dignidad. Estas reivindicaciones van dirigidas en primera instancia al Estado, y están legitimadas por un sistema normativo o simplemente por el reconocimiento de la comunidad internacional (1997, p. 43).

Tradiciones de derechos humanos

Los distintos tipos de derechos humanos, han encontrado a lo largo de la historia, promoción en las teorías políticas que han dado en llamar clásicas. En estas teorías se privilegian unos derechos sobre otros por la función que llegarán a cumplir en pos de intereses específicos. En este ensayo no es preciso ahondar en detalles teóricos, por tanto, solo se hará una breve alusión al tema, se menciona la postura que tienen al respecto de los derechos humanos la tradición liberal, la tradición socialista y la demócrata.

Tradición liberal

Para los teóricos liberales como Jhon Locke, Benjamin Constant, Alexis de Toqueville y Jhon Stuart Mill, el supremo valor humano está constituido por la libertad individual que ningún poder puede vulnerar. Se busca defender la libertad individual de las intromisiones e imposiciones del Estado ostentador del poder; es lo que se conoce como libertad negativa, la libertad de hacer o ser del sujeto sin intervención de nadie más (despliegue de la autonomía moral), logrando con ello la consolidación de garantías eficaces para lograr la

defensa de un espacio vital de movimiento formando barreras resistentes a las interferencias que puedan presentarse en contra de sus expectativas de realización personal, desarrollo de sus capacidades y el goce de su propiedad. Esta “no intromisión” consiste en que los derechos de unos dejan de serlo cuando perjudican los derechos de los demás; la autorregulación y la reciprocidad son necesarias para que cada sujeto disfrute de sus derechos y permita superar aparentes paradojas como la violación del derecho de libertad al individuo que vencido en juicio resulta condenado a pena de prisión.

Para los pensadores de la tradición liberal, el peligro de mayor entidad al que se vería reducido el individuo es el Estado absoluto y totalitario, y la limitación del “sagrado” derecho de la propiedad privada. Para la teoría liberal clásica, la defensa de los derechos políticos pasa a segundo plano puesto que quedan subordinados al derecho de propiedad: solo del propietario pueden predicarse los derechos civiles y políticos, los sistemas políticos liberales fueron limitados democráticamente por la exclusión del sufragio y la ciudadanía de las mujeres y los no propietarios. Es evidente que, ante el gran despliegue liberal de defensa de la propiedad privada, los derechos económicos y sociales, o peor aún, la solidaridad social queda relegada. La asistencia a los pobres es más un asunto de caridad que de derechos.

Finalmente, conviene recordar que para el teórico de la economía Adam Smith, las reivindicaciones de justicia social no deben dirigirse al Estado sino al mercado, la libertad económica se convierte en condición del desarrollo social pero la distribución no conoce la equidad.

Tradición socialista

La libertad, en la tradición socialista es entendida como la posibilidad real de satisfacer necesidades materiales y espirituales básicas, la liberación de la miseria y del hambre para lograr el desarrollo de una vida humana plena. Es el Estado quien debe buscar la redistribución equitativa de los bienes y propiedades para obtener el derecho a una vida digna. Aquí el derecho a la vida es de gran importancia, aunque va más allá de la integridad física; aquí se busca garantizar los medios materiales de existencia que permitan el acceso a bienes primarios (alimentación, vestido, vivienda), se presenta la necesidad de mejorar los métodos de producción por parte del Estado y el llamado a los

países más ricos a asumir una distribución equitativa de los recursos según las necesidades.

La tradición socialista encuentra sus raíces en las ideas de Tomas Moro y de Tomas Campanella basadas en las utopías, construcciones ideales de comunidad y seguridad de cada individuo frente a sus necesidades primarias. Cada sujeto recibe de acuerdo con su propio oficio y condición, son estos los resultados del esfuerzo, de la actividad y de la racionalidad humana. Constituye un axioma socialista considerar que los individuos son sujetos de necesidades materiales y culturales, o en palabras de Papacchini:

Tan importante como la supervivencia física y la alimentación del cuerpo resulta la alimentación, por medio de la cultura, de la vida espiritual, condición indispensable para el goce pleno de la libertad y de los derechos (...). Con la enunciación de los derechos sociales el individuo se ve autorizado a exigir al Estado no solamente la protección de su vida y bienes, sino también los medios que aseguran las condiciones materiales de posibilidad para su derecho a la vida y a la cultura (1997, pp.109-110).

Otro punto de capital importancia para los socialistas lo constituye la propiedad privada que va unida a la división de la sociedad en clases, la aparición de los antagonismos –luchas– de clase y nacionales. La propiedad privada hace que la forma de la propiedad dominante condicione la supremacía de una clase determinada. Para los socialistas llegará un momento en el cual la propiedad privada desaparecerá y con ella el egoísmo y la miseria humana. Una vez que en el curso del desarrollo hayan desaparecido las diferencias de clase y se haya concentrado toda la producción en manos de los individuos asociados, el poder público perderá su carácter político. El poder político, hablando propiamente, es la violencia organizada de una clase para la opresión de otra... Si en la lucha contra la burguesía el proletariado se constituye indefectiblemente en clase; si mediante la revolución se convierte en clase dominante y, en cuanto clase dominante, suprime por la fuerza las viejas relaciones de poder, suprime, al mismo tiempo que a estas relaciones de producción, las condiciones para la existencia del antagonismo de clase y de las clases en general, y, por tanto, su propia dominación de clase (Marx y Engels, 1983, p. 49).

La relación conflicto-derechos humanos no podría ser más evidente en esta tradición, obsérvese incluso la particular terminología utilizada: lucha de clases, egoísmo, antagonismo, clases sociales, materialismo dialéctico. Curiosamente, en la declaración de derechos de 1789, la igualdad no fue considerada como derecho básico, pues el exclusivo protagonismo lo adquiere la libertad; fue en la declaración jacobina de 1793 donde la igualdad adquirió categoría de derecho fundamental, natural e imprescriptible. Ya Rousseau expresaba que la igualdad es condición de existencia de la libertad. Antes que igualdad frente a la ley se requiere igualdad de medios; la idea de igualdad es entendida desde Aristóteles como una forma de justicia, ya el estagirita anotaba en la *Ética Nicomaquea* (1985).

Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo sea lo legal y lo equitativo (= igualitario), y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo (citado en Ruiz, 2009, p. 35). La justicia según la igualdad se condensa en la conocida fórmula de *lo igual para los iguales, y lo desigual para los desiguales*. Las últimas tendencias de esta tradición, a finales del siglo anterior proponían el Estado social de derecho como el mecanismo adecuado para lograr que las necesidades se conviertan en auténticos derechos que pueden ser reclamados por parte del individuo al Estado, y que, además, se goce de la seguridad de la integridad y el respeto por la vida privada. Esto se logra con el apoyo de los ciudadanos al participar en el desarrollo de los planes sociales, es un no dejar solo al Estado frente al tema de la solidaridad social.

Tradición demócrata

La tradición demócrata concibe la idea de libertad como participación en el poder, como manifestación de la *voluntad general*; el individuo necesita su autonomía, pero reclama una participación como ciudadano frente a la política y al espacio público, el Estado es el reflejo de la sociabilidad. Se destaca el papel del ser humano como ciudadano y privilegia por consiguiente los derechos de participación política o derechos de la democracia. Según esta tradición:

Los verdaderos derechos del hombre son los derechos del ciudadano como derechos políticos de participación en el poder, que de un lado suponen los derechos de libertad, y del otro garantizan, por su misma existencia, la toma en cuenta de las exigencias de solidaridad o de hermandad (Papachini, 1997, p. 141).

Lo que significa, que toda persona tiene pleno derecho a ser ciudadano de una comunidad política; algo que supone como condición, en las actuales circunstancias de la humanidad, que la comunidad a la que pertenece —pueblo o nación— tenga un suficiente grado de autonomía política, que no tiene por qué traducirse necesariamente en un Estado independiente, sino que puede apuntar (y hoy parece esta una salida que debe ser explorada) hacia formaciones supranacionales amplias con autonomías coordinadas en diversos aspectos (Etxeberría, 1994). Los derechos políticos se requieren para organizar la participación de las personas en asuntos públicos que implican el compromiso de toda la sociedad. En este grupo de derechos se encuentran, entre otros, el derecho a elegir y ser elegido, el derecho a ocupar cargos públicos, el derecho a la libre asociación política y sindical. Se busca que, el individuo abandone un poco su individualidad y se sume al compromiso de elaborar la ley y de ejercer el poder como consecuencia de una *voluntad general*⁴.

En lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye al contrario una igualdad moral y legítima a la desigualdad física que la naturaleza pudo haber establecido entre los hombres, quienes pudiendo ser desiguales en fuerza o en talento, se hacen iguales por convención y por derecho (Rousseau, 1989, p. 28).

Lo que se pretende lograr en esta tradición es que hay un mismo interés en conseguir que el gobierno funcione y funcione bien, ya que a todos los ciudadanos los afecta directamente el tipo de administración que se adopte. Además, se mira la democracia como el medio más seguro y eficaz para resolver conflictos sociales sin llegar a la violencia. En desarrollo de la idea kantiana expresada en *La paz perpetua*, de que entre Estados democráticos no hay declaraciones de guerra.

4 Tal como lo sostiene Rousseau en su *Contrato social*, en el que la libertad del ciudadano se entiende como autonomía política y participación en las decisiones públicas, cuando se es parte activa de la voluntad racional: legislador, soberano y ciudadano en compañía de los demás.

Los derechos humanos en el constitucionalismo colombiano

En el capítulo primero, del título segundo de la Constitución Política, que integra la parte dogmática o filosófica de la Carta, se establece lo concerniente a los derechos individuales o de libertad, denominados derechos fundamentales. Resultaría equívoca y arbitraria la pretensión de reducir los derechos básicos de los colombianos a los consagrados entre los artículos 11 y 41 de la Constitución Política, puesto que en capítulos siguientes se consagran los derechos sociales o de la igualdad y los derechos colectivos y del medio ambiente, que también tienen carácter esencial. De la lectura del artículo 94 de nuestra Carta Política puede concluirse que no todos los derechos fundamentales han sido objeto de reconocimiento expreso por parte del constituyente, manifestándose que: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

La Corte Constitucional en amplia jurisprudencia ha definido los derechos humanos como los que pertenecen a toda persona en razón de su dignidad humana, independientemente de su ubicación en el cuerpo normativo de la Constitución, es así como en la Sentencia T-406 de 1992 expresó:

Los criterios que determinan el carácter fundamental de un derecho sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno de la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa (Corte Constitucional, 1992).

Es decir, es la sociedad de acuerdo a sus principios, valores y necesidades, quien determina la fundamentalidad de un derecho y no la plasmación en un texto legal, lo que es reconocido a través de la jurisprudencia. La misma Corte, en sentencias T-02 de 1992 y T-1306 de 2000, estableció varios criterios para determinar los derechos fundamentales apoyándose en doctrina. Los criterios principales para determinar los derechos constitucionales fundamentales son dos: la persona humana y el reconocimiento expreso. El primero contiene una base material y el segundo una formal. Para el Tribunal Constitucional, un

derecho es fundamental cuando se ajusta o por lo menos presenta una de las siguientes situaciones: ser reconocido expresamente como tal por la propia Constitución, es decir, estar consagrado taxativamente; tener como sujeto a la persona humana considerada en cuanto protagonista del orden jurídico, en cuanto titular de bienes primarios cuyo origen está en la esencia misma del hombre; estar enunciado en los instrumentos internacionales que desarrollan las proclamaciones de la Declaración Universal de 1948; hallarse protegido por el constituyente a través de una garantía cimera y especial, en cuya virtud las reformas constitucionales que lo afectaren puedan someterse eventualmente, por iniciativa popular, al referendo previsto en el artículo 377 de la Constitución; poseer un núcleo esencial que ni siquiera sea legítimo alterar cuando el Estado ejerce su derecho de excepción en caso de guerra exterior o de conmoción interior. En otras palabras, encontrarse amparado por la prohibición constitucional de suspenderlo mediante decretos legislativos dictados al amparo de los artículos 212 y 213 de la Carta Política.

Para superar los conflictos que se suscitan al momento de hacer exigibles derechos que no se encuentran consagrados en el capítulo de los derechos fundamentales pero que también son inherentes a la persona humana, como son los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Constitucional colombiana, esgrimió el argumento de la conexidad, estableciendo que si estos no se protegen, aquellos no tienen sentido, es así como en la Sentencia T-571 de 1992 se expresó:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida (Corte Constitucional, 1992).

No tiene sentido la protección al derecho a la vida, si no se garantiza el de la salud, o el derecho a la libre expresión sin educación. Según lo dispuesto en el artículo 93 de nuestra Constitución Política, los tratados y convenios inter-

nacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Al respecto de las fuentes del derecho fue reconocido por la Corte Constitucional el bloque de constitucionalidad a partir de la Constitución de 1991. Recientemente, en la Sentencia T-160 de 2011 la Corte Constitucional estableció que “los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución” (Corte Constitucional, 2011).

Conflicto

El tema de derechos humanos en Colombia, que presenta notable especialidad a raíz de la generalizada y prolongada situación de conflicto y violencia, ha determinado en los últimos tiempos infinidad de análisis, conjeturas y conclusiones que dependen de la posición ideológica y el rigor con el que los observadores asumen la cuestión. Nuestro país se ha preciado de poseer una larga y profunda tradición democrática a lo largo de su historia y se ha convertido en paradigma de comportamiento político. Pese a lo anterior, el país ha afrontado uno de los conflictos políticos y sociales más agudos y prolongados de los tiempos recientes, que, para los más optimistas, se encuentra en etapa de posconflicto luego de la negociación, en el gobierno de Juan Manuel Santos, con la guerrilla de las FARC-EP.

A lo largo del tiempo, en la teoría política, se han formulado diferentes explicaciones del conflicto y los medios para conjurarlo. En la modernidad, la triada conceptual estado de naturaleza, contrato social, Estado, se puso al servicio de la explicación del concepto y dio lugar a distintas tradiciones: liberal, democrática y autoritaria. El concepto de conflicto tiene particular importancia desde finales del siglo xx, principalmente en países tercermundistas donde los niveles de vida, satisfacción de necesidades básicas y violencia son preocupantes. Por tal razón, se alude a este de manera reiterada en los distintos foros que preocupan a dirigentes y pueblos. La filosofía, y en particular las ciencias políticas y la sociología, hablan hoy de una nueva disciplina denominada *conflictología y resolución de conflictos o de disputas*, disciplina que

apunta a la generación de un conjunto de herramientas y habilidades para entender los conflictos, las crisis y los disensos⁵. Son diversos los escenarios que se plantean para tal presencia: los altercados internacionales, las guerras internas, la ecología, el racismo, el feminismo, la xenofobia, entre otros. En ellos se presentan tensiones en las relaciones de los individuos como seres sociales, puesto que las diferencias se establecen a lo largo de las formas de existencia social y como se dejó sentado previamente, los recursos son finitos y los deseos infinitos.

Siendo evidente que los conflictos son inevitables en la interacción social, y ocurren a todos los niveles, difiriendo en grado y forma de expresión, no se pueden clasificar como conflictos buenos o malos, resulta simplemente pertinente reconocer su existencia. Es importante aclarar que las definiciones del conflicto, como tales, siempre serán incompletas y no lograrán un consenso, pues algunos aspectos y asuntos de matiz escapan a ellas. Históricamente el conflicto político armado colombiano se ha configurado en torno a la lucha entre grupos organizados, que se constituyen en actores político-militares, y el Estado. Tales grupos tratan de influir en las políticas públicas y de seguridad propia del Estado, incluso algunos en ocasiones llegan a consolidar el poder político, por lo menos en el ámbito local de algunas regiones. Las lógicas históricas del conflicto se mantienen; sus razones y causas, aunque alimentadas por fenómenos como el narcotráfico y la corrupción, perviven; el foco del combate se concentra en la posesión del territorio, de los recursos, el dominio sobre la tierra y por supuesto, la consecución del poder político. Ello no obsta para atreverse a afirmar que una característica importante del conflicto político nacional es su mutabilidad. Constantemente nuevos y diversos actores se suman, varían sus roles o se sustraen del conflicto, por la variedad de intereses que surgen, por las lógicas que la confrontación toma y por las políticas y procedimientos que se adoptan para enfrentarlo. Es la más reciente fase del conflicto la que marcó el desarrollo de este trabajo, concretamente la que alude a los procesos de desarme, desmovilización, reinserción y reintegración, entendidos como momentos de la transición, que se constituyen y plantean como formas de resolución y transformación del conflicto.

Precisamente es a lo largo del siglo XX, en la comunidad internacional, luego de los estragos de las dos guerras mundiales y la Guerra Fría, cuando se formulan teorías y se instauran instituciones universales en función de la

⁵ En este sentido se constituye como referente obligado la propuesta del profesor Johan Galtung.

defensa y promoción de los derechos humanos. La Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, los convenios de Ginebra y, especialmente en nuestros días, la justicia transicional, se presentan como los mecanismos idóneos y racionales para conjurar conflictos de carácter político, como el colombiano, en los que puedan ponderarse valores fundamentales como la justicia y la paz. Se exige a los Estados y los actores que lo confrontan o ponen en cuestión, que ante un eventual proceso de negociación para ponerle fin al conflicto, no se sacrifique la justicia en aras de la paz. Con el fin de alcanzar la hegemonía en el ejercicio del poder y al mismo tiempo eliminar la existencial relación *amigo-enemigo*, el Estado puede ser proclive a gestar ambientes de impunidad, pues a cambio de sumisión y obediencia, dejará de castigar los graves crímenes cometidos por la unidad política en oposición. Tradicionalmente en la tensión víctima-victimario, que se da en medio de procesos transicionales, las primeras han llevado la peor parte. Pese a la creación de tribunales de justicia, comisiones de la verdad, memoriales y políticas de reparación en distintos lugares del mundo, incluso en Colombia, la justicia, en términos de sanción y retribución al victimario, cede el lugar ante las promesas de paz. La colisión de valores de tanto peso se resuelve, por lo menos en teoría, llevando a cabo una ponderación legítima, necesaria, idónea y proporcional en términos de medios y fines, que en todo momento otorgue especial atención a las víctimas.

Conclusiones

Sería una larga e infructuosa tarea pretender establecer relaciones de causalidad simple entre derechos humanos y conflicto pues es lógico pensar que, ante la violación y desconocimiento de derechos básicos o fundamentales, surgen situaciones conflictivas como consecuencia del enfrentamiento entre agresores y agredidos, y en desarrollo de este, nuevos derechos o aquellos por los que se está riñendo vuelven a ser desconocidos.

Si algo puede predicarse del individuo humano que vive en sociedad es que, en virtud de la razón y en desarrollo de principios como los de libertad y autonomía moral, la diferencia se cruza en todas las relaciones derivadas de la interacción de subjetividades, los distintos intereses apuntan a distintos objetos y cuando no se discrepa, sino que se coincide en ellos, empieza una

nueva lucha por recursos y la posesión de los mismos pues estos escasean. A lo anterior debe sumarse el deseo innato de los hombres a imponer su voluntad sobre los otros, la voluntad de poder, entonces ya ahí estamos en presencia del conflicto, este es inherente a la vida del individuo social. Diferencia, escasez y poder: tenemos ahí tres conceptos para entender el conflicto. Se considera el conflicto como un hecho inherente a la naturaleza humana, a los procesos de modernización y cambio, motor del desarrollo de la vida en sociedad, por lo tanto, es necesario tenerlo en cuenta para enfrentarlo y lograr siempre una forma pacífica de resolverlo.

Ante situaciones de amenaza o inminente riesgo del pleno desarrollo de la existencia digna, los individuos, a través de la historia, se han visto trenzados en disputas que en ocasiones desembocan en acontecimientos que han determinado su curso. Para garantizar la vigencia de unos derechos considerados básicos, inherentes, necesarios, inalienables e imprescriptibles, se ha apelado a lo normativo y a declaraciones de carácter universal como la del hombre y el ciudadano en la Francia revolucionaria de finales del siglo XVIII y la de los derechos humanos suscrita en la ONU poco tiempo después de terminada la Segunda Guerra Mundial, es decir, estos no se quedan en meras aspiraciones morales o declaraciones de intenciones, encuentran respaldo en sistemas normativos.

Es de anotar que dependiendo de circunstancias específicas, determinadas por factores políticos, económicos, sociales, culturales, étnicos, religiosos, jurídicos, entre otros, el discurso de los derechos humanos puede variar, pues para algunos y en ciertos lugares, adquieren preponderancia un tipo de derechos sobre otros y hacia su particular concreción se dirigen las actuaciones de los interesados, piénsese en el tipo de derechos que se proclamaron en la declaración de los revolucionarios franceses de 1789 que no son otros que los de libertad desarrollados por la tradición liberal. La Revolución bolchevique rusa de 1917 se fundamentó en los derechos sociales y económicos, producto de la tradición socialista.

La propuesta entonces es a superar las tensiones que puedan generarse entre tradiciones y a asumir que distintos derechos como libertad e igualdad deben articularse, pues sin uno el otro no garantiza el respeto por la dignidad humana; la base absoluta de los derechos de primera generación es la posibilidad de libertad, pero su puesta en práctica depende de determinadas

condiciones, y es precisamente aquí, como condiciones de libertad, donde encuentran su verdadero sentido los derechos sociales, siempre relativos al momento histórico y siempre perfectibles. De este modo no se da la oposición entre derechos individuales y sociales: las así llamadas libertades formales y materiales se necesitan mutuamente, cada una como condición de la otra.

Colombia es un país amnésico que olvida su historia y por tanto no construye identidad ni proyecto de nación. Qué ambiente más propicio este para dar lugar al conflicto, un conflicto que ha llevado a ofrecer como respuesta, a la pregunta por la característica especial de los colombianos, que somos violentos por naturaleza. El problema no se queda en el plano de las definiciones: la sangre y el odio fluyen en medio de la indiferencia generalizada, los derechos básicos de los hombres son atropellados y desconocidos, las fuentes de financiación ilícita son medio para alcanzar el poder, el Estado se presenta de manera ambigua, por un lado, como fuerte y vigoroso aliado de la empresa privada y las élites, y por el otro, como un escuálido y torpe constructo social sin fines. Es tiempo de un acuerdo, un auténtico diálogo que nos ayude a entendernos y a proyectarnos.

Referencias

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406 de 1992.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-02 de 1992.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-571 de 1992.

Corte Constitucional. (2000). Sentencia T-1306 de 2000.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia T - 160 de 2011.

Etxeberría, X. (1994). *El reto de los derechos humanos*. Sal Terrae.

Kant, I. (1972). *Sobre la paz perpetua*. Espasa Calpe.

Marx, C. y Engels, F. (1983). *El manifiesto del partido comunista*. Sarpe.

Papacchini, A. (1997). *Filosofía y derechos humanos*. 3.^a ed. Universidad del Valle.

Ramírez Bastidas, Y. (1996). *El derecho ambiental en Colombia*. 2.^a ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Rousseau, J. J. (1989). *El contrato social*. Edilux.

Ruiz Miguel, A. (2002). *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Trotta.

Santos, B. (2002). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. ILSA.

Shute, S. y Hurley, S. (1993). *De los derechos humanos*. Trotta.

Capítulo 9

Democracia deliberativa: desencantos y ficciones¹

Juan Carlos Álvarez Saldarriaga²

Resumen

Los debates contemporáneos sobre la democracia anuncian un agotamiento de la participación y una seria crisis de la noción de ciudadanos. A pesar de ello, se emprenden cruzadas para instar a reconocer la democracia como el mejor sistema de gobierno, ello no obstante la fragilidad de los sistemas democráticos y los profundos desencantos, que se traducen en relaciones clientelares entre votantes y Estado. Se requiere entonces vitalizar la deliberación, el diálogo y la razón argumentativa para avanzar hacia modelos alternativos de vida en comunidad, enfatizando en esquemas de solidaridad que revitalicen las ciudadanías, que al parecer están siendo condenadas al confort.

Palabras clave: democracia, deliberación, consenso, democracia deliberativa.

Introducción

En la historia, la democracia ha adquirido una serie de calificativos que la determinan procedimentalmente, democracia directa, indirecta, representativa, elitista, participativa, congregativa o consociacional, ellas encarnarán una serie de valores y presupuestos de mundo. Por supuesto, tal encarnación presenta al *demos* como destinatario y depositario de cada una de sus decisiones. En todas las definiciones se plantea un asunto restrictivo y excluyente sobre la capacidad del ciudadano de expresar y comunicar sus argumentos racionales, de manera tal que puedan incidir sobre la agenda pública en condiciones de igualdad política. Camps (2003) invita a retornar a los planteamientos aristo-

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado *Democracia deliberativa: posibilidades para una forma de vida buena* y realizado entre 2015-2017

2 Antropólogo, magister en Estudios Políticos. Corporación Universitaria Americana. Correo: jcalvarez@americana.edu.co

télicos en relación con la deliberación y la ética, ambos casos centrados en la virtud. En su concepción de deliberación y ética, estableciendo una defensa de la deliberación como posibilidad de pensar y dialogar “para decidir lo mejor posible” y como procedimiento fundado en la elección moral.

La palabra adquiere una connotación particular y se torna en el núcleo de toda la acción democrática, evitando los monólogos de sabios que se advierten como caudillos, que evitan con frecuencia la deliberación, puesto que su condición de sabios los hace ya hombres virtuosos, sin la necesidad de llegar a consensos. Si bien en los contextos actuales, la deliberación directa tiene amplias restricciones, dado que han aumentado los círculos de ciudadanos y las ofertas políticas, ello no excluye que la deliberación directa pueda estar alojada en el seno de las organizaciones sociales y desde allí acceder a las condiciones necesarias para incidir en las agendas del gobierno, con ello se fortalece la democracia misma y se fomentan la responsabilidad y las actitudes solidarias derivadas del debate de las razones argumentadas. Deliberar se constituye en una tarea fundamental para construir escenarios de bien común, el acto en sí está vinculado con las tres virtudes éticas de Aristóteles las cuales forjarán el *ethos*, para él hay tres aspectos que intervienen en la acción humana: la volición (aquello que se quiere), la deliberación (aquellos argumentos que determinan la mejor manera de conseguirlo) y la decisión (las acciones que debemos emprender para alcanzar el fin propuesto). Entonces las virtudes éticas surgen del análisis aristotélico de la acción humana y su inclinación a la virtud, como acto que representa lo “bueno”.

Interesa para este documento hacer referencia a la función práctica que regula vida ética y actividad política, en tanto cada acción para la toma de decisiones debe estar acompañada de la *phrónesis*, la prudencia o racionalidad práctica, para efectivamente llegar al mejor resultado. Esta función permitirá elegir las pautas correctas para orientar el comportamiento y regular la conducta de quienes están en *la polis*. La *phrónesis*, también denominada la “justa medida”, es en últimas la virtud que debe ser incentivada para que el intercambio racional tenga efectos más allá del diálogo. El concepto aristotélico de *phrónesis*, denota la capacidad de hacer un juicio moral que se adapta a las circunstancias en las cuales está inmerso el sujeto para tomar una decisión que lo conduzca a la vida feliz (*eudamonia*).

