

La legitimidad en el derecho colombiano

David Alfaro Patrón*, Nelson Hernández Meza**, Adelaida Ibarra Padilla***,
Geancarlo Mejía Nieto****

* Abogado. Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Norte. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte.

** Abogado. Universidad del Norte. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte.

*** Abogada. Universidad del Atlántico. Candidata a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte.

**** Abogado. Universidad Libre de Barranquilla. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad del Norte.

Recibido: Junio 2007

Aceptado: Agosto 2007

RESUMEN

Dentro de la estructura social colombiana, existen formas de vida tan diversas como regiones y dialectos hay a lo largo y ancho de la geografía nacional. De tal forma, no existe un concepto unívoco de bien común que determine la legitimidad del ordenamiento jurídico nacional, como consecuencia de las características sociológicas de nuestra nación. No hay un consenso en el ethos colombiano, se impone uno sobre los otros. El Presidente de la República encarna el ethos dominante y a su vez tiene una injerencia determinante tanto en la conformación de las altas Cortes como en el poder legislativo, por lo tanto, cuando la Corte Constitucional interpreta la Constitución y cuando el Congreso legisla, lo hacen de acuerdo con el ethos imperante.

Palabras Clave: legitimidad, eticidad, ethos dominante, tensión, consenso, minorías, teoría amigo-enemigo.

ABSTRACT

In Colombian social structure there are life forms as diverse as there are dialects and regions across the length and breadth of the country. Thus, there is no uniform concept of the common good that determines the legitimacy of the national legal system as a result of the sociological characteristics of our nation. There isn't a consensus in the Colombian ethos; one will be imposed over the others. The president of the republic embodies the dominant ethos and has a determining interference in the conformation of the High Courts as well as in the legislative power, and therefore when the Constitutional Court interprets the constitution and the Parliament enacts laws, they do it according to the prevailing ethos.

Key Words: Legitimacy, ethnicity, dominant ethos, tension, consensus, minority, friend-enemy theory.

Introducción

El concepto de legitimidad se encuentra estrechamente ligado al de consenso. Si partiésemos del

supuesto de que el Derecho es legítimo por responder al consenso o al menos a la voluntad de un grupo considerable de individuos, en el caso colombiano nunca ha habido un Derecho legítimo. Si la legítimi-

dad no se halla en el consenso, ¿cuál es entonces su fuente? Frente a este interrogante planteamos que la legitimidad tiene por fuente el ethos, mas siendo Colombia un país caracterizado por una amplia diversidad cultural, por ser un país de regiones y subregiones claramente diferenciadas, pluriétnico, surge entonces un segundo interrogante. ¿Cuál de todos los ethos que coexisten en este territorio, legitima el Derecho colombiano?

Entonces, resulta de particular interés estudiar la problemática del concepto de legitimidad e identificar qué es lo que legitima el derecho en Colombia. Para ello, plantearemos una hipótesis que trate de responder este interrogante, partiendo de la enunciación de los conceptos y postulados que han señalado autores adscritos a las escuelas del iusnaturalismo moderno, el contractualismo, la sociología jurídica, la escuela del positivismo jurídico, hasta llegar a los autores colombianos contemporáneos que nos sirvan para responder al interrogante trazado.

Planteamiento del problema

Tomando como punto de partida el supuesto de que la legitimidad del Derecho proviene del ethos, ¿dónde radica la legitimidad del ordenamiento jurídico colombiano, si nuestro estado se caracteriza por ser la suma de muchas etnicidades disímiles e incluso opuestas? Partiendo de la concepción hegeliana de que la legitimidad, la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico responden a la traducción que hace el Estado del ethos de la población, encontramos que en Colombia coexisten muchas y muy diversas etnicidades, como la costeña, la andina, la de la Orinoquía, la pacífica y la amazónica; ello sin mencionar que cada región se encuentra conformada a su vez por muchas subregiones, cada una de ellas con su propia identidad cultural, las cuales no logran conjugarse plenamente en el ordenamiento jurídico colombiano, generando tensiones que desembocan en el conflicto social y armado de nuestro país. Entonces, el ordenamiento jurídico colombiano termina siendo la manifestación de un único ethos, el dominante, que puede ser el de la mayoría, el de la minoría más representativa o el que detenta el poder económico, que a su vez depende del complejo entramado economía-política-religión-ciencia y que se encuentra representado en la figura del presidente de la república. Siendo el fundamento del ethos imperante el código amigoenemigo, donde los que no comparten la eticidad dominante son considerados enemigos.

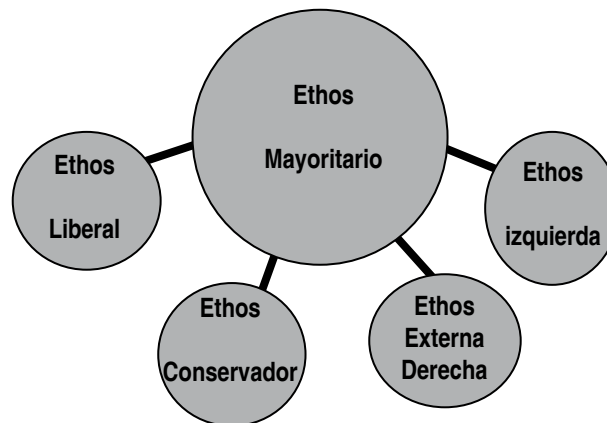
En este contexto, el Presidente de la República tiene una injerencia determinante en la conformación del tribunal constitucional, lo que conlleva que cuando

éste último realiza la interpretación de la Constitución lo haga de acuerdo con el ethos que se impuso frente a los otros. Sin que el ethos que detenta el poder sea inmutable en el tiempo y pueda ser reemplazado por otro en caso de surgir una crisis social que obligue al cambio de eticidad, evidenciando la relación estructural entre política y derecho.

Ahora bien, con el objeto de ilustrar la posición que se asume para estudiar la problemática del concepto de legitimidad, e identificar qué es lo que legitima el derecho en Colombia, se partirá de la enunciación de tres planteamientos o subhipótesis para con fundamento en ellas desentrañar el problema sugerido como objeto del presente artículo.

