



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**Las Objetividades en el Derecho**  
*Prolegómenos a una teoría sobre la Idea de  
Justicia en el Estado Social de Derecho*

Carlos Eduardo Martínez Marulanda

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho  
2014



**Las Objetividades en el Derecho**  
*Prolegómenos a una teoría sobre la Idea de  
Justicia en el Estado Social de Derecho*

**Carlos Eduardo Martínez Marulanda**  
**Código: 06697336**

**Trabajo presentado para optar por el título de la Maestría en Derecho**

**Director:**  
**Doctor Rodrigo Uprimny Yepes**

**Universidad Nacional de Colombia**  
**Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales**  
**Maestría en Derecho**  
**2014**



*A la memoria de Juan Carlos Galeano.*

*Al profesor Rodrigo Uprimny, por supuesto.*

*“Sólo diré dos palabras: Gracias Lucho”*



## Agradecimientos

*“...No podemos concebir deseo alguno que no tenga referencia a la sociedad. La soledad completa es posiblemente el mayor castigo que podamos sufrir. Todo placer languidece cuando no se disfruta en compañía, y todo dolor se hace más cruel e insoportable. El alma o principio vivificante de todas las pasiones es la simpatía; cualquier otra pasión por la que podamos ser movidos...está animada por la simpatía y no tendría fuerza alguna si hiciéramos entera abstracción de los pensamientos y sentimientos de otras personas. Aunque todos los poderes y elementos de la naturaleza conspiren para servir y obedecer a un hombre; aunque el sol salga y se ponga según su voluntad, el mar y los ríos se agiten cuando él desee, y la tierra produzca espontáneamente todo cuanto le pueda ser provechoso o agradable, ese hombre seguirá siendo miserable hasta que se le proporcione al fin otra persona a quien hacer partícipe de su alegría, y de cuyo aprecio y amistad pueda disfrutar”. (David Hume. Tratado de la Naturaleza Humana).*

Hace unos meses que han sido menos de los que parecen, la contingencia se llevó a Juan Carlos Galeano, un ser humano excepcional para quien escribe estos agradecimientos, en parte porque era mi amigo, desde la infancia. La tragedia de su muerte me permitió la vivencia práctica de un aprendizaje moral, pues además de haber podido reflexionar de forma más madura sobre los sentimientos, por ejemplo el de aflicción, en la constitución de la identidad, me permitió creo, entender a qué se refiere Nietzsche cuando afirma que *mientras el amor es el carbón la amistad es el diamante*. En adelante he tenido la convicción de que el afecto más intenso entre los seres humanos se despliega en la *amistad sin condición* y he tratado de vivir así, como una forma de corresponder porque yo mismo –estoy seguro- he sido querido con ese tipo de sentimientos. Este aprendizaje me llevó a la conclusión de que para querer realmente a las personas es necesario reinterpretar todos los vínculos en formas de lazos de amistad y sólo entonces, la singularidad, los colores y la fantasía de cada uno es captada adecuadamente. Sólo entonces los otros dejan de ser obligaciones de diverso tipo y se convierten en afectos, en contribuciones para el alma, en disculpas para ser tan bueno y tan feliz como es posible.

A una parte de mi familia que son como mis amigos, a mis amigos que son como mis amigos, a mi hermano gemelo que es mi amigo desde el vientre, a Camilo que es la representación de todas las justicias, a Mi Vida Bella que es la imagen de todos los colores y los tiempos, a todos, de todas las formas posibles: Gracias Totales.



## Resumen

Con posterioridad a 1991 nos hemos encontrado con un nuevo escenario social surgido en parte por la entrada en vigencia de una nueva Constitución. Esta nueva Carta –la Constitución de 1991- inauguró en nuestra tradición jurídica y política la valoración en la vida cotidiana de los derechos fundamentales. A la abstracción propia de las teorías que sustentaban las formas de arreglos institucionales de una sociedad en formas y procedimientos generales le surgieron respuestas que exigían “teorías de la justicia social” que fueran sensibles al mundo concreto y a los problemas cotidianos y urgentes de las personas, dando lugar a la modificación de las estructuras existentes como forma de brindar respuestas adecuadas a problemas nuevos o simplemente ignorados en el tiempo. Este trabajo, es un intento por asumir este nuevo enfoque, intentando responder a la pregunta por la objetividad en la interpretación de los derechos, que tenga como punto de partida la condición de vulnerabilidad humana y que desde allí, sea capaz de encontrar respuestas a las necesidades concretas de justicia de las personas, en el marco de un sistema jurídico que tenga como parámetro la fórmula política del Estado Social de Derecho.

**Palabras clave:** Derechos, interpretación, objetividad, vulnerabilidad, justicia

## Abstract

After 1991 we have found a new social scene emerged in part by the enactment of a new Constitution. This new Charter, the Constitution of 1991 - opened in our legal and political tradition in everyday life assessment of fundamental rights. At the abstraction of the theories that supported forms of institutional arrangements of a society in general procedures and forms emerged answers you demanding "social justice theories" that are sensitive to the concrete world and everyday and urgent problems of the people, resulting in the modification of existing structures as a way to provide adequate new answers to simply ignored problems. This work is an attempt to take this new approach, trying to answer the question of objectivity in the interpretation of rights, taking as a starting point the condition of human vulnerability and from there, be able to find answers to specific needs of justice of the people, as part of a legal system that takes as a parameter the political formula of the rule of law.

**Keywords:** Rights, interpretation, objectivity, vulnerability, justice

# Contenido

	Pág.
<b>Resumen y Abstract</b> .....	IX
<b>Introducción</b> .....	1
<b>1. Un extremo de la tensión- la necesidad de las teorías en el derecho</b> .....	<b>25</b>
1.1.- Alexy. La pretensión de corrección y la conexión entre el derecho y la moral .....	25
1.2.- Bockenforde, la idea de la teoría constitucionalmente correcta .....	30
1.3.- Sustain y la idea de los acuerdos incompletamente teorizados .....	38
<b>2. La vulnerabilidad como punto de partida. La textura emocional de la democracia. Pluralismo, reconocimiento y derechos</b> .....	<b>41</b>
2.1.- La política del reconocimiento y la inclusión del otro.....	41
2.2.- La vía negativa. Entre Aristóteles y Kant. Vulnerabilidad, reconocimiento y menosprecio .....	49
2.3.- La vía positiva. Derechos como capacidades .....	58
<b>3. Objetividad, equilibrios razonamiento</b> .....	<b>69</b>
3.1.- La referencia a la epistemología de quine- el modelo de “dos dogmas del empirismo” .....	69
3.2.- La idea de un procedimiento objetivo.....	80
3.2.1.- La noción de constructivismo en derechos fundamentales .....	82
<b>4. El sentimiento de injusticia y la interpretación de los derechos. El ejemplo de la Corte Constitucional</b> .....	<b>99</b>
<b>5. Conclusiones</b> .....	<b>113</b>



# Introducción

Con posterioridad a 1991 nos hemos encontrado con un nuevo escenario social surgido en parte por la entrada en vigencia de una nueva Constitución. Esta nueva Carta –la Constitución de 1991- inauguró en nuestra tradición jurídica y política la valoración en la vida cotidiana de los derechos fundamentales. A la abstracción propia de las teorías que sustentaban las formas de arreglos institucionales de una sociedad en formas y procedimientos generales le surgieron respuestas que exigían “teorías de la justicia social” que fueran sensibles al mundo concreto y a los problemas cotidianos y urgentes de las personas, dando lugar a la modificación de las estructuras existentes como forma de brindar respuestas adecuadas a problemas nuevos o simplemente ignorados en el tiempo, como las inequidades de género o las injusticias a las que se somete a personas cuyas condiciones de desigualdad exigen respuestas particulares sensibles a estas circunstancias, como pueden ser las de personas en condiciones de discapacidad o de desplazamiento forzado.

Por otra parte, principios básicos del derecho como el que establece que los contratos son para cumplirlos, evocan una imagen del mundo contradictoria. Esto ocurre porque las bases del derecho se mueven bajo la idea de un necesario nivel de generalización que impone sobre el mundo, una forma singular de velo de ignorancia, que conlleva decisiones que en muchos casos tienen explicación dentro del derecho como sistema en sentido estricto, pero no justificación en un sentido amplio. Ahora bien, esta generalidad no es simplemente un presupuesto instrumental del sistema, tiene sus orígenes en la formulación misma del Estado como organización política y del derecho como herramienta de materialización de esta organización. En efecto, puede afirmarse que la generalidad en el ámbito de lo instrumental expresa los fundamentos mismos que dan origen al contrato social, pues en todas las formulaciones clásicas del contractualismo moderno, hay un modelo de sujeto como parte contratante, un presupuesto de sujeto jurídico cuya característica principal- entre otras- es la igualdad. El respeto es la forma universalizable que adquiere el derecho para reconocer esta igualdad. El origen del

peligro aludido por Hobbes como fuente del carácter moral de los hombres, tiene a la base la idea de la igualdad y las respuestas producidas en adelante, por Locke, Hume y Kant, si bien caracterizan de manera distinta al hombre, parten también de la consideración de la igualdad entre todos.

Por supuesto, la igualdad tiene contenidos con matices precisos en cada teoría, pero en todas es el presupuesto de entrada en el contrato y lo que fundamenta en términos políticos, el establecimiento de una forma de organización de la sociedad que impone deberes, pero que sobre la base de esa igualdad atribuye derechos, o los reconoce dependiendo de cuál sea el planteamiento teórico concreto. Esta igualdad no sólo es igualdad jurídica, es también igualdad política y sobre todo igualdad moral. En efecto, la atribución de una igualdad de corte kantiano es el efecto más duradero y más denso de la teoría contractualista y del liberalismo político que la desarrolla, bajo la idea de que cada persona es un fin en sí misma. Esta es la forma moderna de la dignidad humana. Por consiguiente, las personas son tratadas con igualdad sobre la base de que todas tienen la misma dignidad y por consiguiente son merecedoras del mismo respeto.

Por supuesto, más allá de que la igualdad y sus debates sean un hecho comprobado en la historia, lo que resulta interesante es que el Derecho como forma de regulación surge con la idea de la promesa igualitaria.<sup>1</sup> Esta idea abrió un nuevo escenario de posibilidades, un espacio nuevo para la imaginación que le permitió al hombre pensar efectivamente, que el mundo podía ser reinventado y en este sentido mejorado a través de este mecanismo. Por supuesto, en un mundo lleno de expectativas, aumenta consiguientemente la defraudación de éstas y esto ofrece una explicación posible –entre muchas otras- a los *desequilibrios sistémicos de los regímenes*.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Una interpretación ilustrativa en este punto en Gargarella Roberto, *Izquierda y Derecho*, Material de Lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, en <http://www.seminariogargarella.blogspot.com>

<sup>2</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *La Tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental y su desaparición*, en VVAA, *Crítica Jurídica-Teoría y Sociología Jurídica en los Estados Unidos*, (Ed. Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Esteban Restrepo Saldarriaga,.) Universidad de los Andes- Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS, pp. 421. En el texto de la referencia, Boaventura propone una superación de la tensión enunciada a partir de una transición de la modernidad a una posmodernidad que implica en sí misma una concepción posmoderna de la ciencia y del derecho. Mi propuesta es

Estos desajustes y la tensión que expresan tiene diversas facetas. Según Boaventura, revelan el desajuste de la relación política vigente entre experiencias y expectativas. Dos de estas facetas, expuestas por este autor, manifestadas en *racionalidades* son particularmente importantes para el presente texto, la racionalidad científico- instrumental y la moral-práctica. La primera, crea un futuro posible nuevo sobre la base de las nuevas revoluciones tecnológicas y la segunda permite la transformación de ideales y exigencias éticas en imperativos políticos y obligaciones jurídicas.