Aunque es claro Aristóteles al decir que la felicidad no es virtud, es real-

mente el cultivo de la virtud lo que lleva a la felicidad, no es un estado sino el producto de un conjunto de acciones y habilidades que en su ejercicio conducen a la “vida buena”. Recurre el Estagirita, para explicar mejor el tema de la virtud, a la distinción de dos clases de virtudes: i) aquellas que pertenecen a la parte del alma (virtudes de la mente o el intelecto) y ii) las que pertenecen a la parte del alma que no puede razonar (virtudes éticas y virtudes de carácter), es desde el carácter y la virtud que se podrá impulsar la deliberación como un esquema para dar sentido a la pluralidad de sentidos de vida. En palabras de Cortina (2015) “labrarse un buen carácter, un buen *êthos*, es lo más inteligente que puede hacer una persona para aumentar sus posibilidades de llevar a cabo una vida buena” (p. 45). En consecuencia, deberían los ciudadanos en círculos de deliberación ofrecer salidas a las crisis de legitimidad y representación en las democracias modernas, ellos tienen la responsabilidad de construir el bien común por fuera de los esquemas corruptos y corruptibles que la representación genera, siempre y cuando se fomente la educación virtuosa desde la que se respete la libertad y se apele a decisiones justas para todos.

Es pertinente aquí precisar que, la deliberación se asume como la reflexión razonada, se trata de una deliberación pública en tanto concierne a lo político, que afecta a la ciudadanía como constructora y corresponsable de lo público, “que además de configurar la frontera de los asuntos a tratar, define la forma pública o abierta según la cual se deben debatir aquellos asuntos, incluyendo en ella, de una forma u otra, las personas afectadas por aquellas decisiones” (Galdós, 2006, p. 49). Por tanto, se hace necesario establecer debates con información de calidad, que permitan la transformación de las preferencias individuales y la toma de decisiones con capacidad racional limitada a los ciudadanos como canales efectivos para las determinaciones de la agenda pública, que deben efectuar los gobernantes, vinculados a los procedimientos establecidos en la democracia participativa.

La deliberación, más que negociar, busca atender la decisión más adecuada, justificarla y legitimarla para la resolución de conflictos desde la cooperación y la coordinación entre los individuos. Sin embargo, algunos se anticipan a plantear, aún sin avanzar en modelos y analizar las bondades de los mismos, que “las condiciones que impone la deliberación pueden convertirse en una herramienta de exclusión para quienes no dominan técnicas argumentativas o se relacionan por medios comunicativos diferentes” (Ugarriza, 2009, p. 446). Razones que no solo darán legitimidad a la decisión, sino que también permi-

tirán hacer eficiente el proceso de toma de decisiones de sistemas y gobiernos (Faria, 2000) y que a su vez estarían regulados, reglados y ordenados y que no debe perder de vista en su praxis el intercambio regulado de información, debe ser inclusiva y pública, no debe tener coerción, para ser legítima tiene que ser libre y gira en torno a todos los asuntos posibles que afecten el interés general (Faria, 2000).

La concepción de la democracia deliberativa (en adelante DD) no cuenta con enfoques homogéneos, por tanto, se encontrarán posturas ideales y prácticas, algunas cercanas a valores epistémicos (casi idealistas) otras abogarán por criterios procedimentales y racionales para la implementación y la decisión. En ellas prima el intercambio de razones para resolver los desacuerdos y aumentar los márgenes de consenso; no siempre se llega a este, pero sí se acercan las posturas argumentadas de los individuos (Fuente, 2012). Ello requiere de ciudadanos capaces que logren identificar de manera eficiente dónde, cuándo, qué, cómo y para qué se delibera³ aspectos que darán mayor consistencia a la búsqueda de consensos. La DD es un camino alternativo para avanzar en varios propósitos: rescatar la noción de ciudadanía, particularmente ciudadanías activas; la configuración de modelos alternativos de toma de decisiones basadas en la argumentación racional partiendo del reconocimiento del otro (alteridad) y no en el individualismo metódico al que las transacciones electorales someten las discusiones de cooperación y construcción del bien común y, finalmente, la conquista de la *eudaimonía*, actividad que solo se alcanza por medio del ejercicio de la virtud moral en el ámbito público.

Desencantos

Episodios etnográficos en el transporte público, o en cualquier calle, permiten observar rostros diversos que van y vienen, ocultando pensamientos interiores y preocupaciones personales e íntimas, en cuya base está la necesidad de aumentar el bienestar y la comodidad. Es decir, el cumplimiento de metas personales y el logro de estatus (social, económico, político, académico). En esa intimidad del sujeto, muy poco aparecerán reflexiones y análisis en los que puedan ser proyectados escenarios de bien común, ya que esa misma presión

3 “El sistema deliberativo es la descripción de cómo debería funcionar una sociedad democrática basada en los principios deliberativos. La definición de cómo luce un sistema deliberativo depende de cuándo, dónde y quiénes deben o no idealmente comportarse de forma deliberativa” (Ugarriza, 2009, p. 452).

por alcanzar el “éxito social”, conduce a un individualismo cada vez más vigoroso, un casi “sálvese quien pueda”; por tanto, ¿para qué sirve la democracia cuando ella no resuelve los aspectos de la vida cotidiana?

Pocas utopías convocan y revitalizan el pensamiento del ciudadano o lo seducen a participar activamente en la reinención de los esquemas de participación y construcción de lo público; reduciendo la democracia al tránsito entre el procedimiento, la mecánica y el concepto elusivo que no trasciende más allá de la cómoda interpretación del derecho de elegir y ser elegido. En esa interpretación existe cada vez un mayor vacío, la democracia no pensada, no profunda, no informada ni formada profundamente, con relaciones clientelares, irresponsabilidad y apatía cívica solo es un teatralizado instrumento para mantener un sofisma democrático que cada vez más está en entredicho, no solo por el procedimiento, sino también por el resultado, que se expresa cada vez en sociedades más empobrecidas en todos los ámbitos.

Coinciden las reflexiones académicas, cuando plantean que la democracia se hace necesaria para mantener el equilibrio de poderes y evitar comportamientos autocráticos de gobernantes y representantes. Mas ella, manifiesta debilidades y desgastes en tanto la democracia contemporánea ya no parece representar el sentido del poder del pueblo por el pueblo, y los argumentos para la elección de representantes se reducen a un formalismo donde la palabra y el diálogo, constructoras de sentido común, se han visto relegadas cada vez es más a un complejo juego para otorgar legitimidad a las decisiones de los representantes, que basan su ideario en un conjunto de aspectos que se venden como fórmulas mágicas en plazas públicas. Entonces la defensa del diálogo y de la democracia se ve circunscrita a la validación de mecánicas normativas, más no al contenido que dicen representar en las coyunturas electorales los caudillos de turno.

No se puede obligar a la democracia o vivir en democracia, tampoco se podrá hacerlo al diálogo, pero sin lugar a dudas es posible insinuar cada vez en un tono más alto que el valor del diálogo y el intercambio argumentativo posibilitarán mejores condiciones para el establecimiento de proyectos y destinos comunes. Sobre deliberación y democracia se han establecido diversos debates, ellos no solo han girado en torno a la capacidad de comunicación e intercambio de argumentos racionales, sino también sobre la posibilidad de implementar esquemas de acción que lleven a la praxis tales argumentos

conceptuales. Los temas tomarán forma basados en los planteamientos de autores como Bohman, Habermas, Cohen, Elster y Fishkin, quienes además de desarrollar conceptualmente el tema de la democracia deliberativa, sugieren razones para postular que la deliberación es uno de los caminos para dinamizar la participación y la ciudadanía activa.

Con el intercambio argumentativo se podrán evitar las razones egoístas (Zafrilla y Pérez, 2010) y, por tanto, restablecer la defensa de los valores sobre los cuales se basa la democracia, libertad e igualdad, otorgando legitimidad como lo reconoce Ugarriza (2010), “la versión sustancialista de la democracia deliberativa considera que la democracia está al servicio de valores fundamentales, y que un régimen democrático sólo puede considerarse legítimo si defiende estos valores” (p. 438).

Las crisis y los cuestionamientos a la democracia liberal

Los enfoques deliberativos de la democracia surgen como contrapropuesta a la crisis de la democracia contemporánea (Ugarriza, 2009) y a un mundo sin verdad absoluta, desconcertado por los cambios y que se enfrenta atónito a la barbarie de la guerra y la contradicción de modelos que hace cada vez más evidente que no se comparte un único horizonte moral (Dworkin, 2004). No obstante, la proliferación de estudios en torno a la democracia deliberativa no se cuenta actualmente con un recorrido histórico único e incontrovertible o una definición completa de esta teoría sobre la democracia (Jaramillo, 2006). Por el contrario, se difuminan los precursores en los debates sobre la eficacia y calidad de la DD, incluso sobre su conveniencia y su real carácter participativo e incluyente.

Con la deliberación de los “individuos racionales” en espacios amplios de debate y negociación se podrá superar el proceso agregativo de las preferencias estáticas e individuales, dado que ella (la deliberación) se configura como un proceso comunicativo que permite la formación de la voluntad de los ciudadanos. El ideal deliberativo presupone que los sujetos que eligen ser representados deben ser persuadidos por la fuerza y el valor del mejor argumento, incluso pensar y ser capaz de admitir la derrota del propio argumento, aspecto este no fácil de asumir en altas condiciones de egolatría y en sociedades formadas para ganar a como dé lugar, incluso desvirtuando la dignidad y capaci-

dad racional de todos los argumentantes en un tema, en una institución o en la toma de una decisión.

Deliberación como método de inclusión de las diferencias

En la DD la inclusión se materializa a través de la articulación de los participantes en el proceso de toma de decisiones, por medio de la participación en el acto comunicativo, ello se manifiesta en la expresión de las necesidades y los intereses particular. Más allá de los planteamientos racionales y académicos de los filósofos, la inclusión en sí misma es la capacidad de vincular los argumentos del otro (contradictor) al proceso de toma de decisiones, sin que ello implique necesariamente lograr concesos, aunque sí acuerdos basados en principios de universalidad e imparcialidad (Fuente, 2012). La inclusión puede ser un correlato de la igualdad política en tanto en la deliberación la igualdad representa que todos los que están afectados por un problema deben estar incluidos con los mismos parámetros y ventajas en el espacio de la discusión pública. Todos tienen el mismo derecho y las mismas oportunidades para expresar sus alegatos y posturas a favor o en contra de aquello a lo que se quiere llegar con la deliberación. No obstante, para ser incluidos en condiciones de igualdad política parecería ser necesario superar condiciones de marginalidad social y económica que limitan la participación en los diversos escenarios ciudadanos para la deliberación (Ramírez, 2010) o incluso implementar enfoques y esquemas diferenciales para dar efectivamente un sentido de inclusión.

No se trata solo de un acto participativo, dado que en la deliberación se da forma, además de los actos discursivos, al diálogo social donde los actores, a pesar de las rupturas de sus contextos (motivadas por los diferentes intereses), logran reacondicionar los esquemas para lograr nuevos niveles de coordinación y cooperación, necesarios para llegar a resultados suficientemente ilustrados, que en función de razones efectivamente logran convencer a la totalidad para la cooperación plena (Faria, 2000). Es allí donde el acto deliberativo encuentra lugar para convertirse en esquema que permita resolver situaciones de conflicto, situaciones problemáticas, mediante la coordinación de acciones para llegar resultados transformadores. Es decir, la deliberación es en sí misma un encuentro normatizado, no para negociar posturas y diferencias, sino para deliberar sobre posturas y diferencias, argumentativas y epistemológicas.

Faria, retomando a Cohen (2000), refiere que para el cumplimiento de las promesas deliberativas se requieren por lo menos tres condiciones:

- a). Tienen que permitir y estimular *inputs* que reflejen experiencias y preocupaciones (...)
- b). Deben ofrecer evaluaciones disciplinadas de propuestas a través de deliberaciones que invoquen valores políticos fundamentales;
- c). Deben ofrecer también ocasiones más institucionalizadas (p. 65).

Visto lo anterior, se puede decir que el acto deliberativo es una forma de retórica ética, sin quedarse en la especulación discursiva, en tanto ella permite a la audiencia adquirir los criterios para efectuar una elección informada y justa que rescate las experiencias y los valores de cada uno de los individuos. En un segundo plano, se puede entender este tipo de retórica como el arte de dar buenas razones, en donde la disposición al intercambio de razones delinea la credibilidad en el discurso y argumentación de cada uno de quienes intervienen en el espacio retórico. Escenario en el que no deberán excluirse las acciones orientadas al éxito y las orientadas al entendimiento, planteadas por Habermas. En las primeras “los individuos se centran en las consecuencias derivadas de la interacción y se rige por cálculos egocéntricos de utilidad (...). No se produce una verdadera cooperación, sino que la acción de uno se somete a las expectativas de la acción del contrario” (Zafrilla y Pérez, 2010, p. 37). Por su parte, las acciones orientadas al entendimiento, dan cuenta de la manera como los ciudadanos coordinan sus acciones para ajustar los diferentes fines al acuerdo racional, fundamentados en el reconocimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez.

Ahora bien, no podrá ser un procedimiento completo si en este no se estimula la inclusión (sea ella real o potencial), buscando no en estricto sentido la presencia de sujetos, sino de perspectivas que representen relevancia para la decisión final, sin que ello sea asumido como representación. Esta además debe contar con condiciones de inclusión, simetría y ausencia de coacciones, con lo que se permitirá la eliminación de argumentos inmorales o retórica meramente estratégica que amenaza la imparcialidad del proceso deliberativo (Elster, 2011). Así, las decisiones alcanzadas no solo tendrán un alto grado de legitimidad, sino que, a su vez, serán la expresión de la noción de bien común basada en la diversidad e intersubjetividad de los participantes, y adoptará la

forma de acuerdo racional colectivo, en tanto el resultado se da entre individuos políticamente iguales que ejercieron su derecho a participación (García, 2013).

Este tipo de acuerdos serán analizados por Habermas desde tres pretensiones de validez: inteligibilidad, verdad, veracidad; y en ellas indiscutiblemente encuentran cabida las manifestaciones y relaciones de la sociedad civil, ya no solo el ciudadano, sino en pleno un cuerpo o tejido social formado por unidades autoconstruidas en ámbitos territoriales y funcionales que coexisten de manera pacífica resistiendo a la subordinación del Estado, pero al mismo tiempo demandando su inclusión en las estructuras políticas de carácter nacional (Oxhorn, 2003).

Lo crítico para deliberar y las limitaciones argumentativas

No son pocos los contradictores de la DD, ellos argumentan que estimula procesos opresivos sobre una falsa premisa de inclusión de corte iluminista en donde la igualdad y racionalidad se precisan como bases para la posibilidad de un consenso. Las posiciones respecto a las limitaciones de la DD, que en algunos casos la refieren como nociva, fundan sus argumentos en la dificultad de administrar de manera eficiente los argumentos, y con ello aumentar conflictos arraigados en la diversidad de posiciones y en estilos adversariales que ponen en aprietos la búsqueda de consensos, y que en el peor de los casos hace que la DD pueda ser perjudicial en sí misma (Ugarriza, 2009). No se trata de una limitación *per se*, está asociada a las mismas presentes en el proceso democrático y su implementación a través de herramientas, instrumentos y esquemas, que son reglados por la comunidad política, las constituciones y los actores que dan forma y vida a la esfera pública.

Bohman (2000), a propósito del tema, afirma que “muchos de sus críticos, sostienen que la democracia deliberativa es un ideal imposible de realizar bajo cualquier circunstancia, de hecho, es un ideal que acentúa las debilidades de la democracia comúnmente mencionadas” (p.48). Las limitaciones están relacionadas con las manifestaciones ciudadanas y los deseos subjetivos que en su mayoría serán expresión de razones egoístas y basarán su elección (expresada, por ejemplo, en el voto) solo en la posibilidad de satisfacer sus preferencias por encima de posibles juicios reflexivos. Un ciudadano razonable al momen-

to de participar en política, debería hacerlo con el compromiso de la mejor decisión, no expresada en preferencias, sino en juicios con factibilidad de ser materializados. Sin embargo, en los debates reales la expresión de preferencias razonables de las personas es posible que no llegue a un acuerdo unánime, no solo por el argumento en sí, sino además por las diferencias cognitivas, la historia personal y asuntos del mundo de la vida que ponen en serios problemas la deliberación (no hay costumbre, no hay entrenamiento, en nuestras sociedades, la deliberación es vista como una práctica que hace perder tiempo a la decisión), por tanto, es falseable que aun las personas orientadas al bien común logren ponerse de acuerdo en cuál es la mejor opción y la manera de implementarse (Zafrilla y Pérez, 2010).

Puede existir una distorsión, al ser considerado que deliberar no cuenta con una lógica interna y que solo es un acto locutivo que se agota en el intercambio de razones. Sobre ello cabe decir, que la deliberación para no ser instrumental requiere de tiempo para efectivamente identificar los mejores medios para conseguir los fines propuestos, dado que no tendrá ningún sentido deliberar para no actuar. Por ello, la buena deliberación (*eubulia*) nunca será sobre acciones pasadas, sino sobre el presente o sobre el futuro, eso sí evaluando la efectividad de las opciones pasadas. Dicha condición evaluativa lleva a otro carácter de la deliberación, que no es menos dificultoso de cultivar y aplicar: la prudencia (*phrónimos*) para lograr obrar bien (*eupraxia*) y alcanzar los estados de vivir bien (*eû zên*) para ser feliz (*eudamonia*). A pesar de estas consideraciones, no optimistas, respecto a la implementación, es preciso decir que el éxito democrático está en estrecha relación con la configuración de condiciones sociales y las adecuaciones institucionales para materializar el uso público de la razón. Por consiguiente, las limitaciones para su implementación también están relacionadas con las fracturas y la arquitectura de las instituciones públicas que están llamadas a materializar los concesos y las decisiones racionales. También, es cierto que los proyectos de la DD en su mayoría han tendido a estar recluidos en la esfera académica, sin que se den condiciones específicas para ser trasladados al plano práctico de la política cotidiana; y fracasa, al igual que el sistema democrático moderno, al no hacerla atractiva a los ciudadanos.

Se requiere, entonces, reforzar el papel de la ciudadanía en los procesos de deliberación y toma de decisiones, bien sea en modo directo en la institucionalidad o a través de la sociedad civil, entendiendo la deliberación pública

como el instrumento que articula los diversos proyectos de sociedad. Para ello se requiere un proyecto social diferente en el que se incluya el principio de justicia distributiva para fortalecer la eficacia de los sistemas de participación (Bobbio, 1992). Si bien se ratifican debilidades, puede ser dicho en términos generales que en la concepción deliberativa de la democracia la imparcialidad debe fundarse como la principal virtud para llegar a la toma de decisiones. Ha de ser voluntaria, en el sentido de que Aristóteles le da a la expresión “aquello cuyo principio está en uno mismo y que conoce las circunstancias correctas de la acción (...) mientras que lo involuntario es lo que se hace por fuerza de la ignorancia” (López-Gómez, 2011, p.42).

Si no se restringiera la capacidad de deliberar por las razones antes expresadas, entonces se podrán reducir potencialmente las contradicciones estimulando la participación de todos aquellos que serán afectados por la decisión (la parte democrática). Y que los participantes comprometan sus argumentos en condiciones de imparcialidad y razonabilidad que desplieguen dispositivos participativos, tales como comités de sabios, comisiones locales de consulta pública, consejos de políticas públicas urbanas, comisiones nacionales de debate público, reuniones de consensos o jurados de ciudadanos y con los cuales tome forma el “imperativo deliberativo” (Blondiaux y Sintomer, 2004). Deliberar sin límites, requiere no solo de condiciones favorables en el cultivo de las virtudes, sino también plataformas que estimulen el diálogo y los intercambios argumentativos, es decir, una sociedad civil fortalecida y un conjunto de organizaciones de base con estructuras dialógicas, puesto que ellas son canales de mediación entre el discurso político y los procedimientos institucionales; en ausencia de ellos la “voluntad popular” no será más que el producto de manipulaciones caudillistas (Blondiaux y Sintomer, 2004). Ahora, la deliberación, vista como interacción comunicativa, en el marco de la mediación de discursos, difícilmente podrá darse en todas sus facetas.

La DD es altamente idealista y en su esencia es posible que no logre confrontar todo el conjunto de instituciones heredadas de los modelos republicano y liberal. Se debate entre los tecnicismos y el cliché que oscurece la potencia de la palabra para impulsar acciones colectivas racionales y altamente informadas. No se puede obligar a su práctica puesto que es fruto de las libertades sociales, tampoco podrá obligarse al diálogo, dado que para este debe existir un proceso formativo que incentive la tolerancia al argumento contrario y que permita descubrir los elementos esenciales en los que se debería tener un

acuerdo o, en el mejor de los casos, un disenso incluyente, entendido como la diferencia de posturas racionales o modelos de desarrollo que no llegan a ser acuerdos y que, sin embargo, son determinantes para la elección del mejor procedimiento y la cooperación, necesarios para el establecimiento de proyectos y destinos comunes.

No obstante, debe ser considerado a favor de la deliberación que ella se constituye en un singular canal para otorgar legitimidad a las decisiones públicas en las democracias contemporáneas y con la que se busca desbancar la percepción tiránica de las mayorías que se despenden de la agregación como factor regular de medir la voluntad colectiva. Por tanto, llama la atención que se mantenga la democracia instrumental monolítica, desconociendo el poder de la palabra en el logro de consensos amplios y que descentre el manejo de la información por parte de los caudillos, o las denominadas mayorías calificadas, que no son más que una minoría calificada. La información debe ser un bien de amplio manejo, de circulación común, y en su camino ha de estimular que los ciudadanos estimulen la ética de hacer lo correcto, por encima de los voluntarismos y las luchas individuales. La DD debería viralizarse, como hoy se hace con mensajes y tendencias de amplio consumo cultural. Para ello indiscutiblemente, deben existir mayores y mejores métodos de pedagogía ciudadana, desde las que se cultiven virtudes éticas y se estimule el fortalecimiento del sentido de comunidad que vaya más allá de los momentos de democracia electoral.

Ficciones

¿Cómo democratizar la democracia e impulsar que ella sea nuevamente un asunto que convoque la voluntad popular y revitalice las utopías? Las sociedades contemporáneas se dinamizan no solo en función de sus contextos sociales, económicos, culturales y políticos, también, lo hacen en virtud de sus cosmovisiones; por tanto, la vida buena y feliz no tendrá un único escenario de interpretación temporal o social. Esta diversidad, es influenciada por un creciente pluralismo moral que hace volátil la defensa de una posición racional moralmente correcta –en beneficio real de todos–, por ello para deliberar y democratizar las decisiones se hace indispensable establecer mínimos referenciales, o de sentido compartido, por ejemplo, un mínimo de justicia que posibilita la cooperación y la interpretación de equilibrio entre los argu-

mentos y sus resultados. Por consiguiente, la DD implica descubrir cuáles son los puntos necesarios para el acuerdo y lograr la vida feliz, en la concepción vigente entre el grupo que está en los espacios de deliberación, buscando en la práctica el logro de esquemas cercanos a la simetría, con lo que se otorga cierto grado de legitimidad a las decisiones consensuadas, o a los disensos que se han identificado.

No se trata de esperar milagros en el proceso deliberativo y su resultado, mucho menos establecer condiciones de movilización para el cambio de gobiernos de turno o el bloqueo de las determinaciones legislativas o gubernamentales. Se trata realmente de retornar al poder ciudadano en todas sus dimensiones (información, planeación, decisión, control social y evaluación de resultados), restableciendo el valor a las condiciones intersubjetivas, que permiten llegar a consensos en los que se basa la interacción social requerida en procesos de ciudadanía activa. Ahora bien, las referencias constantes a la deliberación, y a las formas discursivas que acompañan su práctica, están invariablemente vinculadas a la palabra. El gesto oral representa no solo una condición instrumental, a su vez se configura como la acción que permite el intercambio de razones y la confrontación de las mismas, más ella acusa un descentramiento a raíz de los esquemas normativos de la democracia y la instrumentalidad agregativa a la que se ve abocada la democracia.

Al considerar que se delibera desde la palabra, y que es ella la unidad mínima de referencia para el análisis del discurso y el argumento racional, es preciso decir que la deliberación tiene su centro en la oralidad, y en buena medida en las historias de vida que representan los individuos que la encabezan. La oralidad es constituida por un sistema de códigos y mensajes, dotados de una autonomía relativa que se inserta en la totalidad de la vida humana. Esta va más allá de actos comunicativos, se traslada al plano de los acontecimientos, deja de ser un acto romántico y se constituye en herramienta fundamental de análisis; privilegiando el acontecimiento, motor de las creaciones orales y los discursos de la razón, compuesto por un conjunto estructurado de materiales lingüísticos en el que se distinguen niveles de representación. Lo anterior, contribuye inicialmente a plantear que los discursos orales dan vitalidad a la deliberación, según el caso, mucho más cuando se traduce en historias de vida que dan forma al debate, al diálogo y al intercambio de razones. Para lograr este efecto, debe adecuarse lo verbal a la información con la que cuente el sujeto deliberante. Esta etapa de transformación oral se plantea como adaptación

de la oralidad a la lógica de la escritura y la lectura, que influirá en la concepción del mundo y en las traducciones sociales de vida buena y feliz, puesto que el contenido del relato (aquello que se narra en el discurso argumentativo) sufre un proceso de homogeneización.

Siendo así, la comunicación oral no solo es un contenido, información o conjunto de palabras y signos verbales, complementados con las formas del lenguaje gestual. Además, es un conector entre lo empírico y los determinantes espaciotemporales de la comunicación entre interactores, accediendo a formas de resignificación desde los sujetos durante las interacciones vocales. Si bien, la oralidad es etérea, no se toca, no se lee, es visual y audible. Es la transformación de olvidos en canales certeros de rememoración y recreación de intersubjetividades que, con su sintaxis, da cuenta de la confrontación de modelos y visiones del mundo, su orden y aquello que es bueno. Se hace preciso decir que la palabra se ha descentrado, el argumento ya es cronometrado, producto de esa constante referencia al agotamiento del tiempo. Deliberar se hace más complejo porque se requiere tiempo, y el vertiginoso mundo moderno no concibe la circulación de la palabra y la inclusión de los argumentos divergentes, y restringe la palabra a mínimos tiempos (“hágale rápido que estamos de afán”).

Vale decir que la deliberación hace parte de la comunicación informal del día a día de los ciudadanos, en consecuencia, se delibera no solo para instrumentalizar decisiones de carácter operativo, sino también para resolver los problemas que surgen de la interacción cotidiana entre los sujetos que conforman un grupo social determinado; y en ello también está vinculado lo justo y lo correcto. Puede identificarse una imprecisión al nombrar la democracia. Esta radica en creer de modo absoluto que desde ella y por ella se alcanzan niveles de igualdad y libertad. El conjunto de individuos que se asumen con la semántica de ciudadanos, no es libre dado que sus argumentos y determinaciones están anclados a la elección que sus representantes gubernamentales establezcan. Y es allí, donde se aloja el mayor grado de desigualdad en tanto que el descentramiento de la palabra limita la pluralidad de los argumentos. Así la democracia, entendida como un esquema de transferencia de valores, apenas brilla en el mundo contemporáneo, en el peor de los casos se convierte en bien sustantivo promovido por los medios de comunicación encargados de generar opinión pública global.