El ethos de las mayorías como fuente de legitimación del ordenamiento jurídico colombiano

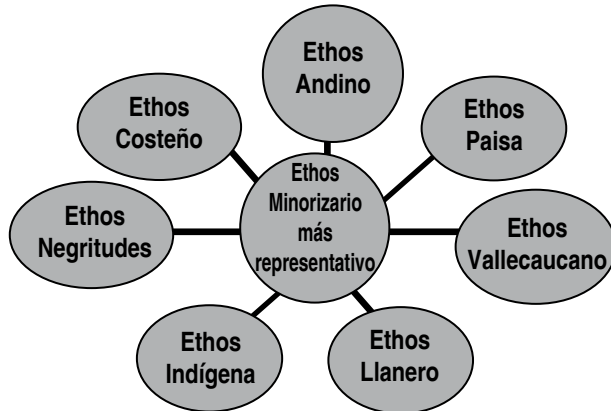
Colombia, desde sus inicios como república, ha estado marcada por la divergencia de dos puntos de vista antagónicos, en un principio fue la pugna entre centralistas y federalistas, luego fue reemplazada por el antagonismo liberal – conservador, y en la actualidad por la extrema derecha y la izquierda. Lo que nos enseña que la población colombiana está caracterizada por dos grandes ethos opuestos, que alternan el poder y definen la legitimidad del derecho desde la perspectiva del ethos que represente el sentir de la mayoría de la población.



El ethos de la minoría más representativa como fuente de legitimación del ordenamiento jurídico colombiano

Colombia es un país de regiones y subregiones geopolíticas, donde cada una de ellas responde a un sentir diferente, a un acervo cultural, axiológico, sociológico e histórico particular, en otras palabras, cada entidad territorial tiene un ethos propio. Al tratar de responder al cuestionamiento acerca de la

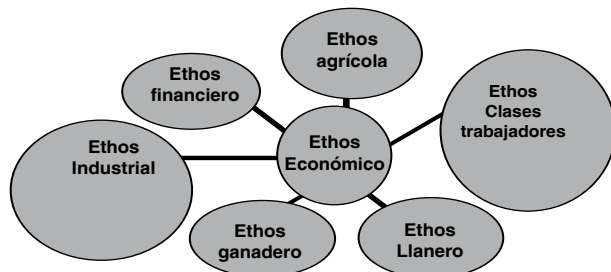
legitimidad de nuestro ordenamiento jurídico, esta hipótesis nos indica que en esta suma de ethos disímiles nunca podrá existir consenso, y primará por consiguiente, la más representativa de las minorías.



Ejemplo de ello es la posición de privilegio de las regiones del país a las cuales pertenecen los líderes que gobiernan, en contraste con el desarrollo de las regiones a las cuales no pertenece el ethos dominante.

El ethos de quienes detentan el poder económico como fuente de legitimación del ordenamiento jurídico colombiano

La gestación hegemónica neoliberal de la Constitución de 1991, evidencia que no existió legitimidad al cerrarse los cauces para un diálogo nacional con los grupos alzados en armas que no se vincularon al proceso constituyente,¹ pero es imposible, como ya lo hemos expresado, lograr consenso en el ethos colombiano; siempre se impondrá uno sobre otro. A partir de esta hipótesis la legitimidad del Derecho está dada por la eticidad de quienes detentan el poder económico, que en este caso está dado por el ethos neoliberal.



Nociones sobre el concepto de legitimidad del derecho

La controversia acerca de dónde radica la legitimidad del Derecho data de mucho tiempo atrás. El

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

debate surge en la Grecia antigua entre Platón² y Aristóteles³. Para el primero, la idea del bien es sujeta, esto quiere decir que parte de la concepción de que el bien tiene un mismo significado para todos; Aristóteles por su parte, la problematiza. En el libro *La Política*, Aristóteles plantea que el bien, es el bien común y éste lo define la politeia, no obstante, su contenido lo determina la ética. El ethos es entendido entonces, como un conjunto de costumbres, valores, tradiciones, símbolos y hábitos que definen la identidad de un colectivo, el cual se halla directamente relacionado con el término cultura (cultivar). Aristóteles basa la ética en las virtudes de las cuales se deriva el concepto de justicia⁴.

En la Edad Media, la consideración del pueblo como titular o sujeto primario del poder político legítimo, recibido en último término de Dios, tiene en Tomás de Aquino más que ver con la noción del bien común, como finalidad del poder, que con la democracia como forma de ejercicio, aunque deja un cierto papel al consenso popular, siempre mediado y dirigido por los estamentos superiores, la nobleza, el alto clero y, quizá, algunos ciudadanos notables, esto es, los más ricos burgueses o habitantes de los burgos o ciudades medievales. En general, ha de tenerse en cuenta que, en esta época, el término populus designaba al conjunto de la sociedad con su correspondiente estructura política (y no al pueblo en el sentido moderno), de manera que el hecho de que los juristas medievales afirmaran que una ciudad independiente o populus podía legislar no implicaba nada acerca de la distribución interna del poder. Además, hay que insistir en que en la mentalidad medieval los individuos no son vistos más que a través de su pertenencia a colectivos y que éstos predominan siempre sobre los intereses individuales.⁵

Posteriormente Hobbes, contractualista, precursor del iusnaturalismo moderno, señala que "el único modo de erigir un poder común que pueda defender a los hombres de la invasión de extraños y de la injurias entre ellos mismos, dándole seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfactoria, es el de conferir todo su poder y toda

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

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

4 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1985. Pagina 1131a.

5 RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una Filosofía del Derecho en Modelos Históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta S.A. Madrid 2002, pág. 149.