Ahora bien, de todas las formas de racionalidades es bastante obvio que aquella que terminó imperando fue la *científico-instrumental*. El éxito de la ciencia como fuerza de producción amplió el mundo de promesas, pero hizo algo más que eso, impuso una nueva forma de verdad y consiguientemente de valores de objetividad y certeza. En este escenario las racionalidades alternativas transformaron sus lógicas en exigencias que se acomodaban a la idea de la ciencia como fuerza de producción y el Derecho se transformó en el medio de regulación, despolitizado entonces como la ciencia misma, despolitizando al tiempo la vida social. La separación del derecho y la política, resulta entonces de hipostasiar la ciencia y su racionalidad. No obstante el futuro brillante derivado del progreso científico, muy pronto se hizo evidente que no sólo las promesas no se cumplieron, sino además que la ciencia tenía la capacidad de presentar siempre de manera nueva las desigualdades, incumplimientos y excesos provocados, en algunos casos agravándolos.<sup>3</sup>

La pregunta por el rol de la Justicia en el derecho es probablemente una de las preguntas más repetidas en este ámbito. Así por ejemplo, cuando inicia la carrera de Derecho, los estudiantes estamos sometidos con frecuencia a la pregunta recurrente por la justificación de nuestra decisión profesional. Se nos pregunta con insistencia sobre la razón de nuestra elección y, casi con la misma frecuencia con que se formula la pregunta

---

más limitada en este sentido, y se centra solamente en la enunciación de la tensión como característica del Estado –en mi opinión, particularmente en el Estado Social de Derecho-. Admito que es problemático usar la primera parte del argumento y descartar la segunda, porque la relevancia de la tensión sólo es tal en tanto puede ser razonable su superación. Sin embargo, considero que una visión en la tensión puede ser reconstruida, incluso considerando al Derecho como un elemento relevante, tiene todavía cabida. Me parece en todo caso conveniente hacer esta aclaración.

<sup>3</sup>De Sousa Santos, Boaventura, op.cit., pp.

se ofrece la misma respuesta, a saber, por una cierta pretensión de hacer justicia, de alcanzarla de algún modo. La Justicia, que es la razón preponderante en la elección de una carrera como el Derecho, parece partir de una idea común, de una impresión inmediata si se quiere, que consiste, en que el Derecho y la Justicia son dos ideas íntimamente relacionadas –incluso implicadas lógicamente– y que sólo se distinguen porque el primero es el medio para alcanzar el segundo.

Pese a esto, la discusión más larga en la tradición de la teoría y la filosofía del Derecho, que se enseña dentro del canon de la carrera desde el comienzo, ha mostrado en una perspectiva que, cuando menos, la atadura entre el Derecho y la Justicia es prescindible, o mejor, que entre derecho y justicia no existe una relación necesaria, sino cuando mucho, contingente.<sup>4</sup> Lo que parece concluirse de esto es que no sólo, no son dos formas expresivas de una idea, sino que son dos conceptos separados analíticamente que pueden subsistir adecuadamente sin una relación o referencia al otro. Bien puede argumentarse por otro lado, que la persistencia de esta discusión indica, que si bien es posible describir formalmente el derecho como un sistema desprovisto de cualquier relación o pretensión de justicia, existe un vínculo entre la idea del derecho como la resolución de los mecanismos propios del tipo de sociedad democrática que pretendemos ser, y la idea de que ese medio institucional de arreglo, implica unos mínimos de justicia que le otorgan legitimidad. La justicia parece ser la fuerza opuesta que genera la tensión inmanente a los derechos fundamentales. Los derechos serían entonces la expresión de esa tensión y esta la razón de la pregunta por la justicia y la objetividad en los derechos.<sup>5</sup> En este sentido, los derechos, a la vez que expresan nuestras pretensiones de justicia realizables, forjan expectativas nuevas que amplían la idea de justicias y derechos posibles y esto explicaría porqué Derecho y Justicia en general, aparecen como términos relacionados, independientemente de que se tome partido por unirlos lógicamente o por separarlos en términos analíticos.

---

<sup>4</sup> Sobre esta misma idea, puede consultarse entre muchos, Bulygin Eugenio, *La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral*, en Alexy Robert - Bulygin Eugenio, *La Pretensión de Corrección del Derecho. La Polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad Externado de Colombia- Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 18., Bogotá, 2001.

<sup>5</sup> Un antecedente de esta idea puede encontrarse en la filosofía de Heráclito y su idea sobre los opuestos, que supone que toda realidad es el resultado de fuerzas opuestas. Una muestra de esto puede encontrarse en el fragmento 51.



Según esto, el presente trabajo no pretende la formulación completa de una teoría sobre la naturaleza Estado Social de Derecho. Parte más bien del supuesto de que esta fórmula política constitucional implica el propósito general de mejoramiento de la justicia en una sociedad y la superación de la injusticia, sin que esto implique la definición de una forma de justicia perfecta. Esto impone restricciones a este trabajo que limitan sus propósitos. En primer lugar, no se trata de caracterizar, como se dijo, la forma perfecta de un Estado Social de Derecho ideal y de la aplicación del derecho en este Estado, sino más bien de reflexionar de manera general sobre algunos aspectos que podrían servir al razonamiento a la hora de determinar el grado de vinculación que respecto de los derechos impone esta fórmula política. Por supuesto, si bien la definición de una forma ideal de justicia dentro de la sociedad es un propósito notable en la filosofía política y del derecho contemporáneas, que tiene puntos de encuentro con el análisis de formas concretas de arreglos constitucionales, están separados en su alcance, pues lo aquí se pretende es mucho más modesto, ya que sólo se trata de exponer las razones por las que una fórmula política constitucional en concreto, contribuye a mejorar las condiciones probables de adjudicación de los derechos en una sociedad, sin que sea necesario como intentaré mostrar, como paso previo, la formulación de una teoría completa sobre la fórmula política de que se trate, sobre la Constitución o incluso sobre la Justicia.

Si lo que se pretende tiene un alcance como el definido, debe ocuparse en todo caso de mostrar, que las pretensiones de justicia del derecho dentro del Estado Social, se encuentran formuladas en una sociedad radicalmente plural y que esto supone que en no pocas ocasiones los argumentos para defender una postura como la más justa se encuentran con razones que se enfrentan de modo razonable haciendo que cada postura sobreviva al examen crítico de la razón.

En un escenario de este tipo el Derecho Constitucional juega un papel fundamental. Si se lo mira solamente como un modo de recrear los excesos de la lógica científica, entonces poco estamos haciendo y la reflexión profunda sobre el derecho como medio de realización de *una idea de justicia* resulta injustificada. Si por el contrario, el Derecho se advierte como un proyecto inmanentemente tenso, contradictorio y se asume esto, entonces se está abriendo la puerta a una nueva forma de racionalidad, si se quiere alternativa, que permita, si no eliminar la tensión, sí ofrecer nuevas formas

reconstructivas de ella en un uso posible de la imaginación y de las pretensiones de justicia. Esto ocurre desde el momento en que la idea de la dignidad se adscribe al ideal de igualdad de los seres humanos y el Derecho se visualiza como el medio de asegurar el establecimiento de derechos que realizan en la práctica concreta esta idea de igual vida digna, de modo que la pregunta por el establecimiento de principios constitucionales que los asegure cobra mayor relevancia.

Esta tesis parte pues de este presupuesto de la igual dignidad de todas las personas. Por supuesto la pregunta que sigue es qué significa esto. Lo primero y más obvio es que, lo que esto significa, consiste en que las personas tienen derechos iguales. Este trabajo suscribe también esta idea. La pregunta que surgiría luego es por supuesto, qué son los derechos y por qué todas las personas tienen los mismos, si es muy claro que personas ubicadas en contextos, lugares y situaciones muy diferentes, pueden sugerir la idea razonable de derechos diferentes. Esta idea es también parte del presente texto. En efecto, la igualdad que se predica de los derechos de las personas en general, es un presupuesto del sistema jurídico que expresa sus tensiones una vez se enfoca la luz sobre la vida concreta de las personas. General-particular es la tensión a la que se somete el sistema jurídico y que se expresa como se mencionara, no sólo en el ámbito práctico del derecho -regulación-emancipación, sino que tiene su manifestación también en el teórico, pues el derecho debe reformular sus ideas de generalidad, en la aplicación de la ley o igualdad frente a la ley, una vez se considera que el derecho no sólo regula las conductas sino que además debe servir a mejorar las condiciones específicas en las que las personas viven sus vidas.

Con este paisaje de fondo, el presente trabajo parte de la idea de que el replanteamiento de los presupuestos del Derecho implica la reconsideración del sujeto jurídico y sus atributos, de modo que sea posible entonces encontrar formas de continuidad de las tensiones en los ámbitos práctico y teórico. Al sujeto libre, igual e independiente que se encuentra a la base del concepto de sujeto jurídico o de sujeto de derechos, se opone un sujeto cuya rasgo principal es la dependencia del otro, de modo que su libertad e igualdad sólo se expresa como tal en consideración con los otros. Así, la justificación del derecho como sistema de regulación social, hace compatible su pretensión de justicia concreta con las generalidades de las que requiere para operar, cuando el punto de partida no son las cualidades de independencia del sujeto jurídico sino cuando el punto

de partida es la vulnerabilidad de la persona, de modo que es esta condición profundamente humana de la que participamos todos en igualdad, lo que justifica la existencia del Derecho y sus pretensiones de justicia. Necesitamos *leyes* porque somos vulnerables física, psicológica y moralmente. En este sentido, este trabajo apunta a explorar cómo puede operar esta concepción sobre las personas y el derecho en la etapa judicial.

Así como el trabajo no se ocupa del Derecho como sistema visto en su conjunto, sino que se enfoca en lo que hacen los jueces, tampoco se ocupa de todas las decisiones en los distintos ámbitos del derecho. Se centra en el derecho constitucional y en los derechos fundamentales. Esta elección no sólo es práctica, sino que se justifica porque es en este espacio en el que se dramatizan las complejidades de la interpretación y aplicación del derecho, en parte por las circunstancias relacionadas con la forma misma de estas normas. Pero además, los derechos humanos pueden ser vistos como cláusulas de respuesta institucional por parte de los sistemas políticos a las condiciones de fragilidad y de vulnerabilidad a las que nos vemos expuestos en las sociedades contemporáneas. La elección no es por tanto simplemente metodológica, parte de la concepción de que el establecimiento de los derechos supone para los Estados que tienen deberes concretos por cumplir, tareas pendientes que exigen de su participación para garantizarlos como parte de las labores centrales de su ejercicio del poder político institucional.

El enfoque que me propongo introducir en este trabajo se centra en los derechos fundamentales, porque considera que éstos son formas de correspondencia con nuestra humanidad, es decir, los derechos son formas en que los Estados consagran su deber de promover aquello que corresponde a las personas en virtud de su condición humana. Ese es el sentido de la igualdad en el derecho y de la promesa a la que se aludía antes. Pero como es obvio, una cosa es la promesa y otra bien distinta es su cumplimiento, consagrar un derecho en la Constitución no implica necesariamente su realización en la práctica. El Estado Social de Derecho es la fórmula política que desarrolla mejor esta distinción, en el sentido de asumir a fondo, el compromiso de que los derechos requieren de la intervención profunda del Estado y que sólo si se garantizan en la práctica se está cumpliendo con las expectativas razonables de las personas, tratándolas con la igual dignidad que les corresponde.

El establecimiento de un derecho requiere pues de una elaboración y concreción progresiva que supone el establecimiento de límites *objetivos* que permitan asumir, que por fuera de ellos o mejor, por debajo de ellos, a la persona en concreto no se le está respetando su igual dignidad y por consiguiente se le está violando un derecho fundamental, en este sentido, la *fundamentabilidad* del derecho se relaciona entonces con la importancia que para una persona tiene su garantía adecuada, de modo que pueda afirmarse que de no cumplirse con ella, a esa persona se le está negando su dignidad como ser humano.

Por supuesto, hablar de límites objetivos y de derechos sugiere cuestionamientos válidos en un mundo cuya pluralidad es la característica fundamental que debe ser atendida por cualquier enfoque sobre la interpretación jurídica y más concretamente sobre la interpretación de la Constitución. Más aún, cuando en las fronteras más concretas en que este trabajo es escrito, el problema del pluralismo en relación con los derechos fundamentales genera todavía debates profundos sobre el alcance de los modos de vida particulares frente a cláusulas constitucionales que parecen partir de un único modo de vida adecuado. Bien puede afirmarse, que estos límites suponen el riesgo de imponer bajo un manto de objetividad una cierta noción ajena al ámbito donde la decisión se va aplicar; es decir, que la teoría que se considere el parámetro de interpretación para los derechos no es sino el reflejo de la particular visión del juez sobre el asunto de que se trate, y esto es importante pues las sociedades son radicalmente plurales, lo que se agudiza en nuestro caso específico por ejemplo con los indígenas, que más allá de diferenciarse en cuestiones de gusto u otras, tienen nociones de bien y en general de la justicia profundamente dispares, respecto de las más comunes compartidas por la sociedad mayoritaria. Así un intento como el propuesto aquí es irrealizable en los términos establecidos, a no ser que se caiga, camuflado bajo un manto de objetividad, en alguna forma de etnocentrismo. Puede decirse también que la idea de la idea de objetividad como límite impone sobre el sistema en general la pesada carga de una rigidez, que sería finalmente rebasada por las condiciones continuamente cambiantes del mundo contemporáneo y del derecho en general, por lo que tal intento aunque realizable no tendría ninguna utilidad práctica o de tenerla los efectos terminarían siendo más perversos que en el escenario en donde tal teoría no se tenía. Otra objeción que podría manifestar una inquietud común a este tipo de propuesta, estaría ligada a las posibilidades institucionales para la implementación y elaboración de una teoría como la

propuesta, pues en la búsqueda y elaboración de la teoría, la realización efectiva del derecho podría quedar tan postergada que no tuviera sentido cuando pudiera interpretarse el derecho, que se le diera aplicación, lo que podría resultar en una falta de legitimidad de la administración de justicia, contradiciendo entre otras cosas, una de sus características fundamentales, según la cual las decisiones judiciales deben ser tomadas en un lapso de tiempo determinado.