Es tiempo de trascender el rol de consumidor político al de ciudadano activo, restando terreno a las élites como único actor de la vida democrática, con la sapiencia para determinar las rutas que coadyuven a promover esquemas de felicidad colectiva, esquivando la trampa de mayorías y minorías. El interés general es cada vez menos general y la representación, que denota participación, acusa singulares problemas de legitimidad, en tanto los actos del representante obligan al representado, que no participa ni está facultado para tomar decisiones. Por lo menos desear ver. Se debe estimular un ambiente, una disposición, para aceptar los resultados del acto deliberativo y cultivar a través de ello formas de regulación del poder. Pero son, también, altamente domesticables y limitan la deliberación y la libertad, dado que privilegian el proceder institucional y la verdad de los gobernantes.

Simplezas: un atisbo de conclusiones

Cuando se parte de la postura habermasiana, en la que se indica cómo la deliberación política es una de varias formas para resolver el problema de las decisiones colectivas, basada en la comunicación y la opinión pública, se precisa referir que tal opinión se forja en el centro de la esfera pública compuesta por organizaciones, y movimientos sociales alineados con la resonancia de los problemas sociales en las esferas pública y privada, son expresiones de la sociedad civil que determinarán la definición de aquellas cuestiones a ser consideradas en las discusiones de la esfera pública, y por tanto establecerán agendas de opinión. La DD se posiciona paulatinamente como una actividad social, que incorpora en su accionar el diálogo como acto de ofrecer y recibir razones informadas. Aunque cada deliberación será diversa en su forma y resultado, ella se enfrenta a rupturas derivadas de la misma relación entre los grupos sociales en el acto deliberativo en deliberación, y su rehabilitación será una vez los mismos actores sean capaces de cooperar nuevamente. Su éxito dependerá de la manera como los agentes que hacen alguna representación estén ampliamente convencidos de mantener la deliberación.

En sí el pluralismo que se imbrica en la DD no puede ser entendido como una práctica política que funciona como un mercado de votos con los que los ciudadanos idealmente expresan sus diferencias y manifiestan sus intereses particulares, por encima de otras consideraciones es menester crear escenarios de confianza para la persuasión de unas sobre otras preferencias. De esta

manera las determinaciones políticas estarían soportadas por las bases y no en las élites que controlan el mundo de la vida, mediante el ejercicio de elecciones políticas y el control de los mensajes que ellos mismos emiten como opinión pública. La inclusión de los discursos de la diferencia y su reconocimiento en el proceso democrático es un ideal para poder ver a los participantes del acto comunicativo, expresando sus intereses sin sesgos racionales o morales. Porque se trata de construir espacios, donde lo diferente o lo divergente tenga cabida sin los sesgos racionalistas o instrumentales agregativos, siempre en condiciones de igualdad. Tal vez esa inclusión de la diferencia permita la estructuración de un mundo más justo y menos opresivo, desde donde se permita la transformación de las instituciones con la garantía de la participación y la acción colectiva.

Es visible que algo no está marchando bien en la práctica democrática de Occidente, puesto que se evidencia un amplio sentimiento de apatía cívica, solo resuelto por la convocatoria a las urnas realizada por caudillos o partidos que se valen de esa suerte de analfabetismo participativo para negar la función discursiva, contrapuesta la acto mecánico y procedimental de introducir el voto para ser efectivamente contados, con bajos niveles de debate y pocos argumentos que realmente se posicionen como discursos de opinión o establezcan tensiones objetivas entre cosmovisiones. Por tanto, la democracia es sacrificada por los constantes y sucesivos escándalos de corrupción que, a manera de *reality*, los ciudadanos observan para inclinar su preferencia por aquel que demuestre que está poco o medianamente involucrado, pero de allí a que exista control sobre sus acciones, comportamiento o agendas hay una brecha. Por tanto, la deliberación, la construcción de saber ciudadano y la revitalización de las utopías cae en desuso, o en el mejor de los casos pasa a ser un bien suntuario de los modelos democráticos participativos y de los representantes que detentan las delegaciones ciudadanas.

Existe un abatimiento derivado de las dinámicas democráticas, en las que se organiza el poder a través de las relaciones entre los intereses privados de los individuos y el poder que surge de las lógicas de mercado, traducido en escenarios instrumentales de agregación de voluntades que en muchos casos no reflejan identidades ideológicas o cosmovisiones, sino confusiones y distorsiones producto de una famélica generación de opinión pública. Una suerte de agotamiento en el que la democracia no se constituye en derecho fundamental, por el contrario, se torna en una obligación práctica con ausen-

cia de voluntad y razón, pero que en la práctica es democrático en tanto acude al escenario del electoral. La teoría hegemónica de la democracia, ha llevado a pensar que una decisión es legítima, cuando es producto del deseo de las mayorías y considera que en las sociedades modernas no se logran elecciones racionales o unánimes, dada la multiplicidad de sujetos y percepciones del mundo.

No obstante, no se han generado canales alternativos para que foros amplios de debate y negociación sean establecidos de manera rigurosa, mucho menos se ha ahondado en la necesidad de fortalecer los flujos de comunicación e información entre los centros y las periferias (el legislativo y la sociedad civil), reduciendo la esfera pública a la opinión de sujetos que direccionan según su criterio moral las decisiones que cada uno de los ciudadanos está en capacidad de razonar y argumentar. Es menester impulsar la formación y el fortalecimiento de escenarios de cultura política, es decir, un capital social crítico de sí mismo y propositivo respecto a las necesidades y requerimientos de todos para poder alcanzar ciertos niveles de felicidad y bienestar.

En consecuencia, es la búsqueda permanente de una forma de actuar con coherencia, que debería estar investida de mejores prácticas de solidaridad y generosidad. Para ello, indiscutiblemente, deben existir mayores y mejores métodos de formación ciudadana, desde los que se cultiven virtudes éticas y se estimule el fortalecimiento del sentido de comunidad, que vaya más allá de los momentos de democracia electoral a los que ha sido reducida la sociedad civil. Considerando que se requiere de ciudadanos activos, se mantiene la pregunta si una sociedad dividida, con serios problemas de dependencia y altas dosis de caudillismo, puede ser terreno fértil para fomentar e implementar escenarios locales de deliberación o si la sociedad en su camino de repensar el accionar colectivo manifiesta interés por superar las lógicas hegemónicas y transitar a la palabra como una forma de vida y fortalecimiento del sentido de común-unidad.

En síntesis, es preciso decir que no hay madurez ciudadana para afrontar los retos que supone la democracia deliberativa, considerando que se acusa de una suerte de abulia derivada del placer de ser representado, pero no de hacer seguimiento de aquello que se representa, mucho menos acudir a debates públicos con magnanimidad cívica. La trascendencia deliberativa no encuentra

lugar en sociedades divididas cuyo accionar y elección son cada vez más emocionales y menos racionales.

Si bien, se logró el desarrollo de los objetivos propuestos para esta indagación, es cierto también que quedan amplios ejes de trabajo a partir de los cuales se puede incentivar un modelo de educación para la democracia basado en la palabra y el diálogo como el verdadero agrupador de consenso y preferencias, no obstante, los modelos educativos mantienen sus líneas de formación apuntando a sujetos que deben competir y no interactúan para la efectiva construcción de un modelo común de sociedad.

Referencias

Arango, I. D. (2013). *Bases conceptuales de la democracia*. Editorial Universidad de Antioquia.

Arenas-Dolz, F. y Pérez Zafrilla, P. (2010). Retórica deliberativa y racionalidad práctica. La rehabilitación de la argumentación pública en la vida política. *Revista Española de Ciencia Política*, (22), 29-48.

Aristóteles (1988). *Ética a Nicómaco*. Edigrama.

Ariza, A. (2007). Democracias, ciudadanías y formación ciudadana. *Revista de Estudios Sociales* (27), 150-163.

Avritzer, L. (2005). Democracia deliberativa: la recuperación del concepto de deliberación pública en la teoría democrática contemporánea. *Metapolítica*, 5(18), 50-65.

Bauman, Z. (2001). *En busca de la política*. Fondo de Cultura Económica.

Barros, E. (1987). La democracia como forma del poder. Un enfoque normativo. *Estudios políticos* (26), 1-24.

Blondiaux, L. y Sintomer, Y. (2004). El imperativo deliberativo. *Estudios Políticos*, (24), 94-114.

- Bohman, J. (2000). La democracia deliberativa y sus criticos. *Metapolítica*, 4(14), 48-57.
- Castañeda, F (2007). Pueblo intonso, pueblo asnal: la democracia directa desde Marsilio de Padua. En R. Arango (ed.), *Filosofía de la democracia: fundamentos conceptuales*. (47-64). Universidad de los Andes.
- Camps, V. (2003). *Virtudes públicas*. Espasa Calpe.
- Cohen, J. (2000). Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa. *Metapolítica*, 4(14), 24-47.
- Cortina, A. (2015). ¿Para qué sirve realmente...? La ética. Paidós.
- Dahl, R. (2008). *La igualdad política*. Fondo de Cultura Económica.
- Dewey, J. (1958). *El público y sus problemas*. Ágora.
- Dewey, J. (1964). *Naturaleza humana y conducta: introducción a la psicología social*. Fondo de Cultura Económica.
- Díaz de la Rada, Á. (2010). *Cultura antropología y otras tonterías*. Trotta.
- Dworkin, R. (2004). *La comunidad liberal*. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre editores.
- Engelken-Jorge, M. (2012). Un balance de los giros empírico, sistémico y retórico de la teoría deliberativa. *RIPS*, 11(4), 13-30.
- Faria, C. (2000). El concepto de democracia deliberativa: un dialogo entre Habermas, Cohen y Bohman. *Metapolítica*, 4(14), 58-75.
- Fuente, O. (2012). Qué democracia(s). *Co-herencia*, 9(16), 53-79.
- Galdós, L. (2006). Ciudadanos y esfera pública: una reivindicación de los modelos de implementación de la democracia deliberativa. *Revista Española de Ciencia Política* 14, 47-69.

- García, L. (2006). La democracia deliberativa como ideal regulativo y concepto normativo. *Universitas Philosophica*, 23(47),143-175.
- García, R. (2013). La legitimidad de las decisiones políticas ¿Es posible una justificación epistémica de la democracia? *RJUAM*, 27, 13-37.
- Gallego, F. (2008). *Ética del discurso y teoría política*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Godoy, O. (2006). Aristóteles, la justicia política y la democracia deliberativa. *Estudios Públicos*. (102), 5-26.
- Irizar, L. B. (2009). *Humanismo cívico: una invitación a repensar la democracia*. Konrad Adenauer Stiftung, Corporación Pensamiento Siglo XXI y Universidad Sergio Arbolada.
- Jaramillo, L. G. (2006). La democracia deliberativa como ideal normativo regulativo y concepto normativo. *Universitas Philosophica*, 23(47),143-175.
- Landemore, H. y Mercier, H. (2012). Talking it out with others vs. deliberation within and the law of group polarization: some implications of the argumentative theory of reasoning for deliberative democracy. *Análisis Social*, XLVII(4), 910-934.
- López-Gómez, C. (2011). Educación para la democracia y la deliberación: una relectura en clave aristotélica. *Pensamiento y Cultura*, 14(1), 35-48.
- Máiz, R. (2004). Deliberación e inclusión en la democracia republicana. *Reis*, 113(06), 11-47.
- Marey, M. (2011). Democracia agregativa y deliberativa: círculo práctico inevitable. *Ideas y Valores*, LX(147), 153-175.
- Mejía, O y Jiménez, C. (2005). Nuevas teorías de la democracia: de la democracia formal a la democracia deliberativa. *Colombia Internacional*, 62, 12-31.

- Mendoça, R. (2013). Teoría crítica e democracia deliberativa: diálogos instáveis. *Opinaõ pública*, 19(1), 49-64.
- Montero, J. (2005). ¿Qué criterio de igualdad requiere una democracia deliberativa? *Diánoia*, L(55), 119-135.
- Nun, J. (2000). *Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* Fondo de Cultura Económica.
- Oxhorn, P. (2003). Cuando la democracia no es tan democracia. La exclusión social y los límites de la esfera pública en América Latina. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, XLVI(187), 131-176.
- Parada, J. A. (2010). Democracia y participación en Colombia: un espacio en construcción. *Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología*, 19(4), 641-651.
- Pérez-Zafrilla, P. (2012). ¿Es posible realizar la teoría deliberativa en la vida Política? El proyecto de James Fishkin. *Revista Española de Ciencia Política*, (30), 9-30.
- Prono, S. N. (2010). Ética y política. Reflexiones críticas en torno a la relación entre la ética del discurso y la democracia deliberativa. *Filosofía UIS*, 9(2), 59 -86.
- Rawls, J (1996). *El liberalismo político*. Editorial Crítica.
- Ramírez, M. M. (2010). ¿Puede la deliberación ser democrática? Una revisión del marco deliberativo desde la democracia comunicativa. *Revista Española de Ciencia Política*, (24), 11-32.
- Ramis, Á. (2012). Asediar la fortaleza sin ánimo de conquista. *Polis*, 32.
- Requejo, F. (2008). *Las demoracias: democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar*. Ariel.
- Rivas, J. A. (Junio de 2013). El debate en torno a la calidad de la democracia. *Reflexión Política*, 15(29), 23-32.

- Rodríguez, F. (2011). *Nueva historia de la democracia. De Solón a nuestros días*. Ariel.
- Sartori, G. (1994). *¿Qué es la democracia?* Altamir ediciones.
- Sahlins, M. (1988). *Cultura y razón práctica*. Gedisa.
- Sen, A. (2006). *El valor de la democracia*. El Viejo Topo.
- Tucídes. (1987). Discurso fúnebre de Pericles. Historia de la Guerra del Peloponeso. <http://www.iesdionisioaguado.org/joomla/images/griego/discursopericles.pdf>
- Ugarriza, J. E. (2009). La democracia en el siglo XXI: presente y futuro del modelo deliberativo. *Pap. Polít.*, 14(2), 431-465.
- Ugarriza, E. y Caluwaerts, D. (Eds.). (2014). *Democratic Deliberation in Deeply Divided Societies: From Conflict to Common Ground*. Palgrave Macmillan.
- Velásquez, F. y González, E. (2003). ¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia? Fundación Corona.
- Vollet, M. (2007). Vestigios protodemocráticos en la Edad Media tardía: Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa. En R. Arango (ed.), *Filosofía de la democracia: fundamentos conceptuales* (pp. 21-46). Siglo del Hombre.
- Zuleta, E. (2015). *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*. Ariel.
- Zamagni, S. (2005). Un modelo de democracia para la sociedad post-industrial. *Revista Valores en la Sociedad Industrial*, XXIII(63), 6-19.

Capítulo 10

Actualidad del discurso ecológico: una ética del cuidado¹

Eulalia García-Marín², Luis Javier Agudelo Palacio³

Resumen

La actualidad del discurso ecológico es demandada hoy más que nunca por las dinámicas del consumo irreflexivo, propio del mercado neoliberal, que nos ha llevado a concebir los recursos naturales como algo que se puede reemplazar por otra cosa, por objetos del mercado. La apuesta de esta reflexión se orienta por una concepción de la tierra como un ser vivo, un organismo que tiene vida propia y así mismo, dignidad, cuya vitalidad no puede sustituirse por otra, y que, por tanto, merece ser pensada como parte del mundo de los fines en sí mismo. Esta apuesta, que demarca una ética del cuidado está desarrollada en tres partes a saber: la primera, trata sobre *el contexto del discurso ecológico en el siglo XXI*, para lo cual analizaremos el contexto actual; la segunda se enfoca en *las prácticas ecológicas y su incompatibilidad para asumir un comportamiento ecológico*, y en la última parte se reflexiona sobre *la utopía del discurso ecológico hoy*, la cual tomará partido por una ética del cuidado.

Palabras clave: ecología, cuidado, discurso ecológico, consumo.

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado *Actualidad del discurso ecológico: Una ética del cuidado* y realizado entre UPB-IUCMA

2 PhD. en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente Ocasional de Tiempo Completo del Programa Profesional en Trabajo Social de la Facultad de Educación y Ciencias Sociales - Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria. Integrante del Grupo de Investigación OBSERVATOS. E-mail: maria.garcia81@tdea.edu.co. Código Orcid <https://orcid.org/0000-0003-2246-3789>

3 Licenciado en Filosofía y Letras, magister en Filosofía. Doctorando en Ciencias sociales, Universidad Nacional de La Plata. Argentina. Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia – Universidad Pontificia Bolivariana, integrante del grupo de investigación Plan D + E. Facultad de Ciencias Sociales (IUCMA). Correo: luis.agudelo@colmayor.edu.co, luis.agudelo@upb.edu.co. Código ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1659-3969>

Introducción

Este trabajo parte de la necesidad de reflexionar acerca de las prácticas ecológicas y su ineficacia, tomando como contexto la década de los sesenta, época de grandes cambios sociales y en la que surgieron varios movimientos en defensa de la Tierra, en especial el de contracultura. Este panorama tiene como cometido dar una mirada al discurso ecológico y orientarnos hacia una utopía del cuidado, ya que como expresa Serres: *sin utopía no hay posibilidad de cambio*. Por tanto, se articula en la línea de naturaleza, sociedad y cuidado, cuyo horizonte de comprensión reclama un retorno hacia la construcción de nuevos principios de responsabilidad.

Desarrollo

Este trabajo se enmarca inicialmente en la estrategia de investigación documental pues toma como objeto de reflexión las prácticas ecológicas y su ineficacia, dada por el desarrollo de la industria en la modernidad, teniendo como base que son daños irreversibles que están atentando contra el orden de la naturaleza y están dejando como legado consecuencias perversas a las generaciones futuras. Por ello, su objetivo es proponer una ética del cuidado que no solo señala los riesgos que irreflexivamente generamos, sino que también invita al ejercicio de un juicio tanto reflexivo como determinativo para el *homo consumericus* de nuestro tiempo.

Contexto del discurso ecológico en el siglo XXI

El discurso ecológico aflora en los años 60⁴, y con más fuerza a partir de distintas situaciones que convergen en esta década, las que, miradas en retrospectiva, sientan las bases de la conciencia ecológica actual. Uno de los principales aspectos es el movimiento de contracultura, una analítica del poder que

4 Estos años son conmemorados por los cambios, se pasa de la posguerra a la instauración de un nuevo mundo. Los sesenta, se caracterizan por “la rebeldía juvenil, música rock, prohibido prohibir, pidamos lo imposible”, véase Escalante (2015).

reconoce la importancia de la lucha, desconectada de la lucha de clase, “en defensa de la Tierra, de la cultura, de la vida (...) movimientos que no contaban con un estatus político pero que implicaban una nueva forma de atacar los mecanismos de poder” (Peñuela, 2011, pp. 42-43), perspectiva que evoca un retorno al contacto con la naturaleza para volver a la unidad del hombre con ella, viviendo de una manera más armónica, en contravía del saqueo que ha venido ocasionando el capitalismo reinante. Para lograrlo, se inicia un retorno a vivir en el campo, buscando autoabastecerse del consumo local en una economía de trueque, en la que el trabajo comunitario es la base del bienestar común⁵ (*companis*), con el fin de cultivar la tierra, a la cual le dieron diferentes usos, entre ellos: la plantación de bosques, la rotación de las siembras; además de cultivar de manera orgánica, en la que se cambian las sustancias químicas por sustancias naturales, con las cuales se elaboran los caldos de cultivo⁶, estos, se obtienen a partir de la hojarasca, la cascarilla de arroz, la melaza⁷. Posterior a ello, producen compostaje con los residuos orgánicos y emplean el compost para abonar las huertas logrando así una alimentación saludable y una producción local, que les permitió ser autosuficientes. Organizados en pequeñas comunidades, adoptaron prácticas ancestrales como la recolección del agua pluvial y el almacenamiento de esta en pozos. Dejaron de lado el uso de la tecnología y optaron por duchas solares, letrinas tipo gato, construcción de biodigestores, así como el cultivo de plantas germinadas. Preocupados por el medio ambiente y ante el hastío de una vida cuyo centro era el consumismo, iniciaron una búsqueda de un camino espiritual, en el que primaba el contacto con la naturaleza, el retorno a esa relación de vínculo con ella, buscando producir los propios alimentos; volver al conocimiento tradicional ancestral legado por los antepasados, que permite vivir de manera sostenible con el planeta, porque se practica un consumo responsable, un ejercicio del *principio de responsabilidad* como lo denomina Jonas, “sin duda un *novum* sobre el cual la teoría ética tiene que reflexionar” (2015, p. 33), a nivel local en función de la protección de la naturaleza, a la vez que se regresa a la vida en común, en la que el valor de la solidaridad y el compartir se tornan fundamentales.

Iniciaron la búsqueda de un vivir bien, expresión que podemos ampliar en

5 Para comprender esta noción de *bien común* nos remitimos a la expresión medieval *companis*, en la que se reconoce que los individuos particulares tienen intereses en común: “hombres que tienen un mismo pan y un mismo vino” (Arendt, 2005, p. 59).

6 Entiéndase por caldo de cultivo, mezcla de sustancias que favorecen la multiplicación de microorganismos.

7 Residuo que queda de la cristalización de la caña de azúcar. De color oscuro y espesa.

la concepción del pueblo Aymara Quechua, la cual nos dice: “*sumaqamaña-takija, sumanqañaw*”, que significa “para vivir bien o vivir en plenitud, primero hay que estar bien”. Saber vivir implica estar en armonía con uno mismo; “estar bien” o “*sumanqaña*” y luego, saber relacionarse o convivir con todas las formas de existencia” (CAOI, 2010, p. 17)⁸. Este disfrute de la vida en comunidad se fundamenta en el buen vivir que se acerca a la cosmogonía de los pueblos indígenas y propone trabajar con la naturaleza.

Desde esta perspectiva la tierra es la madre, el ser humano hace parte de ella y todo está interrelacionado y se insiste en la conservación de la vida en todas sus manifestaciones. Todos los aspectos de la vida cotidiana se retroalimentan, como en el caso del concepto de *ecosofía* “que articula las tres ecologías: medioambiental, social y mental” (Guattari, 2015, p. 60). Esta forma de pensar se encuentra con la creación de las ecoaldeas⁹, definidas como “la escala humana”, o sea, un lugar donde conoces a los demás, un “asentamiento integral”, no solo una estructura de viviendas, agrícolas o empresariales, sino todo ello a la vez, un asentamiento donde las actividades humanas están integradas en el medio natural de manera inocua” (Selba, 1995, p. 2), lugares en los cuales habita una comunidad, que se propone integrar los aspectos biológicos con los humanos por medio de consensos, con el fin de lograr equilibrio entre los distintos ámbitos para llegar a ser sostenibles.

De forma simultánea, aparece la propuesta de “la permacultura, que está basada en la observación de los sistemas naturales, la sabiduría contenida en los sistemas tradicionales de las granjas y el conocimiento científico moderno y la tecnología” (Mollison, 1974), en dicho conocimiento se integran todos los aspectos tales como: la vivienda, la energía, los animales, el alimento; de tal manera que se diseñen sistemas humanos con los principios naturales (Mollison y Mia Slay, 1992). Se vive en una estrecha relación con la naturaleza y se da un cambio de paradigma; unas prácticas de contracultura que interrogan la economía capitalista neoliberal. Un buen ejemplo de esto es el protocolo de Kioto (Becker y Becker, 2002), según Becker y Becker, es un mal acuerdo. Este fue celebrado por la Naciones Unidas en diciembre de 1997 para reducir la emisión de carbono CO₂ y otros gases de efecto invernadero, lo que se cuestiona aquí es que, este exige a más de 130 países, incluyendo Brasil,

8 Cf. Coordinadora Andina de organizaciones Indígenas_CAO_ BUEN VIVIR/ VIVIR BIEN. https://www.escc-net.org/sites/default/files/Libro_Buen_Vivir_y_Vivir.

9 Para este concepto consultar Salamanca y Silva (2015).

China, India y México, de toda restricción en la contaminación industrial. Y, por consiguiente, provocaría posteriormente el traslado de las industrias a los países en vía de desarrollo.

Del mismo modo, entre las décadas de los 60 y 70, aparecen algunos teóricos que aportan ideas para realizar prácticas que pueden contribuir al cuidado de la naturaleza, tal es el caso de Gaylor Nelson, quien muestra la preocupación por la conservación de la biodiversidad y propone la celebración del día de la Tierra durante muchos años, hasta que finalmente es aprobado para el 22 de abril de 1970. James Lovelock propone la noción de *gaia* (Lovelock, 1985) en la que concibe la tierra como un organismo viviente que siente, dejándonos la inquietud de pensar el planeta tierra de otra manera, porque es un ser vivo, el cual está interconectado, dicho pensamiento influirá en perspectivas diferentes de ver y sentir el planeta. En esa misma línea, Rachel Carson con su texto *La Primavera Silenciosa* crea toda una inquietud al poner en evidencia las problemáticas derivadas de la contaminación atmosférica, y el impacto de estas en las interdependencias que afectan la red de vida, inspirando a algunos jóvenes a fundar el movimiento ambiental *Green Peace*¹⁰. En este abanico de planteamientos aparece el noruego Arne Naess, con su filosofía ecológica que propone una ecología profunda (Ferry, 1992), la cual invita a penetrar en las causas del deterioro del planeta y no solamente quedarse en una ecología superficial (que pretende resolver las problemáticas ambientales con ayuda de la técnica), sino que aspira a profundizar en la manera como nos vinculamos con la naturaleza y cómo podemos construir una manera de relacionarnos armónicamente con ella, lo que implica *un hacer* diferente en los distintos aspectos que conforman nuestra vida.

Estos diferentes aportes ambientales gestados en Estados Unidos entre los años 60, 70 y 80, van a incidir en la propuesta de un consumo ecológico que se fortalece en los 70, en el consumo ecológico se incluyen los productos que no provengan de especies en vía de extinción, además de que no sean el resultado de experimentos con animales, también se empieza a revisar el ciclo de vida del producto (CVU) (Chamorro, 2001) desde que se diseña hasta que se desecha, así mismo, se exigen empaques más amigables con el ambiente y se incluye la propuesta de que el producto y su elaboración sean inocuos para

10 Su obra crea un giro en la manera de ver la naturaleza y traza caminos que llevarán a la conciencia ecológica, esto se puede ampliar en el siguiente enlace: <https://www.greenpeace.org/usa/rachel-carson-and-the-birth-of-modern-environmentalism/>

la salud. A partir de esta década se suceden numerosos foros, protocolos, informes, declaraciones, estudios, encuentros, talleres, seminarios, estrategias, conferencias como la de Tbilisi, la carta de Belgrado, cumbres de la Tierra: Estocolmo y Río (Corpocaldas, 1996) que intentan crear conciencia, generar cambio en nuestros hábitos, optar por otros estilos de vida, que anhelan, para formular estrategias de educación ambiental, intentando resolver una crisis ecológica y una crisis ambiental de dimensiones globales que se deriva en parte del agotamiento y deterioro de los recursos naturales producidos por una economía capitalista basada en la extracción de recursos para la elaboración de gran cantidad de productos que son consumidos, “un proceso y una preparación para el que se requieren de muchos *otros* ingredientes. En el caso del papel, por ejemplo, no solo necesitamos árboles. También necesitamos metales para fabricar las motosierras y otros instrumentos de tala” (Leonard, 2010, p. 45), en la mayoría de los casos, sin exigencias de los consumidores y desde una mentalidad antropocéntrica con la naturaleza.