.....
“...hay que insistir en que en la mentalidad medieval los individuos no son vistos más que a través de su pertenencia a colectivos y que éstos predominan siempre sobre los intereses individuales”.
.....

su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad... De este modo se genera esa gran Leviatán o, mejor, para hablar con mayor reverencia, ese dios mortal a quién debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y seguridad”.⁶

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

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

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

Luego, para Rousseau, liberal republicano, la ley es la voluntad de la colectividad, el fundamento de la legitimidad política queda subsumido en democracia directa procedimental. “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, al unirse a los demás, no se obedezca sin embargo más que así mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental

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

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

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

al que el contrato social da la solución. Tal contrato consiste en la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad...de modo que dándose cada uno a todos no se da a nadie”⁹.

Así mismo, Rousseau afirma que “si cuando, suficientemente informado, el pueblo delibera, los ciudadanos no tuvieran ninguna deliberación entre sí, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación sería siempre buena...para tener bien el enunciado de la voluntad general importa, pues, que no haya sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano no opine más que por sí mismo”¹⁰.

Posteriormente, Kant, al tratar el tema de la moral y su relación con el ethos, plantea que ésta no está en su interior, y a su vez, el ethos no tiene correlación directa con la moral, la Constitución o las leyes, puesto que el ethos no cumple con las características que identifican a la moral, como son la universalidad, la autonomía y la libertad. Entendiendo el principio de la autonomía como “elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales”¹¹.

“El medio de que se sirve la naturaleza para alcanzar el desarrollo de todas las disposiciones, consiste en el antagonismo de las mismas dentro de la sociedad, por cuanto este llega a ser, finalmente, la causa de su orden regular. En este caso entiendo por antagonismo la insociable sociabilidad de los hombres; es decir, la inclinación que nos llevará a entrar en la sociedad ligada, al mismo tiempo, a una constante resistencia que amenaza de continuo con romperla. Es manifiesto, que esa reside en la naturaleza humana. El hombre tiene propensión a socializarse, porque en este estado siente más su condición de hombre; es decir, tiene sentimiento a desarrollar sus disposiciones de naturaleza. Pero también posee una gran inclinación a individualizarse (aislarse), porque al mismo tiempo, encuentra en él la cualidad insociable de querer dirigir todo simplemente según su modo de pensar (Sinne)”¹².

Continuando con Kant, el Estado es la máxima expresión de la eticidad, que se caracteriza por la ausencia de contenido moral. Así, la función del Estado es interpretar y preservar el ethos del cual deviene a través de la dimensión política y jurídica. “La justificación

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

10 *Ibid.*, Páginas 371 - 372.

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

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

moral, en términos de universalidad, autonomía y libertad, fija los límites de la validez del Derecho y de la legitimidad del contrato social: El Derecho tiene que preservar la frontera infranqueable de las libertades subjetivas y la política tiene que asumir el consenso universal como idea normativa de su realización¹³.

De esta forma, Kant plantea que el derecho racional establece el “conjunto de definiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad”¹⁴.

Siguiendo a Weber, existen tres clases de poderes: el poder legal, el tradicional y el personal o carismático. La legitimidad del primero se basa en la creencia en la legalidad de las normas del régimen, instituidas deliberadamente y de modo racional, y del derecho de mandar de los que detentan el poder basado en tales normas. La legitimidad del poder tradicional se apoya en el respeto a las instituciones consagradas por la tradición y a la persona que detenta el poder, cuyo derecho de mando se atribuye a la tradición. La legitimidad del tercer tipo se funda sustancialmente en las cualidades personales del jefe, y en forma subordinada en las instituciones¹⁵.

Respecto al proceso de racionalización occidental, descrito por Weber, el profesor Mejía Quintana expresa que éste se caracterizó históricamente por dos factores que originan el inicio de la desaparición de la sociedad tradicional. En primer lugar, se produjo un desencantamiento de las cosmovisiones tradicionales del mundo, o racionalización de las imágenes del mundo, con el cual las antiguas imágenes cosmológicas (religiosas, metafísicas, sociopolíticas, estéticas) sufrieron un proceso de sistematización y progresivo horadamiento, perdiendo el poder vinculante cohesionador que tuvieron en las sociedades tradicionales premodernas. La ética religiosa se vio reemplazada por un punto de vista moral profano¹⁶.

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

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

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

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

Un ejemplo de lo anterior, se escenifica en la crítica que Weber hace al modelo del derecho inglés, calificándolo de irracional por su falta de sistematicidad y su particularismo, al señalar que “el motivo de que en Inglaterra se hayan frustrado todos los intentos de codificación racional, así como de admisión del derecho romano, radica en la eficaz resistencia opuesta por el gran gremio de abogados, capa de honorarios de cuyo seno han surgido los jueces de las grandes cortes de justicia. Estas personas han recibido una educación jurídica en forma de un arte empírico, altamente desarrollado desde el punto de vista técnico y han luchado con éxito contra los esfuerzos encaminados a la codificación de un derecho racional, esfuerzos que, precedentes sobre todo de los jueces eclesiásticos y temporalmente también de las universidades, constituían una amenaza para su posición social y material”¹⁷.

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

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

17 WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echavarría. Fondo de Cultura Económica. México, Segunda Edición. 1964, Página 733.

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

amarrada a la procedimentalidad; para Kelsen, justicia es procedimiento.¹⁹

Refiriéndose a Kelsen, Häberle expresa que “Al ser la norma concebida como condición lógico epistemológica del sistema jurídico, ésta no tiene que tener congruencia con la eticidad de la ciudadanía cuya conducta pretende regular²⁰. Siendo así, de una parte su legitimidad es solamente procedimental y de otra su eficacia sólo puede residir en la coacción, pues no se requiere ni de la aceptación política de la misma por parte de la ciudadanía ni tiene que ser congruente mínimamente con la identidad de la comunidad que quiere regular”.²¹

Surge entonces la Teoría Jurídica a la cual sólo le interesa el presupuesto de validez del Derecho, el presupuesto de legitimidad constituye el objeto de conocimiento de la ciencia política, así como el de eficacia a la sociología jurídica, objetos estos que en un principio constituían el estatuto epistemológico de la Filosofía del Derecho.

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

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

19 KELSEN, Hans. “La Norma Fundamental” en *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Porrúa. 1.994. Pagina 202.