Frente a esto, puede responderse que las objeciones presentan razones válidas pero que dejan de atender el hecho simple de que los límites de que se trata aquí, son límites interpretativos. No responden a elaboraciones teóricas en un sentido completo, previas a la aplicación en el caso concreto. Además, pretenden reflejar las complejidades de la interpretación jurídica y más específicamente de la interpretación constitucional, que enriquece al Derecho mismo y a la justicia en general, haciéndolos más dinámicos y creativos, pero al mismo tiempo más difíciles y polémicos.<sup>6</sup> Ahora bien, los límites de los derechos que establecen los umbrales objetivos por debajo de los cuales no se puede considerar que se esté respetando la igual dignidad de la persona, surgen a partir de la interpretación que hacen los funcionarios institucionales encargados de la interpretación directa de la Constitución, es decir, los jueces, dejando de lado otras posibles formas de interpretación del texto constitucional.<sup>7</sup>

Con todo, esto no supone que el enfoque de objetividad para el derecho orientado hacia el cumplimiento de las pretensiones de justicia y de las promesas de igualdad, renuncie a hacer abstracciones teóricas necesarias que tengan la intención de ser propuestas teóricas en un sentido completo. Es decir, el presente enfoque no opta por renunciar a la búsqueda de umbrales objetivos sobre los derechos con pretensión de estabilidad en favor de alguna forma de relativismo, de eso no se trata. Más bien por el contrario, se compromete de manera honesta con la intención de avanzar en el establecimiento de límites más altos de modo que sea razonable pensar en la progresividad constante de las oportunidades de las personas para realizar aquello para lo que crean que son capaces, de hacer y de ser.

---

<sup>6</sup> Uprimny Rodrigo, **El Dilema de la Interpretación Constitucional**, en VV.AA. Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Bogotá, Honrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pág., 2.

Esto marca la forma misma de este trabajo, el estilo en que está escrito y las teorías con las que se compromete y que utiliza. Si bien el texto no desarrolla la construcción de un umbral en específico sobre un derecho y en este sentido no prueba plenamente la hipótesis el enfoque propuesto, sí ofrece ejemplos que considera pertinentes como ilustración de su tesis e intenta ser en su construcción y exposición una versión concreta de la propuesta. Esto explica, por ejemplo, la adopción del constructivismo rawlsiano dado su atractivo –prima facie- derivado de su orientación igualitarista, pero sobre todo, por la relevancia que tiene en él, el uso de la razón práctica en la consecución de un consenso sobre un principio básico de la Constitución. Esto significa, que los umbrales de los que se habla aquí no implican fórmulas numéricas estandarizadas que sirvan como parámetros de medición y comparación entre personas para determinar la vulneración de un derecho. Los tribunales en la práctica suelen establecer formas de medición del cumplimiento de un derecho que sugieren metodologías discursivas de progresividad, que permiten una mirada cualitativa sobre un derecho y una situación en concreto. La Corte Constitucional colombiana, parte de estándares normativos que llena de contenido para el caso concreto de manera progresiva atendiendo sus precedentes, los pronunciamientos de otras Cortes, las otras interpretaciones válidas dentro del debate y los demás materiales políticos, históricos y sociales que encuentre pertinentes.

Esto no es sólo una metodología en la interpretación de los derechos, es decir, no es sólo una forma de juzgar cuándo se está violando un derecho. Es una perspectiva que también es sustantiva, pues implica que las personas no tienen derechos en abstracto, sino que tienen derechos como expresión de su humanidad en vidas concretas atravesadas por múltiples circunstancias de injusticia, de reconocimiento y menosprecio. Una declaración sobre la igualdad entre hombres y mujeres, entre personas indígenas y personas pertenecientes a la sociedad mayoritaria, no significa nada sino viene acompañada de decisiones jurídicas y políticas que partan y den cuenta de la situación de subordinación y exclusión de algunas de estas personas frente a otras y que posibiliten para quienes han sido marginados históricamente, el disfrute pleno de su igualdad en los diferentes ámbitos en los que se manifiesta su necesidad de ajuste.

Con frecuencia nos encontramos con casos públicos referidos a vidas concretas, que realzan particularidades de las y que imponen con base en ellas, criterios de justicia concretos con los que nos sentimos *conectados* de diversas maneras. Temas

relacionados con acceso al sistema de transporte público masivo para discapacitados, o casos sobre el derecho de acceso al servicio público de agua potable para personas de escasos recursos económicos, el manejo de la información personal contenida en bases de datos de antecedentes penales y la divulgación abierta de ésta cuando se trata de delitos contra la integridad sexual de niños, suponen énfasis en las vidas reales cuya implicación parece amplia para el alcance de la idea de justicia y consiguientemente para debates actuales en política o en derecho. Este cambio que pudiera caracterizarse como un *giro vital*, parece una reformulación del liberalismo de fondo que le sirve de base al constitucionalismo –y al derecho-. De acuerdo con esto, este trabajo parte de la idea de que una versión del liberalismo –constitucional- que expresa de mejor manera nuestras intelecciones y nuestras emociones, y que por tanto se relaciona de modo más ajustado con los más elevados fines de las pretensiones de justicia y de realización de los derechos fundamentales, es aquella que no se atiene sólo a las razones abstractas de principios formales –cuya aceptación por demás es importante, sino que parte de la concreción de las relaciones específicas con otros sujetos valiosos cuyas vidas contextualizadas y emociones nos afectan de varias maneras, y que sugieren razones que deben ser tenidas en cuenta en la comprensión del razonamiento jurídico y consiguientemente en la formulación de una respuesta razonable al problema concreto al que apunta el juez en un caso determinado.

La mirada sobre las vidas concretas, nos hace pensar con razón, que muchas veces las reglas aplicadas en su forma más general no son suficientes. De algún modo, nos sentimos inclinados a considerar que lejos de solucionar problemas de justicia en repetidas ocasiones los agravan, con argumentos acerca de la necesaria abstracción y generalidad de las normas, como prerequisite de existencia y de funcionamiento del sistema jurídico. Con frecuencia, los estudiantes de derecho se enfrentan a la consideración de las fronteras del derecho en la formulación de un modo de razonamiento jurídico que, haciendo abstracción de todo contenido concreto, referido a la vida real de las personas, distorsiona la experiencia humana a la que se enfrentan personas determinadas que exigen no sólo derechos en un sentido general, sino sobre todo, reconocimiento en forma particular.

Casos como el de una mujer cabeza de hogar, en extremas condiciones de pobreza a las que le es suspendido el servicio de agua potable y cuyo restablecimiento sólo se

produciría como resultado del cumplimiento de acuerdos de pago estándar basados en varias normas con sus supuestos de estabilidad financiera, nos convoca a sentirnos cuando menos inquietos por cierta sensación de injusticia remediable; nos sentimos tentados a pensar que sería posible hacer una *excepción*, a pesar de que parece perfectamente razonable que las personas estén obligadas a pagar los servicios públicos y a honrar los compromisos jurídicos que establecen. Esta evidencia de nuestra vida cotidiana, acerca de las profundas desigualdades en el mundo nos tienta a pensar y a formular juicios sobre el derecho – y consecuentemente la justicia y la injusticia- en el mundo; juicios que no sólo se atienen a la identificación de posibles circunstancias de injusticia, sino que en un nivel más amplio implica en muchos casos la invitación a reflexionar sobre estos registros de la experiencia y a valorarlos críticamente. Este juicio crítico supone en nuestra tradición jurídica, la necesidad de ofrecer argumentos y de escuchar a otros cuyas razones pueden oponerse; en suma, implica –en un sentido amplio- el intercambio de concepciones sobre el derecho y la justicia, como condición de posibilidad de la validez de las razones que apelan al mejoramiento de la justicia en el mundo.

Esta concepción acerca de un mundo compartido y las afectaciones posibles en él, en los otros que son quienes lo constituyen, nos brinda una imagen de fondo que parece sugerir las razones iniciales de nuestras preguntas por el derecho y la forma en que éste concurre con la justicia, lo que pudiéramos llamar *la circunstancia original de la pluralidad*. Esos otros diversos y en algunos casos lejanos, constituyen el paisaje de fondo en el que transcurren nuestras vidas y respecto de los cuáles ocurren las circunstancias que despiertan nuestras emociones y que incitan a nuestras reflexiones sobre la justicia. Un paisaje que opera como un cuarto de espejos en el que nos vemos reflejados y convocados por la imaginación a pensarnos –potencialmente- como otros. Este pensamiento en perspectiva, esta imaginación que nos vincula y de la que nos apropiamos se ve alentada no sólo por las experiencias directas sino que también es posible estimularla por medio de recursos que la cultivan y que nos permiten una ampliación constante de esa sensibilidad. Las narrativas de otras vidas convoca a la interlocución de modos de vida lejanos y nos permite por medio de las imágenes que ofrece a nuestro pensamiento, la ampliación constante de nuestra perspectiva en el mundo.



Por ejemplo, la imagen *de una vida como la de un pez en un acuario* le permitió a la Corte Constitucional Colombiana en 1993 (Sentencia T-022 de 1993) expresar los límites razonables a la información personal acopiada en las bases de datos, así como la implantación de fronteras y principios para el manejo de esta información. Dieciocho años después esa misma imagen, le permitió nuevamente a la Corte (Sentencia T-632 de 2010)<sup>8</sup> mostrar porqué la divulgación abierta de cierta información acerca del pasado de una persona, aun cuando sea veraz –sus antecedentes penales-, puede suponer un daño a su autoimagen y producirle vergüenza, además de generar exclusiones y restricciones injustificadas en el ejercicio de otros derechos, como el acceso a un puesto de trabajo o su mantenimiento; además de mostrar también porqué esta interpretación se corresponde mejor con los principios que dan contenido a las bases de la Constitución y del derecho penal en general.

Como se mencionara, la hipótesis de este trabajo –en un sentido general- es que los seres humanos necesitamos de leyes precisamente porque estamos expuestos y somos vulnerables a múltiples daños y prejuicios de muchas y diversas maneras. La hipótesis de este trabajo consiste en que una adecuada comprensión de la fórmula política del Estado Social de Derecho en un sentido amplio, y, en un sentido concreto, de la concepción de la Justicia y de la objetividad en la fase judicial derivada de esta fórmula política, tiene que pasar necesariamente por la vulnerabilidad como punto de partida. Es decir, el Estado Social de Derecho sería la expresión institucional-política de esta comprensión del sujeto de derechos como ser humano ubicado en el mundo, cuyas características principales, serían como sujeto de derechos, su igualdad, vulnerabilidad y dependencia.

Esta evocación de la imagen de nuestra propia fragilidad apunta a un develo de lo propiamente nuestro, del patrimonio de nuestra humanidad del que necesitamos para sentirnos vinculados y para explicar y justificar una parte de las reglas en las que se expresa en sus diversas formas el derecho actualmente. Sin embargo, este patrimonio y los juicios hipotéticos que de él pueden derivarse, si queremos que sean parte de nuestro

---

<sup>8</sup> Esta sentencia es conocida como la sentencia de *El señor K*, la referencia literaria es clara en la pretensión de la sentencia de convocar una imagen narrativa para estimular la imaginación y hacer más comprensible la argumentación.

haber colectivo, sólo pueden capitalizarse en la utilización de recursos que estimulen nuestra capacidad para ampliar el círculo más estrecho de nuestras percepciones posibles. Es decir, la ganancia de nuestra fragilidad sólo puede ser capitalizada a cambio de que estemos dispuestos a la ampliación constante de nuestra sensibilidad, de modo que seamos capaces de relacionarnos –real- o imaginativamente con circunstancias ajenas y tengamos entonces la sensibilidad para apreciar su propia fragilidad y los daños que las injusticias pueden causar en ella, como en nosotros mismos.