No obstante, nuestra realidad actual nos muestra que esto no ha sido suficiente y podríamos preguntarnos ¿Por qué todas estas iniciativas se han quedado cortas? Ello se evidencia porque hoy asistimos a una serie de manifestaciones de la naturaleza que se han tornado más intensas como los huracanes, el cambio de temperatura, la contaminación atmosférica, la prolongación de las estaciones, las cuales se extienden, en algunas regiones, así como la presencia e intensidad de los gases de efecto invernadero, parece que aumenta, según los informes del IPCC¹¹ del 8 de octubre del año 2018 y nos alerta sobre las condiciones climáticas del planeta y la importancia de las acciones y decisiones que se realicen en el presente ya que de estas se deriva el estado futuro del planeta por ejemplo, si seguimos generando islas de plástico en diferentes ecosistemas de la Tierra, podremos generar afectaciones más rápidas y drásticas en este ecosistema global (ver National Geographic, 2007). En este contexto actual del deterioro de la naturaleza por múltiples causas, el discurso ecológico¹² cobra vigencia como propuesta de una ética del cuidado porque entra a reflexionar sobre nuestra responsabilidad con ella, pues esas expresiones que pronunciamos: “cuidemos el ambiente”, “cuidemos la naturaleza”, como aquella que está afuera de nosotros, lejos de nosotros, constituyen un

11 Grupo intergubernamental de expertos sobre el cambio climático. Informe especial sobre el calentamiento global, el cual ha generado una gran preocupación entre los expertos y en este momento es tema de estudios, análisis de sus posibles consecuencias.

12 Ampliar en la entrevista realizada por Paulo Marcun a Michel Serres, 1999. <http://perguntodromo.blogspot.com/2017/02/michel-serres-1999.html>

discurso en el cual no se ha profundizado de manera consecuente, y podría pensarse de manera sugerente que, al cuidar la naturaleza, realmente lo que se está haciendo es practicar un cuidado de nosotros mismos, un cuidado de la humanidad en su conjunto; porque el agua limpia, una atmósfera en equilibrio, suelos fértiles, proveen a todos los seres vivos de los recursos que necesitamos para vivir y, es ahí donde empezamos a practicar el cuidado de sí, el cuidado de los otros seres con los cuales compartimos este planeta y el cuidado de lo otro, en este caso la naturaleza. En relación con ello, tendremos que preguntarnos con Serres, “ante los peligros reales que corremos, ¿qué decisión tomar?, ¿qué conducta adoptar?, ¿qué organización construir, sobre qué apoyarnos para responder a estas demandas?” (2015, p. 20).

Prácticas ecológicas

Cuando se trata del verdadero precio de la ignorancia ecológica en el mundo del comercio (...) nuestra indiferencia ante las consecuencias de todo lo que compramos y hacemos, y nuestros hábitos como consumidores que nunca nos detenemos a examinar, son la causa primordial de un gran número de amenazas al medio ambiente y a la salud (Goleman, 2009, p. 38).

Esta gran cantidad de iniciativas desencadenadas a partir de los años sesenta, parece que no han sido suficientes, porque estamos observando ecosistemas afectados, desaparición de especies, hambruna generalizada, sequía, escasez de agua en muchas regiones del planeta, aumento del nivel del mar; esto ha ocasionado el fenómeno de los desplazados ambientales, que según el PNUMA¹³ se define como: “aquellos individuos que se han visto forzados a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales o provocado por la actividad humana” los cuales según el informe de ACNUR¹⁴ a 2017 va en aumento, lo que significa que muchas personas tienen que dejar su hogar obligados por el deterioro ambiental, pero se encuentran con el problema que no tienen a donde ir y además muchos de los lugares a los que llegan presentan condiciones de gran deterioro ambiental. Además de que se suman a la gran cantidad de desplazados por la violencia en el mundo, pero con la dife-

13 Programa de Naciones Unidas, creado en 1972

14 ACNUR: Organismo de Naciones Unidas para proteger a refugiados y desplazados

rencia de que ellos han sido reconocidos por muy pocos países en el mundo, como necesitados de refugio, por lo cual su problemática es mayor ya que la posibilidad de llegar a “puerto seguro” es mínima.

Esto indica una dimensión de la confusa situación actual, ante la cual el discurso ecológico parece insuficiente. Este escenario requiere una reflexión por parte nuestra ante este llamado “medioambientalismo” por Castells, el cual define: “formas de conducta colectiva que en su discurso y práctica aspiran a corregir las formas de conducta colectiva” (Castells, 2003, p. 2), la propuesta sería la modificación de hábitos que afectan el entorno en el que vivimos, con el fin de crear una sociedad en la que sea posible una ecotopía como aspiración de un ideal ecológico que comprenda la totalidad. Sin embargo, lo que estamos viendo es que son insuficientes las acciones individuales que se han extendido en grupos con estilos de vida saludables y sostenibles (Lohas, 2017). También las inquietudes e iniciativas de los *millennials* y los *centennials*. Sin embargo, pareciera que estos discursos no han hecho eco de manera contundente, pues estamos volviendo a la época de los setentas, en que se proponía usar recipientes de vidrio, dejar de lado el uso de plásticos, es decir, volvemos al pasado con la insistencia recurrente de evitar los plásticos, sobre todo los de un solo uso, por la presencia de residuos de plástico en muchos ecosistemas acuáticos del planeta.

Pareciera que la idea de “progreso” es el norte hacia el cual se dirigen los Estados y las sociedades, determinando de esta manera la economía capitalista, así como los modelos de desarrollo, generando una tensión entre progreso y economía, en donde para movilizarla realizamos actividades extractivas, que dejan los ecosistemas, en algunos casos, arrasados, lo que hoy vemos en las imágenes, suelos y espejos de agua contaminados por presencia del mercurio. Ante esta dicotomía, vivimos en un conflicto, comprendido por Bauman como ambivalencia: “la posibilidad de referir un objeto o suceso, a más de una categoría, es el correlato lingüístico del desorden: es el fracaso del lenguaje en su dimensión denotativa (separadora)” (1996, p. 36). Nos movemos entre posibilidades que se oponen no solo desde el discurso, sino también desde las acciones, para realizar unas prácticas que permitan conservar la naturaleza y en ella, los recursos naturales porque nos hemos acostumbrado a poner sobre una balanza conceptos que tienen un gran peso simbólico, entre ellos: rentabilidad, enriquecimiento, divisas, PIB, ingreso *per cápita*, combustibles fósiles y en el modelo económico en el que nos desenvolvemos; si hay que elegir entre

ellos y la conservación del planeta, esta opción resulta rechazada por las multinacionales, las economías de primer mundo y las sociedades, en las cuales la vida de los individuos viven determinados por estos tipos de economía. Estamos viviendo *las consecuencias perversas de la modernidad*, en la que “los riesgos de la catástrofe ecológica constituyen una parte inevitable de nuestro horizonte cotidiano” (Giddens *et al.*, 2011, p. 37), al idear estilos de vida y modelos de desarrollo en los cuales las actividades que realizamos para subsistir nos están dejando sin los recursos que requerimos para vivir en este presente y hacia este futuro, ya que las demandas de materias primas, minerales y demás elementos y sustancias que extraemos de la naturaleza para mover las economías están generando un alto impacto ambiental, que se extiende hacia la salud de los seres vivos y las condiciones en que está existiendo (inundaciones, altas temperaturas, huracanes de mayor intensidad, suelos degradados), que nos están dejando sin mundo.

Lo anterior, nos muestra que la preocupación por el cuidado de la naturaleza se ha quedado a medio camino, porque la elección que ha primado es la del ideal de progreso como renovación de la vida por el Estado de bienestar, mejoramiento en los diferentes aspectos de la sociedad. Por tanto, se hace también necesario reflexionar, el por qué las diferentes propuestas que se han suscitado en el planeta a partir de los años sesenta hasta nuestros días no han calado de manera más profunda en los seres humanos para que el cambio en nuestras acciones haya sido más profundo. En palabras de Kant, ¿Por qué eso que debe regir adecuadamente para la teoría no se da también en la práctica?¹⁵ Será que nos ha faltado esa congruencia entre teoría y práctica, es decir la capacidad de aunar con inteligencia los dos conceptos para lograr la aplicación del cuidado de los recursos naturales, a la vez que un tipo de economía y un modelo de desarrollo que nos permitan equilibrar ambos aspectos, y así, lograr integrar todos los componentes. Se requiere, como decía Kant, la capacidad del juicio que nos permita interpretar, comprender y reflexionar, *sensus communis* en un sentido extensivo, para ponernos “en el lugar de los otros” seres humanos y de los seres vivos y, en general, de la naturaleza que podamos desde una compasión amorosa, cocrear una propuesta de cuidado de esta Tierra que es la vida

15 Cf. “*Eso podrá ser cierto en teoría, pero no sirve en la práctica*” De la relación entre la teoría y la práctica en la moral en general. En este aspecto podía considerarse la objeción de Garve, donde señala desde su perspectiva las imposibilidades de cumplir en deber de manera desinteresada, las cuales ponen en piedra de toque el valor del sentimiento moral hacia el cumplimiento del deber (respuesta a algunas objeciones del profesor Garve). Cf. Kant (2008).

misma y por lo tanto nuestra vida. Se trata de esta manera de proponer una ética que tenga preocupación por el *oikos*, por ese hogar en el que vivimos, en el que nos resguardamos y que no quisiéramos perder.

En las últimas cinco décadas, han emergido múltiples propuestas para el cuidado de la naturaleza y sus recursos: empaques ecológicos, ecodiseños, publicidad “verde”, las 10 R, reingenierías, energías alternativas, agriculturas orgánicas, protocolos cuna a cuna, ecoladrillos, tecnologías aplicadas, tecnologías limpias. Ideas innovadoras que representan una gran capacidad inventiva del desarrollo de la técnica, en fin, quimeras irrealizables que, de acuerdo a su ineficacia siguen demandando nuestra atención hacia una lógica del cuidado.

Es por ello por lo que aún nos sigue faltando muchas acciones en el cuidado de la naturaleza; parece que nos quedamos cortos, bien sea por el hacer de unos pocos, o porque lo hicimos de manera intermitente, que nos permiten cuidar el único hogar que por ahora tenemos y que pertenece a la humanidad. Lo anterior nos lleva a “la reflexión acerca de los propios hábitos en los que se deben comprobar las consecuencias ecológicas de cada acto cotidiano, por insignificante que parezca” (Schmid, 2011, p. 84). En esta práctica ecológica, la persona analiza sus adquisiciones de acuerdo con el uso, este tipo de consumidor integra la variable ecológica a lo que hace, incidiendo así en los procesos, las características que tienen los materiales, los usos de estos, la degradación, la transformación. Un pensamiento que reta a la inteligencia, a la creatividad, y a los modelos de desarrollo actuales. Como dice el pensador alemán “el uso respetuoso es el modo de relacionarse prudente y cuidadosamente con cosas y materias, mientras que con el consumo se asume su desgaste con tal de satisfacer una necesidad momentánea” (Schmid, 2011, p. 83). Esta expresión ilustra claramente la profundidad de nuestras acciones y sus consecuencias, según el pensamiento que las está guiando y las consecuencias que se derivan de esto para nosotros, los otros y lo otro. Pasar del activismo a ser conscientes: ¿qué compramos?, ¿qué comemos?, ¿qué materiales usamos para vestirnos? (Schmid, 2002) ¿de dónde proviene lo que consumimos y a dónde va a parar lo que consumimos? (Schmid, 2011, pp. 93-101).

Esta reflexión es una apuesta por seguir una vida ecológica, es decir, una propuesta de pensarnos en nuestras acciones, integradas a un gran ecosistema del cual nos nutrimos constantemente y en esa relación mutua, lo mínimo que podemos hacer es evitar el deterioro del planeta que nos alberga. Esta invita-

ción no pretende ser una preceptiva de las prácticas de vida, sino más bien, hacer una alerta del cuidado respecto a la destrucción del mundo que todos habitamos, esta mirada se une a lo previsto por Sagan:

Preveo cómo será la América de la época de mis hijos o nietos: Estados Unidos será una economía de servicio e información; casi todas las industrias manufactureras claves se habrán desplazado a otros países; los temibles poderes tecnológicos están en manos de unos pocos y nadie que represente el interés público se podrá acercar siquiera a los asuntos importantes; la gente habrá perdido la capacidad de establecer sus prioridades o de cuestionar con conocimiento a los que ejercen la autoridad; nosotros, aferrados a nuestros cristales y consultando nerviosos nuestros horóscopos, con las facultades críticas en declive, incapaces de discernir entre lo que nos hace sentir bien y lo que es cierto, nos iremos deslizando, casi sin darnos cuenta, en la superstición y la oscuridad (2015, pp. 42-44).

Hacia una utopía del discurso ecológico

La ecología significa, según Schmid, “una cultura del vivir y una comprensión de las interrelaciones de ese vivir tanto en un lugar determinado como en cualquier punto del planeta” (2011, pp. 44-45) este planteamiento encierra una preocupación que sale de la casa propia que cada uno habita y se extiende al concepto de “casa común” de los griegos (*koiné*), implicando una conciencia planetaria del hogar, de la ciudad, de la región, del país, porque “la tierra es el hogar que el hombre comparte con todos los seres vivos y organismos” (Schmid, 2011, p. 44). Por lo tanto, nuestra responsabilidad es mayor ya que al crear pensamiento y tener conciencia nos corresponde cuidar aquello de lo que somos conscientes que está ahí de una manera cauta y comprometida, en palabras de Serres “tener control sobre nuestro control”. Esta utopía (Serres, 1999) del discurso ecológico puede ser viable de vivirse como un estilo de vida en el que cada ser humano decida ser de una forma en que se integre al funcionamiento de la naturaleza, lo que requiere planear, diseñar, imaginar e ingeniar, en la manera en que la observemos y aprendamos de ella, por ejemplo, la biomimética en donde se observa a la naturaleza para aprender de su funcionamiento y aplicarlo a lo que hacemos, diseñando y creando en consonancia con el diseño del planeta.

Estas nuevas maneras de hacer las cosas detallando la naturaleza, nos pueden permitir elaborar procesos, realizar proyectos y megaproyectos, a la vez que pensar en un cambio en las políticas públicas que incorporen los temas ecológicos y por ende se orienten hacia la educación ambiental y la conservación y cuidado del planeta que faciliten unas prácticas ciudadanas que trasciendan el planeta y que derive en una conciencia pública, para “dirigir, canalizar y transformar” (Serres, 1999) nuestra violencia con la naturaleza. También es posible esta utopía de un planeta, cuidado por sus habitantes desde un sentimiento cosmopolita, al proponerse una nueva relación entre teoría y práctica que responda a los desafíos actuales a nivel local y global. Se resalta la relevancia de una consonancia entre teoría y práctica, acudiendo a lo propuesto por Deleuze: “una teoría es exactamente como una caja de herramientas. No tiene nada que ver con el significante. Debe ser útil. Tiene que funcionar” (1972, p. 3), se hace necesaria, entonces, la consistencia de un pensamiento desde el cual podamos integrar la teoría y los conceptos para que la ecología como “una serie de creencias, teorías y proyectos que consideran a la humanidad un componente de un ecosistema más amplio” (Castells, 2012, p. 137) nos lleve a un pensamiento ecológico, que lo legitime como un asunto existencial en donde el fundamento sea el cuidado.

Este cuidado es necesario pensarlo considerando las diferencias culturales que enmarcan la relación que ha tenido el hombre con la naturaleza, lo que deriva en distintas situaciones que pueden ser de cuidado o deterioro, esto puede hacer difícil proponer las prácticas, leyes, modelos de desarrollo y técnicas porque las condiciones pueden ser distintas para cada situación. Esto sin desconocer que permite aprenderse de experiencias dadas o compartir propuestas específicas de un determinado lugar. Según Heidegger: “el verdadero modo del propio ser en un mundo es el *cuidar*, el *atender*” (2010, p. 102), alcanzamos a preguntarnos si cuidamos efectivamente el mundo, el deterioro ambiental, los daños a los recursos naturales, al ambiente, al entorno pareciera decir lo contrario. ¿Nos cuidamos cada uno de nosotros y a todos nosotros? Al juzgar por los hechos, en algunos casos la respuesta no parece ser muy alentadora, cuando escuchamos expresiones tales como: “voy a cuidar el ambiente” es decir aquello que no se relaciona conmigo, que está alejado de mí, pensando que le estoy haciendo un favor a la naturaleza, se desconoce lo que pasa en la naturaleza, los daños que se ocasionan afectan a todos seres vivos, por lo tanto, cuidamos de ella, practicamos un cuidado en nombre de toda la humanidad.

Vivimos dentro de ella y con ella, porque estamos en el planeta Tierra, un ecosistema que nos contiene y que nos alberga. Además, que nos proporciona cada elemento indispensable para nuestra vida: el aire, el alimento, la temperatura adecuada, la sucesión de los días y las noches que permiten que nuestro ciclo de la vigilia se dé. Porque, aunque históricamente tengamos que buscar recursos, adaptarnos a climas y aparentemente doblegar a la naturaleza; si vamos en contra de sus ciclos, somos nosotros los que terminamos adaptándonos a ella y a sus ciclos. Según Heidegger:

Hay que entender que el fenómeno del cuidado es un fenómeno fundamental del existir. Un fenómeno que no se puede componer juntando elementos teóricos, prácticos y emocionales. Solo partiendo de él es posible explicar cómo en el existir del cuidar mismo, tomado en su originariedad, antes de cualquier interpretación, el cuidado del mero ver y del mero preguntar se fundan en el ser de la existencia humana (1999, p. 132).

Cuando el existir se vuelve el centro de nuestra coexistencia, es posible lograr la coherencia entre teoría y práctica, superando el activismo porque cada persona llega al convencimiento de que realizar unas prácticas del cuidado amplio de la casa grande (*oikía*) y el cuidado del hogar pequeño (*oikos*) permite la vivencia porque cada uno ha elegido de manera autónoma y responsable, determinarse en el camino de la conservación. La propuesta consiste en realizar una vida ecológica plena, es decir, a pensarnos como seres integrados a un gran ecosistema del cual nos nutrimos constantemente y en esa relación mutua, lo mínimo que podemos hacer es evitar el deterioro del planeta que nos alberga, Tal como plantea Schmid: “el “individuo ecológico” se ejercita en mirar mucho más allá del entorno directo de su “medio ambiente” y en percibir la propia existencia en interrelaciones globales” (Schmid, 2011, p. 82) en este pensamiento el ser humano llega a la comprensión de ampliar la mirada más allá de sí mismo, de sus cercanos, de su región y del presente en que vive. Pero al mismo tiempo también torna la mirada hacia sí mismo, para reflexionar sobre sus propios hábitos.

Es posible guiarnos por la prudencia, un saber deliberativo que nos lleve a obrar con cautela en la oferta de los productos que consumimos, en los servicios adquiridos, en los procesos que avalamos finalmente con la aprobación que damos cuando consumimos cualquier cosa, ya que con ello generamos

consecuencias irreversibles, como hemos señalado anteriormente con Giddens. La utopía del discurso ecológico, en la actualidad, puede llevarse a cabo, bajo una práctica de consensos, de una sociedad de que acuda a una racionalidad dialógica que tome las riendas sobre la forma ecológica de vivir, por ello sugiere Schmid que “las formas de vida gestionadas por convenciones sociales solo cobran naturaleza cuando son aceptadas y aplicadas por los individuos” (2011, p. 117). Para esto se requiere la aprobación de quienes integran la sociedad, a partir de prácticas, convenciones, pautas que propendan por una manera de vivir en consonancia con la naturaleza. Lo que se hace hoy indispensable y puede ser posible con la práctica del concepto de *inteligencia ecológica* propuesto por Daniel Goleman (2009) para que pueda ser viable construir un tipo de habilidad ecológica del existir. Para aprender a valorar las relaciones del día a día que tejemos en los lugares habitados que nos muestran nuestra dimensión de humanidad.

Todo lo anterior, nos lleva a caer en cuenta de la importancia de nuestros hábitos, porque con ellos dejamos huellas al planeta que muestran nuestra manera de consumir el agua, la energía, los alimentos, los productos, los cuales y en algunas ocasiones, los vemos reflejados en montañas de basura, en comida desperdiciada, en contaminación del aire y de los ríos. Es posible cambiar estas imágenes si nos detenemos a pensar en lo que significa el concepto cuidar. Heidegger evoca el cuidado como:

Lo existente aparece en el modo de aquello de que nos cuidamos, a que atendemos, es decir, en el aquí que se sitúa en un cuidarse de (...). En un sentido marcado “cuidarse de” algo significa ocuparse de ello, hacerlo: que el cuidado se arregle con ello, que ello esté aquí disponible; justamente entonces será algo de que verdaderamente nos hemos cuidado (2010, p. 128).

Nuestro modo de pensar se hace problemático cuando nos cuestionamos ¿En qué nos ocupamos hoy? ¿Qué valoramos realmente? ¿Nos preocupa lo que sucede hoy con la naturaleza? Con tales interrogantes nos es posible comprender la importancia de extender nuestro pensamiento ecológico a la comprensión de un cuidado reverencial, un cuidado por todo aquello que nos permite la vida. ¿En algún momento se manifiesta en nosotros la preocupación por el estado en que dejaremos el hogar de todos a las generaciones que vienen? Ante estos interrogantes, se hace pertinente considerar el concepto de

justicia ecológica que “erige a la naturaleza como un sujeto de derecho y tiene por objeto su protección en forma independiente de los derechos humanos. Por ello reviste especial importancia el reconocimiento de los derechos de la naturaleza” (Cruz, 2017, p. 9), una justicia que se enfoque en la totalidad de los aspectos que conforman el entorno y que se considere en el concepto general de justicia. Este concepto de justicia puede ir aunado a un ser humano racionalmente responsable que se forme en conciencia ecológica, que traspase las fronteras del tiempo, el espacio, de lo local y lo global, e incluso trascienda sus propios intereses, porque comprende la importancia de incorporar el cuidado a la naturaleza, a su vida, para cuidar la vida de todo lo existente en el planeta en sus distintas manifestaciones. En esta propuesta de justicia ecológica, el ser humano de vuelve custodio de su casa planetaria y se aproxima al concepto de hospitalidad con el planeta, porque su mentalidad se torna dispuesta para asistir, atender a su casa, ser generoso con ella y ofrecerle sus cuidados, viviendo en una práctica de mutua ayuda, en el que la reverencia y el asombro están presentes de manera constante, para llegar a *ese homo reciprocus* porque según Serres: “la filosofía tiene que servir para la vida. Y no solo eso, debe transformar, transfigurar, trascender la vida”.

Conclusiones

El movimiento de contracultura de los años 60 marca un hito en la manera como se piensa la relación del hombre con la naturaleza, ya que este se inquieta por las consecuencias de sus acciones en ella, lo que deriva en el despertar de una conciencia ecológica. Esto lo evidenciamos con la gran cantidad de propuestas que desde las diferentes áreas, ciencias, estudios y perspectivas se plantearon: ecología profunda, ecosofía, ecología humana, consumidor verde, la hipótesis *gaia*, las cuales posibilitaron nuevas líneas de pensamiento, nuevas formas de crear, ingeniar la técnica, la tecnología que hasta hoy han influido en la forma como estamos viviendo.

La aparición de diferentes grupos ambientales, de nuevos consumidores y activistas han derivado en iniciativas que han permitido a sociedades de diferentes países vivir de otra manera, en la que se privilegia el vivir en armonía con la naturaleza, con los otros y consigo mismo; tal es el caso de las ecoaldeas, en diferentes partes del mundo. Sin embargo, dichas iniciativas no han

sido suficientes para que la práctica del cuidado sea lo que nos convoque en el momento presente.

A pesar de que han emergido diversas reflexiones, lideradas por congresos en pro del cuidado del planeta, discusiones de dirigentes políticos, comunidad científica, elaboración de protocolos y cumbre de la tierra, se requiere nuestro compromiso constante, desde una capacidad de juicio que nos permita elegir frente a las opciones de cuidado y deterioro, una condición que no solo salvaguarda nuestra vida misma, sino que también, cuida la de las próximas generaciones.

Este texto es una reflexión sobre cuidado, que acompaña nuestra existencia, que permite reivindicar una sensibilidad hacia todo lo que compone este planeta, es una praxis de la valoración, que destaca el asombro ante la belleza de nuestra casa grande que nos sigue aportando a la vida, para que nos ocupemos realmente de nosotros, de los demás seres vivos con los que compartimos este gran ecosistema, es la invitación además para que atendamos todo lo concerniente a la vida, cooperando para que la vida pueda seguir existiendo en sus diferentes manifestaciones e interdependencias. Es también una manera de resolver la violencia que hemos trasladado al mundo y que Michel Serres denomina *la guerra mundial*.

Referencias

- Agencia de la ONU para los Refugiados. (2018). Informe anual de Acnur 2017. <https://eacnur.org/es/actualidad/publicaciones/informe-anual-de-acnur-2017>
- Araújo, J. (1996). *XXI: siglo de la ecología*. Espasa Calpe
- Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Paidós.
- Becker y Becker. (2002). *La economía cotidiana. El protocolo de Kioto constituye un mal acuerdo*. Planeta.
- Castells, M. (2012). El reverdecimiento del yo: el movimiento ecologista. <https://www.uv.mx/mie/files/2012/10/SESSION4-9Sept-Reverdecimiento->

delyo-Castells.pdf

Castells, M. (2012). La era de la información. <https://trabajosocialucen.files.wordpress.com/2012/05/castells-manuel-la-era-de-la-informacic3b3n-el-poder-de-la-identidad-v-ii.pdf>

Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas. (2010). Vivir bien y buen vivir. https://www.escri-net.org/sites/default/files/Libro%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien_0.pdf

Cruz, E. (2017). Justicia ambiental, justicia ecológica y diálogo intercultural. https://www.researchgate.net/publication/312887780_Justicia_ambiental_justicia_ecologica_y_dialogo_intercultural

Escalante, F. (2015). *Historia mínima del neoliberalismo*. Turner.

Goleman, D. (2015). Inteligencia ecológica. <https://es.slideshare.net/vladyvostok/inteligencia-ecologica-74161063>

Foucault, M. y Deleuze, G. (1972). Intelectuales y el poder: una conversación entre Michel Foucault y Gilles Deleuze. https://www.google.com/search?q=los+intelec+foucault+y+gilles+deleuzetuales+y+el+poder+-conversaciones+entre+miche&rlz=1C1CHBF_esCO849CO850&oq=los+intelec+foucault+y+gilles

Giddens, A. *et al.* (2011). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. An-thropos.

Gilman, R. (1995). ¿Por qué ecoaldeas? <http://www.permacultura-montsant.org/wp-content/uploads/2018/05/Ecoaldeas-y-comunidades-sostenibles.pdf>

Guattari, F. (2015). *¿Qué es la ecosofía?* (Trad. de Pablo Ires). Cactus.

Heidegger, M. (1999). *Ontología: hermenéutica de la facticidad*. Alianza.

Jonas, H. (2015). *El principio de responsabilidad*. Herder.

Kant, I. *Teoría y praxis*. Prometeo.

Leonard, A. (2010). *La historia de las cosas. De cómo nuestra obsesión por las cosas está destruyendo el planeta, nuestras comunidades y nuestra salud. Y una visión de cambio*. FCE.