20 Sobre este punto cabe anotar que Kelsen, hacia el final de su vida académica, flexibilizó relativamente su posición y se mostró dispuesto a reconocer que el derecho podía ser enfocado de manera complementaria por una ciencia normativa y por otra de signo sociológico. Pero la teoría pura nunca abundó en las posibilidades de una síntesis eventual de las dos perspectivas; sin embargo, con sus presagios alumbró un trayecto que hoy resulta indispensable: el de la visión integral de lo jurídico a partir de un sistema de remisiones mutuas entre orden normativo y realidad social. Tomado de DÍAZ y DÍAZ, Martín *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos*, Distribuciones Fontamara S.A. México, 1.998, Pág. 67.

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

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

– pueda motivarlos para que actúen en interés de los dominados”²³.

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

Austin, por su parte, en relación con la legitimidad del soberano y obediencia al derecho, manifiesta que “si las sociedades políticas fueran perfectamente ilustradas, la obediencia habitual proveniría exclusivamente de razones basadas en el principio de utilidad: si los miembros de la comunidad estiman que el gobierno cumple perfectamente su fin específico, esa convicción será el motivo de su obediencia. Si por el contrario, consideran que lo cumple imperfectamente, el temor a que el mal de la resistencia exceda el mal de la obediencia, será el que le induzca a obedecer. Puesto que no persistirían en su obediencia a un gobierno que estimaran imperfecto si pensaran que probablemente se podría obtener un gobierno mejor a través de la resistencia y que el bien probable del cambio sobrepase al probable perjuicio”²⁵.

Igualmente, Austin expresa que “las sociedades reales, sin embargo, no son lo suficientemente ilustradas y la obediencia que sus miembros prestan habitualmente al soberano tiene otras causas, como la costumbre o los perjuicios. Sin embargo, también en estas sociedades la obediencia se funda, en una razón utilitarista: la percepción de la conveniencia del gobierno político, es decir, una preferencia, por la generalidad o la mayoría de la comunidad, de cualquier gobierno a la anarquía. Esta última, es la única causa de la obediencia habitual que tienen en común todas las sociedades. Con independencia de las causas específicas o particulares del origen y permanencia de cada gobierno político, la causa general es el deseo de los individuos de escapar a un estado de gobierno desde un estado de naturaleza o anárquico”²⁶.

23 KAUFMANN, Matthias. *Derecho sin reglas*. Editorial Alfa S.A. Múnich, Alemania. Segunda Edición. 1993. Pagina 106.

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

25 AUSTÍN, John. *Lectures on jurisprudence*. Quinta Edición. Revisada y editada por Robert Cambell, John Murray, London, 1885. Volumen I. Página 293 y 294.

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

De otra parte, Hart define un tipo de norma fundamental empírica denominada regla de reconocimiento que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus. La regla de reconocimiento contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas.²⁷

La regla de reconocimiento hartiana es la regla que provee los criterios de identificación de un orden jurídico²⁸ y que constituye la práctica social de los funcionarios públicos. Si bien expresa la estructura interna de la acción pública cuando aquellos la usan para identificar las normas jurídicas válidas, la afirmación de su existencia es un enunciado de hecho externo. La regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho²⁹.

De igual forma, sostiene que “un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencias a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”³⁰.

En lo tocante a la relación Derecho-poder Martín Díaz señala que Hart no elude el tema la función de sistema jurídico como garantía del proceso de jerarquización social; por el contrario, su obra exhibe una clara conciencia de que el Derecho genera cierres parciales alrededor de clases determinadas de agentes sociales, con la consecuente exclusión de otros grupos y

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

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

29 HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Editorial Abelado Perrot. Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición. Página 137.

30 HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Editorial Abelado Perrot. Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición. Página 132.

sujetos. Estos ámbitos restrictivos se convierten en forma normal en circuitos de asignación de privilegios, porque los derechos que confieren a sus beneficiarios, resultan inaccesibles para los sujetos que se encuentran al margen de tales subsistemas.³¹

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

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

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

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

“The theoretical prejudices which move the world of autopoiesis have been dealt with here in three empirically oriented research perspectives: 1. The degree of openness/closure of social discourses against the law; 2. Bi-

31 DÍAZ y DÍAZ, Martín *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos*, Distribuciones Fontamara S.A. México, 1.998, Pág. 239.

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

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

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

.....

...“La estructura social es algo más que la unidad material de los elementos que la constituyen. Por eso, la estructura social es una totalidad”...

.....

furcations and attractors; and 3. Internal reconstruction and coupling as a precondition for the coming together of legal self-regulation and social self regulation”.³⁵

De otro lado, Bourdieu, referente a la práctica de los agentes encargados de reproducir el derecho o aplicarlo ha señalado que “la proximidad de los intereses y especialmente la afinidad de los hábitos, ligados a formaciones familiares y escolares similares, favorecen el parentesco de las visiones del mundo. Se deduce de ello que la elección que el cuerpo jurídico tiene que realizar en cada momento entre intereses, valores y visiones del mundo diferentes o antagonistas, tiene pocas posibilidades de desfavorecer a los dominadores, en tanto que el ethos de los agentes jurídicos que está en el origen de esas visiones, y la lógica inmanente de los textos jurídicos, que son invocados para justificarlos tanto como para inspirarlos, están de acuerdo con los intereses, los valores y la visión del mundo dominante”³⁶.

La regulación de la vida social del hombre está, según Nieto Arteta, inserta en toda una estructura. “Esta es la totalidad formada por todos los complejos sociales dominantes. Los elementos que la integran, al reunirse y concentrarse entre sí, suscitan la formación de una entidad que trasciende la pura unión mecánica de los mismos. La estructura social es algo más que la unidad material de los elementos que la constituyen. Por eso, la estructura social es una totalidad”.³⁷

En relación con la permeabilización de la globalización en el derecho, William Twining señala que “el proceso de globalización es selectivo y tiene tensiones y contradicciones. Pero no es anárquico. Reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades periféricas y semiperiféricas. Por lo tanto, no existe globalismo genuino. Bajo las condiciones del sistema mundial moderno, globalismo, es la globaliza-

ción existente de un localismo dado. El idioma inglés como lengua franca, es uno de tales ejemplos”³⁸.