Ahora bien, si este es el punto de vista que este trabajo pretende defender ¿cuál debería ser el tipo de razonamiento adecuado para expresarlo? Esta pregunta tiene un trasfondo que señala una idea importante, pues supone que si un texto intenta ofrecer un modelo de explicación del razonamiento jurídico que aplican los jueces cuando aplican el derecho, específicamente cuando se trata de determinar el alcance de los derechos fundamentales en un caso concreto, ese razonamiento debería reflejar en algún sentido el punto de vista sobre lo que resulta relevante para el caso concreto, de modo que la forma misma de la decisión no es sólo una cuestión de estilo, sino una opción también de contenido que elige en su desarrollo narrativo, mostrar que los derechos tienen un alcance determinado y que su interpretación tiene unas pretensiones concretas en relación con una persona real y una vida específica. En efecto, si el sujeto de derechos no es solamente el sujeto libre igual e independiente del canon del derecho, sino que ahora el punto de partida es la vulnerabilidad, entonces la pregunta que subyace es si la forma clásica de exposición en un lenguaje pretendidamente abstracto, aséptico, desprovisto de relatos particulares, es el modo mejor de exposición o si por el contrario, con todo y las restricciones propias del discurso jurídico, el primer paso de la formulación de una idea de objetividad, debe ser intento por una forma de discurso que atienda a las particularidades de las vidas sobre las que se toma una decisión en un momento determinado.

Esto se relaciona con la pretensión final de este trabajo que es la reflexión por una idea de objetividad que cumpla con las expectativas razonables de justicia de las personas, en el marco de un Estado Social de Derecho, en el que las personas no sólo tienen derecho a estas expectativas sino además a que sean cumplidas sin que deban renunciar a su idea personal de vida buena. Preguntarse por lo que las personas son capaces de hacer y de ser, en el sentido en el que lo hacen Sen y Nussbaum, es el punto de partida no sólo

del establecimiento de principios básicos de la Constitución, sino también de su interpretación y alcance, y sugiere un respeto profundo por la diferencia, pues aunque parte de normas para evaluar las circunstancias concretas en que las personas se encuentran, asume la necesidad de reflexionar sobre cómo dichas normas y su aplicación inciden en las formas particulares de ver el mundo, las tradiciones y el florecimiento de las vidas dentro de ellas frente a normas de carácter universal.

Bien puede argumentarse, que en cualquier caso, pese al enfoque sobre las vidas concretas, no sólo por las formas propias del razonamiento jurídico que supone puntos de partida normativos fijos, sino además por el hecho de que cualquier forma de procedimiento que oriente el juicio sobre opciones válidas en términos normativos, incluye ya nociones sustantivas sobre la persona, por ejemplo, la pretensión de objetividad como se formula en este trabajo, es sólo una utopía bien intencionada. Esta variación aguda de la objeción de etnocentrismo tiene razón en sostener que las tradiciones tienen formas de razonamiento que terminan siendo parte de las formas concretas de juicio en que expresan sus conclusiones. Este trabajo suscribe pues esta idea. En efecto, parte de una concepción inicial de la persona humana y de su dignidad y asume como punto de partida su igualdad y vulnerabilidad. No obstante, apela a la idea de que esto es lo característico de una postura filosófica, asumir posiciones sobre los temas que trata y estar dispuesta en el debate público a la crítica y la comparación con otras, intentando simplemente ofrecer una mejor respuesta a las preguntas que se formula. Ese justamente es el contenido de la objetividad propuesta.

No supone por tanto una forma de racionalidad perfecta. Asume que el punto de partida tomado no es el único y tampoco es uno sólo el procedimiento de raciocinio. En ese sentido, las objetividades en el derecho asume que no hay una verdad absoluta en la ciencia y por supuesto tampoco en las ciencias humanas, pero afirma que esto no supone una renuncia a la idea de objetividad en el derecho, de modo que sea posible todavía formular dicha exigencia como una aplicación concreta, en el ámbito de la interpretación, de la pretensión igualitaria y de justicia en el derecho.

Por otra parte, puede afirmarse que existe una incoherencia fundamental en la pretensión del trabajo de afirmar una idea de objetividad para el derecho que descarte la existencia de una forma de verdad que sirva como criterio unificador de las interpretaciones

posibles sobre los derechos, pues esto no sólo parece performativamente contradictorio –por lo menos prima facie- con la idea de objetividad, sino que desconoce que el razonamiento jurídico tiene particularidades que lo distinguen del razonamiento ético. En efecto, el razonamiento jurídico tiene diferencias con el razonamiento ético, pero también, es razonable suponer, parafraseando a Alexy, que el razonamiento jurídico es solo un caso especial del razonamiento práctico general y que por tanto, la estructura general de razonamiento ético la comparte el jurídico, y en consecuencia varias de las conclusiones a las que se pueda llegar sobre el ejercicio de la razón práctica para tomar decisiones, pueden ser aplicadas a la forma en que los jueces en concreto deciden los casos a los que se enfrentan teniendo en cuenta las diferencias. Por tanto este trabajo asume que aunque son dos formas propias de razonamiento, no hay algo como un modo de pureza metódica en el derecho que lo haga esencialmente diferente de la moral al momento de decidir,<sup>9</sup> en el sentido de que ambos son órdenes normativos que orientan el comportamiento en la sociedad hacia la acción.

El trabajo asume entonces posturas que configuran sus presupuestos, pero intenta reflejar en su estructura las características propias del derecho en la etapa judicial y específicamente en la toma de decisiones sobre los derechos. En este sentido este texto afirma como punto de partida que La interpretación constitucional es pues un caso especial de la interpretación jurídica general y eso se relaciona en parte con el carácter de las normas que constituyen los textos constitucionales contemporáneos. Estas normas están usualmente expresadas en nociones demasiado abiertas, que permiten por tanto interpretaciones muy dispares; en otras palabras son enunciados sumamente generales, amplios en su formulación misma. De hecho, esta ampliación en la formulación misma del derecho de que se trate es una circunstancia que se relaciona con la pluralidad de las sociedades y la posición que ocupan dentro del ordenamiento las normas de la Carta Política. Ahora bien, esta amplitud de las nociones que componen los enunciados en los que se expresan las normas constitucionales no sólo las distinguen del resto de normas del ordenamiento jurídico, sino que se relaciona con el contenido mismo que la expresión normativa contiene, pues estos enunciados manifiestan principios del ordenamiento, es decir, valores cuya realización en la mayor medida posible es una

---

<sup>9</sup> Kelsen Hans, Teoría Pura del Derecho, (Trad. Roberto J. Vernengo) Ed. Porrúa, México 1993, pp. 71 y ss.

obligación de las autoridades, pero sin establecer como sí lo hacen las normas jurídicas ordinarias, un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, es decir, las condiciones de aplicabilidad del mandato ni las consecuencias que se derivan de su incumplimiento ninguno de los dos elementos aparece en la formulación de un principio.<sup>10</sup> He dicho aquí que estas normas son abiertas y expresadas en forma de principios. Relacionado con esta amplitud y con la forma de sus enunciados, se encuentra el hecho de que las Constituciones contemporáneas contienen como cuerpo normativo, contradicciones y tensiones profundas que no se manifiestan en otros campos del derecho como el penal o el civil, donde principios como el de Legalidad o el de la Autonomía de la Voluntad, le confieren cierta coherencia y cierre al sistema<sup>11</sup>. Esto lo que manifiesta además de la pluralidad de las sociedades contemporáneas que es el punto de partida de este trabajo, es que las Constituciones contemporáneas son en la mayoría de los casos, pactos de arreglo y convivencia común que adquieren su mediana unidad a partir de mínimos que expresan las intenciones de vivir conjuntamente y en armonía, de una sociedad específica en un momento histórico determinado y por esa razón se recalca en que corresponde a sociedades establecidas en torno a valores como la democracia y el pluralismo, más allá de la específica noción que de estos valores pueda tenerse.

Las normas constitucionales o mejor, las constituciones contemporáneas se caracterizan entonces por incluir normas del tipo referenciado arriba. La razón para centrarme en este tipo de normas es la siguiente: por una parte, los derechos fundamentales –que es en términos generales el tema central de este trabajo- están expresados bajo la forma de principios; por otra parte, este tipo de enunciados normativos es desde mi punto de vista, el rasgo característico de las Constituciones contemporáneas y es lo que les confiere su complejidad, como ya lo había dicho, por tanto aunque las Constituciones no se componen sólo de normas de este tipo, como normas orgánicas o de establecimiento de deberes ciudadanos o institucionales claros, es sólo a principios que voy a referirme.

Ahora bien, otra particularidad de la interpretación constitucional está relacionada con el órgano que ejerce esta función. En los Estados Modernos la función de interpretación de

---

<sup>10</sup> Uprimny Rodrigo, **El Dilema de la Interpretación Constitucional**, en VV.AA. Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Bogotá, Honrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, pág., 3.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, pág., 3.

la Constitución la ejercen tribunales constitucionales<sup>12</sup>, jueces constitucionales, que tienen la especial función de inaplicar la ley o de anularla en caso de que se contradiga la Carta Política. Para empezar esto los distingue de los demás jueces, pues éstos están siempre sometidos a la ley<sup>13</sup>. Pero el asunto grueso es otro, a saber, el carácter democrático de estos tribunales, pues sus críticos afirman que resulta dudosa la legitimidad de un órgano cuyas decisiones pueden anular decisiones tomadas por los representantes del pueblo elegidos democráticamente. Ligado a esto se encuentra el hecho de que por esta misma función, el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del sistema convirtiendo a sus decisiones de facto, en decisiones infalibles, pues una vez tomadas carecen de recursos para ser corregidas. Ambas objeciones tienen respuesta. De un lado, es necesario reconocer que es un posible defecto de la justicia constitucional el hecho de que, quienes la ejercen no sean elegidos democráticamente –por lo menos en Colombia-, sin embargo nada garantiza que de serlo sus decisiones fueran ni mejores, ni distintas siquiera; de otro lado, se corre el riesgo de que los tribunales constitucionales se consideren sujetos representativos y eso sumado al poder que tienen, podría generar un riesgo mayor para la democracia. Que no sean sujetos representativos o que cuando lo sean no impongan sus decisiones por ese hecho, obliga a los jueces a que la metodología de justificación de sus decisiones esté más relacionada con la capacidad de éstas para convencer racionalmente con vocación de universalidad, que con el poder de la autoridad que las dicta. Por tanto es como dice Pietro Sanchís, un defecto sí pero no tan grande.<sup>14</sup> En lo que se refiere a la segunda objeción, es efectivamente un riesgo que se corre en el proceso, pero es un riesgo en general de toda la administración de justicia, sólo que cargada de las particularidades de la interpretación constitucional. En todo caso, de eso se trata este trabajo, de encontrar razones que permitan al juez constitucional interpretar los principios de acuerdo a criterios objetivos, que impidan un activismo judicial que desfigure el proceso democrático mismo. Por eso el proceso de argumentación ligado a una noción de la epistemología en general y jurídica en particular que imponga al juez constitucional ciertas obligaciones en la interpretación y en la

---

<sup>12</sup> Esta afirmación debe ser matizada, pues existen países en donde la función de control Constitucional no la ejercen tribunales constitucionales especializados al modo de la Corte Constitucional Colombiana, sino que lo ejerce la Corte Suprema; en cualquier caso la alusión a tribunales constitucionales se refiere a la función de guarda de la Constitución

<sup>13</sup> *Ibíd.*, pág., 3.

<sup>14</sup> Sanchís Luis Pietro, *Notas sobre la Interpretación Constitucional*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº 9, Madrid, mayo-agosto de 1991.

consecuente deducción del contenido de un derecho, resulta no sólo razonable sino necesario.

Otra cuestión relacionada con la justicia constitucional se refiere a las consecuencias de las decisiones tomadas por los jueces constitucionales, pues en la mayoría de los casos sus decisiones tienen efectos generales, para toda la sociedad, como cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma legal, o aún habiendo partes en el proceso, como podría ser en nuestro caso la revisión de una tutela, los criterios fijados por ellos deben ser respetados por los demás jueces; modificando en cierta forma el derecho. Sus decisiones y las consecuencias de éstas afectan pues a toda la sociedad y al sistema en general, contrario a lo que sucede en la justicia ordinaria en donde las consecuencias del fallo afectan usualmente sólo a las partes que intervienen en el proceso.<sup>15</sup> Lo que se evidencia en últimas es que la interpretación constitucional radicaliza las dificultades generales de la interpretación jurídica, pues por una parte, dada la amplitud de las normas a interpretar dos jueces pueden considerar que el contenido de un mismo derecho es casi completamente opuesto, o pueden decidir que en un caso la prevalencia es de uno específico sobre otro y en un caso posterior decidir lo contrario, y por otra parte, las consecuencias de sus decisiones afectan a la sociedad en general, llegando a modificar la cotidianidad de las personas. Por tanto más allá de pretender que los clásicos modos de interpretación jurídica puedan aplicarse a la interpretación constitucional, alegando que el sentido de las palabras es unívoco y que esto es más democrático que pretender llenar de contenido un derecho quedando al capricho del juez que lo interprete; es necesario reconociendo las particularidades no sólo de las normas sino de la función hermenéutica también, imponer al juez una serie de limitaciones que permitan que la justificación de sus decisiones esté atada a la necesidad de un procedimiento objetivo que le dé fuerza y legitimidad democrática a la decisión.