Peñuela, V. (2011). *De la genealogía del poder a la estética de la existencia*. UPB.

Sagan, C. (2015) *El mundo y sus demonios*. Planeta.

Salamanca, L. y Silva, D. (2015). El movimiento de ecoaldeas como alternativa de experiencia del buen vivir” <https://journals.openedition.org/polis/10715>

Schmid, W. (2011) *El arte ecológico de vivir*. Pre-Textos

Skolimowsky, H. (2012) *Filosofía viva. La ecofilosofía como un árbol de vida*. Ediciones Atalanta.

Capítulo 11

El otro en la construcción del derecho¹

William Esteban Grisales Cardona², Andrés Felipe Pareja Vélez³,
Alejandra Álvarez Carmona⁴, Manuela Sepúlveda Gómez⁵

Resumen

Este texto es un primer acercamiento a la investigación para la reforma al Código Civil. En ella se presenta una aproximación al concepto de derecho desde la fenomenología y algunas anotaciones desde la escuela egológica del derecho. Para esto se toma el derecho como un fenómeno social que desarrolla la conducta humana como experiencia del ser humano dentro de una comunidad. Experiencia que hace parte de la vida humana como interferencia intersubjetiva, es decir, la relación del ser humano con el otro, bien sea ser humano u otra entidad a la cual se le reconoce derechos. El derecho es conducta humana entendida desde la experiencia, que el legislador recoge a través de una norma que requiere para su aplicación de la interpretación del juez, momento en el cual se produce norma de carácter particular que reconoce como tal el derecho al otro en cuanto sujeto de derecho.

Palabras clave: derecho, fenomenología, otro, vida cotidiana.

1 Capítulo de libro de investigación resultado del proyecto titulado *Reforma al Código civil colombiano*, realizado entre William Esteban Grisales Cardona y Andrés Felipe Pareja Vélez y las semilleras Alejandra Álvarez Carmona y Manuela Sepúlveda Gómez.

2 Abogado y magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, candidato a Doctor en Filosofía en la UPB. Docente de la Corporación Universitaria Americana. Correo: wgrisales@coruni-americana.edu.co

3 Abogado. Docente Corporación Universitaria Americana. Correo: asanrafael@coruniamericana.edu.co

4 Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Joven Investigadora periodo 2018–2019. Integrante del semillero de Investigación de Derecho privado. Correo: alejis210@hotmail.com

5 Estudiante de séptimo semestre de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. Integrante del semillero de Investigación de Derecho privado. Correo: manuelita_manuelita_1494@hotmail.com

Introducción

Para encaminar en forma adecuada una propuesta de reforma al Código Civil, es necesario, en primer lugar, entender qué es derecho y cómo este hace parte de la vida en comunidad, no como una simple regla, sino como un fenómeno social, el cual retoma la vida cotidiana, la realidad social, conducta humana en interferencia intersubjetiva. La idea es mostrar como el derecho como fenómeno social toma las relaciones con el otro dentro de una comunidad como punto de origen para la elaboración de la ley por parte del legislador. Pero también, el derecho formado debe ser interpretado, tarea que hace el juez al momento de tomar la decisión judicial. Esta decisión judicial se convierte en norma particular que a su vez alimenta al derecho mismo. Para abordar el tema se acudió a lo planteado desde la fenomenología, la escuela egológica y la vida cotidiana. Ello llevo a retomar a Husserl, Schütz, Aftalión, entre otros autores, que permiten dar claridad sobre esta concepción del derecho desde la facticidad del mismo como conducta, como experiencia humana en relación con los otros en una comunidad.

Desarrollo

Pensar en el hombre en una vida solitaria, un Robinson Crusoe, deja por fuera la presencia del derecho, no se requiere ningún tipo de regulación para la vida en soledad, pero cuando se interactúa con otra persona el derecho es necesario para regular la vida en esa pequeña comunidad. La vida de cada ser humano varía, por ejemplo, cuando llega su hermano a la familia, ya no solo las reglas familiares, culturales bastan, para muchas de las relaciones familiares se hace necesaria la presencia del derecho. Desde una lectura de la fenomenología, la hermenéutica y la vida cotidiana, se ha generado una inquietud frente a la construcción del derecho y a la presencia del otro en esa tarea. Pregunta que se pretende responder, o más bien, hacer un acercamiento a su respuesta, tomando como punto de partida la visión fenomenológica, la vida cotidiana. De lo anterior, partir finalmente, desde una postura neoconstitucionalista, para comprender el papel que juega el otro en la construcción del derecho no solo desde la tarea legislativa, sino también jurisprudencial.

En este marco se tomarán los planteamientos de autores como Husserl, Heidegger, Ponty, Schütz; como también de hermeneutas como Grondin,

Beuchot, entre otros, además de los criterios expuestos por algunos autores que son considerados neoconstitucionalistas como Comanducci, Alexy y Dworkin, que facilitarán la comprensión del otro en la edificación del derecho. Comprender qué es el derecho y el papel que juega en la construcción del hombre como ser social y a la vez jurídico es una tarea que no corresponde al derecho en su sentido más positivo, es decir, desde la simple creación de la ley y su aplicación literal a las distintas situaciones fácticas que se dan en una sociedad.

No basta buscar la respuesta a este interrogante solo desde el derecho mismo, se requiere la utilización de otras áreas del conocimiento, tales como la fenomenología y la hermenéutica para hacer comprensible el otro en el derecho, no solo desde la vida cotidiana, sino como un sujeto de derecho y con derechos reconocibles. Para ingresar en el estudio de la temática propuesta, es importante tener presente algunos de los conceptos, los cuales son significativos en esta ponencia, tales como: símbolo, construcción sociosimbólica, conciencia, intencionalidad, vivencia, *epojé*, acercamiento con extrañeza, los cuales son necesarios en la construcción posterior del derecho con el reconocimiento expreso del otro. Los anteriores conceptos se abordarán en el desarrollo mismo de los distintos temas que integran este texto.

Concepto de derecho

El primer aspecto que se desarrollará concierne al concepto de derecho, abordado desde la presencia del otro partiendo desde lo fenomenológico y lo hermenéutico. Es partir del otro como fenómeno, para ser incluido en un fenómeno social llamado derecho. Desde la teoría egológica, la cual data de mediados del siglo anterior, el derecho puede ser visto como fenómeno, así, afirma: “el derecho como objeto es conducta humana viviente, es decir, la vida humana en su libertad, esa libertad con la que unos pueden interferir la libertad de otros” (Torres Vásquez, 2001, p. 928). Partiendo de la anterior cita, el derecho representa un aquí y un ahora de la vida humana, un aquí y un ahora en convivencia con otros sujetos o entidades, dentro de una comunidad, dentro de la naturaleza. No se trata de relacionarnos con otros seres humanos en calidad del otro, sino también la naturaleza misma que puede adquirir la calidad del otro. Se trata de una ciencia normativa que al hablar de conducta recoge la experiencia humana, es decir, del comportamiento de la persona

en cuanto esta es, en cuanto ser, en cuanto otro al cual se le deben reconocer derechos. Desde esta propuesta egológica se puede decir:

En la filosofía se realiza: a) una reflexión esencial sobre el objeto de la ciencia del jurista, para mostrar la ciencia eidética en la que toda ciencia empírica se fundamenta; b) luego, una investigación sobre el estilo del pensamiento que ejercen los juristas: una lógica jurídica formal; c) en seguida, advertido qué es aquello que el jurista conoce, cabe investigar cuando lo conoce a partir de la lógica jurídica trascendental; d) y por último, puesto que el dato fundamental que ofrece la ciencia del derecho es la experiencia jurídica, y esta no es sino experiencia humana, la cual consiste en conducta de individuos y nada más que en conducta, cabe advertir cuál es la estructura de esa conducta. Investigación que conduce a que toda conducta humana, por el solo hecho de ser, se desarrolla valorando su existencia, es un ser estimativo; si es, elige, prefiere; y para preferir valora. Era imprescindible una teoría del valor: axiología jurídica (Torres Vásquez, 2001, pp. 926-927).

El derecho como ciencia, en cuanto su objeto, parte de la conducta que es mentada en la norma, es decir, el significado de la norma es la conducta y la conducta es experiencia. Es entonces el derecho conducta como manifestación de una experiencia. La experiencia que recoge el derecho proviene de la relación entre sujetos donde cada uno como otro se reconoce derechos a través de su interferencia intersubjetiva, pero la relación con el otro o los otros hace indispensable que el derecho esté en permanente construcción y modificación, esto con el fin de mantener un derecho dinámico desde su construcción e interpretación. La conducta como manifestación de la experiencia, retomando a Heidegger, hace referencia al hombre, entendido como un ser que *está-siendo-en-el-mundo*, es decir, un ser limitado en un mundo por las situaciones en que vive, y esas situaciones son parte de una vida cotidiana en relación con el otro. Esa permanente relación con el otro solo es posible con un mecanismo de regulación de la conducta, lo cual no es diferente al derecho en cuanto derecho.

La hermenéutica

El derecho ha sido visto como un objeto cultural, es decir, es un fenómeno de carácter social compuesto por valores, objeto que tendrá una visualización distinta en cada sociedad, el derecho para ser aceptado en la sociedad requiere de un discurso universal, caso en el cual abandona su límite territorial, como es el caso de los derechos humanos. Beuchot al respecto sostiene que:

La cultura es el seno en el que se da el hombre, pues no es una abstracción, sino algo concreto, encarnado en la historia y en la cultura, pero tiene dimensiones que no se ajustan o se reducen a estos límites, sino que van más allá, hacia lo universal y lo que puede garantizar tan importantes prerrogativas: los derechos humanos (Beuchot, 2016, p. 46).

Al entender el derecho como un fenómeno social, desde la fenomenología de la vida social, la experiencia del “otro” es necesaria para conocer al propio “yo” y cada una de las circunstancias que le rodean, cada acto que se realiza en esa interacción permite la construcción de la sociedad, con su cultura, su política y sus reglas jurídicas. En la construcción de la sociedad debe hacerse una *epojé*, esto es, hacerlo sin prejuicios en la valoración de la conducta-experiencia. El legislador crea la norma desde la experiencia que se presenta en la sociedad no juzgándola en forma previa, solo se juzgará al momento en que ella sea aplicada en el marco de una situación fáctica concreta.

La experiencia jurídica se constituye con tres diversos momentos: 1) el normativo, es decir, una estructura de pensamiento, que consiste no en la lógica del ser (como en la experiencia natural: dado A, es B), sino en la lógica del deber ser, a partir de la fórmula imputativa “dado A, debe ser B”; 2) el empírico, o sea, un contenido dogmático recogido por aquella estructura, consistente en elementos empíricos con soporte sensorial; por ejemplo, los 18 años que se requieren para la plena capacidad civil y que pudieron ser 17 o 19 para una capacidad no plena, sino escalonada, etc.; en una palabra, todo lo que se lee en el texto de una norma; 3) el axiológico, esto es, una valoración jurídica de justicia o injusticia. En otros términos, se trata de la conducta

humana en sus momentos lógico, empírico y axiológico. Estos tres momentos están mutuamente implicados y esencialmente unidos (Torres Vásquez, 2001, p. 930)

Al ser el derecho un fenómeno social, construido desde la experiencia, se debe reconocer al sujeto como un sujeto biográfico, es decir, estará determinado por su biografía y por la experiencia inmediata, cada experiencia que tiene es única en su vida, el contacto con el otro es único, y su comportamiento es único dentro del mundo, cada ser es único en el mundo. Son esas experiencias, como pasado, las que se recogen por parte del legislador para crear la respectiva norma, norma que como se anotado antes es conducta humana en interferencia intersubjetiva. Solo puede entenderse al hombre en su intersubjetividad y esa intersubjetividad está marcada por el otro, tanto ser humano como también entidades creadas sujetas al derecho, incluso hoy día el otro está constituido por los animales. De acuerdo con lo anterior, la intersubjetividad de la vida estará mediada por el derecho en cuanto derecho.

Recordemos que el objeto del derecho es la conducta humana, el sujeto cognoscente debe aprender a este objeto de tal manera que luego lo pueda individualizar frente a una situación determinada, es un permanente interactuar del sujeto con el objeto, sometido este último siempre a interpretación. Desde la fenomenología de la acción social, el objeto de estudio es el ser humano, rodeado de otros sin cuestionar su existencia, pero es la conducta de este ser humano lo que tomará el derecho para la construcción de sí mismo, y constituir su objeto de estudio. Es a partir del actuar del hombre, mediante una reducción fenomenológica, que se extrae la conducta que debe estar normatizada. La reducción se hace desde la interferencia con otros objetos reconocidos por el derecho, que a nivel macro puede ser entendido como el otro. Y el otro aparece cuando se le reconocer derechos, personalidad jurídica que le permita lograr la protección de sus derechos.

Tal como se indicó en la parte inicial de esta ponencia, el derecho importa en la relación con otro. Esa relación o contacto con otro se presenta en un cara a cara con el otro, cuando se tiene la posibilidad de interactuar e interferir en su vida por medio de la conducta. El otro en el derecho surge cuando la conducta de un hombre ha invadido o atacada el derecho de otro hombre afectando su vida en la sociedad. “El mundo de mi vida cotidiana no es en modo

alguno mi mundo privado, sino desde el comienzo un mundo intersubjetivo, compartido con mis semejantes, experimentado e interpretado por otros; en síntesis, es un mundo común a todos nosotros” (Schütz, 1993). El derecho surge cuando se da la experiencia del otro, el *face to face*, este es el prototipo de la interacción social que el derecho toma a través de las conductas humanas para ser regulado. Desde la propuesta de Schütz el derecho puede ser el resultado de un mundo intersubjetivo, no un mundo privado, solo existe un yo, sino un mundo público donde el yo coexiste con el otro:

Presupongo simplemente que otros hombres también existen en este mundo mío y, en verdad, no sólo de manera corporal y entre otros objetos, sino más bien como dotados de una conciencia que es esencialmente igual a la mía. Así, desde el comienzo, mi mundo cotidiano es no mi mundo privado, sino más bien un mundo intersubjetivo (Schütz, 1993) Tal como se presenta en el texto de *La construcción significativa del mundo*, la acción social –en términos jurídicos, la norma– es evitar un determinado resultado, por ejemplo, evitar el choque de las dos bicicletas, pero en caso de presentarse como afecta esa situación al mundo social, es decir, como del supuesto de hecho normativo se pasa la consecuencia jurídica, análisis o reducción que hace el juez al momento de proferir la decisión judicial, es decir la norma de carácter particular.

La conducta humana en su relación con el otro, es interpretada desde el hombre mismo en su calidad de legislador y refleja en la norma jurídica, el cual recogerá todo acto social, toda intencionalidad humana, toda interferencia intersubjetiva. El derecho, como se anotó anteriormente, podrá hacer una *epojé*, cuando este comprende e interpreta la conducta del hombre desde su cultura, su política, su religión, como una singularidad que lleva a la universalidad. El legislador, al hablar de *hombre* no lo hace en un sentido del “yo”, sino del “ello”, del otro, porque es a partir de la interpretación de los símbolos, los gestos del otro que reconocemos la existencia del derecho como conducta, como fenómeno social. La intencionalidad que el legislador señala no es frente a sí mismo, sino frente a los demás, pero también frente a las demás cosas que en un momento determinado puede ser reconocida como el otro en cuanto sean desarrollo de los derechos humanos: medio ambiente, animales, etc.

En la construcción del derecho se recogen la experiencia humana: la conducta; experiencia a la cual se le atribuye valor. El derecho, como fenómeno cultural y social a ser estudiado requiere de una fundamentación, en palabras de Aftalión: “el más importante es, sin duda, el ya señalado de la fundamentación, indispensable para que pueda hablarse de un conocimiento científico filosófico, de carácter racional” (Aftalion, 1994, p. 166). No basta con solo establecer un orden normativo, se necesita, además, justificar el porqué de ello y de las conductas seleccionadas. No todo acto humano es reconocido como derecho, algunos actos humanos están regulados por la ética y la moral. Como se ha venido diciendo, el derecho recoge la experiencia, en otras palabras, la vida común del hombre, pero también recoge su historia. Beuchot (2016, 67) sostiene que “no hay otra forma de conocer al ser humano más que a partir y a través de su historia, de lo que hace, para encontrar, en las constantes, lo que es”. Conocer una comunidad implica reconocer su evolución desde los distintos ámbitos que la componen, por ejemplo, económico, cultural, religioso, político. Su historia permite entender la razón de una celebración religiosa, de su actuar político, pero también cuál es interacción con otros seres humanos y cómo es su interferencia intersubjetiva con otros yo no humanos, pero sí con derechos.

El derecho, como producto de la conducta humana convive en parte con la historia individual y colectiva del hombre. Es decir, reconoce aquellas situaciones que marcaron un momento en la historia de la comunidad, por ejemplo: el conflicto del narcotráfico, la presencia de grupos al margen de la ley, corrupción, atentados al medio ambiente; actos que han marcado la vida de la sociedad generando por parte del legislador una serie de normas que buscan mejorar las relaciones interpersonales, interculturales, ambientales. Situaciones que dieron origen a normas de endurecimiento penal, pero también a un mayor reconocimiento del otro como sujetos de derechos como por ejemplo las víctimas, el medio ambiente, los animales. El ser humano es quien hace el derecho, y a su vez está sujeto a él. Al hacer el derecho, el legislador se acerca con extrañeza a las distintas conductas, para tomarlas de un contexto y descontextualizarlas al llevarlas a la norma, pero luego, a través de la hermenéutica y la analogía, aplicarla en una situación concreta. Lo que quiere decir que el derecho no debe ser aplicado de una forma textual, sobre él debe realizarse una tarea de poner en tela de juicio el contenido normativo frente a una determinada conducta, esto para saber si efectivamente se da una solución justa a la controversia.

Siguiendo a Recasén Siches:

En la cuestión de cómo se ha de interpretar la ley –dice Cossio que–, existe una realidad jurídica que es universal... que ha llegado a expresarse en la forma de un aforismo: el juez ha de interpretar la ley de acuerdo a su ciencia y conciencia (1980, p. 113).

La norma recoge una experiencia estática que, con la intervención del juez y la interpretación que sobre ella se hace, se dinamiza y se hace posible reconocer nuevas situaciones no vistas con anterioridad en la comunidad. En la tarea interpretativa del juez se presenta, también, un acercamiento con extrañeza. Pone en un margen de duda las diferentes teorías que se han construido para la posible solución de un actuar concreto, las cuales pueden tener o no aplicación debido al cambio constante de la cultura, es decir, el cambio del mundo de la vida en cada comunidad. Se hace por parte del juez una crítica a las posiciones doctrinales vigentes, para buscar entre ellas cuál genera una mejor decisión. “La crítica del conocimiento quiere, más bien, aclarar, ilustrar, sacar a la luz la esencia del conocimiento y la pretensión de validez que pertenece a esta esencia; y esto, ¿qué otra cosa quiere decir, sino traerla a que se dé directamente ella misma?” (Husserl, 2015, p. 38). Lo que pretende el juez es deconstruir un conocimiento preestablecido con el cual se ha entendido de una forma determinada el derecho y darle cabida a una nueva concepción, una concepción constitucional de este.

El derecho como fenómeno y parte de una ciencia, debe desentrañar la esencia de su objeto, de sí mismo, de la conducta humana como experiencia y esto solo es posible mediante una reducción fenomenológica. En palabras de Husserl:

A todo fenómeno psíquico corresponde, un fenómeno puro, que exhibe su esencia inmanente (singularmente tomada) como dato absoluto. Toda posición de una ‘realidad efectiva no inmanente’, no contenida en el fenómeno, aunque mentada en él y, al tiempo, no dada en el segundo sentido, está desconectada, o sea suspendida (Husserl, 2015, p. 49).

El derecho como fenómeno a través de la norma refleja la conducta como experiencia, la norma es realidad derivada de una interacción del ser humano con el mundo, esa experiencia es mentada en la norma, momento en el cual se llena de significado. El derecho como un fenómeno social se construye a partir de la cotidianidad del ser humano, repito, en su interferencia intersubjetiva con el otro.

El mundo de la vida cotidiana es la región de la realidad en que el hombre puede intervenir y que puede modificar mientras opera en ella mediante su organismo animado. Al mismo tiempo, las objetividades y sucesos que se encuentran ya en este ámbito (incluyendo los actos y los resultados de las acciones de otros hombres) limitan su libertad de acción. Lo ponen ante obstáculos que pueden ser superados, así como ante barreras que son insuperables. Además, sólo dentro de este ámbito podemos ser comprendidos por nuestros semejantes, y sólo en él podemos actuar junto con ellos. Únicamente en el mundo de la vida cotidiana puede constituirse un mundo circundante, como en y comunicativo. El mundo de la vida cotidiana es, por consiguiente, la realidad fundamental y eminente del hombre (Schutz, 1973, p. 25).

El derecho, debe, pues, recoger lo esencial de la vida cotidiana para poder realizar una adecuada regulación normativa que permita una vida en sociedad. Y el método fenomenológico permite un acercamiento al derecho con extrañeza. El derecho se convierte, a su vez, para el hombre en cotidianidad, lo anterior se expresa a través de las sentencias, en ellas queda parte de la existencia del ser humano al colocar en práctica su conducta y esta ser valorada por tercero llamado juez. El juez interpreta una parte de la norma y esa interpretación es confrontada con una situación fáctica concreta, al ser valorado por el juez, ese hecho toma vida diferente a lo planteado en la norma y en la realidad misma para constituirse de esta forma en una norma particular que resuelve esa situación fáctica concreta. Pero no basta con presentar el derecho como un fenómeno cultural, como un fenómeno social, el derecho en cuanto norma debe reducirse para encontrar dentro de él su finalidad, la cual se considera que no puede ser distinta a la justicia. El hacer una deconstrucción de los consagrado e interpretado para hallar la justicia, esa reducción fenomenológica

debe hacerse por medio del ejercicio de la pretensión de corrección, esto es sacar a la luz el plus de justicia que una norma jurídica encierra.

El derecho desemboca en la vida humana social. No es posible comprender el derecho por fuera de una comunidad. “El derecho, en tanto que producto humano, está lleno de sentido, pues algo que los hombres producen en su vida social, estimulados por satisfacer una determinadas necesidades, el cual deseo actúa como motivo, y proponiéndose la consecución de ciertas finalidades o metas” (Recasens Siches, 2009, p. 7). El derecho es intención del hombre de regular la conducta y el comportamiento social.

Conclusiones

El derecho no puede ser entendido sino en su relación con el ser humano en sociedad, en otras palabras, en su interferencia intersubjetiva con otros sujetos de derecho, los cuales puede ser otros seres humanos o realidad a las cuales se les ha reconocido derechos, igualmente dentro de este grupo deben incluirse hoy los animales. El derecho como base de la regulación de la vida en comunidad, parte de la vida misma de los seres humanos en su permanente interacción para la creación de la norma, por ello el derecho es considerado un fenómeno social dentro un mundo de cultura que reconoce en la ley la historia de la sociedad misma.

El concepto de derecho acá referenciado permitirá una mejor comprensión del derecho civil, como derecho de las relaciones sociales cotidianas y su propuesta de reforma.

Referencias

- Aftalión, E. R. *et al.* (1994). *Introducción al derecho*. Abelado-Perrot.
- Beuchot, M. (2016). *Hechos e interpretaciones*. Fondo de Cultura Económica.
- Husserl, E. (2015). *La idea de fenomenología. Cinco lecciones*. Fondo de Cultura Económica.

Recasens Siches, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Porrúa.

Recasens Siches, L. (2009). *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa.

Schütz, A. (1993). *La construcción significativa del mundo social*. Paidós.

Torres Vásquez, A. (2001). *Introducción al derecho*. Temis.

Capítulo 12

Caracterizaciones subsidiarias al concepto de persona en el derecho colombiano

Mariluz Cano García¹, Luis Fernando Garcés Giraldo², Enoc Iglesias Ortega³,
Milton Jara Ramírez⁴, Josué Valdívieso Friend⁵, Helmer Quintero Núñez⁶

Resumen

El Código Civil colombiano ha sido sometido a unas pocas reformas, con el objeto de adaptarlo a las exigencias nacionales e internacionales. Se puede significar una concepción plurifacética y a la vez unificada. En las cinco concepciones abordadas se comparte un mismo sentir referente al concepto de persona. Se muestra un dualismo entre lo biológico y lo biográfico en el presente y futuro, con la contraposición de irreductibilidad única del ser, y de esta manera se aborda la persona desde la filosofía. La visión teológica presenta desde la caracterización de la segunda persona de la Trinidad (Jesús), una visión antropomórfica y metamórfica del ser: lo inmanente (el cuerpo) y lo trascendente (el ser) pasan a ser uno solo. En el saber antropológico, la identidad del sentir humano está unida a la razón sobre el ser mismo, o sea, sobre su esencia. Este concepto lo alcanzan también la filosofía y la teología, la persona es un ser que se relaciona con su “creador”. La concepción psicológica de persona agrupa de modo integral las nociones filosóficas, teológicas y an-

1 Doctor en Psicología Clínica, Universidad San Buenaventura, Colombia, investigadora interinstitucional. Correo: solymardepaz@yahoo.es orcid.org/ Orcid 0000-0002-7911-6051

2 Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, posdoctor en Derecho de la UNAL, posdoctor en Filosofía de la UPB, Investigador Senior de Minciencias. Correo: lgarcés@americana.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3286-8704>

3 Doctor en Educación de la Universidad de Montemorelos, docente de la Corporación Universitaria Adventista. Investigador Junior según clasificación de Minciencias. Correo: eiglesias@unac.edu.co

4 Antropólogo de la Universidad de Antioquia, doctorando en Educación. Docente investigador de la Corporación Universitaria Adventista. Director de la Oficina de Asesoría Pedagógica y Curricular de la Institución. Correo: mjara@unac.edu.co. Orcid <https://orcid.org/0000-0003-1776-6654>,

5 Estudiante programa de Licenciatura en Teología, Corporación Universitaria Adventista. Correo: friendisrael@hotmail.com

6 Doctorando en Teología Bíblica, Universidad del Plata, Argentina, doctorando en Filosofía, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín; máster en Teología Aplicada, Inter-American Adventist Theological Seminary, EE. UU. Profesor de idiomas bíblicos y Nuevo Testamento, Corporación Universitaria Adventista. Orcid.org/0000-0001-8068-8893, Correo: helmerquintero@unac.edu.co

tropológicas desde una escuela funcionalista. La materia, la mente y el espíritu son el estudio psicológico del individuo, quien, cuando conserva estos tres encuadres, se hace llamar “persona”.

Los autores, desde las ideas constitucionales del derecho, presentan un abanico amplio de la identificación de la persona. Abordando los saberes sociales, se observa la amplitud del concepto de persona, más allá del deber o no, de contraer obligaciones o del proceso gestante que termina en el alumbramiento, o en la determinación de un género sexual para identificar a la persona. Por lo tanto, se propone una reforma sustancial al concepto de persona presente en el Código Civil colombiano aplicando los mecanismos jurídicos y legales.

Palabras clave: código civil, antropología, humanidad, persona, personalidad.