En relación con las tensiones de que habla Twining, que genera el fenómeno de la globalización al interior del derecho, se encuentra el llamado pluralismo jurídico de Estado, que coloca de presente la conciencia que los juristas han tomado del multiculturalismo, como también que las sociedades, producto de este fenómeno se hayan vuelto más pluralistas, y de esta forma, reconocer que todas las sociedades modernas deben luchar para que el Estado pueda reconocer, hacer concesiones o reforzar las normas en las diferentes religiones, culturas o tradiciones. De modo que el pluralismo jurídico de Estado se reconoce como un hecho en casi todos los países³⁹.

En Colombia, la identificación del ethos cultural que identifica a los nacionales colombianos es tratado por el profesor De Zubiría Samper⁴⁰, quien señala la diferencia entre eticidad y cultura, la cual está dada por nuestra historia social; y aún más, porque ni siquiera comprendemos la importancia del sentido de esa experiencia. Es decir, la falta de valoración de ésta para crear o modificar nuestras propias instituciones.

El ethos como factor de legitimización del derecho

Partiendo de Hegel, para quien el Derecho será válido y la política legítima en la medida en que la eticidad, a través del Estado, respete la protoforma del ethos y la identidad de las comunidades, la eficacia del ordenamiento queda, igualmente, sujeta a esa traducción jurídico política que el Estado hace de la identidad ética de un pueblo⁴¹.

Kelsen, por su parte afirma que “otro enfoque sociológico del problema del Estado, procede de la suposición de que los individuos que pertenecen a una misma comunidad política están unidos por una voluntad común o, lo que equivale a lo mismo, por un interés común. Háblase de una voluntad colectiva o de un interés colectivo, y se piensa que estos

38 D. Crystal English as a global language, Cambridge-New York, University Press, 1997. Citado en TWINING, William. *Derecho y globalización*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar. Bogotá Colombia. Primera Reimpresión 2005. Pagina 256.

39 TWINING, William. *Derecho y globalización*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar. Bogotá Colombia. Primera Reimpresión 2005. Pagina 262. En relación a

40 DE ZUBIRIA, Sergio, “Filosofía de nuestro ethos cultural”, *Revista de Estudios Sociales* Número 01. Agosto 1998. Página 50 -55.

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

35 TEUBNER, Gunter, “Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold” en *Crime, Law and Social Change*. Pág. 471.

36 BOURDIEU, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En: *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial. Bogotá. 2002. Pagina 204.

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

constituyen la unidad y, por tanto, la realidad social del estado. Se habla así mismo, de un sentimiento colectivo, de una conciencia colectiva, especie de alma colectiva, como del hecho que constituye la comunidad del Estado⁴².

Igualmente Kelsen expresa que “afirmar que todos los ciudadanos quieren, sienten o piensan permanentemente del mismo modo, es una obvia ficción política, muy semejante a la que implica la teoría de la acción recíproca⁴³”.

Finalmente Kelsen manifiesta que “en realidad, la población de un estado hállase dividida en varios grupos de intereses que en mayor o menor escala se contraponen entre sí. La ideología de un interés estatal colectivo es empleada para encubrir ese inevitable conjunto de intereses. Llamar interés de todos al expresado en el orden jurídico, es una ficción, inclusive cuando ese orden representa un compromiso entre los intereses de los grupos mas importantes. Si el orden jurídico fuese realmente la expresión de los intereses de todos, es decir, si estuviese en completa armonía con los deseos de todos los individuos sometidos a él, entonces podría contar con la obediencia voluntaria de todos sus súbditos; no necesitaría tener carácter coercitivo; y, siendo enteramente justo, tampoco necesitaría ostentar el carácter de derecho⁴⁴”.

Sin embargo,

“la aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir dentro del Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, en procurar ‘paz, seguridad y orden’ y crear así la situación normal que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general.... Esta necesidad de pacificación dentro del Estado tiene como consecuencia, en caso de situación crítica, que el Estado como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo también al enemigo interno”⁴⁵

Posteriormente, “Hart define un tipo de norma fundamental empírica denominada Regla de Reconocimiento, que contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido, pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas, tratándose siempre de reglas empíricas. Hart infiere la aceptación de la

regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Su validez se deriva de su existencia como criterio de práctica social⁴⁶”.

“El Derecho deviene del procedimiento puro y aunque es un subsistema más del macro-sistema, de él dependen gran parte de los procesos funcionales que garantizan la autoadaptación del sistema a su complejidad creciente, a través de procedimientos jurídicos despersonalizados que aseguren tal objetivo. El procedimiento funcional deviene derecho y el Derecho se reduce al procedimiento funcional, sin incluir la posibilidad de corrección de ningún tipo a su interior, salvo los que su misma funcionalidad requiera y permita para autoprocesalizar su propia complejidad⁴⁷”.

Diego Farrell expresa por su parte que “En un gobierno democrático, en la forma como ha sido definido aquí, la alternativa que cuenta con el apoyo de la mayoría es la alternativa elegida. La mayoría entonces, puede optar por leyes que repriman a una minoría racial o religiosa, aunque el caso que más le preocupa a Mill es el de una mayoría pobre que viola los derechos de propiedad de una minoría rica⁴⁸”.

Por otro lado, Bourdieu manifiesta que “El derecho registra en cada momento un estado de relación de fuerzas y ratifica con ellos las conquistas de los dominadores, que quedan convertidas de esa forma en acervos reconocidos (lo cual tiene el efecto de inscribir en su estructura misma una ambigüedad que contribuye sin duda a su eficacia simbólica)⁴⁹”.

Leibniz, plantea que “al lado de la sociedad internacional del Estado y de la iglesia, distingue las agrupaciones siguientes: los hogares, las sociedades domésticas, los cuerpos de oficios, las cajas de seguros, las congregaciones, los conventos, las villas, las ciudades, las regiones, etc.; como ningún grupo pudo satisfacer todas la necesidades a la vez, como se impone la multiplicidad y la equivalencia de los grupos y de sus federaciones; sólo un federalismo

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

43 *Ibíd.*, Pagina 220.