Teniendo en cuenta esto, el presente trabajo intenta, como ya se dijo, reflejar en su estructura la singularidad del razonamiento jurídico orientado a la decisión del juez, derivado del Estado Social de Derecho y preguntarse por la idea de objetividad que

---

<sup>15</sup> Uprimny Rodrigo, El Dilema de la Interpretación Constitucional, en VV.AA. Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Bogotá, Honrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

debería buscarse. Dado que en nuestro sistema el primer elemento con que cuenta el juez para decidir son las normas jurídicas, aunque cada vez los precedentes se convierten en elementos más relevantes, el trabajo debe justificar entonces cuál es la norma o las normas, sobre las que sienta sus pretensiones teóricas. En este punto, debe tenerse en cuenta, que el paisaje de fondo del trabajo es la fórmula política del estado social. La idea es que dicha fórmula impone ya ciertos límites interpretativos si se la quiere dotar de algún contenido como fundamento de una Constitución. Pero por otra parte, es el artículo 13 de la Constitución la piedra angular sobre la que se basan las pretensiones de igualdad, pues no se trata solamente de igualdad formal ante la ley sino además, de igualdad real y material.

Este trabajo, intenta mostrar cómo es posible un enfoque de la objetividad en el derecho a partir de la fórmula política del Estado Social de Derecho y como desarrollo de esta fórmula, teniendo como referente normativo el artículo 13 de la Constitución, y como desarrollo de esto, la idea es que trata de ubicar este enfoque dentro de contexto narrativo de vidas concretas, tratando de explicar con este panorama, cómo bajo esta mirada, puede reinterpretarse la apreciación de ciertas decisiones de la Corte Constitucional sobre derechos fundamentales, de modo que puedan ser entendidas como la manifestación de un giro vital en el derecho a partir de consideraciones de este tipo, y en este sentido, como intervenciones reales en las vidas y sus derechos, sin que sean consideradas simplemente manifestaciones innovadoras de una tendencia dentro del Tribunal o de un sesgo interpretativo sobre la Constitución.

Escribir un trabajo de corte teórico sobre el Derecho y su interpretación, que considera que éste debe servir como instrumento para mejorar la vida de las personas en términos de su vivencia real y la calidad y justicia que de ella pueda predicarse, teniendo como referente la circunstancia original del pluralismo, puede parecer innecesario, pues parecería más efectivo dedicar las enormes fuerzas que implica este empeño, aun cuando se limite sólo a la idea de objetividad y al ámbito de aplicación del derecho por parte de los jueces constitucionales, al trabajo en políticas públicas que revelen decisiones inteligentes orientadas hacia este mismo fin. Esta objeción, que puede denominarse la objeción pragmática, deja de lado que las teorías hacen parte del mundo en que vivimos orientando decisiones políticas, enmarcando el modo de ver y abordar ciertos temas, y por tanto conduciendo los debates públicos hacia ciertos temas, dejando



de lado otros y en ese sentido fijando el alcance de nuestros enfoques. Si intuitivamente es razonable suponer que los derechos de las personas no pueden depender simplemente de la orientación política o filosófica de los jueces, sino que algo más allá debería tenerse en cuenta a la hora de interpretar las cláusulas de derechos de las personas y cómo esto incide en la vida práctica, entonces, se requiere de intentos teóricos que den cuenta de cómo esto sería posible, no como una forma de ofrecer la respuesta definitiva al debate, sino más bien como una invitación para abrirlo y fortalecerlo.

Así entonces, este trabajo comienza mostrando una parte –mínima- del panorama teórico sobre la pretensión de corrección en el derecho como, una pretensión de justicia, por una parte, y por la otra, como una pretensión interpretativa. La idea es ofrecer una muestra del paisaje que dé cuenta de la importancia de las teorías, pero que además ofrezca un ámbito del debate que permita entrar en el tema con más familiaridad. Se trata de recoger posturas que muestran cómo es que la pretensión de objetividad, puede ser interpretada como una pretensión de justicia y de corrección del razonamiento del juez, pero que además muestran en esta doble pretensión, la idea de progresividad y de constructivismo que subyace a la idea de objetividad propuesta. No se trata de formulaciones estrictamente opuestas, creo que son más bien complementarias en el sentido indicado, pero ofrecen una buena puerta de entrada al desarrollo de este trabajo. Esta primera parte del trabajo es entonces, principalmente ilustrativa, pero además tiene la intención de reflejar la importancia de la teoría en el derecho y en ese sentido, de resaltar la pertinencia también de un trabajo como este. Por otra parte, es el intento de reflejar la tensión que subyace al derecho, visto así, entre el ámbito de las generalizaciones teóricas y las pretensiones de realización práctica.

Se introduce como sobresaltos en este paisaje, tres panoramas teóricos. La primera propuesta que se ilustra es la de la pretensión de corrección del Derecho de Robert Alexy. Esta propuesta además de su relevancia en el debate actual del derecho, se impone como el manto general de la propuesta al ligar analíticamente, con argumentos razonables, el derecho y la justicia analíticamente. Bockenforde y su pretensión de corrección interpretativa en los derechos, a partir de la fórmula política que adopte la Constitución, configura la segunda propuesta teórica. Esto tiene la intención de mostrar, cómo es posible pensar, que de acuerdo con dicha fórmula política y constitucional, el

alcance de los derechos de las personas tiene diversos límites y derivar de ello la idea de que el Estado Social de Derecho supone ciertas realizaciones prácticas en los derechos que le dan a la pretensión de objetividad un contenido dirigido por la pretensión igualitarista de justicia. La tercera teoría que se menciona es la de los acuerdos incompletamente teorizados de Cass Sustein. Una revisión de esta propuesta, me ha llevado a considerar que es la que mejor ilustra la idea de progresividad en la interpretación de los derechos. De este modo, los acuerdos incompletamente teorizados, son la exposición de metas interpretativas logradas sobre la base de una tensión entre las pretensiones de justicia derivadas de una fórmula política y las necesidades concretas de los casos y de las vidas de las personas que los someten al aparato de justicia. En este sentido, no suponen renunciadas a las pretensiones de objetividad; más bien implican, elaboraciones teóricas adecuadamente reflexivas y sensiblemente perceptivas de los derechos de las personas y de cómo las decisiones judiciales pueden afectar de manera adecuada, sus vidas, para mejorarlas en términos de calidad.

El segundo capítulo, aborda el tema de la vulnerabilidad como punto de partida. Si bien este trabajo configura apenas la puesta inicial de investigación sobre un tema harto complejo, y no tiene la pretensión de hacer desarrollos sustantivos complejos, asumir que el enfoque de la objetividad propuesto, es una realización concreta en el ámbito de la interpretación, de las pretensiones de justicia y de igual dignidad de las personas, debe, para ser coherente con la idea del estilo y la estructura, y mostrar porqué esta idea revela mejor nuestra naturaleza humana, aquello que constituye nuestro patrimonio y cómo éste tiene implicaciones en la teoría. Por tanto, cualquier teoría que se proponga hablar de la posibilidad de ofrecer interpretaciones objetivas de los derechos humanos básicos, debe dar cuenta de cómo estas medidas estándar, atienden la circunstancia concreta de pluralidad de vidas concretas.

En este punto es pues importante, abordar la discusión, sobre los problemas de organización social que se presentan en los Estados Contemporáneos. La idea es ofrecer un panorama de este problema, en vista, de las fuertes exigencias que el enfoque de objetividad propuesto hace, en relación con las personas y su constitución como seres dotados de igual dignidad y necesidad de reconocimiento, y con miras a que sea más comprensible el modo en que es posible superar esa noción sobre la base de una reconstrucción de la idea de constitución del sujeto. Por tanto, si el trabajo parte de la

idea de que el derecho –en el Estado Social de Derecho- tiene por propósito principal, lograr una convivencia razonable entre modos de vida diversos, de modo que cada uno alcance la mayor medida de su florecimiento, entonces, es necesario explicar por lo menos de manera esquemática, cuál podía ser una versión razonable de una crítica a esta idea en el espacio concreto de la constitución de la identidad y cómo es posible considerar que formas pretendidamente objetivas no amputan formas singulares de florecimiento. Estas son pues, las dos primeras partes del capítulo segundo. La idea es mostrar que pese a que se pueda criticar este enfoque sobre la base de afirmar que tras la neutralidad valorativa, se esconde una forma de negación de reconocimiento de formas diversas de constitución del sujeto, es posible, hablar de dicha constitución y de su reconocimiento, sin negar las pretensiones de objetividad, a partir de considerar que si bien es cierto, el sujeto se constituye como tal, es decir, como sí mismo en un proceso de dialéctica con su mundo de la vida en concreto, esto no descarta la necesidad de reconocimiento en un sentido amplio, la necesidad de respeto, como forma de realización de la noción de igual dignidad.

Teniendo en cuenta que el trabajo asume como sustento la idea de la igual dignidad de las personas, no sólo debe referirse a cómo se constituye la noción del sujeto poseedor de esta dignidad sin que se asuman nociones excluyentes de persona, sino que debe además ofrecer un enfoque de los derechos que dé cuenta de cómo es posible concebir entonces los derechos, para realizar los fines propuestos de florecimiento de las vidas concretas, sino además, referirse al tipo de exigencias que este enfoque impone, por ejemplo, sobre las personas y la forma de su razonamiento. A esto se dedica brevemente la parte final del segundo capítulo.

El tercer capítulo describe el procedimiento objetivo. Comienza con el enfoque de la filosofía de Quine, con la intención de mostrar que es posible filosóficamente sustentar la posibilidad de pensar en una idea de objetividad que no se asocie con nociones absolutas de verdad, que inmovilicen las interpretaciones posibles o que impidan formas de florecimiento singulares de vidas concretas. Una vez pensado esto, el tercer capítulo aborda el desarrollo del procedimiento objetivo, comenzando por la necesidad de ofrecer dos formas de equilibrio que reflejan en la práctica la idea de forma, estilo y contenido coherentes. Comienza entonces, con la exposición del equilibrio perceptivo que sería aquella forma de procedimiento que subyace a todo el razonamiento, y que supone la

atención sensible sobre la vida concreta y sus derechos, de modo que sobre esto pueda pensarse en una forma de interpretación, que dé cuenta de las exigencias racionales de objetividad, ahora sobre la base del equilibrio reflexivo, que sólo es tal, si atiende las exigencias de la primera forma de equilibrio. El equilibrio reflexivo es el camino de ida y vuelta constante, que prueba la teoría y mantiene la tensión y la apertura. A esto justamente se dedican la parte final de este capítulo, que asume que el constructivismo es una buena versión –revisable- de este procedimiento.

El cuarto capítulo de la tesis intenta mostrar cómo este enfoque puede servir para interpretar decisiones concretas de los jueces. Toma casos puntuales y los somete a la metodología de análisis propuesta para mostrar su posible utilidad, exponiendo cómo bajo esta perspectiva, las decisiones de los jueces pueden ser consideradas justas y respetuosas de la dignidad de las personas y sus vidas y en tal sentido, puede afirmarse que son decisiones objetivas. Finalmente se ocupa de ofrecer algunas conclusiones sobre el trabajo. Por último el trabajo incluye a manera de epílogo, una referencia al trabajo de mi buen amigo Paulo Bacca, como la invitación a un diálogo académico que espero dé sus frutos.

# 1. Un extremo de la tensión- la necesidad de las teorías en el derecho

## 1.1.- Alexy. La pretensión de corrección y la conexión entre el derecho y la moral

El derecho puede ser visto de distintas formas y a cada forma corresponder una serie de conexiones conceptuales entre los elementos que se entiende que lo conforman. Dos posiciones son clásicas, el positivismo y el no positivismo. En términos generales, el positivismo establece una separación entre el derecho y la moral; aunque es posible encontrar variaciones de grado en las expresiones de esta relación, puede validamente afirmarse que dicha separación es un rasgo fundamental de la posición positivista. La posición contraria sostiene que existe una relación entre el derecho y la moral que no es siquiera contingente sino necesaria, conceptual o normativamente. Cada una de las posiciones implica una forma distinta de concebir el modo en que se define el derecho. Desde la primera, es posible definir el derecho centrándose en una visión que se basa exclusivamente en la legalidad conforme al ordenamiento y en la eficacia social, abandonando cualquier consideración moral o de corrección material como necesaria<sup>16</sup>. Desde la segunda, es la corrección material la que define el Derecho. La postura de Alexy es un intento por considerar la necesidad de la corrección material para definir el derecho, pero combinándola con la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento. Así pues *“Lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto real o institucional del Derecho; lo correcto, su dimensión ideal o discursiva”*<sup>17</sup>. Así pues, sólo teniendo en cuenta estos tres elementos es posible tener un concepto adecuado del Derecho.