Introducción

En las instancias del pensamiento occidental, a saber, en la teología, en la filosofía y en la ciencia, se han pretendido y se han propuesto pareceres sobre “persona” (Martínez, 2012). Este legado conceptual constituirá el argumento del presente capítulo. Las remisiones de fundamentación se localizan en las dos primeras instancias del saber, y a partir de ellas se sobreponen las nociones antropológicas y psicológicas, que dinamizan la comprensión de persona desde el individuo en su contexto, su tradición y su estructura de grupo, hasta la admisión del sujeto en cuanto a su particularidad comportamental (Pozzoli, 2012). La teología y la filosofía sugieren características formales para la conceptualización, en tanto que la antropología y la psicología afirman asuntos de hecho. Pero estas posibilidades, tanto materiales como formales, introducen la definición de persona que afirma el derecho colombiano. A un nivel ultra posterior, se pretende aplicar metodologías de investigación en el campo jurídico como lo son, según Aránguez y Arena (2012), los manuales de derecho, esto como fundamento de legitimación del concepto. Además, se trabajará con métodos empíricos que según Courtis (2001), pueden ser criterios formales, como por ejemplo: “regla de reconocimiento, criterios de validez y de vigencia”; esta para establecer criterios en la identificación del objeto, en este caso: la persona en la ley (p.21).

Aproximaciones al concepto de persona en teología y en filosofía

Dentro de la concepción de persona, Marías (2007) explicará cómo la escolástica intentó unir la definición de máscara con la subsistencia de la persona ya que filosóficamente el actor, se pone una máscara para representar una “persona” con una “personalidad” (Altuna, 2009). Es ahí cuando entra la propiedad o la subsistencia (*hypostasis*). En palabras de Marías (2007):

Se ha intentado pensar filosóficamente la persona, las nociones que han sido decisivas no son las procedentes de estos contextos, sino las de propiedad o subsistencia (*hypostasis*). La famosa definición de Boecio, tan influyente –“persona est rationalis naturae individua substantia”–, ha partido de la noción aristotélica de *ousía* o *substantia*, pensada primariamente para las ‘cosas’, explicada siempre con los eternos ejemplos de la estatua y la cama, fundada en el viejo ideal griego de lo independiente o suficiente, de lo separable (*khoristón*) (p.80).

Es sobre esto que justamente Marías haría su crítica mencionando que se ha tenido el término de persona solo abarcando lo externo, “la máscara”; y claramente la “persona” no es solo una entidad externa. La crítica se ha hecho a la unión semántica de la palabra *persona* con la teología (Buda, 1956). Esta unión esta expresada en un concepto expuesto por Marías, (1999) el cual menciona que “el cristianismo consiste en la visión del hombre como persona” (p.119), pero esta “visión” ha sido sesgada bajo enfoques conceptuales que definen las cosas. Y el ser humano no es una “cosa”, es por eso que cuando se contesta el teléfono se pregunta ¿quién? y no un ¿qué?, para así recibir como respuesta según Burgos (2007) un “(yo) de un ser autoconsciente y auto responsable” (p. 125), el cual es un pronombre personal. Este pronombre personal está acompañado de un cuerpo dando a entender que ese “cuerpo” es de alguien y así concebir a un “alguien corporal” y ese alguien personal es lo que por el momento entendemos como persona (Sánchez, 2016, p. 81). Cabiedas (2012), nos dice que “cuando Marías define la persona como ‘alguien corporal’, o habla de su distensión entre interioridad y exterioridad, biografía y biología, etc., trata de apuntar al mismo fondo de sentido que el binomio clásico, una visión integradora de alma y cuerpo” (p. 381). De esta manera, se trata

de presentar “al hombre” de una manera alejada a la concepción clásica de la escolástica. La concepción mayormente aceptada, concibe a la persona (*proso-pon*) como una “sustancia individual racional” diría Boecio, pero Marías hace un hincapié efusivo de que existen más factores para definir a la persona.

La sustancia (*hypostasis*) puede ser “dada”, pero la realidad de la persona no es “dada”, sino, argumentada y futurizada en forma de acciones y funciones (Sánchez, 2016). Además, la hipóstasis según Yunta (2016), recibe un significado más esencial dentro de la mentalidad cristiana. Yunta (2016) argumenta que “lo usa la Biblia, (Deut. 4,6; Job, 22,20; Heb. 11,1). El primero en emplearlo en teología es Orígenes (185-254). Para él, los tres en la Trinidad se pueden designar como *hypostáseis*” (p. 116). Claramente, según Fraijó (2005), la noción entre sustancia en la forma teológica, está relacionada con el argumento filosófico. A esto se suma la intensidad y la autenticidad, la primera se manifiesta ya que la persona no se encuentra viviendo en una realidad “dada” sino que la persona misma intensifica su “personalidad” o la disminuye; y esto da como devenir la autenticidad, ya que la persona vive en la inseguridad del futuro, y en esta inseguridad es donde va generando su biografía (conjunto de vivencias) a donde a esto interviene la innovación, la invención y la autenticidad individual de cada persona (Sánchez, 2016). Según Culleton (2010), de manera histórica, podemos observar como el cristianismo ha influido en la concepción del término persona. Desde la escolástica hasta la actualidad, se ha intentado entender a la persona como un ser que proviene de Dios, sin embargo, según Marías (1996), Dios no es una patente a la cual podamos ir y partir de Él para comprender el concepto de persona. Lo que es evidente es que hay una creación, una innovación radical de la realidad, que antes no existía y que no podría existir por sí sola, pero que ahora es total y absolutamente nueva, irreductible al propio Creador, esta nueva realidad podrá decir “yo” y enfrentarse a todo lo demás, Sánchez (2016) diría que justamente esto es lo que se entiende por persona: “el plus de la realidad” (p. 86).

Este “plus” puede ser entendido con el ejemplo más claro que pueda existir: la persona de Cristo. Cabiedas (2012), menciona que:

Lo más adecuado es hablar del hombre a partir del modelo de la encarnación, cuyo paradigma es el ‘Logos, el Verbo’ –es decir, la segunda persona de la Trinidad– que ‘se hizo carne y habitó entre nosotros’. La carne hace posible que el Hijo habite en el mundo, ‘entre nosotros’.

Tomada desde el punto de vista humano, resulta la fórmula que mejor hace justicia a la implicación de cuerpo y mundo en el ser personal del hombre (p. 382).

En esta idea, según Alfaro (1960), la encarnación de Dios en la persona de Jesús constituye la visión más cercana al concepto de persona. Sin embargo, el pecado y las nociones negativas de las personas no necesariamente tienen que estar presentes en la humanidad para ser consideradas como “personas”. Costadoat (1997) menciona que:

No es necesario hacer de Jesús un pecador como nosotros para que sea más humano, porque el pecado no constituye un ingrediente que perfeccione nuestra condición, sino que la degrada. Encarnándose, el Hijo de Dios compite con el pecado para salvar a la humanidad del sufrimiento y de la muerte (p. 163).

Desde un punto de vista creacional y utilizando el libro de Génesis como partida, Espinosa (2018), sugiere que la creación del ser humano está supeditado a la imagen y semejanza de Dios. Por lo tanto, “la persona”, es la que cumple con esas cualidades (imagen y semejanza). Desde el relato bíblico de Génesis 1 y 2; Espinosa (2018), esclarece la concepción de “llamarse persona” utilizando la referencia de los aspectos semánticos de la biblia hebrea con relación a este relato creacional. En primer lugar, el verbo utilizado para crear al ser humano es el verbo hebreo *bara* que se considera como un verbo creacional solo utilizado para referirse a Dios, (Espinosa, 2018, p. 70). Esta relación verbal sugiere Fazzari (2012) que el ser humano es un ser que dialoga con su creador y con su entorno; es decir, un ser socioespiritual. Sobre esto Castel, (1987) menciona que: “para el autor bíblico, la definición del hombre gira en torno a esta idea básica: el hombre es en la creación el que dialoga con Dios” (p.38). Espinosa (2018), se refiere con esto a una relación interpersonal entre Creador y criatura. La relación personal del “yo” y el “tu”. Cabiedas, (2012) señala que al “definir la persona como ‘alguien corporal’, o habla de su distensión entre interioridad y exterioridad, biografía y biología, etc., trata de apuntar al mismo fondo de sentido que el binomio clásico, una visión integradora de alma y cuerpo” (p. 381).

Posición antropológica acerca de persona

Desde el contexto de la antropología y con el ánimo de obedecer a su actor principal, se enuncia la frase de Tuiavii de Tiavea, “El cuerpo y todos sus miembros son carne; es a partir del cuello donde empieza la verdadera persona” (Tiavea, 1995). La referencia es directa, a saber, la cabeza –entendiendo esta como la contenedora del órgano que rige y gobierna todo designio del individuo– es finalmente la que determina la esencia de la persona. Es allí donde se razona, y en *priora episteme*, es un razonar sobre sí mismo permitiendo crear identidad que en sincrónico paso trasciende a la cultura y en la cultura.

Es en tal alquimia cultural donde el concebir al individuo como persona da un vaticinio a la trascendencia del mismo y a su incurrir en el legado de la cultura material. Incubar una acepción de persona propone un tránsito inexcusable según lo enunciado por Boecio en el siglo V, y que a la letra dice: “*Persona est rationalis naturae individua substantia* (La persona es una substancia individual de naturaleza racional)” (Zabala, 2010). Es por tal, una aseveración que agrupa los cinco aspectos evidenciados por Boecio en el individuo: poseer sustancia, ser de naturaleza completa, subsistir *per se*, ser individual y ser racional. Dichos elementos dan una ubicación trascendente del individuo en escenarios permeados por valores morales, significados sociales y constructos lingüísticos que dan valía al ser de la persona.

Tal línea de reflexión permite comprender que la persona está inmersa en un contexto sociocultural del cual bebe y se alimenta, y en decidido actuar es partícipe de los hechos sociales que con la praxis y la réplica de los mismos se vuelven coercitivos (Durkheim, 2001), llevándole a ser actor notable en su reflexión ontológica. Este actuar demanda que el individuo identifique el rol que ha de desarrollar y a partir de este ejercer su autonomía que en su posterior sino refleje su apariencia y su hipostasis, entendiendo estas como su estatus social en el contexto y su esencia como individuo natural-social. Es menester, observar la raíz antropológica de la concepción de la persona y cómo el pensamiento judeo-cristiano ha permeado la noción de persona, la antropología hebrea data las bases de las ideas sobre la persona. Ruiz de la Peña (1988) menciona que existen tres conceptos fundamentales en la amplitud de a persona, estos son: *basar*, *nefesh* y *ruah*. Cabe mencionar que estas tres ideas según Persidok (2017), están ligadas a otras tres ideas: la creación del hombre a semejanza e imagen de Dios, el deseo natural de ver a Dios y por

último la noción del espíritu. El concepto *basar*, que significa originariamente, la carne que posee cada ser vivo, hombre o animal es decir su parte corpórea, muy similar a las ideas antropológicas mencionadas anteriormente. Para la antropología bíblica, es definido como una estructura psicoorgánica. Como sostiene Ruiz de la Peña (1988) “el hombre es un ser social cuya realidad no se agota en la frontera de su piel, sino que se prolonga en el tú próximo” (p. 21). También se entiende al concepto *basar* como la debilidad y la limitación de la carne. Espinosa (2018) menciona que “el segundo concepto hebreo es *nefesh*, que significa personalidad o idiosincrasia. Es el concepto central en la antropología hebrea y también designa al alma o al espíritu, pero no desligado del cuerpo” (p.71). Para esta idea, Ratzinger (1976), alude que esta deligación de la persona del cuerpo tiene sentido siempre y cuanto no se tenga un “rol” como persona, es decir una acción. Y la *ruah* aplicada al ser humano, en palabras de Ruiz de la Peña (1988), “es el ser capaz de sostener una relación dinámica con Dios, quien por la colación del *ruah* sostiene su precariedad connatural, apun-tala su debilidad y posibilita el trascendencia de la nativa condición carnal por la participación del don divino” (p. 25).

La línea de socialización antropológica, toca todos los aspectos fundamentales de la misma. Uno de los aspectos claves en la concepción antropológica de la persona es la relación íntima ligada a la sexualidad. Como sostiene Zeegers (2003):

La persona humana se manifiesta o se expresa a sí misma y su intimidad a través del cuerpo, del lenguaje y de la acción. Al mismo tiempo es su cuerpo y lo tiene, siendo un medio de comunicación con el mundo y con quienes lo rodean, lo vincula a toda la realidad en medio de la cual, y con la cual se realiza proyectivamente hacia algo y alguien, encontrando personas, que comparten el hecho de ser encarnados (p. 47).

En suma, la persona según Choza (2017), se puede entender como aquel individuo que necesita la socialización, y al mismo tiempo, dicho proceso cumple la función de ser un proceso de personalización, puesto que, y según Jameson (2016), estos se dan en la sociedad, en la interrelación de individuos, de contextos y de normativización, que de manera decisiva se convierten en agentes socializantes y, por ende, según de Almeida (2019), los dadores de

los elementos de persona. Persona que en letra de Maritain y en voz de Díaz (2006), “vive una vida no sólo biológica e instintiva, sino intelectual y voluntaria” por tanto, es en ella donde evoca la persona, en la vida, entendiendo esta como la plural construcción y multidinámica acción del hombre, por el hombre y para el hombre.

El concepto de persona en psicología

Existe una diversidad de conceptualizaciones del término “persona”, existen corrientes y vertientes en psicología misma. Y así como la psicología concibe al ser humano desde diferentes perspectivas que van desde lo cognitivo-emocional, biológico-estructural hasta lo motivacional e inconsciente según Marambio (2016). También la noción de “persona” trae consigo según Chauvel (2018), un andamiaje de contenidos que no se puede objetivar, ni sumar sus cualidades. Sin embargo, cada disciplina hace los intentos respectivos por transmitir sus concepciones y estas a su vez han sido permeadas por el momento cultural en que se desarrollan. Clarke (2004), en su libro *Persona y ser* refiere que el concepto de persona se ha explicado de una manera tan arbitraria que “la identidad, la interioridad y la persona en si misma ha tendido a desaparecer de la vista” (pp. 1-3).

William James (1842-1910), considerado el padre de la psicología en Estados Unidos y el creador de la escuela funcionalista de la psicología, concibió que la persona es más que un yo empírico formado por un cuerpo y una vida psíquica y sometido a un tiempo y espacio. En su libro *Principios de psicología* el capítulo X y XI, refiere que la persona es la totalidad de todo lo que el ser humano posee como suyo y no solo su cuerpo y psiquismo sino también sus posesiones materiales, sus relaciones sociales, su cultura, sus procesos psíquicos y sus emociones (James y Bárcena, 1994, p. 273). Según James, la persona está constituida por un yo social que es su contexto comunitario y colectivo que puede adoptar diferentes formas de acuerdo al entorno donde la persona esté. Un yo material del cual hace parte su organismo y todo lo que el hombre considere de su propiedad, incluyendo no solo sus recursos materiales si no también su familia. Y por último un yo espiritual que estaría formado por sus facultades mentales que van desde las más superficiales –como lo son la sensación y la percepción– hasta lo más íntimo, como la emotividad y el sentimiento espiritual (James y Bárcena, 1994). Estas tres instancias no actuarían

independientemente, sino que serían más bien manifestaciones de una estructura compleja que se adapta a una realidad (Viqueira, 1937).

Por otro lado, Sigmund Freud (1856-1939), considerado el padre del psicoanálisis, señala la contraposición de un yo racional y supremo que gobierna a la persona, el concepto casi antitético del yo cartesiano de aquella época, formulando que el ser humano no es un ser indivisible, consciente y racional. Que el ser humano tiene una personalidad que se compone de tres partes que interactúan y determinan el carácter y su fortaleza: el yo, el ello y el superyó (Freud, 1915). El ello busca el descargue de los instintos de placer. El yo es el moderador entre la pulsión y la realidad, controla y canaliza los impulsos del ello. Y el superyó representa a la conciencia moral censurando e inhibiendo los impulsos del ello (Zachmann, 1957). Freud, aunque controversial y con muchas fallas en las pruebas empíricas, sacó a la luz el lado nocturno de las personas, así como James descubre un yo espiritual, Freud aporta al concepto de ser el descubrimiento del inconsciente, la fuerza pulsional y su influencia en la personalidad, detalló el impacto de los sentimientos infantiles y los recuerdos en la psiquis y trajo al escenario los deseos reprimidos y la sexualidad humana como tema de la psicología.

Jacques Lacan (1901-1981) conceptualiza las nociones de sujeto que aparecen entre líneas en Freud y destaca la influencia de la cultura y del lenguaje. Lacan refiere que el hombre es un producto del otro. La sensación de fragmentación que es causada por la actividad pulsional se supera con el reconocimiento del otro y ver mi imagen en el semejante (Barroso, 2012). La persona en Lacan es nombrada como sujeto porque tal está dividido entre sus deseos inconscientes y el deseo de otro que es su semejante y de un “gran otro” que es la cultura. Todo esto se posibilita a través del lenguaje que a su vez ubica a la persona en lo simbólico. Entonces la persona en Lacan será un ser simbólico y sujeto a la cultura y las exigencias de otro. Esta segmentación deslocaliza “el individuo y la razón” (Barroso, 2012). Paralelamente, al psicoanálisis surge el conductismo que en su afán por volver a la psicología una ciencia empírica borra la concepción de persona del contexto psicológico reduciéndolo a ser una máquina cuyo comportamiento se puede pronosticar y dominar y que en palabras de Watson (1878-1958) su fundador, el estímulo producirá una respuesta en el cuerpo (Watson, 1913; Skinner, 1953). A partir de esta visión, el ser humano ya no es una persona sino simplemente un cuerpo orgánico que reacciona implícitamente a una incitación según unas leyes extrínsecas.

La corriente cognitiva es una modificación del modelo conductista y afirma que la persona no es tan solo una máquina de estímulos y conductas, sino que existe una transformación interna entre el estímulo y la conducta llamado procesamiento de información (Neisser, 1967). Según Ulric Neisser (1923-2012), considerado fundador de la psicología cognitiva, los seres humanos poseen esquemas profundos en el cerebro que contienen información específica de la realidad de acuerdo a experiencias pasadas y cuanto más rico sea este conocimiento más libre y avanzado será (Neisser, 1981). La noción de persona para la psicología cognitiva entonces es un ser que posee el conocimiento de sus procesos mentales y de su realidad. Hasta este momento, la concepción de persona ha sufrido microevoluciones que van desde pequeñas escisiones (abortar la tendencia metafísica del ser humano y la espiritualidad) hasta reduccionismos (el hombre es un cuerpo, máquina, un cerebro..., etc.). Aparece entonces una corriente reaccionaria que define a la persona ya no como una entidad estática y producto de una biología, una sociedad y una cultura. La persona es entonces un proceso. Carl Rogers (1902-1987) considerado, junto con Abraham Maslow, fundador de la corriente humanista de psicología, lo plantea así en su libro *El proceso de convertirse en persona*:

El individuo parece sentirse más satisfecho de convertirse en un proceso que en un producto (...). Ello significa que una persona es un proceso en transformación, no una entidad fija y estática; un río que fluye, no un bloque de materia sólida; una constelación de potencialidades en permanente cambio, no un conjunto definido de rasgos o características. (Rogers, 2002, p. 115).

Aquí la persona recupera su totalidad integrativa, ya no es solo un producto o un objeto si no adquiere su sentido ontológico. El ser humano es el punto de partida de una realidad que a partir del ejercicio de su voluntad experimenta transformaciones que en el autoconocimiento y su autoaceptación encuentra la posibilidad de crecer. En la actualidad las teorías psicológicas herederas también de esta época posmoderna que está cansada de modelos autoritarios y preceptivos han migrado a una concepción de persona más integral, comprensiva que le da importancia no solo a los pensamientos y emociones, sino también a la experiencia, el lenguaje y la espiritualidad (Hayes, 2004). Para finalizar referimos la definición del diccionario de la Asociación Americana de Psicología que plantea que la persona es “un todo viviente único, irre-

ductible en valor, que se esfuerza por alcanzar objetivos y, al mismo tiempo, es autónomo y está abierto al mundo circundante (...), un individuo vivo y único como originador, portador y regulador de todos los procesos y estados psicológicos” (APA, 2019). Por lo tanto, la APA plantea que persona es un ser viviente, cognoscente que posee una identidad, voluntad, que esta permeado por su contexto pero que a la vez es capaz de auto-regularse, elegir y cambiar.

Concluimos entonces que la persona no es solo una circunstancia sino un conjunto de actos, no es algo terminado sino que está en constante evolución cuyo límite es la muerte (Delgado, 1950). La significación de persona está enmarcada también en la singularidad y en lo subjetivo ningún estudio puede abarcarla toda o desecar sus múltiples expresiones.

Concepto de persona en el derecho

El concepto de persona, bajo la idea de Perlingieri (1972), ha tenido una evolución a través de los siglos, desde el origen de la palabra persona hasta la actualidad. La transposición didáctica también es evidente en la historia de este concepto según Araiza (2016), muy usado en las ciencias jurídicas. En la presente sección, se registran varios aportes que permiten llegar a un concepto de persona; luego se enuncian conceptos de persona en Estados Unidos; y al final, aparecen los conceptos de persona en Alemania.

Los diccionarios jurídicos son herramientas muy valiosas al tratar de definir vocablos y frases de esta área. Por tanto, se registran a continuación varios conceptos de persona, tomados de dichas fuentes. Sierra (2003), se refiere al Código Civil Colombiano, artículo 74, donde se alude a todos los individuos que componen la especie humana, sin interesar edad, sexo, estirpe o condición; y retoma a Boecio (1960) cuando afirma que la persona es la sustancia individual con dotación de racionalidad. Sierra (2003) remite al artículo 13 de la Constitución Nacional que consagra la igualdad de las personas ante la ley, en la citada Constitución, la palabra persona/personas aparece 79 veces. Esta sublime singularidad está orientada hacia al derecho, pero según Fortunat (2015), con un recuento histórico cristiano. Mari (2014) ve un aporte sustancial del cristianismo en la historia del concepto de persona:

Pero está claro que, en el plano histórico, el reconocimiento de la inalienabilidad de los derechos de cada hombre y cada mujer depende del cristianismo. En la declaración más importante de todas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, se hace una explícita referencia a una palabra “persona” que identifica al ser humano como titular de derechos imprescriptibles. El valor semántico de esta palabra proviene de la inculturación cristiana y tiene gran significado para la filosofía de la educación (p. 306).

En términos más amplios, la idea del derecho colombiano ha sido instaurado por la cultura conservadora arraigada en el cristianismo católico (Uribe, 2018). Se refiere Mari (2014) al “concepto de persona como categoría cultural” (p. 306). Al respecto, señala lo siguiente:

Los términos persona y *prosopon* tienen una historia prolongada. En la antigüedad, tenían dos significados. El primero de ellos hacía referencia a la «máscara»: la palabra latina se refiere al valor funcional del dispositivo apto para la amplificación del sonido (*personare*, con «per» en función aumentativa); la palabra griega se refiere a la posición (pro, «lo que está antes»; «de la cara», *opé*). Se trataba de una palabra de uso común, referida a un ámbito –el del teatro– muy importante por sus implicaciones también religiosas. El otro significado se refiere al ámbito jurídico y significa, igual que hoy, la titularidad legal. Se trata de un uso relacionado con el anterior, porque hay expresiones retóricas –como *personam agere* o «hablar a nombre de alguien»–, que son fórmulas técnicas alusivas del obrar como quien representa un «papel» teatral (p. 308).

Añade Mari (2014) que, “por otra parte, disponemos también de testimonios de oradores que se refieren a este término” (p. 306). Cicerón (1987), el orador romano descollante, sostiene que “La naturaleza nos asignó casi dos papeles” (p. 107), lo que, según Mari (2014), “se refiere a la racionalidad común y a las características específicas de cada uno, y utiliza la palabra persona para esta última acepción” (p.306). Y Séneca (1994), de acuerdo con Mari (2014), emplea “la palabra homo para connotar la identidad humana en general y persona para identificar a cada uno singularmente”. El vocablo “papel” se atribuye, así mismo, a Séneca (p.209). Mari (2014) enfoca el concepto de

persona como una categoría pedagógica, lo que para los efectos de esta investigación es relevante. Boecio (1960) afirmó que persona es la “sustancia individual de naturaleza racional” (p. 52). Para Mari (2014), este concepto boeciano es el más reputado, y lleva a una comparación con el concepto aristotélico de persona, para sostener que volvemos a encontrar la referencia al lógos, pero con una particularidad. En efecto, hablar de “sustancia individual” significa repetir el concepto porque según Lloyd (2008), para Aristóteles la sustancia es siempre individual. ¿Entonces por qué el autor utiliza esta expresión? Porque Boecio (1960), reconoce que “no solo el valor sustancial del ser humano, sino también el valor de la singularidad humana que es consecuencia del hecho de que Dios ama a cada ser humano por sí mismo. Aquí hay una consecuencia muy importante de la evangelización como vector de dignidad por la persona” (Mari, 2014, p. 308).

Más adelante, Mari (2014), formula la ocurrencia del siguiente cambio:

En ambos casos son usos importantes, pero no tienen el significado actual que atribuimos a este término porque hoy la palabra “persona” identifica al ser humano en lo que se refiere a su trascendencia, a su complejidad psicológica y espiritual. ¿Qué ha sucedido? La respuesta es que entre los antiguos y nosotros ha ocurrido la evangelización, es decir, una verdadera “revolución cultural” (p. 306).

Una fuente de discusión es el tiempo de comienzo de la existencia de la persona, y Ossorio (s.f.) lo aborda en la forma siguiente:

El tema de si la existencia de las personas se inicia en el momento de la fecundación o en el del nacimiento es muy discutido en la doctrina, pues mientras algunos autores estiman que la persona (siempre que tenga condiciones de viabilidad) surge en el parto o, mejor dicho, en el instante en que el feto es separado del claustro materno, otros sostienen que la existencia de la persona se inicia desde que se produce la concepción, criterio que se basa en el hecho de que, desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben

una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto (v). Orgaz, partidario de la primera tesis, afirma que el error de quienes mantienen la segunda arranca del equívoco de asimilar vida humana a persona humana, la que sólo existe desde el nacimiento (v) (p. 720).

Un concepto medular para los efectos de la propuesta de reforma, es el que se registra en el Código Civil colombiano (Ley 57 de 1887):

Persona es todo ente susceptible de tener derechos y contraer obligaciones. El Código Civil la define en sus artículos 73 y 74, el primero las clasifica en naturales y jurídicas; y el segundo las define como todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, estirpe o condición.

En cuanto a términos afines a persona, se encuentra que:

Las palabras hombre, persona, niño, adulto, y otras semejantes que en su sentido general se aplica(rá)n a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo (Ley 57 de 1887, artículo 74).

Un aporte más señala que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (Ley 57 de 1887, artículo 73). Un elemento más corresponde al Código Civil colombiano, citado en la Sentencia de la Corte Constitucional C-317 de 2016, donde se halla lo siguiente:

Existencia legal de las personas. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobre-

vivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás (art.90).

Conclusión

Aplicando las instancias del saber analizadas en este artículo, se puede denotar una concepción multidimensional unificada. Es decir que, en las cinco concepciones se comparte un mismo sentir referente al concepto de persona. Las diferentes disciplinas aplicadas a este concepto han aportado, de una manera dialéctica, una síntesis a la posible reforma con base a la caracterización subsidiaria al concepto de persona en el Código Civil colombiano. Esta síntesis se basa en la visión filosófica de una existencia de “vocación del ser”; vocación que estará ligada a la iniciación de la vida desde el cigoto humano, pasando por el proceso de educación hasta una especie de deseo de realización por “ser persona” en un ámbito futuro; todo esto en lo corpóreo, substancial y esencial hará devengar al concepto de persona. Dualismo entre lo biológico y lo biográfico en el presente y futuro con la contraposición de irreductibilidad única del ser, así se aborda la persona desde la filosofía.