44 *Ibíd.*, página 220.

45 SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*, Madrid, Alianza Editorial, 1991, p. 75.

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

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

48 DIEGO FARRELL, Martín. *Utilitarismo, liberalismo y democracia*. Ediciones Fontamara S.A. Biblioteca de ética, Filosofía del derecho y política. Mexico. 1997. Pagina 99.

49 BOURDIEU, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. En: *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial. Bogotá. 2002. Pagina 161.

territorial y funcional a la vez podría expresar de una manera organizada el conjunto de una sociedad. –Todo grupo engendra y posee su propio *ius societatis seu congruentium*- derecho de integración autónoma en el conjunto, derecho de paz y de armonía (Detribus iuris gradibus, Edición Mollat, p.12 y ss); este derecho social autónomo se diferencia en tantas especies como tipos de grupos existen, ya que el derecho social de los cuerpos de oficios no es, por ejemplo, el mismo que el del Estado, y que éste es muy diferente, a su vez, del derecho social de la iglesia.

Sin embargo, presuponiendo todo poder que se deriva del *ius societatis*, y todo el *ius societatis*, una armonía entre los equivalentes, las asociaciones de dominio, y el derecho que engendran ellas, no se derivan de la vida común del grupo, sino de su sumisión anormal al Derecho de propiedad individual⁵⁰.

En relación con el tema de legitimidad democrática, Elías Díaz señala que “La teoría de la legitimidad no se trata sólo de contestar a la pregunta (legitimidad de origen) ¿Quién manda?, ¿Quién gobierna? Y ¿Cómo y con qué procedimiento se determina quién manda?, sino que también se alude en ella a contenidos materiales de las decisiones (legitimidad de ejercicio), de necesario respeto a ese valor material de la libertad, a esas y otras libertades individuales. Aunque en diferentes proporciones, tanto en la teoría de la legitimidad como en la teoría de justicia opera, pues, la referida síntesis entre la libertad positiva y la libertad negativa; y, en otro orden de cosas, también entre criterios políticos y criterios éticos... Si se dan estos elementos, puede decirse, que existe una verdadera legitimidad democrática, que sirve de base y punto de partida para una teoría crítica de la justicia⁵¹”.

José Lorca, al tratar el tema de las formas sociales plantea que “Las regiones no son, pues, naciones, sino pueblos aunados en la entidad nacional o política a que pertenecen o, como dice el profesor Elías de Tejada, las regiones no son sino entidades históricas, sociológicamente acusadas en sus peculiaridades culturales o lingüísticas, centros de autarquía política o de autonomía administrativa, pero siempre integradas en la patria común⁵²”.

Y más adelante, en lo tocante a los partidos polí-

50 GURVITCH, George, *Elementos de Sociología Jurídica*, Editorial Comares, Granada España, 2.001. Páginas 50-51.

51 DÍAZ, Elías, *Ética contra política*, Editorial Distribuciones Fontamara S.A., México, 1.998. Pág. 44.

52 LORCA NAVARRTE, José F. *Fundamentos Filosóficos del Derecho*, Ediciones Pirámide, S.A. Madrid 1982. Páginas 99-102.

ticos señala que “los partidos como formas sociales básicas o cuerpos intermedios, han de gozar de legítima y plena autonomía, en tanto que el principio fundamental de los cuerpos intermedios. Lo que se opone a que el Estado se erija en motor de los partidos, o que éstos sean planificados de forma rígida y abusiva por el propio Estado. Ya que ello supone violar una ley esencial de los cuerpos intermedios, que impone dar a estos vida propia, que no les puede ser dada desde el exterior, sino que proviene de la acción e iniciativa de sus miembros⁵³”.

López Medina citando a Nieto Arteta expresa que la exégesis presenta dos características: I. Todo el Derecho ha sido creado por una sola clase social en el nombre de la generalidad y II. El código civil es justamente la forma jurídica de la nueva economía capitalista.⁵⁴

Siguiendo a Kelsen, Nieto Arteta señala que el Derecho natural es un procedimiento teórico para defender determinados intereses económicos y políticos. Se comprueba que todo aquello que se afirma como contenido esencial del ordenamiento estatal, o como derechos innatos del hombre, no es otra cosa que intereses de grupo y de clase, que tratan de atrincherarse tras la teoría.⁵⁵

Así mismo Nieto sostiene que, “la regulación de la vida social está unida a los intereses del hombre. Ningún hombre es indiferente ante la regulación de la vida social. Lo vinculan a ella sus propios intereses personales (económicos y culturales). En toda regulación de la vida social han de señalarse el destino y la función que deban cumplir los bienes poseídos por el hombre. Estos bienes son de dos categorías: culturales y económicos⁵⁶”.

En este sentido, otros autores Colombianos que tratan esta temática, haciendo alusión a las diferencias entre el ethos y la moral, encontramos al profesor De Zubiria Samper, quien afirma que “existen tres matrices que se yuxtaponen en nuestro comportamiento ético y cultural: elogiamos la existencia de normas legales, pero éstas no modifican nuestra conducta cotidiana; despreciamos y desconfiamos de todo lo que provenga de las instituciones; y desconectamos con demasiada facilidad y frecuencia las normas morales de las jurídicas y estas dos de las culturales (el colombiano puede vivir con nor-

53 LORCA NAVARRTE, José, Ob. Cit. Páginas 106-107.

54 LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho*, Editorial Legis 2.004, Cap. 6.

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

56 NIETO ARTETA, Luis Eduardo, Ob cit. Pág. 39.

mas culturales que se contradicen con sus propios principios morales). Las consecuencias de estas yuxtaposiciones para la convivencia ciudadana y hasta para la paz interior de los individuos son dramáticas en nuestro medio.