---

<sup>16</sup> Alexy, Robert , La Institucionalización de la Razón, en Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Universidad de Navarra, p. 218 y ss.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 218.

Es la forma en que se relacionan los elementos antes enunciados, lo que determina las posiciones positivista y no positivista, en cualquier caso sin caer en las expresiones más extremas de cada una, es decir, en aquellas posturas que parten de su noción definitoria del ordenamiento jurídico negando que en él tengan cabida elementos distintos a dicha noción. Si se acepta esto, entonces, la diferencia entre las posiciones positivista y no positivista del derecho se basa, no en el reconocimiento de la existencia de cuestiones morales en el derecho- principios y argumentos-, sino en el tipo de relación que se da entre éstos elementos y el derecho positivo mismo; de forma que si se acepta que la relación es solamente contingente se asume una postura positivista, si la existencia de dichos elementos en el derecho es necesaria, entonces se está entendiendo el derecho desde una postura no positivista. Según Alexy, existen tres formas en que el ordenamiento positivo y la moral pueden estar relacionados, en cada una la moral juega un papel distinto, así puede considerarse a la moral como incluida en el derecho, como límite al derecho o como fundamento de la obediencia al derecho. La pretensión de explicar estas formas de inclusión, es mostrar que se presenta de modo necesario una vinculación entre el derecho y la moral, lo que implica hacer referencia al argumento de la corrección y a la pretensión que de ésta que formula el derecho<sup>18</sup> de manera necesaria.

La pretensión de corrección del sistema jurídico, es la pretensión de quiénes actúan en el derecho como sujetos capaces y supone la materialización de una noción acerca de dichos actos como correctos. Así, la pretensión de corrección es una idea implícita en el sistema que aparece cuando quienes intervienen en él, suponen que sus actos se acomodan a una idea de corrección que de cierta forma los valida como parte del derecho que crean, aplican o interpretan. Los casos absurdos demuestran que dicha pretensión existe en el Derecho,<sup>19</sup> pues nadie estaría razonablemente dispuesto a sostener que sus acciones, del tipo que sean, como parte de un ordenamiento jurídico, son manifestaciones incorrectas o injustas. La idea de que el derecho formula una pretensión de corrección en estos términos, supone entonces que el derecho no está ligado solamente a las normas positivas, sino que es además una práctica social, pues

---

<sup>18</sup> Alexy Robert, *La Institucionalización de la Justicia*, p. 21.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 22.

son los agentes que intervienen en el sistema como jueces, legisladores, o partes en el proceso los que en sentido estricto la formulan y la instrumentalizan. Concebido el derecho como práctica, la pretensión de corrección implica la idea de la fundamentabilidad; este es el sentido que toma la argumentación jurídica, sólo como un caso especial del discurso práctico general. Si se acepta esto, la pretensión de corrección implica también una expectativa de reconocimiento, pues se supone que quién adopte el punto de vista del sistema jurídico de que se trate y sea razonable, podrá reconocer dicha pretensión o esperar que los demás también la reconozcan.

Entendiendo que el derecho involucra una afirmación de corrección, puede entenderse de modo más simple, que cuando se asume un rol como agente dentro del sistema jurídico, se está instrumentalizando la pretensión de justicia que contiene. La pretensión de corrección del derecho es una pretensión de justicia. Las sentencias judiciales son buenos ejemplos de esta idea. Ningún juez, positivista o no, siendo razonable, admitiría que sus decisiones judiciales están ajustadas a las normas pero son decisiones injustas; esto parece, si acepta la idea de la pretensión del sistema y la forma que toma, una contradicción. Así pues, la pretensión de corrección como una pretensión de justicia, resulta estar necesariamente ligada al derecho.

Ahora bien, esta interpretación del derecho es defendible, desde un punto de vista particular acerca del derecho y de la Constitución misma. Si se concibe al derecho como dominación y la Constitución como una expresión de ésta dominación, entonces, las sentencias abiertamente injustas o las cláusulas constitucionales que hicieran declaraciones abiertamente contradictorias a la pretensión de corrección y en general todas las prácticas que conforman el derecho, podrían verse bien como la expresión de un capricho o de una preferencia individual, o como un ejercicio de poder simplemente. Visto el derecho así, la pretensión de corrección puede ser desalojada sin ninguna consideración. El problema de esta perspectiva es que no parece ser posible sostenerla, pues el modo en que las instituciones y las personas actúan dentro de la sociedad contemporánea, supone de cierta forma que las afirmaciones que constituyen sus acciones cuando se comportan como agentes con un determinado rol, dentro del sistema jurídico o en la sociedad en general, implican la pretensión de que dichas acciones son correctas. Nadie actúa como sujeto dentro de la sociedad, despojado de cualquier noción de corrección de sus acciones o de la verdad que éstas expresan. Estamos

acostumbrados a pensar entonces, que los actos institucionales de afirmación, tienen a la base una idea de verdad o corrección que las justifica. Pero esto es más que una costumbre. El costo de despojar al derecho de la pretensión de corrección y de despojar a la sociedad en general de dicha aspiración, es un poco el costo del modo en que nosotros mismos actuamos como ciudadanos. La idea de la necesidad de justificación de las razones de los actos de afirmación institucional es entonces la expresión de la forma en que los miembros de la sociedad se perciben así mismos, hay una concepción de persona en esta idea, de modo que el desalojo mencionado es en cierta forma el desalojo de nosotros mismos o de la forma en que nos concebimos hasta ahora<sup>20</sup>. Sostener esto, es un modo realzar la importancia de la idea de fundamentabilidad cuando se habla de pretensión de corrección para tener una expectativa honesta del reconocimiento de dicha pretensión.

En resumen, se ha dicho hasta aquí, que el derecho involucra una pretensión de corrección, que la forma que adopta esta pretensión, es la de una pretensión de justicia; que esta pretensión es una expresión del modo en que nos relacionamos como miembros de la sociedad y en ese sentido del modo en que nos concebimos a nosotros mismos y que esto explica por qué, cuando se habla de pretensión de corrección se está haciendo referencia a la idea de fundamentabilidad y a ésta como una condición de posibilidad de la expectativa razonable de reconocimiento de dicha pretensión. Esto relaciona al derecho con la teoría del discurso práctico general y permite visualizar qué significa que la argumentación jurídica es un caso especial de este discurso.

Ahora bien, teniendo en cuenta esto, debe explicarse mejor las implicaciones de la idea de fundamentabilidad, haciendo explícita la concepción de persona que involucra y que si bien puede deducirse no se ha mencionado. Si esto tiene éxito, se aclara la noción del derecho como práctica en este contexto.

La idea de fundamentabilidad como se ha tratado aquí, está relacionada con la idea básica de que no sólo es posible, sino que además es necesario dar razones o poder entenderlas. Esto supone la idea de que la fundamentabilidad es una proyección de la

---

<sup>20</sup> Alexy, *La Institucionalización de la Razón*, p. 225.



teoría del discurso que se desarrolla en un procedimiento argumentativo. La práctica de la argumentación contiene una serie de reglas que expresan las condiciones de dicha práctica, tales como la ausencia de contradicción, la claridad lingüística, la verdad empírica, la universalidad y la consideración de las consecuencias<sup>21</sup>. Estas reglas son complementadas por otras, cuando se pasa del nivel de la argumentación monológica a la discursiva, siendo entonces necesario considerar la imparcialidad del discurso y asegurarla, incluyendo nociones normativas de persona que se aplican como nociones normativas al discurso, a saber, la libertad y la igualdad universal en el nivel de la argumentación<sup>22</sup> que son la consideración de la libertad e igualdad de quienes intervienen en la discusión. Estas reglas, para mencionar un ejemplo, determinan que quien pueda hablar puede tomar parte en la discusión, luego en principio no hay restricciones sobre quiénes deben intervenir, pues sólo se exige este mínimo requisito. Esta regla y las demás del discurso expresan la forma de esta práctica en condiciones ideales, muy distintas por supuesto de las restricciones obvias a las que están sometidas las prácticas discursivas reales, por ejemplo respecto de los intervinientes, pues apenas visible que no puede darse un discusión en la que realmente participen todos. No obstante, el carácter ideal que constituye la práctica discursiva, antes que despojarlo de cualquier posibilidad de orientación del hecho fáctico de la discusión, lo refuerza, pues se lo concibe como idea regulativa y entonces, como orientación de los ejercicios reales que se dan en la cotidianidad, de modo que cuanto más se acerque al ideal, pueda esperarse de manera más segura y sensata, que los demás reconozcan la pretensión de corrección en un momento de determinado en un contexto específico sin que en todo caso su validez dependa del asentimiento efectivo de todos los sujetos. Las reglas del discurso, que expresan las nociones normativas mencionadas, sí constituyen entonces un criterio para juzgar la corrección práctica de los discursos.

Desde esta explicación sumaria, parece que es posible concluir que existe una conexión en términos de necesidad entre el derecho y la pretensión de corrección; la pregunta que surge de aquí, es si esto implica la conexión del mismo tipo entre el derecho y la moral, pues la posición positivista podría admitir la primera vinculación sin afirmar la primera,

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, 227.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, 227.

dándole a dicha pretensión un contenido puramente jurídico sin considerar ningún ingrediente moral.

La respuesta a este interrogante ya está sugerida, sólo hay que hacerla explícita.

La postura positivista niega la conexión necesaria entre el derecho y la moral o dicho de otra forma niega que exista una vinculación de este tipo de ésta con aquél. Así, se acepta que las razones jurídicas no proporcionan en todos los casos las respuestas, reconociéndose de este modo un ámbito de apertura del derecho, en donde el juez es libre de tomar la decisión que quiera pues por sustracción de materia deja de estar sometido al derecho que es todo caso lo único que lo vincula desde esta postura. Si esto es así, el contenido jurídico de la pretensión de corrección podría defenderse si sólo existieran razones de tipo también jurídico para la corrección de una decisión; pero este tipo de cuestiones prácticas involucra un espectro bastante amplio de razones, que contempla también las referentes a la justicia. Ahora bien, ya se había dicho que las decisiones judiciales son manifestaciones de una cierta pretensión de justicia; es usual que los jueces tengan esta pretensión cuando deciden sus casos. Las cuestiones de justicia son cuestiones de corrección distributiva y compensatoria y esta forma de concebirla, vincula a las decisiones jurídicas con la moral, de modo que se establece la relación necesaria entre la argumentación moral y la argumentación jurídica, de modo que cuando una decisión -o una norma- es abiertamente injusta, no es sólo moralmente defectuosa, sino que también lo es desde el punto de vista jurídico.

## **1.2.- Bockenforde, la idea de la teoría constitucionalmente correcta**

En esta parte del trabajo mi pretensión es exponer simplemente, de forma sumaria la propuesta de Bockenforde en torno a la idea de una *Teoría Constitucionalmente Correcta*. No se trata de una lectura crítica ni de una defensa de la propuesta de este autor. La idea de este trabajo sí parte de sus reflexiones, pero en el intento por contestar a lo que he llamado intuiciones comunes contra esta propuesta, me separo en estricto de sentido de ella. Esto explica que la referencia a la propuesta de este autor alemán sea sólo a los aspectos más generales.

Dos son las características atribuidas a los Derechos Fundamentales en este trabajo, la primera de ellas relacionada con el hecho de que los Derechos Humanos son percibidos actualmente como derecho o normas directamente aplicables, confiriéndole de esta forma a la interpretación de estos derechos una importancia trascendental. La segunda característica está relacionada con el carácter lapidario en el que estos derechos están formulados. En otras palabras, las disposiciones sobre derechos fundamentales son sino siempre, sí en la mayoría de los casos, fórmulas demasiado extensas en el modo mismo en que se expresan, demasiado amplios, permitiendo que de facto existan muchas interpretaciones posibles acerca de su contenido material<sup>23</sup>. Por ejemplo la garantía referente a que todas las personas tienen derecho a elegir libremente su profesión un oficio, puede ser interpretado en un primer sentido como un derecho de defensa frente a cualquier intento estatal por asignar de forma obligatoria un determinado oficio a una persona, o puede ser interpretado también como una prohibición de principio acerca de las regulaciones desnaturalizadas o innecesarias para el ejercicio de una determinada profesión o puede en un determinado momento ser interpretado como una libertad positiva, en el sentido de exigir al Estado la provisión suficiente y adecuada de plazas de formación para el aprendizaje de un oficio<sup>24</sup>.