La visión teológica expone desde la caracterización de la segunda persona de la Trinidad (Jesús) una visión antropomórfica y metamórfica del ser: lo inmanente (el cuerpo) y lo trascendente (el ser), pasan a ser uno solo. Lo divino con lo humano, dándonos a entender la realización como personas. Esta postura, de manera histórica, también ha permeado la cultura del derecho a la concepción de “la persona”.

Desde el saber antropológico, la identidad del sentir humano, estará ligado a la razón sobre el ser mismo, es decir sobre su esencia. Dicho razonamiento antropológico según Ruano y López (2018), trasciende a la cultura sobre la reflexión del ser “persona”. Dentro de esta reflexión racional del ser, se encuentran los valores morales y el significado sociocultural, estos moldearán la concepción de qué clase de persona se espera ser. La coercitividad del actor conlleva a relacionar la praxis social y la reflexión ontológica. Esto requiere por parte del individuo una socialización completa y sustancial, tanto con los demás seres como con las creencias (Dios) y con las normas.

La concepción psicológica del concepto de persona agrupará de manera integral las instancias filosóficas, teológicas y antropológicas desde una escuela funcionalista. La materia, la mente y el espíritu será el estudio psicológico del individuo que cuando mantiene estos tres encuadres, se hace llamar “persona”. La escuela psicoanalista manifestará un aspecto importantísimo para la concepción de la persona –el inconsciente–. Sobre esto, la psicología trata a la persona en base a su personalidad. Dicha personalidad estará ligada a los deseos, al lenguaje y a la educación. El poseer un conocimiento sobre los procesos mentales y sobre la realidad del ser mismo, desde la psicología conductista y cognitivista es al que llamarán persona.

Por último, desde las ideas constitucionales del derecho, se observa una gama amplia de la identificación de la persona. Pero cabe mencionar que esta identificación queda incompleta en el caso del Código Civil colombiano ya que mayormente según Oliveros (2014), se ha considerado a la persona en una época pasada desde un sector empresarial, jurídico y económico. Abordando los saberes sociales, se observa la amplitud del concepto de persona, más allá del deber o no, de contraer obligaciones o del proceso gestante que culmina en el alumbramiento o en la definición de un género sexual para identificar a la persona. Por lo tanto, se propone generar una reforma sustancial al concepto de persona actualmente presente en el Código Civil aplicando los mecanismos jurídicos y legales.

Referencias

- Alfaro, J. (1960). Persona y gracia. *Gregorianum*, 41(1), 5-29.
- Altuna, B. (2009). El individuo y sus máscaras. *Ideas y Valores*, 58(140), 33-52.
- APA. (2019). *APA dictionary of psychology*. <https://dictionary.apa.org/personalism>
- Araiza, G. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Digital UNID.
- Aránguez, T. y Arena, J. (2012). *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*. Dykinson.

- Barroso, A. F. (2012). Sobre la concepción de sujeto en Freud y Lacán. *Alternativas en Psicología*, 120, 16-27.
- Boecio. (1960). *Contro Eutiche e Nestorio, Opuscoli teologici*. Università di Catania.
- Buda, C. (1956). Evolución del concepto de persona: oscilaciones del idioma trinitario. *Revista de Filosofía*, 15(57).
- Burgos, J. (2007). *La antropología personalista de persona y acción*. Ediciones Palabra.
- Cabiedas, J. (2012). *La persona es «criatura amorosa». Un diálogo entre antropología teológica y filosófica a la luz de la antropología metafísica de Julián Marías*. Pontificia Universidad Gregoriana.
- Cámara de Representantes. (2017). ONU solicita a la Cámara eliminar normas que limitan los derechos de los discapacitados en Colombia. Recuperado de <https://unac.leyex.info/noticias/detalle/onu-solicita-a-la-camara-eliminar-normas-que-limitan-los-derechos-de-los-discapitados-en-colombia-22164>
- Castel, F. (1987). *Comienzos. Los once primeros capítulos del Génesis*. Verbo Divino.
- CENEIP. (2018). *Enseñanza e investigación en psicología*. <https://www.revis-tacneip.org/index.php/cneip/issue/view/10>
- Chauvel, L. (2018). Identidad e identidades. *Inventio, la génesis de la cultura universitaria en Morelos*, 3(5), 67-72.
- Choza, J. (2017). *Antropología de la sexualidad* (2da ed.). <https://ebookcentral.proquest.com>
- Cicerón. (1987). *I doveri*. Bur.
- Congreso de la República. (1971). Código de Comercio de Colombia. https://www.cccbuga.org.co/sites/default/files/decreto_ley_410_de_1971.pdf

- Clarke, N. (2004). *Person and being*. Milwaukee: Marquette University Press.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Corral, T. (2005). El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. *Ius et Praxis*, 11(1). Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718_00122005000100003. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100003>
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-327.
- Costadoat, J. (1997). Características y alcances de la humanidad de Jesucristo. *Teología y Vida.*, 3(38), 163-174.
- Courtis, C. (2001). *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. <https://ebookcentral.proquest.com>
- Culleton, A. (2010). Three Settlements in the Concept of Person: Boethius (substance), Richard of St. Victor (Existence) and Scotus (Incommunicability). *Revista española de filosofía medieval*, 17, 59-71.
- De Almeida, M. (2019). Transformación formación digital de la sociedad: La persona como elemento clave. *Revista Internacional Jurídica y Empresarial*, (2), 15-17.
- Delgado, H. (1950, enero 1). *La persona humana desde el punto de vista psicológico*. *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*.
- Díaz, A. (2006b). To the one of personal freedom. La concepción de la persona en Jacques Maritain. *Revista Latinoamericana*, 1-15.
- Durkheim, É. (2001). *Las reglas del método sociológico* (2.^a ed.). https://eva.fcs.edu.uy/pluginfile.php/45453/mod_resource/content/1/las_reglas_del_metodo_sociologico_-_emile_durkhein_-_pdf.pdf
- Espinosa, J. P. (2018). “Y Dios creó al hombre a su imagen y semejanza” Valoración teológica de la condición humana en su relación con los semejantes, la historia y la creación. *Bricolaje*.

- Esposito, R. (2007). *Terza Persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*. Einaudi.
- Fazzari, J. (2012). *Persona, relación y comunión: un diálogo entre teología y psicología*. Presentado en Segunda Jornada de Intercambio Académico y de Investigación, Buenos Aires, AR.
- Fortunat, J. (2015). De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 373-401.
- Fortunat, S. (2015). El concepto jurídico de persona y la filosofía del “impersonal”. *Persona y Bioética*, 19(2), 278-289.
- Fraijó, M. (2005). *Filosofía de la religión: Estudios y textos*. Trotta.
- Freud, S. (1915). *Lo inconsciente. Obras completas*. (Vol. 15). Amorrortu.
- Hayes, S. (2004). Acceptance and commitment therapy, relational frame theory, and the third wave of behavioral and cognitive therapies. *Behavior therapy*, 35, 639-665.
- James, W. y Bárcena, A. (1994). *Principios de psicología*. FCE.
- Jameson, F. (2016). *Los estudios culturales* (Vol. 58). Godot.
- Congreso de la República. (1873). Ley 84. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Lloyd, G. (2008). *Aristóteles*. Trotta.
- Marambio, J. (2016). Identidad personal y ontología de la persona. *Universitas Philosophica*, 33(66), 77-112.
- Mari, G. (2014). La aportación del concepto de “persona” a la educación intercultural. *Revista Española de Pedagogía*, 72(258), 299-313.
- Marías, J. (1996). *Persona*. Alianza.

- Mariás, J. (2007). *Antropología metafísica*. Alianza.
- Mariás, J. (1999). *La perspectiva cristiana*. Alianza.
- Martínez, M. (2012). Fundamentación epistemológica del enfoque centrado en la persona. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30517306009>
- Neissel, U. (1981). *Procesos cognitivos y realidad. Principios e implicaciones de la psicología cognitiva*. Marova.
- Neisser, U. (1967). *Cognitive psychology*. Appleton-Century-Crofts.
- Oliveros, H. (2014). Persona y responsabilidad social: un análisis de la dignidad del trabajador desde la doctrina social de la Iglesia y la Organización Internacional del Trabajo. *Revista UNAULA*, (34), 87-112.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nel ordinamento giuridico*. Passim.
- Persidok, A. (2017). *Cristología y antropología: la mediación de Cristo en de Lubac*. <https://ebookcentral.proquest.com>
- Pozzoli, M. T. (2012). El sujeto de la complejidad. <https://journals.openedition.org/polis/4921>
- Quisbert, E. (s. f.). *Concepto de persona en derecho*. La paz.
- Ratzinger, J. (1976). *Palabra en la Iglesia*. Sígueme.
- Rogers, C. (2002). *El proceso de convertirse en persona: mi técnica terapéutica*. Paidós.
- Ruano, L. y López, A. (2018). *Antropología cristiana y derechos fundamentales: Algunos desafíos del siglo XXI al derecho canónico y eclesiástico del Estado*. <https://ebookcentral.proquest.com>
- Ruiz de la Peña, J. (1988). *Imagen de Dios. Antropología teológica fundamental*. Sal Terrae.

- Sánchez, J. (2016). La persona humana y su perspectiva antropológica. *Fides et Ratio*, (22), 77-104.
- Séneca. (1994). *Lettere a Lucilio, Tutti gli scritti*. Rusconi.
- Sierra García, J. (2003). *Diccionario jurídico ajustado a la legislación colombiana*. (4.ª ed.). Librería Jurídica Sánchez R.
- Skinner, B. F. (1953). *Science and Human Behavior*. The Macmillan Co.
- Tuiavii, T. (1995). *Los palalagi: Los hombres blancos*. [www.ausaj.org/sites/default/files/biblioteca/Tuiavii de Tiavea - Los Papalagi.pdf](http://www.ausaj.org/sites/default/files/biblioteca/Tuiavii%20de%20Tiavea%20-%20Los%20Papalagi.pdf)
- Uribe, R. (2018). *Historia política y social: escritos sobre Colombia*. Artes y Letras SAS.
- Viqueira, J. V. (1937). *La psicología contemporánea*. Labor.
- Watson, J. B. (1913). Psychology as the Behaviorist Views it. *Psychol. Rev.*, 193(20), 158-177.
- Yunta, E. (2016). La persona humana, algunas consideraciones. *Ars Medica. Revista de Ciencias Médicas*, 31(1), 108-127.
- Zabala, J. (2010). La noción general de persona. El origen, historia del concepto y la noción de persona en grupos indígenas de México. *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, (27-28), 293-318.
- Zachmann, E. (1957). El pensamiento de Freud y su aporte a la psicología. *Revista Colombiana de Psicología*, 2(1), 70-72.
- Zegers, B. (2003). *Descubrir la sexualidad*. Ediciones UC.
- Zuluaga, E. (2016). La reforma del Código Civil colombiano: estudio sobre la teoría de la causa. *Derecho y Ciencias Políticas*, (92).

Capítulo 13

Justicia transicional en la experiencia de Colombia

Diana Patricia Ortega García¹

Resumen

La justicia transicional corresponde al conjunto de mecanismos, políticos y jurídicos, que investigan y sancionan los delitos cometidos en el marco de un conflicto armado o un contexto de extrema violencia. En el caso colombiano, nación que lleva más de medio siglo sumida en los enfrentamientos entre grupos subversivos y el Estado, el sistema de justicia ordinario no ha tenido las capacidades suficientes para investigar y sancionar los crímenes cometidos por estos actores, por lo cual ha sido este tipo de justicia la encargada de la tarea. Así, la justicia transicional en la experiencia colombiana ha tomado diversas formas, pasando por la concesión de amnistías, la reducción de penas a cambio de la verdad o la justicia restaurativa. A la fecha, la Jurisdicción Especial para la Paz, junto a otros organismos creados en el marco del acuerdo de paz de 2016, ha realizado las funciones relacionadas con el cumplimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, como condiciones necesarias en el camino para el logro de la paz colombiana.

Palabras clave: justicia transicional, conflicto armado, Colombia, acuerdo de paz, jurisdicción especial para la paz.

Introducción

El conflicto armado colombiano es un enfrentamiento que afecta al país desde la segunda mitad del siglo XX, por lo cual es catalogado como el conflicto interno más antiguo del hemisferio occidental. En este se han enfrentado diferentes grupos subversivos de izquierda y derecha en contra del go-

¹ Magister en Paz, Seguridad y Defensa. Correo: diana.ortga@gmail.com

bierno nacional, en medio de las dinámicas del narcotráfico como economía ilícita que ha financiado la guerra y el uso de acciones violentas en contra de la población civil como estrategia de guerra para presionar al enemigo. Estas y otras particularidades del conflicto han dificultado una salida negociada al mismo y han facilitado su prolongación en el tiempo. Durante las décadas de los 80, los 90 y los primeros años del nuevo milenio, el conflicto se convirtió en un fenómeno de alta crueldad hacia la población civil, la cual quedó en medio de las dinámicas de la guerra entre el gobierno y tres tipos de actores al margen de la ley. Al respecto, el informe *¡Basta ya! Colombia* del Grupo del Memoria Histórica publicado en 2013 identifica el uso de catorce tipos de modalidades de violencia en contra de los civiles y los combatientes en el marco de los enfrentamientos². De ahí surgen las particularidades del conflicto, pues el gobierno no se enfrenta a un solo actor subversivo, sino que debe luchar en contra de varios grupos armados que poseen diversos objetivos y métodos de violencia en contra de la población, y que encuentran su fuente de financiamiento en el narcotráfico, a esto se suman las múltiples responsabilidades constitucionales que tienen las instituciones públicas respecto al bienestar de la población.

Bajo este contexto, desde el gobierno nacional se han aplicado diversas estrategias para dar solución al conflicto y a los problemas de violencia. En tal sentido, las acciones han pasado por el método militar, como lo hizo el expresidente Álvaro Uribe Vélez con su política de seguridad democrática durante los años 2002 y 2010; el método constitucional a través de la reforma a la Constitución que lideró el gobierno de César Gaviria entre 1990 y 1994; y el método de los procesos de paz, desmovilización y posconflicto que se ha hecho en nueve ocasiones diferentes (López, 2016, p. 21). Cada uno de estos intentos incorporó estrategias de justicia que permitieran que los responsables de los delitos fueran investigados y sancionados, pero sin sacrificar sus compromisos por lograr un país en paz.

Un ejemplo de estas estrategias es el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), que nació del *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*,

2 El primer capítulo del informe se dedica a la descripción de estas catorce modalidades de violencia: asesinatos selectivos, masacres, sevicia y tortura, desapariciones forzadas, secuestros, desplazamiento forzado, despojos y extorsiones, violencia sexual, reclutamiento ilícito, acciones bélicas, minas antipersonales, ataques a bienes civiles y atentados terroristas.

suscrito entre el gobierno de Juan Manuel Santos y el grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo, FARC –EP. El sistema incluye la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Según el mismo acuerdo (epígrafe 5.1), estos mecanismos políticos y judiciales tienen por fundamento el reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Dicho esto, el presente escrito tiene por objetivo identificar las experiencias de justicia transicional que se han aplicado en el contexto del conflicto armado colombiano, a partir de su descripción teórica y las características que ha tomado al interior del país. Así, el texto inicia con un acercamiento teórico a la justicia transicional y las características que esta debe poseer para cumplir con las normas internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; el siguiente apartado se enfoca en las experiencias de justicia transicional que se identifican en el contexto colombiano, haciendo especial énfasis en la descripción de los componentes y el funcionamiento de la JEP; finalmente se presentan una serie de conclusiones que resumen lo hallado en el proceso de investigación.

Metodología

El presente texto se realiza a través de una metodología cualitativa, que implica un énfasis en las cualidades de entidades y procesos que no son examinados ni medidos en términos de cantidad, número, intensidad o frecuencia (Denzin y Lincoln, 2005, p. 13), sino en la construcción de una teoría con base a proposiciones extraídas de un cuerpo teórico que sirve de punto de partida al investigador a través de una teoría conformada por uno o más casos (Martínez, 2006, 169). El mismo parte de una revisión de literatura, a través del registro, clasificación y codificación de la información proveniente de fuentes primarias, como libros, artículos de revistas académicas, normativa, documentos e informes oficiales. De igual forma se hace uso de información contenida en el acuerdo de paz logrado en el contexto colombiano y las declaraciones oficiales de las personas que participaron en su construcción.

Resultados, hallazgos o desarrollo

Justicia transicional

El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, demandan la aplicación de procesos e instrumentos que permitan la investigación y penalización de las personas responsables de la comisión de hechos violentos en el marco de un conflicto armado interno, lo que se entiende como la responsabilidad penal internacional que recae sobre un individuo y que está regulada por normas internacionales (Gil y Maculan, 2016, 40). Los Estados que han ratificado los cuatro convenios de Ginebra y sus dos protocolos adicionales, así como los diferentes instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, tienen la obligación de investigar y penalizar los delitos que los mismos definen; especial obligación adquieren aquellas naciones que han ratificado el Estatuto de Roma y reconocen las competencias de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma es el principal documento internacional en materia de Derecho Penal Internacional. Este establece en su artículo quinto, parágrafo primero, cuatro categorías de crímenes internacionales: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión³. El Estatuto de la Corte Penal Internacional determina que cuando los Estados no cuenten con la capacidad política y jurídica para investigar y sancionar estos crímenes, la Corte tiene competencia complementaria para realizar el proceso. En tal sentido, para dar respuesta a esta necesidad de investigación y penalización, en muchos casos la justicia penal ordinaria de la sociedad en conflicto no posee una estructura que lo haga eficientemente o los instrumentos no son suficientes para hacerlo. Ante este problema, la justicia transicional se considera como el instrumento para dar respuesta a dicha necesidad, debido a que su funcionamiento permite investigar o sancionar los delitos a través de un enfoque diferente al convencional, de tal forma que se logre no solo la paz, sino también la transformación de una sociedad violenta en una organización comunitaria pacífica (Sandoval Amador, Matus Giraldo, Tulena Salom y Triana González, 2009, 42).

Una de las concepciones más aceptadas sobre la justicia transicional es la que brinda el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas en el año 2004. Este afirma que la justicia transicional: “abarca toda la variedad de pro-

³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 y entrado en vigor el 1 de julio de 2002.

cesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación ONU, 2004). A esta concepción se puede agregar la de Gil (2016, 9), que afirma que la justicia transicional tiene como finalidad la superación del pasado conflictivo, la reconciliación de la sociedad y la consolidación de la paz y la democracia durante el proceso de transición de un régimen dictatorial o situación de conflicto hacia un régimen democrático o de posconflicto. Un enfoque diferente es el que afirma que la justicia transicional:

Es el conjunto de procesos de enjuiciamiento y atribución de responsabilidad penal, rendición de cuentas, conocimiento y divulgación de la verdad, resarcimiento de las víctimas y reforma de las instituciones cuando en una comunidad política se produce un cambio de régimen (Gil Blasco, 2018, p. 124).

Según este enfoque, la justicia transicional es la forma en la cual las sociedades responden a los crímenes y daños que han acontecido en su interior, pues hace rendir cuentas a los responsables y se ocupa de sacar a la luz la verdad y de reparar a las víctimas. En ese orden de ideas, es posible identificar dos visiones sobre la justicia transicional: aquella que considera esta justicia como el instrumento de superación de la violencia y generación de la reconciliación de la sociedad y otra que se enfoca en las medidas judiciales como única condición para superar la violencia. Gil Blasco (2018, p. 124) aborda esta categorización al afirmar que la justicia transicional posee dos modos de aproximación: el enfoque retributivo, que se basa en las medidas judiciales y legales, y el enfoque restaurativo, que lucha por la reconciliación y la voluntad de fortalecer la cohesión social; para el autor ambos enfoques no son exclusivos entre sí y sus elementos pueden combinarse de forma armónica.

De acuerdo con Ramsbotham, Woodhouse, y Miall (2005, p. 236) ni la paz ni la justicia son conceptos monolíticos, aunque en algunas situaciones la solución a la violencia y el establecimiento de la paz puede ser incompatible con los requerimientos de justicia, la reconciliación y la sanación psicosocial está por encima de esta relación. Para estos autores la justicia es en sí misma multidimensional, es un espacio abierto para la reconciliación a través de la

combinación de comisiones de la verdad, juicios o medidas de reparación y rehabilitación.

En ese orden de ideas, la combinación de estos mecanismos debe responder a las características particulares de la violencia que buscan superar, pues no es lo mismo las acciones cometidas por un grupo subversivo en el marco de un conflicto interno a las acciones cometidas por un gobierno en el marco de una dictadura o una guerra exterior. La definición de un sistema de justicia transicional debe considerar las características culturales e históricas de las sociedades en las que se desarrollan, teniendo en cuenta también las motivaciones de las partes enfrentadas. No existe una fórmula única para solucionar un pasado marcado por grandes abusos a los derechos humanos y son las sociedades quienes definen las características de su propio sistema, siempre bajo la premisa de que los derechos humanos son universales (CIJT, 2009). La teoría sobre el derecho penal internacional afirma que los mecanismos de un sistema de justicia transicional deben estar basados en los principios del derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación (Ardila, s. f.). El derecho a la verdad consiste en el reconocimiento oficial y social de lo que ha pasado, el cómo y el por qué, además de la identificación de las responsabilidades, tanto en forma individual como colectiva (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 398), este implica el conocimiento por parte de la víctima y la sociedad sobre las circunstancias, forma, tiempo y lugar en los que ocurrieron los delitos. El objetivo último de la verdad debe ser la construcción de una memoria histórica que aporte elementos para evitar que los mismos errores se vuelvan a cometer (Grupo de Memoria Histórica, 2013).

Por su parte, el derecho a la justicia implica la responsabilidad de investigar y sancionar oportunamente los delitos cometidos por parte de miembros del Estado o los actores subversivos en el marco del conflicto o la situación de violencia (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 399).

El cumplimiento de este derecho es un gran reto para la mayoría de las sociedades, en la medida en que muchas relacionan la justicia con la venganza o la retaliación, lo cual impide la verdadera superación de la violencia. En ese contexto, la justicia puede ser aplicada a través de diferentes mecanismos, el principal es la justicia ordinaria, otras opciones son los tribunales internacionales, los tribunales *ad hoc* y los tribunales híbridos e internacionalizados, o

la Corte Penal Internacional, que tiene competencia *ratione temporis* en los Estados que hayan ratificado el Estatuto de Roma (Maculan, 2016, p. 82).

El derecho a la reparación corresponde al resarcimiento de los daños ocasionados por las graves violaciones a los Derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario; se basa en dar respuesta a la integralidad de daños y perjuicios sufridos por las víctimas a través de medidas individuales y colectivas, tanto materiales como simbólicas (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 400). Chinchón (2016, p. 482) aborda este derecho como el restablecimiento de la situación que hubiera existido si el acto ilícito no se hubiera cometido, sin embargo, Gil Blasco (2018, p. 126) afirma que todo intento de reparación es incompleto, pues no se puede volver atrás en el tiempo ni hacer que las víctimas recuperen la totalidad de los bienes perdidos, pero que sí constituyen un intento valioso por reconocer la dignidad de la persona afectada.

Finalmente, las garantías de no repetición se entienden como las medidas que el Estado adopta para que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones de sus derechos (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 401). Estas son las encargadas de construir los lazos de reconciliación, evitar el surgimiento de nuevos actores armados y conseguir legitimar nuevamente el Estado Social de Derechos, las instituciones y la democracia (Uprimmy 2006, citado en Duque y Torres, 2014, p. 273). Las garantías de no repetición son el corazón de la justicia transicional, pues corresponden a la promesa creíble de que no habrá víctimas futuras, y es precisamente este componente el que permite flexibilizar el castigo de los crímenes en el proceso de transición (Uprimmy y Saffón, 2006, p. 129). En consecuencia, los derechos de las víctimas deben ser el fundamento de la terminación de la violencia y las estrategias para su cumplimiento deben responder a las particularidades del conflicto. En ese orden de ideas, las comisiones para la verdad, los sistemas de justicia transicional, los actos de reparación y las medidas que garanticen la no repetición, son considerados como instrumentos que permiten la transición desde un contexto de violencia hacia uno de reconciliación y superación del conflicto.

Justicia transicional en Colombia

A lo largo del conflicto armado colombiano se han implementado diferentes instrumentos de justicia transicional, cuyos objetivos han pasado por

la terminación de los enfrentamientos armados hasta el cumplimiento de los derechos de las víctimas; esto ha permitido que se aborden desde la concesión de amnistías, el otorgamiento de beneficios a cambio de la verdad o la justicia restaurativa. Sin embargo, las particularidades de la violencia en Colombia se convierten en el factor determinante de las características que han adquirido dichos instrumentos. En tal sentido, al analizar la violencia armada en Colombia bajo las definiciones que brinda el *Department of Peace and Conflict Research* de la Universidad de Uppsala, esta puede ser caracterizada inicialmente como un conflicto armado, en la medida que corresponde a un enfrentamiento entre dos o más fuerzas armadas, de las cuales una es un gobierno nacional y que produce un mínimo de veinticinco muertes relacionadas con las acciones armadas durante un periodo de un año. Para Trejos Rosero (2013, 72) en Colombia se desarrolla un conflicto armado interno, no convencional y de baja intensidad, que adquirió dimensiones regionales complejas o intermísticas, y cuyo origen se encuentra en diferencias político-ideológicas y en problemas agrarios aun no resueltos. Específicamente, en relación a la violencia cometida en el marco del conflicto, se identifica que los victimarios corresponden a los grupos guerrilleros, los grupos paramilitares, los carteles y mafias del narcotráfico, y a las fuerzas armadas del Estado (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pp. 34-35). Respecto al uso de la violencia:

Los paramilitares ejecutaron en mayor medida masacres, asesinatos selectivos y desapariciones forzadas, e hicieron de la sevicia una práctica recurrente con el objeto de incrementar su potencial de intimidación. Las guerrillas, por su parte han recurrido primordialmente a los secuestros, los asesinatos selectivos, y los atentados terroristas, además del reclutamiento forzado y el ataque a bienes civiles. Con respecto a la violencia ilegal de miembros de la Fuerza Pública, se ha podido establecer (...) el empleo de modalidades como las detenciones arbitrarias, las torturas, los asesinatos selectivos y las desapariciones forzadas (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 20).

Estas características dificultan la aplicación efectiva de la justicia y el cumplimiento de los derechos de las víctimas, sin embargo, a lo largo del conflicto se han intentado aplicar estrategias que buscan este objetivo. Para Suárez y Jaramillo (2016, 302), entre las décadas de 1980 y 1990, la justicia transicional desde su concepción teórica estuvo completamente ausente en el marco

del conflicto armado colombiano, y es solo hasta la expedición de la Ley de Justicia y Paz en 2005, que se introduce por primera vez al escenario político y judicial del país un verdadero esquema de este tipo de justicia. No obstante, Aponte (2009, p. 237) afirma que en el país se han utilizado mecanismos como las amnistías, los indultos y el derecho de gentes, para regular la confrontación armada, no solo en relación a los actores armados con fines políticos, sino también hacia los narcotraficantes y paramilitares. Aunque estos mecanismos no responden a la justicia transicional en su definición teórica, el autor reconoce que son instrumentos para la superación del pasado y de un presente conflictivo. Al respecto, durante la década de los ochentas se identifican la Ley 35 de 1982 y la Ley 77 de 1989, que establecieron amnistías generales hacia los sujetos armados que hubiesen cometido delitos políticos y conexos (Gómez Araújo, 2002, 123-124), no obstante, estas no estuvieron destinadas a un grupo armado específico y no profundizaban en los delitos comunes que podían tener conexidad a los delitos políticos.