En cuanto al diagnóstico relativamente compartido sobre la ausencia o déficit ético, se manifiestan tesis bastantes diversas: 1. Tuvimos una Casa ética, donde convivíamos con claridad y entendimiento, compartíamos normas comunes sobre el bien y el mal; pero esa casa ética se vino abajo, se derrumbó; 2. La historia ética de Colombia ha sido un permanente y profundo déficit moral, que se encuentra en las raíces más profundas de nuestro carácter; 3. Esa Casa, ligada o construida por el catolicismo contrarreformista y el bipartidismo del Estado de sitio, posee una importante responsabilidad en la actual ‘crisis’ ética; 4. La ‘crisis’ es tan sólo de ‘una’ ética, la dominante hasta nuestros días; pero no de otras éticas plurales y no dominantes”.⁵⁷

El ethos dominante como factor de legitimación del ordenamiento jurídico colombiano

El Estado colombiano traduce la eticidad de nuestro pueblo a través de la Constitución de 1991, ésta es una normativa paradójica que al igual que nuestro pueblo es híbrida, conjuga múltiples ethos, diversas culturas, telos yuxtapuestos, lo cual sólo es viable en el papel, pero en la práctica, este compendio de tan diversas eticidades, no es aplicable. Es allí donde el juez u operador judicial entrará, a la manera Hartiana, a establecer la validez de la norma, la aplicará pasándola a través de la lupa de lo que él denomina la regla de reconocimiento, cuyo basamento empírico, está dado en últimas por su propia eticidad, que por lo general, al hacer aquél parte de la rama judicial y ésta a su vez del Leviathán, posee el ius belli, su veredicto será hijo del ethos dominante, por lo general el de la minoría más representativa o de la clase económica dominante.

Considerando la diversidad de regiones que existen en Colombia, no existe un ethos consolidado y unívoco para todas éstas, lo que hace que cada una trate de imponer su ethos frente al de las demás. Partiendo de Nieto Arteta, todo el derecho ha sido creado más que por una sola clase social, diríamos que por un solo y único ethos -el dominante- en nombre de la generalidad. El ethos dominante dependerá de los fenómenos económicos, políticos y sociales, en otras palabras: es holístico, fluctuante, el que hoy

57 DE ZUBIRIA, Sergio, “Filosofía de nuestro ethos cultural”, Revista de estudios sociales número 01, agosto 1998, página 50 -55.

.....
“El ethos dominante dependerá de los fenómenos económicos, políticos y sociales, en otras palabras: es holístico, fluctuante, el que hoy prima, al cambiar las circunstancias fácticas, luego es reemplazado por otro” ...
.....

prima, al cambiar las circunstancias fácticas, luego es reemplazado por otro. Esto conlleva a que no tengamos una identidad como nación.

La fuente de legitimidad para nosotros no radica el consenso universal en términos kantianos, ni tampoco en el acuerdo de voluntades de un grupo considerable de individuos, si fuese así, entonces la legitimidad sería utópica, ningún ordenamiento sería legítimo; pongamos como ejemplo para soportar de nuestra aseveración, los mecanismos de participación democrática previstos en nuestra Constitución y las leyes estatutarias que lo desarrollan, más precisamente el derecho al voto. Colombia cuenta con 41'242,948 millones de habitantes según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)⁵⁸, de los cuales 26.731.700 son aptos para votar; no obstante, en los últimos comicios presidenciales la votación ascendió a 12'041.737 millones de habitantes, lo cual equivale al 45,046656% de la población apta para votar y a un 29,197071% del total de la población, lo cual evidencia, en primer lugar, que la legitimidad de nuestros gobernantes no responde al sentir de una mayoría, que no hay consenso universal; y en segundo término, que es elegido por una minoría, que en la mayoría de los casos es la minoría económica, quienes financian las campañas políticas.

Coincidimos con Schmitt cuando señala que la legitimidad del sistema jurídico obedece a la norma fundamental, que no es otra que el antagonismo político: relación amigo-enemigo, donde los desobedientes son considerados enemigos y que la democracia es para los amigos, no para los enemigos, hallamos que precisamente el presidente de la república, en nuestro sistema presidencialista, constituye la encarnación del ethos dominante, el cual no es el de las mayorías, salvo contadas excepciones, sino el ethos que logra someter a los demás. Así, el presidente representa aparentemente la unidad o cohesión del pueblo, pero realmente personifica el ethos dominante; él es guardián de la constitución siempre que ella traduzca en mayor o menor medida su

58 CORTEZ, Armando, ¿Cuántos somos en realidad? Corporación Editora Médica del Valle, Universidad del Valle, Cali, 2006.

ethos, de no hacerlo, propugnará por reformarla o cambiarla; no obstante, disentimos un poco de Schmitt cuando afirma que la aclamación es la forma de saber si el presidente cuenta o no con la aprobación del pueblo, pues realmente, es el mecanismo para medir la fuerza del ethos que encarna.

Siguiendo a Schmitt, el Estado, como unidad esencialmente política, tiene el *ius belli*; este derecho de guerra implica la doble posibilidad de señalar quién es el enemigo y por otra parte, de requerir de las fuerzas armadas⁵⁹ y disponer de ellas para defender el ethos que representa y combatir aquél que le es antagónico. Lo cual se evidencia claramente en el acontecer político-jurídico colombiano, donde el ethos que sea contrario al del detentador del *ius belli* será atacado, perseguido, señalado, será visto como enemigo; mientras que frente aquellos individuos que comparten su ethos, les será aplicado el axioma que reza “la democracia es sólo para los amigos”. Desde esta óptica, existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano, las huellas o vestigios de normas impulsadas en los poderes legislativo y ejecutivo para defender y proteger los intereses del ethos dominante (más no del ethos mayoritario que no detenta el poder) y con ello se crean *procesos selectivos* en los que un grupo particular de personas reciben beneficios por parte de la institucionalidad del Estado, que a su vez se encuentran legitimados por haber cumplido con los procedimientos formales para tener validez.

Si el Estado no es capaz de mantener dentro de su territorio la paz, la seguridad y el orden, es muestra inequívoca de que ya no representa el ethos dominante, que ya no puede someter a los otros ethos, en ese momento el ordenamiento jurídico pierde legitimidad y será reemplazado por otro.