Este ejemplo muestra que, en el intento por descifrar y concretizar el contenido de un derecho fundamental, no es suficiente la literalidad de las palabras o el significado que pueda atribuírsele a ellas. Cualquier interpretación se deriva, ya sea de una forma explícita o de una forma implícita –consciente o inconscientemente- de una cierta teoría de los derechos fundamentales, entendiendo por esta teoría, la manifestación de una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad y alcance material de los derechos fundamentales<sup>25</sup>.

Ahora bien, ¿qué orienta esta teoría de los derechos fundamentales y cuál es su papel? Por regla general esta teoría tiene su punto de origen y referencia en una determinada teoría del Estado manifestada institucionalmente en una teoría de la Constitución. Su

---

<sup>23</sup> Bockenforde, Ernts Wolfgang, Escritos sobre Derechos Fundamentales, Baden-Nomos 1994, pág., 44.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pág., 45.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pág., 45

función es por tanto, la de impedir que la interpretación de los derechos esté anclada solamente a una específica regulación de técnica legal sobre el modo de resolver las dudas hermenéuticas –esta prohibición como lo ha mostrado Alexy está determinada por la forma misma del Derecho Fundamental, que impide la resolución de las dudas sobre su contenido con las clásicas técnicas de interpretación y cierre de las normas ordinarias– o al casuismo de un determinado momento, de tal forma que la revelación del contenido de un derecho esté integrada en el contexto general de una teoría del Estado. Tales impedimentos no niegan que en muchos casos el punto de partida de la reflexión sobre la teoría de un derecho esté ligada al intento de solución de tareas llevadas a un determinado ordenamiento institucional, con aires renovados o modificados a partir de datos sociales y políticos transformados. La teoría de los derechos fundamentales contiene pues estos intentos de solución, pero siempre en el contexto o ligada a una determinada concepción generalizada del Estado y las Instituciones que lo conforman<sup>26</sup>. Así pues, la interpretación de los Derechos Fundamentales desde una teoría de estos derechos, no es una simple cuestión ideológica que pueda ser evitada con el adecuado empleo de las técnicas legales de interpretación, se fundamenta en el carácter sumamente amplio de la formulación misma de este tipo de derechos, que exige en principio siempre que en caso de que dos preceptos resulten enfrentados se deba dar aplicación a ambos sin la posibilidad de hacer simplemente prevalecer uno eliminando el otro.

Constatar que una interpretación sistemática de un determinado derecho fundamental, está ligada a una cierta teoría de los Derechos Fundamentales, no resuelve el problema pero por lo menos lo clarifica y permite ciertas posibilidades reflexivas entorno a su posible resolución; permitiendo intentar por ejemplo, interpretaciones de los derechos a partir de determinadas concepciones generales, que tendrán en todo caso una considerable incidencia en la forma en que el derecho es percibido y finalmente aplicado. Por ejemplo el derecho de prensa o libertad de información, bajo la concepción más general del Estado de derecho liberal, puede ser interpretado como un derecho de defensa , que tienen como contenido la protección a la producción de los documentos informativos impresos o de otro tipo, frente a cualquier ingerencia por parte del Estado.

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, pág., 45

Desde la orientación de una teoría democrática-funcional la libertad de prensa estaría ligada más a la garantía de la prensa más formativa de opinión, siendo posible que la garantía sea limitada sólo a este tipo de prensa, pues el sentido del derecho a la libertad de prensa sería principalmente el de el favorecimiento del proceso democrático<sup>27</sup>.

Estos ejemplos permiten advertir, que las diferentes teorías que juegan a la hora de dar operatividad a un derecho fundamental, a pesar de las trascendentales consecuencias que tienen cada una de ellas para el contenido concreto del derecho de que se trate, actúan antes que como criterios correctivos de interpretación, como puntos de vista interpretativos, utilizables de forma alternativa sin una adecuada comprensión reflexiva y sólo como medio para obtener un resultado querido en un caso concreto; produciendo como consecuencia una considerable divergencia material hasta en el contenido de un mismo derecho fundamental, por una parte, y por la otra, un incontrolado método<sup>28</sup>, generando la correspondiente desconfianza de los ciudadanos en las instituciones para la garantía de sus derechos. Así pues *“Este estado de cosas hace preciso que se haga consciente de modo general y expreso el necesario, existente entre la teoría y la interpretación de los derechos fundamentales, y que se plantee la cuestión acerca de qué diferentes teorías de los derechos fundamentales influyen actualmente en la interpretación de los derechos fundamentales, y con qué consecuencias para el contenido de los concretos preceptos de derechos fundamentales lo hacen”*.<sup>29</sup>

Bockenforde elabora una tipología de conceptos acerca de los derechos fundamentales a fin de desarrollar su método, encontrando de esta forma cinco grandes concepciones sobre los derechos fundamentales: 1) la liberal, que tiene como característica principal definir los derechos fundamentales como defensas frente al Estado y la correspondiente delimitación de competencias; 2) la concepción democrática de los derechos fundamentales, donde el contenido de los derechos está relacionado con la función e importancia que tienen para el proceso democrático; 3) la teoría del Estado Social, que está orientada a las condiciones materiales para el ejercicio de las libertades, intentando con esto superar las deficiencias del modelo liberal, al que sin embargo considera como

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pág., 46.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, pág., 47.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pág., 47.

el que mayor protección a los derechos ofrece; 4) el modelo institucional, que supone la interpretación de los derechos en el marco de las instituciones; y 5) el enfoque axiológico que determina los derechos no como un orden subjetivo, sino como un orden objetivo de valores establecido. Cada una de las concepciones genera pues consecuencias importantes en términos de la interpretación que se le da a los derechos. Voy a tratar de sintetizar cada una de las concepciones de acuerdo a como lo hace Bockenforde de tal forma que pueda tenerse un panorama más claro de lo que implica cada concepción.

Según Bockenforde para la teoría liberal los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado y su finalidad es el establecimiento de espacios de seguridad personal y social frente al peligro de la injerencia del poder del Estado, de acuerdo a la experiencia histórica, son en últimas derechos de defensa frente al Estado. De acuerdo con esto la concepción acerca de la libertad del individuo no es pre-social en el sentido de falta de vinculación con la comunidad, sino pre-estatal en sentido propio,<sup>30</sup> por tanto la competencia del Estado está limitada solamente a las funciones de garantía y protección de esta esfera de libertad, que comprende también la de la sociedad; esto significa que en términos de regulación jurídica el Estado debe no sólo garantizarla en términos generales, sino que debe solamente hacerla compatible con la libertad de los demás individuos bajo las relaciones cambiantes del mundo, sin que el contenido y el uso de la libertad haga parte de su competencia regulativa, y en este sentido los derechos fundamentales entendidos como derechos de libertad son también normas de distribución de competencias entre el individuo –la sociedad- y el Estado.<sup>31</sup> Ahora bien, las consecuencias de esta interpretación de los derechos son múltiples. La primera de ellas es que la libertad garantizada por cada uno de los derechos fundamentales es la libertad sin más, y no una libertad relacionada con determinados objetivos o fines, como puede suceder en la concepción democrática. Por tanto, que los titulares del derecho fundamental hagan uso de la libertad que por éste les corresponde, así como los fines que con ésta persigan es, teniendo en cuenta la regulación general de compatibilidad, asunto de cada quien y no puede en ese sentido ser objeto de valoración jurídica “y *tampoco punto de apoyo para una diferenciación jurídica del ámbito de la*

---

<sup>30</sup> *Ibíd.*, pág., 48.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, pág., 48.

*libertad*”,<sup>32</sup> de esta forma cualquier limitación de la libertad de derecho fundamental, para fines como el fortalecimiento del proceso democrático u otro se considera en principio inadmisibles. Por otra parte el contenido nuclear, la substancia del derecho, conserva siempre su condición de preexistencia frente a cualquier posibilidad admisible, legal o constitucional de limitación, lo que se manifiesta como una consecuencia del punto de partida de la noción de derechos fundamentales, que considera en principio la libertad del individuo como ilimitada, mientras que la competencia del Estado en general está claramente definida., por tanto cualquier intervención debe ser limitada y cada control establecido sometido a su vez a control. A su vez, las instituciones jurídicas presentes en el ámbito del derecho no tienen con él ninguna relación particular salvo las destinadas a la protección y garantía del derecho de que se trate. Por otra parte al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento en la realización efectiva de la libertad del derecho fundamenta, tal realización se deja a la iniciativa del individuo o de la sociedad.<sup>33</sup> Para Bockenforde lo que esto revela es la ceguera de esta teoría respecto de los presupuestos necesarios para la realización de los derechos.

La teoría institucional de los derechos fundamentales puede caracterizarse como la opuesta a la liberal. Mientras en esta la libertad que implica el derecho fundamental está determinada básicamente en términos de defensa frente al Estado, en la teoría institucional la libertad está referida a principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ella protegidos, en otras palabras, aquí la libertad es un instituto, garantizado y realizado en términos de la regulación institucional pormenorizada, por tanto la libertad requiere de estas circunstancias reguladoras que le permiten la viabilidad a la libertad de derecho fundamental y enriquecen la noción, estableciendo su contenido, su protección y

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, pág., 49.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, pág., 51.- En este aspecto más que en los otros se nota claramente las implicaciones que una concepción puramente liberal de los derechos tiene y se puede captar de una forma más clara la raíz de la crítica que desde aquí se le puede hacer al estado Social, en términos de las posibles implicaciones ilegítimas que en términos del ejercicio de la libertad individual y social puede implicar esta forma de Estado, pues desde aquí es la iniciativa particular la que debe procurarse la realización de los derechos, esto sumado a que dudan que los derechos fundamentales sean en términos generales derechos, completa el panorama de la crítica. Todo esto sin contar con los riesgos que un aparato burocrático del tipo necesario para garantizar la realización de estos derechos se requiere, en términos de la administración de la vida de las personas, lo que puede tener como consecuencia una desmotivación de las personas por su propia iniciativa en el proceso político en general.

su función,<sup>34</sup> en estos términos la libertad está ya objetivada ordenada y configurada institucionalmente. Esta noción implica una apertura considerable del margen de regulación normativa de la libertad, la ley en estos términos no se presenta como limitación de una determinada competencia por parte del estado, sino más bien como elemento que favorece y realiza la libertad. Ligado a esto la libertad no es libertad sin más como en la teoría liberal, sino que es una libertad orientada por objetivos institucionales establecidos. La teoría axiológica tiene su raíz según Bockenforde en la teoría de la integración de Rudolf Smend. Según esta teoría el Estado en su ser social se presenta como un proceso de integración de una comunidad de cultura, de valores y de vivencias, así pues los derechos fundamentales serían constitutivos de este proceso, elementos y medio de la creación del Estado,<sup>35</sup> así entonces los derechos fundamentales antes que pretensiones subjetivas tienen el carácter de normas objetivas y reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad estatal y como expresión de una decisión que en términos axiológicos la comunidad toma para sí misma. Esta objetivación de la libertad correspondiente a los derechos fundamentales, permite que las consecuencias jurídicas de la interpretación de los derechos fundamentales desde esta teoría sean comparables con las de la teoría institucional; de tal forma que la averiguación del contenido de un derecho se convierte en una labor de investigación del sentido del valor en él expresado. La gracia de esta teoría es que a partir de la referencia a un cierto valor expresado en un derecho fundamental y al orden en este ámbito que puede manifestar, crea la ilusión de que puede, con ella, resolverse las contradicciones y choques que se presentan entre los diferentes derechos.