Ley de justicia y paz

La Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz estableció un marco jurídico para la reincorporación a la vida civil de miembros pertenecientes a los grupos armados ilegales e incorporó referencias al cumplimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, aunque sin la definición de instrumentos específicos para lograr dicho objetivo (Villarraga Sarmiento, 2015, p. 195). Aunque la ley estuvo dirigida a todos los actores violentos, se enmarcó principalmente en el acuerdo de paz logrado entre el gobierno del expresidente Uribe y las AUC. Dicha ley creó la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, como organismo encargado de investigar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles que hayan causado de manera directa a las víctimas, como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales. Dicha investigación se realizó a partir de las versiones libres y confesiones que los miembros del grupo armado brindaban ante el fiscal delegado de la unidad. De acuerdo con estas, al sujeto investigado se le asignaba una pena alternativa consistente en la privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco años y no superior a los ocho años, condicionada por la contribución con su resocialización.

Respecto al derecho a la verdad, la ley definió en su artículo séptimo que las víctimas y la sociedad colombiana poseen el derecho inalienable a conocer la verdad sobre los delitos cometidos por los grupos armados al margen de la ley y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada. Por su parte, el derecho a la reparación se estableció en el artículo octavo, al establecer que las víctimas son merecedoras de acciones de tengan por finalidad la restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, es decir, acciones que regresen a la víctima a la situación previa de la comisión del delito.

El contenido de la Ley de Justicia y Paz y su consecuente puesta en práctica generó y sigue generando diversas críticas. La Fundación de Ideas para la Paz afirma que la participación de las víctimas en los procesos de justicia fue ineficiente, principalmente porque los procedimientos les otorgaron mayor credibilidad a las versiones de los victimarios; así mismo, la extradición en 2008 de los jefes paramilitares y su exclusión en los procesos de verdad, mostró que se privilegió la lucha contra el narcotráfico; y finalmente, se cuestiona el diseño institucional de la ley, pues fue insuficiente para enfrentar un historial delictivo tan alto como lo fue el de los grupos paramilitares. En esto coinciden Suárez y Jaramillo (2016, p. 304), quienes analizan que la dinámica de las versiones libre puso en evidencia la magnitud de los crímenes cometidos, lo cual generó un colapso de las instituciones encargadas del proceso y la imposibilidad de investigar y sancionar todo el universo de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en el marco del conflicto colombiano.

Jurisdicción especial para la paz

Luego de la Ley de Justicia y Paz, el segundo sistema de justicia transicional en el marco del conflicto armado colombiano que se identifica es la Jurisdicción Especial para la Paz, JEP, que se encuentra actualmente en fase de ejecución. Esta jurisdicción hace parte del quinto punto del acuerdo y pertenece al mecanismo de justicia del Sistema Integral para la Verdad, la Justicia, la Reparación y la No Repetición, SIVJRNR, que es el conjunto de mecanismos que actúan de forma complementaria respecto al cumplimiento de los derechos de las víctimas en el marco del conflicto colombiano. Estos corresponden a la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repeti-

ción, la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas y a razón del conflicto y la misma Jurisdicción Especial para la Paz.

La Comisión para el esclarecimiento de la verdad, tiene por función, de acuerdo con el *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*:

Conocer la verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones y ofrecer una explicación amplia a toda la sociedad de la complejidad del conflicto; promover el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición (p. 129).

Por su parte, la Unidad de búsqueda de personas desaparecidas, tiene por tarea:

Dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto que se encuentren con vida y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la localización y entrega digna de restos (*Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, p. 129).

Finalmente, el último componente es la JEP que de manera transitoria se encarga de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado; está constituida por una serie de salas y tribunales para “Administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (*Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, p. 129). En ese orden de ideas, estos tres componentes actúan de forma conjunta para dar cumplimiento a los derechos de las personas que han sido víctimas de todos los tipos de actores armados que han actuado en el marco del conflicto armado colombiano.

Para comprender el funcionamiento básico de la JEP se debe partir de la base que la asignación de sanciones por parte del sistema se realiza de acuerdo con el tipo de delitos cometidos por el sujeto investigado. La jurisdicción hace una clara diferenciación entre delitos de lesa humanidad y delitos políticos y conexos, y son sus diferentes órganos internos los que establecen la sanción si el delito cometido es del primer tipo o decretan una amnistía si el delito corresponde a los del segundo tipo.

En ese orden de ideas, la JEP está conformada por cinco órganos, una secretaría ejecutiva y una presidencia. El primer órgano es la Sala de Reconocimiento de la Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, que se encarga de recibir los reconocimientos de responsabilidad e identificar entre los mismos los casos más graves y representativos para remitirlos a: 1) la Sala de Amnistía e Indulto, que tiene por función otorgar amnistía o indulto a las personas investigadas por delitos políticos o conexos; 2) la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, que define la situación jurídica de las personas que no sean objeto de amnistía pero cuyos delitos no se clasifiquen como una violación a los derechos humanos o infracción al Derecho Internacional Humanitario; c) la Unidad de Investigación y Acusación, que actúa en referencia a los casos en los que no exista un reconocimiento de la responsabilidad; y d) el Tribunal para la Paz, que actúa como órgano de cierre de la JEP bajo la función de asignar las sanciones correspondientes aplicables a los delitos en contra de los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario (Presidencia de la República. Alto Comisionado para la Paz, 2018, pp. 47-48).

En cuanto a los delitos de lesa humanidad, el Tribunal para la Paz puede imponer tres tipos de sanciones, cuyo objetivo principal es la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consolidación de la paz (Presidencia de la República. Alto Comisionado para la Paz, 2018, pp. 47-48). Las sanciones propias se imponen a las personas que realicen un reconocimiento de la verdad y la responsabilidad ante la sala correspondiente, y conllevan a una restricción efectiva de libertades y derechos, con una función restaurativa y reparadora hacia las víctimas y por un periodo de entre los cinco y los ocho años; las sanciones alternativas se imponen a los sujetos que reconozcan la responsabilidad ante la sección de primera instancia y antes de la emisión de una sentencia, con una función principalmente retributiva que implica una pena privativa de la libertad entre los cinco y los ocho años; y por último, las sanciones ordina-

rias que se imponen a quienes no realicen un reconocimiento de la verdad y sean condenadas por el Tribunal, a través de una privación efectiva de la libertad durante un periodo no inferior a los quince años ni superior a los veinte (Presidencia de la República. Alto Comisionado para la Paz, 2018, pp. 47-48).

El tratamiento que realiza la JEP para los delitos de lesa humanidad se resume en la asignación de las sanciones descritas según el momento en el cual la persona investigada reconozca su responsabilidad respecto al delito cometido. Al analizar la estructura y funcionamiento del organismo, Maculan (2017, p. 74) afirma que este se fundamenta en la justicia restaurativa, pues además de ofrecer a los victimarios un incentivo para reconocer de manera voluntaria su responsabilidad, las sanciones que se les asignen también implican un componente de reparación hacia las víctimas y la sociedad colombiana. La visión de la JEP como una justicia restaurativa también la comparte Medina Aguilar (2017, p. 225), quien afirma que este enfoque permite la atención prioritaria de las necesidades y la dignidad de las víctimas, de ahí que estas sean centrales en el SIVJRN. Para esta autora, el modelo del sistema corresponde a una justicia específica, pues se creó para el cierre de un conflicto armado determinado y consiste en un dispositivo de condiciones, cuyos beneficios penales están ligados al reconocimiento de la responsabilidad, lo que lleva a que, a su vez, incorpore una distinción innovadora entre investigación penal y sanción penal; por último, es un sistema autónomo del ordenamiento jurídico penal colombiano, que implica mayor independencia en el proceso de superación de la violencia desde el componente de justicia.

El hecho de que las sanciones alternativas incluyan el componente restaurativo, pero también estén ligadas al reconocimiento de la verdad, implica que bajo la JEP la justicia no se considera como una simple sanción ante la comisión de determinado delito, sino que aborda este derecho como una posibilidad de construcción de memoria y reconciliación. La creación de la JEP como un sistema de justicia restaurativa responde principalmente a las particularidades del conflicto armado colombiano, como su prolongación en el tiempo, la diversidad de actores subversivos, los tipos de violencia utilizados y la incapacidad del Estado para afrontarlo, lo cual ha implicado un alto número de víctimas civiles y dificulta abordar los delitos caso por caso y desde el mismo ordenamiento jurídico colombiano; de hecho, De la Calle (2019, p. 106) afirma que según las cifras de Justicia y Paz resolver todos los juicios

relacionados con el conflicto armado le tomaría unos cien años al sistema de justicia ordinario colombiano.

En consecuencia, el sistema de justicia transicional se basa en los principios de selectividad y priorización, que implican que, del universo de delitos cometidos, la JEP selecciona determinados casos y los mismos se priorizan de acuerdo con unos criterios, lo que permite que sean los máximos responsables quienes reciban las sanciones determinadas, pero que todo el conjunto de responsables participe en las acciones reparadoras (Maculan, 2017, p. 75). A estos principios se les puede agregar el de condicionalidad (De la Calle, 2019, p. 107), que implica que el tratamiento penal especial depende de la dejación de armas, el reconocimiento de la responsabilidad, la contribución a la verdad y la reparación de las víctimas. Desde el punto de vista jurídico, tanto la JEP como el acuerdo de paz se fundamentan en el Acto legislativo 01 del 31 de julio de 2012 o Marco Jurídico de la Paz, que es la normativa que determina los instrumentos legales que permiten que el sistema de justicia transicional funcione de acuerdo con el ordenamiento colombiano y a las particularidades del conflicto armado. La norma introdujo dos artículos transitorios a la Constitución colombiana: los artículos 66 y 67 (artículos primero y tercero del Acto legislativo 01 de 2012). El primero de estos establece la creación de una Ley Estatutaria que brinde un tratamiento diferenciado a los grupos al margen de la ley y los agentes del Estado que hayan participado en el conflicto, y que establezca instrumentos judiciales y extrajudiciales que garanticen el deber estatal de investigar y sancionar los delitos cometidos en el marco del enfrentamiento. El segundo artículo afirma que la misma Ley Estatutaria regulará la definición de los delitos que se caractericen como políticos y conexos, con el fin de facilitar la participación política de los excombatientes.

Junto al Acto Legislativo 01 de 2012⁴, se puede identificar el Acto Legislativo 01 del 7 de julio de 2016, que establece instrumentos jurídicos para facilitar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo de paz, de este se destaca la inclusión de un artículo transitorio en la Constitución nacional que introduce el acuerdo final en el bloque de constitucionalidad (Acto legislativo 01 de 2016). Así mismo, el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, que

4 Todas las leyes, actos legislativos, decretos y acuerdos sobre la JEP pueden ser consultados en: https://www.jep.gov.co/marco%20normativo/forms/allitems.aspx?RootFolder=%2FMarco%20Normativo%2FNormativa_v2&FolderCTID=0x012000E7584049AF71544E956FFD34A99EE206&View=%7B469A9148-38BA-47CD-96F8-66BA2F2A79E5%7D

también introduce un título transitorio en la Constitución y que establece los componentes, estructura y funcionamiento de los órganos que conforman el SIVJRNR. De especial mención son la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 o Ley de Amnistía, la Ley 1922 del 18 de julio de 2018 y la Ley 1957 del 6 de junio de 2019 o Ley Estatutaria de la JEP.

Ley estatutaria de la JEP

Corresponde a la Ley 1957 del 6 de junio de 2019 y responde jurídicamente a los artículos transitorios que se incluyeron en la constitución con el Marco Jurídico para la Paz. Esta Ley Estatutaria es la que establece las condiciones políticas y jurídicas de la administración de justicia a través del sistema. La ley establece que la JEP:

Estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria independiente y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.

El artículo implica que el sistema investiga el periodo de tiempo del conflicto armado hasta la fecha de inicio de la implementación del acuerdo de paz. Por lo tanto, toda conducta delictiva que se ejecute luego de esta fecha por parte de los excombatientes es jurisdicción de la justicia ordinaria del país. Así mismo, el artículo reafirma la independencia que posee el sistema y su prevalencia sobre otras jurisdicciones en los casos judiciales que tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado, esto durante un periodo de diez años contados a partir de la entrada en funcionamiento de la totalidad de las salas y secciones de la JEP y un plazo posterior de cinco años para concluir sus actividades.

Al igual que lo hace el Acuerdo de paz, la Ley Estatutaria de la JEP establece una clara diferencia entre los delitos que son competencia de la jurisdicción, el tratamiento diferencial que reciben y los criterios y principios que son aplicados sobre estos. Así, el documento profundiza sobre las sanciones que son aplicables a los delitos de lesa humanidad o graves crímenes de guerra y establece los criterios para el principio de selección que se aplican a estas conductas. El artículo 19 de la norma determina que tanto la sala de definición de situaciones jurídicas como la sala de reconocimiento de la verdad y responsabilidad, deben aplicar estos criterios para poder concentrar el ejercicio de la acción penal sobre quienes participaron de forma determinante en los hechos más graves y representativos.

Por otra parte, el tercer capítulo del segundo título de la Ley Estatutaria aborda superficialmente las condiciones de las amnistías, beneficio que reciben los sujetos que hayan cometido delitos políticos y conexos; y el artículo 83 establece criterios de conexidad con el delito político.

Tratamiento a los delitos políticos y conexos

El acuerdo final de paz establece que, siempre y cuando el delito cometido en el marco del conflicto armado sea político o conexo a uno político, el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible de acuerdo con los estándares del Derecho Internacional Humanitario; así, el documento define el delito político como “aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal” (p. 289).

De acuerdo con los análisis de Abello Gual (2004, 200), el delito político corresponde al conjunto de conductas que amenazan la existencia del ordenamiento jurídico vigente y las instituciones que representan al Estado y cuyos autores se encuentran motivados por fines altruistas, esta última afirmación se entiende como el deseo de cambiar el régimen legal vigente buscando mayor justicia social. Según los análisis que este mismo autor presenta, el delito político debe contener dos criterios: La existencia de un bien jurídico atacado, que en este caso sería el orden constitucional y el poder público, y una motivación altruista y de progreso social. En el caso colombiano, la Constitución no contiene una definición específica sobre el tipo de conductas delictivas que

puedan ser clasificadas como delito político, sin embargo, el Código Penal Colombiano en su título décimo octavo, sí aborda los delitos contra el régimen constitucional y legal, que, sin indicarlos como delitos políticos, encuadran en la definición previamente establecida. Los artículos 467 al 473 establecen que estos delitos corresponden a los de rebelión, sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación y retención ilegal del mando.

Lo que sí hace la Constitución colombiana de 1991 es establecer el tratamiento especial que los delitos políticos pueden recibir. En tal sentido, Tarapués Sandino (2011, p. 389) afirma que la Carta Magna reconoce una distinción básica entre delitos comunes y delitos políticos a través de la delimitación de determinados privilegios. Así, el concepto de delito político se menciona en los artículos 35, referente a la extradición; 150 y 201, relacionados con las amnistías e indultos; y en los artículos 179, 232 y 299, que se refieren a las condiciones para ocupar determinados cargos públicos. Específicamente, el artículo 35 establece que el Congreso de la República posee entre sus funciones la concesión de amnistías o indultos generales por la comisión de delitos políticos y el artículo 201 determina que el gobierno puede conceder indultos por este tipo de delitos. Por otra parte, según el acuerdo de paz, por delito conexo se hace referencia a:

Conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado, así como las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. Serán considerados delitos conexos al delito político, aquellos calificados como comunes cuando cumplan los requisitos anteriores y no se trate de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero (p. 289).

La definición del delito conexo posee una mayor dificultad, pues establecer qué tipo de conductas, que normalmente son clasificadas como delitos comunes, pueden ser consideradas como conexas al delito político, implica la aplicación de criterios definidos por cada sociedad. En ese sentido, el mismo acuerdo reconoce que:

La conexidad con el delito político comprenderá dos criterios, uno de tipo incluyente y otro de tipo restrictivo. El primer criterio consis-

tirá en incluir como conexos: 1) aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como es por ejemplo la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares; 2) los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente; y 3) las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión, para lo cual deberán definirse cada uno de los contenidos de las anteriores conductas. Se entenderá como conducta dirigida a financiar la rebelión todas aquellas conductas ilícitas de las que no se haya derivado enriquecimiento personal de los rebeldes ni sean consideradas crimen de lesa humanidad, grave crimen de guerra o genocidio (p. 151).

La aplicación de esta definición encuentra especial dificultad en el contexto colombiano, pues la actuación de los grupos subversivos no se ha limitado a los combates con el Estado, sino que gran parte de las acciones cometidas pueden considerarse delitos ordinarios, como la consecución de recursos económicos y logísticos o el contrabando (Travesí y Rivera, 2016, p. 14).

Ley de amnistía

La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) fundamenta jurídicamente las disposiciones sobre las amnistías, indultos y tratamientos especiales que, como se explicó antes, recibirán aquellos excombatientes que hayan cometido delitos políticos y conexos. La amnistía es concedida bajo la condición de la dejación de armas efectiva o el compromiso sobre este si el combatiente se encuentra bajo detención carcelaria. La norma establece una diferencia específica entre amnistía de iure, la cual se concede por los delitos políticos y por aquellos que les sean conexos; y amnistía o indultos otorgados por la sala de amnistía o indulto, órgano de la JEP que se encargará de otorgar este beneficio bajo las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario.

En términos básicos, el otorgamiento de amnistías en el contexto de terminación de un conflicto armado no debería presentar mayores dificultades, en la medida que, al aplicar los conceptos de cada uno y la jurisprudencia internacional, se podría establecer claramente qué conductas pertenecen a una

u otra categoría del delito. Sin embargo, en el marco del conflicto armado colombiano, hay conductas delictivas que no pueden considerarse como delitos políticos o conexos, ni como crímenes de lesa humanidad o de guerra, tal es el caso del narcotráfico. Ante esta dificultad, la Ley de amnistía reafirma en su artículo 23 los criterios de conexidad establecidos en el acuerdo de paz y determina que dicha conexidad con el delito político se analizará caso a caso. El mismo artículo agrega que los delitos contenidos en el Estatuto de Roma no son objeto de amnistía ni tampoco los delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión o cuya motivación haya sido obtener un beneficio personal propio o de un tercero. Esto implica la aplicación de unos criterios normativos de exclusión, que de acuerdo con Tarapués (2019, pp. 222-227-228-229) se ubican en cuatro tipos: exclusión de crímenes internacionales; exclusión de actos de ferocidad, barbarie o equivalentes; exclusión de delitos comunes por fuera del conflicto y la rebelión; y exclusión de delitos motivados por beneficio propio o de un tercero. Para el problema planteado, son las últimas dos categorías las guían el procedimiento a seguir.

Al analizar el tercero y cuarto de estos criterios, Tarapués (2019, p. 228) afirma que los delitos que no deben ser objetivo de amnistía corresponden a aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la comisión del delito político en el marco del conflicto armado; lo cual implica toda conducta delictiva por fuera del listado que determina el artículo 16 de la Ley de amnistía y que no tenga una relación directa o indirecta con el conflicto armado. Así mismo, no reciben amnistía los delitos cuya motivación sea en beneficio personal, propio o de un tercero; esto conlleva a que se deben investigar las causas o motivos de la realización del delito, así como su finalidad.

A esto, dicho autor suma unos criterios normativos que permiten ubicar ciertas conductas bajo la modalidad de amnistía caso a caso (2019, pp. 231-232-233): 1) delitos perpetrados en combate con ocasión del conflicto armado, 2) delitos cuyo sujeto pasivo es el Estado y su régimen constitucional, y 3) delitos dirigidos a facilitar, apoyar, financiar u ocultar la rebelión. De especial análisis es esta última categoría, pues implica que ciertos delitos que son considerados comunes por la legislación colombiana, pueden ser clasificados como conexos al delito político. Este sería el caso de las acciones del narcotráfico, que desde su definición normativa no constituye un delito de lesa humanidad o de guerra, ni un delito político, pero bajo el tercer criterio nombrado,

toma la característica de ser una fuente de financiamiento de las actividades del grupo subversivo, por lo cual puede ser objeto de amnistía.

Los criterios previamente nombrados junto al principio de analizar cada delito caso por caso, implican que los funcionarios pertenecientes a la Sala de Amnistía e Indulto deben examinar cada una de las conductas delictivas de manera individual y bajo los parámetros establecidos por la Ley, de tal forma que se evite que delincuentes comunes, como puede ser el caso de los narcos, se infiltren en el sistema y reciban los beneficios judiciales establecidos en el acuerdo de paz.

Conclusiones

La justicia transicional es una herramienta que brinda el Derecho Penal Internacional para dar cumplimiento a los derechos que tienen las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Esta se implementa en contextos de un conflicto armado o de violencia extrema y ante la imposibilidad que tiene el sistema de justicia ordinaria para investigar y sancionar la comisión de delitos graves en contra de la población civil. Sus características se definen de acuerdo a las particularidades de la sociedad sobre la cual va a ser implementadas y no debe ser considerada como el sacrificio a la justicia, sino como una herramienta para el logro de la paz.

El conflicto armado colombiano posee unas particularidades que exigen la implementación de un sistema de justicia transicional, como condición en la superación de la violencia y la consolidación de la paz. Así, aspectos como la existencia de múltiples actores armados, la duración en el tiempo de los enfrentamientos y la gravedad de la violencia en contra de la población civil, demandan que las investigaciones y sanciones que se realicen, se fundamenten en una búsqueda de la verdad, pero también en la aplicación de estrategias que mejore las condiciones de vida de las víctimas; es ahí donde una simple sanción carcelaria para los responsables, no termina siendo suficiente.

Aunque a lo largo del conflicto se han implementado diversos sistemas de justicia transicional, algunos más exitosos que otros, es la Jurisdicción Especial para la Paz el organismo que actualmente cumple las funciones de investigación y sanción de los delitos cometidos en el marco de los enfrentamientos.

La jurisdicción nace del Acuerdo de paz de 2016 y permite la asignación de amnistías a los responsables de delitos políticos y conexos, o la asignación de unas sanciones especiales cuando los delitos son graves o de lesa humanidad. Para estos últimos, la dinámica se resume en la asignación de un tipo de sanción según el momento en el cual el responsable reconozca la comisión del delito. Este es una estrategia que se fundamenta en la justicia restaurativa, la cual no visualiza la justicia como la asignación de un castigo para pagar por un delito cometido, sino como un proceso de resocialización, de reconciliación y de reparación hacia las víctimas y la sociedad, que genera unas bases más sólidas para la construcción de paz.

Referencias

- Abello G. (2004). El delito político y la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho*, 21, 200-233.
- Aponte, A. (2009). Colombia. En K. Ambos, E. Maralino y G. Elsner (ed.), *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. (pp. 235-299). Konrad Adenauer Stiftung.
- Ardila, D. (s. f.). Justicia transicional: principios básicos. <https://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>
- Chinchón, J. (2016). El Derecho Penal Internacional en contextos transicionales. En a. Gil y E. Maculan (eds.), *Derecho Penal Internacional* (pp. 465-483). Dykinson.
- De la Calle, H. (2019). *Revelaciones al final de una guerra*. Penguin Random House.
- Denzin, N. y Lincoln, Y. (2005). *The Sage Handbook of Qualitative Research* (3.a ed.). Sage Publications.
- Department of Peace and Conflict Research. (2012). Definitions. https://www.pcr.uu.se/research/ucdp/definitions/#Ceasefire_agreements

- Duque, C. y Torres, L. (2014). Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz. *Universitas Estudiantes*, 12, 269-290.
- Fundación Ideas para la Paz. (2009). Un balance de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. http://archive.ideaspaz.org/images/siguiendo_el_conflicto_56.pdf
- Gil, A. (2016). Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. *Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-39.
- Gil, A. y Maculan, E. (2016). ¿Qué es el Derecho Penal Internacional? En A. Gil y E. Maculan (eds.), *Derecho Penal Internacional*. (pp. 37-49). Dykinson.
- Gil Blasco, M. (2016). Justicia transicional: conceptos clave y aspectos normativos. *Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 21(1), 123-136.
- Gómez Araújo, L. (2002) Reflexiones acerca de los procesos de paz en Colombia. El marco jurídico y otras consideraciones. *Revista de Derecho*, 18, 118-134.
- López, C. (2016). ¡Adiós a las FARC! ¿Y ahora qué? Penguin Random House.
- Maculan, E. (2017). El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada. En A. Gil, E. Maculan y S. Ferreira (eds.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*. (pp. 53-84). Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.
- Maculan, E. (2016). La Corte Penal Internacional. En A. Gil y E. Maculan (ed.), *Derecho Penal Internacional*. (pp.79-103). Dykinson.
- Martínez, P., (2006). El método de estudio de caso, Estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y Gestión*, 20, 165-193.
- Medina Aguilar, C. (2017). *La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional* (pp. 221-232). Instituto Español de Estudios Estratégicos

- Organización de las Naciones Unidas. (2004). El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. <https://www.un.org/ruleoflaw/es/key-documents/>
- Presidencia de la República. Alto Comisionado para la Paz. (2018). Visión del gobierno nacional sobre el punto 5. Víctimas. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/biblioteca-proceso-paz-farc/tomo-5A-proceso-paz-farc-acuerdo-victimas.pdf>
- Ramsbotham, O., Woodhouse, T., Miall, H., (2005). *Contemporary conflict resolution*. Polity Press.
- Sandoval Amador, D., Matus Giraldo, A., Tulena Salom, J. y Triana González, P. (2009). Justicia transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano. *Cuadernos de Derecho Internacional*, 42, 37-78.
- Suárez, B. y Jaramillo, F. (2016). El caso de Colombia: aspectos jurídicos. En M. Barreto Henríquez (ed.), *Experiencias internacionales de paz, lecciones aprendidas para Colombia*, (pp. 295-309). Fundación Universitaria de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Tarapués, D. (2019). Título III, Capítulo I, Amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistía o Indulto, artículo 23 Criterios de conexidad. En K. Ambos y G. Cote Barco (eds.), *Ley de Amnistía Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*. (pp. 219-236). Nomos.
- Tarapués, D. (2011) El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz. *Papel Político*, 16(2), 381-399.
- Travesí, F. y Rivera, H. (2016). *Delito político, amnistías e indultos. Alcances y desafíos*. Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Trejos Rosero, L. (2013). Colombia: una revisión teórica de su conflicto armado. *Revista Enfoques*, 10(18), 55-75.

Uprimmy, R. y Saffón, M. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. R. Uprimmy, M. Saffon y Botero, C. (eds.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. (pp. 109-138). Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Villarraga Sarmiento, A. (2015). *Los procesos de paz en Colombia, 1982-2014: documento resumen*. Fundación Cultura Democrática.