Conclusiones

Tras estudiar el problema enunciado, podemos concluir que la fuente de legitimación del ordenamiento jurídico colombiano no descansa en el ethos de las mayorías, debido a que actualmente, la mayoría de los partidos políticos en Colombia no defienden los intereses de las diferentes etnicidades existentes en nuestro país, ya que ellos no tienen su base, ni están fundamentados en los principios ideológicos de las colectividades que dicen representar, pues son dominados por el Estado, constituyendo una exten-

sión de un único ethos, el dominante.

Encontramos que efectivamente nuestros partidos políticos no expresan el pluralismo político, ni concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, no actúan como reales cuerpos intermedios entre los intereses de las regiones, las diferentes comunidades y el Estado, por tanto es falso afirmar que el partido que obtenga la mayoría de la votación represente al ethos de la mayoría, ya que los partidos políticos que se desprenden del Estado y no de los grupos sociales, devienen en mero instrumento del que se vale el ethos económico o el minoritario dominante para perpetuarse en el poder.

De otra parte, en relación con planteamiento que sugiere que la fuente de legitimidad del derecho en Colombia proviene de la minoría más representativa, debemos necesariamente reevaluarla tras analizar que nuestros gobernantes tampoco representan plenamente al ethos de la región a la cual pertenecen. Considerando que los grupos económicos más fuertes se hallan asentados en las principales regiones del país y que son estos los que financian las campañas políticas. Así, cabe afirmar que realmente los presidentes no llegan a detentar el poder porque personifiquen el ethos de su región o comunidad, sino el ethos del grupo económico dominante.

En este orden de ideas, encontramos que la tesis que sugiere que la fuente de legitimidad del derecho en Colombia se encuentran en el ethos de la población que detenta el poder económico, es la que responde de forma plena a la problemática propuesta sobre cuál es el factor que legitima a nuestro derecho. De forma tal, que en síntesis, el mayor o menor grado de legitimidad de nuestro Derecho, está dado en la mayor o menor traducción que el ordenamiento jurídico haga del ethos económico imperante.

59 CONSTITUCIÓN NACIONAL. ARTICULO 115. El presidente de la República es jefe de estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa. CONSTITUCIÓN NACIONAL. ARTICULO 189. Corresponde al presidente de la República: “(...) 3.- Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como comandante supremo de las fuerzas armas de la república”.



BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON C. E. y BULIGYN E. *Análisis lógico y derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1974.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Edición bilingüe María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1985.
- ARISTÓTELES. *La Política*. España: Ediciones Orbis, S.A., 1984.
- AUSTÍN, John. *Lectures on jurisprudence*. Quinta Edición. Revisada y editada por Robert Cambell, John Murray, London, 1885. Volumen I.
- BOURDIEU, Pierre. *Elementos para una sociología del campo jurídico*. En: La fuerza del derecho. Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial. Bogotá. 2002.
- CORTEZ, Armando. *¿Cuántos somos en realidad?* Corporación Editora Médica del Valle, Universidad del Valle, Cali, 2006.
- DE ZUBIRIA, Sergio, Filosofía de nuestro ethos cultural. Revista de Estudios Sociales Número 01. Agosto 1998.
- DÍAZ y DÍAZ, Martín. *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos*. Distribuciones Fontamara S.A. México, 1.998.
- DÍAZ, Elías. *Ética contra política*. Editorial Distribuciones Fontamara S.A., México, 1.998.
- FARRELL, Diego Martín. *Utilitarismo, liberalismo y democracia*. Fontamara S.A. Biblioteca de ética, Filosofía del derecho y política. México. 1997.
- FRIEDERICH. *La Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, 1980.
- GIL, Numa Armando. (Compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.
- GURVITCH, George. *Elementos de Sociología Jurídica*, Comares, Granada España, 2.001.
- HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición. 1963.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid, Alianza, 1989.
- HOBBS, Thomas. *Elementos de Derecho material y político*. México: F.C.E., segunda reimpresión, 1984.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Argentina, El Cid Editor. 2003.
- KANT, Immanuel. *Ideas de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*. En Filosofía de la historia. Editorial Nova. Buenos Aires, Argentina. 1958.
- KAUFMANN, Matthias. *Derecho sin reglas*. Editorial Alfa S.A. Munich, Alemania. Segunda Edición. 1993.
- KELSEN, Hans. *La norma fundamental en Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Porrúa. 1.994.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Editorial Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición, 1969.

- LOCKE, John. *Dos ensayos sobre el Gobierno Civil*. Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1991.
- LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho*. Editorial Legis 2.004.
- LORCA NAVARRTE, José F. *Fundamentos filosóficos del Derecho*. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid 1982. Páginas 99-102.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis y entendimiento comunicativo*. Universidad Iberoamericana. Editorial Anthropos. España. 1997.
- MEJIA QUINTANA, Oscar. *El origen constituyente de la crisis política en Colombia* en Ann Mason & Luis Javier Orjuela (eds), *La Crisis Política Colombiana*, Bogotá, D.C.: Uniandes (Departamento de Ciencia Política), 2003.
- MEJIA QUINTANA, Oscar. Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en *Humanitas* (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar. *El derecho liturgia del procedimentalismo*. Manuscrito, 1995.
- NIETO ARTETA, Luis Eduardo. *La interpretación de las normas jurídicas*. Universidad Nacional de Colombia, 1971.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. En *Obras completas*. Editorial Bernard Gagnebin y Marcel Raymond, París. Volumen 3. 1969.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2002.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Trad. José Díaz García, Madrid: Aguilar, 1971.
- SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- TEUBNER, Gunter. *El derecho como sujeto epistemológico: hacia una epistemología constructivista del derecho*. Traducción de Carlos Gómez y Jara Díez. En *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del derecho.
- TEUBNER, Gunter, "Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold" en *Crime, Law and Social Change*.
- TUREGANO MANSILLA, Isabel. "Derecho y Moral en John Austin". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 2001.
- TWINING, William. "Derecho y globalización". Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar. Bogotá Colombia. Primera Reimpresión 2005.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echavarría. Fondo de Cultura Económica. México, Segunda Edición. 1964.