El punto de partida de la concepción democrático-funcional de los derechos fundamentales, es la percepción de éstos desde su función pública y política, es decir, desde su función para el proceso democrático y es en ese sentido que los derechos fundamentales y la libertad a ellos ligada adquieren su significación. Por tanto los derechos fundamentales no se le reconocen al ciudadano para que los use como quiera, sino que la pretensión de fondo es un interés público, en términos de concebir al individuo como miembro de una comunidad política. Es esta función entonces la que

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*, pág., 53.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, pág., 57.



legítima los derechos y les da su contenido. En este sentido la libertad no es una libertad sin más sino una libertad “para”.<sup>36</sup> Por otra parte la libertad adquiere una cierta condición de servicio público, pues ya que se garantiza la libertad en términos de su aporte al proceso democrático, la libertad termina siendo una competencia que realiza un interés público. El riesgo de esta concepción al igual que las dos anteriores está dado por una excesiva injerencia. En estos casos, porque el Estado puede intervenir al fijar el valor de los derechos en tanto correspondientes a un orden objetivo. En el caso de la teoría democrática, el riesgo radica en que sólo se asigne valor a los derechos que se relacionan directamente con la democracia descuidando el resto. La teoría de los derechos fundamentales del Estado Social parte como ya se mencionó de la concepción liberal, pero trata de aliviar sus consecuencias, asumiendo que es necesario contar con ciertos presupuestos para la realización efectiva de los derechos. Así pues se considera que la libertad en términos de la teoría liberal es insuficiente para asegurar la libertad de los derechos también como una libertad real; así pues la teoría del Estado Social pretende superar ese desdoblamiento que se presenta entre la libertad jurídica y la libertad real. Las consecuencias aparecen en principio ligadas a la falta de una absoluta incondicionalidad en la prestación de los derechos, ligada a la disponibilidad de los recursos económicos en un momento determinado. Esto lleva a que la garantía de los derechos, dada la escasez de recursos pase a ser una cuestión de discrecionalidad política y en esos términos a un asunto exacto de interpretación de los derechos, lo que lleva a que en una concepción de este tipo las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales permitan un desplazamiento de poder hacia la rama jurisdiccional, específicamente la Tribunal Constitucional. Lo que resulta de este recorrido es que los derechos fundamentales son interpretados, o pueden serlo, con base en diferentes teorías teniendo una considerable relevancia, las consecuencias que de adoptar una de ellas o combinarlas, se producen. Lo que se descarta o debe por lo menos desvirtuarse según Bockenforde, es que la Constitución sea solamente un instituto formal que permita por la puerta de la interpretación, la entrada de cualquier teoría, sin tener en cuenta que ella misma expresa en su texto la relación del individuo y de la comunidad con las instituciones y lo manifiesta en esos términos normativamente.<sup>37</sup> Lo que me interesa para

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*, pág., 61.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, pág., 68.

el objetivo de este trabajo es utilizar la interesante idea de que las interpretaciones sobre los derechos expresan concepciones normativas de los derechos de las personas y de su relación con el Estado, seguramente que las objeciones a esta idea específica siguen vigentes, en cualquier caso más allá de considerarlas para intentar responderlas, me interesa lo más básico de la formulación y las modificaciones que puedan hacerse a partir del aporte específico de este trabajo.

### **1.3.- Sustain y la idea de los acuerdos incompletamente teorizados**

Esta parte tiene por objeto apenas mencionar la idea básica de Sustain de los acuerdos incompletamente teorizados y la razón para incluirlo, es que esta propuesta tal como está formulada es la antípoda de la idea fundamental de este trabajo.<sup>38</sup> Ésta parte de la misma idea de la que parte este trabajo, a saber, que las sociedades contemporáneas son radicalmente plurales y por tanto viven juntas personas con concepciones completas de bien contrarias entre sí. A pesar de esta contradicción en las concepciones de las personas, éstas deben no sólo vivir juntas sino que deben también resolver problemas. Para resolver estos problemas Sustain afirma que no es posible encontrar acuerdos respecto de la Teoría que le permita un contenido específico a los derechos; por esa razón habla de acuerdos incompletamente teorizados, hacia arriba y hacia abajo. Hacia arriba porque como ya lo mencioné, Sustain considera que no es posible encontrar un acuerdo respecto de la metateoría y hacia abajo porque se presentan los mismos desacuerdos en la aplicación concreta de un derecho; por esa razón los acuerdos sólo son posibles a nivel intermedio, lo que se demuestra en la forma en que están redactadas las Constituciones contemporáneas. La idea de fondo es que los acuerdos incompletamente teorizados se consiguen a partir de principios de abstracción media, sin tener que entrar a decidir cuál sea la mejor teoría ética o política fuerte.

Los acuerdos incompletamente teorizados parecen una respuesta pragmática al problema de la objetividad, que refleja un nivel de tensión entre los extremos del derecho. Llevada a fondo su pretensión, suponen un buen reflejo de la idea de objetividad, aunque

---

<sup>38</sup> Sustain Cass R, **Legal Reasoning and Political Conflict**, Oxford University Press. New York, pág., 35 y ss.

este trabajo va más lejos como se verá adelante en ciertas definiciones con las que Sustein no estaría de acuerdo.

En todo caso, dibujar el paisaje de introducción al debate sobre estas tres teorías muestra el horizonte de reflexiones que influyen como interpretaciones en la definición de los derechos desde enfoques y ámbitos diversos. Teorías con pretensiones y niveles de abstracción diferente, que desarrollan la relación entre el derecho y la justicia, en un caso, la coherencia y corrección entre la fórmula constitucional y la interpretación de los derechos, y aquellas que se ocupan del nivel más concreto en que se resuelven los problemas sobre derechos como una versión de la interpretación judicial.



## **2. La vulnerabilidad como punto de partida. La textura emocional de la democracia. Pluralismo, reconocimiento y derechos**

### **2.1.- La política del reconocimiento y la inclusión del otro**

¿En qué forma la concepción del Derecho y de los derechos fundamentales en una sociedad y la interpretación que de ellos se haga, puede contribuir a que se desarrollen los vínculos de solidaridad social y por consiguiente se desarrollen las facultades de las personas y se respete su igual dignidad? La concepción del Estado Constitucional Moderno involucra diversas formas que se distinguen por el intento de respuesta particular a dos de los problemas clásicos de este modo de organización social. Dichos problemas son, entre otros, el problema de la legitimidad y el problema de la integración social. De hecho las dos propuestas que se revisan en este acápite a manera de introducción a la idea del reconocimiento, expresan de cierta forma dos posturas paradigmáticas en este punto, cada una muestra un orden de prevalencia en relación con cada uno de los problemas enunciados.

Para ambas posiciones, la forma de organización estatal supone de cierto modo, una separación entre el ámbito de la burocracia estatal y el de la sociedad. La forma de relación de estos dos escenarios corresponde al orden de prevalencia en la respuesta que distingue a las posturas. Así entonces, desde el punto de vista liberal –representado aquí en la exposición de Habermas- la burocracia estatal estará basada en conceptos jurídicos de modo que la base de la sociedad, estará montada sobre la idea de soberanía popular expresada en libertades. El robustecimiento del Derecho se produce como consecuencia de ser el medio por el cual se produce la legitimidad y la cohesión social. Desde el punto de vista “contrario” –expuesto aquí por la postura de Taylor- la burocracia del Estado estará cercana de una práctica estética manifestada en poetas, escritores, etc., que permitirán el surgimiento y re-construcción de la idea de Nación, no

fundamentada sobre la base de razones jurídicas, sino como la forma de alcanzar una más adecuada integración social que de paso a una más estable legitimidad.

Varias razones expresan la preocupación recurrente de la filosofía por este tema. El ejemplo tristemente célebre de *septiembre 11* ha mostrado las dificultades y límites del Estado Constitucional contemporáneo -y de sus expresiones internacionales, como formas organizativas que parten de los mismos principios- para renovar sobre sí mismo y sus presupuestos los contenidos normativos que lo constituyen, permitiendo que surja de modo paulatino cada vez con más fuerza, la idea de que la integración social y la legitimidad requerida por el Estado Constitucional moderno, sólo es posible alcanzarla sobre la base de visiones completas con contenidos sustantivos, que ligen colectivamente a la sociedad, o de una práctica tradicional que exprese de algún modo una forma de vinculación ampliada sobre la base de presupuestos éticos que se comparten.

Así entonces, el pluralismo radical y las expresiones violentas de una menor cohesión social, que niegan el reconocimiento a partes de la población, sumado a un intercambio y contacto cultural ampliado e inevitable, ponen sobre la mesa la necesidad de abordar con nuevos matices y nuevas herramientas conceptuales, los dos problemas mencionados. Derechos de las minorías étnicas y culturales, inmigración, diferenciaciones positivas y derechos parecen estar tomando cada día más fuerza en el debate y cuestionan de manera más profunda la supuesta neutralidad valorativa del Estado Constitucional, montado en su formulación clásica sobre los principios de igualdad y libertad.

Los principios de Neutralidad valorativa y de igualdad y libertad, se expresan en el Estado Constitucional en una serie de derechos y libertades instrumentales que justifican en términos generales esta forma de organización social que conocemos como Estado. Los tres parecen desarrollos consecuentes de una forma de organización que se basa en la idea de un sujeto y que se extrapola a la arquitectónica de la organización social, que se abstiene de manifestarse como favorable a una determinada forma de vida o cosmovisión, como el medio de garantizar la convivencia pacífica entre las diversas tendencias.

Hacia esta presuposición de neutralidad valorativa y los principios de igualdad y libertad es que Charles Taylor, dirigirá sus críticas, mostrando la insuficiencia de esta vía para dar respuesta a estos problemas y a las exigencias que expresan.

El proceso que dio paso a los Estados Constitucionales Modernos, y que puede pensarse, tiene una explicación histórica se muestra ahora como insuficiente y sugiere la idea de volver sobre el camino y revisar las formas instrumentales que expresa como presupuestos del Estado Moderno. Esta parte del trabajo pretende comparar brevemente –por supuesto sin la pretensión de agotar el debate- el concepto de constitución del sujeto de Charles Taylor expuesto en su artículo “La Política del Reconocimiento” con el concepto que de este tema tiene Jürgen Habermas, expuesto en apartes del texto titulado la “Inclusión del Otro”.

La idea es que la configuración del sujeto de derechos de la modernidad debe basarse en la idea de una *reconstrucción indentitaria* de las tradiciones, como forma de posibilitar el diálogo y el encuentro y de justificar de este modo, medidas de trato diferenciado que impliquen no sólo un compromiso procesal sino que además expresen de manera general un compromiso sustantivo por el reconocimiento como forma de generar la requerida solidaridad social como antecedente de la convivencia entre diferentes. De esta forma la pregunta por la dialéctica de esta configuración estará orientada por la pregunta sobre las identidades y la solidaridad requerida por éstas para lograr el respeto necesario para la convivencia y el cumplimiento de los deberes sociales en aras del mejoramiento de la calidad de vida de todas las personas.

La política del reconocimiento de Taylor parte de la consideración de que el presupuesto procesal de la identidad liberal, del que se deducen sus principios de igualdad y libertad, no sólo resulta injusto en relación con las diferencias, sino que además es insuficiente en las actuales circunstancias de creciente multiculturalismo. Taylor sostendrá que una parte de la política contemporánea se debate alrededor de la necesidad de reconocimiento. Su tesis será que la identidad se forja en parte por el reconocimiento auténtico, por el falso o aún por la ausencia de éste. El punto de partida del Taylor consiste en mostrar que la idea del reconocimiento dio origen a la génesis de las bases fundamentales del Estado Liberal, permitiendo el surgimiento de la idea de la necesidad del igual reconocimiento

expresado en el concepto moderno de dignidad, así “*Contra este concepto del honor tenemos el moderno concepto de dignidad, que hoy se emplea en un sentido universalista e igualitario cuando hablamos de la inherente dignidad de los seres humanos o de la dignidad del ciudadano*”.<sup>39</sup>

A partir de esto, Taylor intentará mostrar que aunque en la base de la cultura democrática se encuentra la forma del reconocimiento igualitario, dicha práctica ha devenido en un cierto desuso de sus formas genéticas dando paso a una forma de reconocimiento procesal que es el objeto de su crítica y que se ajusta al modelo alternativo reconstruido que propone. Su crítica tocará de este modo dos aspectos fundamentales del proceso de organización social, en primer lugar el problema de su posibilidad misma, es decir, la posibilidad de encontrar una forma de organización y poder político, *postmetafísico*, o desprovisto de contenidos éticos sustantivos, y por otra parte, la pregunta de si encontrándolo dicho sistema adquiere legitimidad, más allá de ser lo que Rawls llama un *modus vivendi*,<sup>40</sup> a la forma de una competencia de sujetos particulares egoístas e interesados, con lo que apunta al problema de la solidaridad, la legitimidad requerida y la estabilidad.

El filósofo quebequense explorará entonces la reconstrucción de la identidad, para mostrar como ésta, no sólo se corresponde con el ideal de la cultura democrática en sus inicios, sino que también ilumina un contexto en el que el reconocimiento igualitario de las identidades se relaciona con formas del sentimiento que tienen expresiones en el sentido moral de las personas. De esta forma, nuestra identidad no responde sólo al giro circunstancial de un cambio de modelo o de sistema político, sino que expresa de manera más profunda esa cierta forma de sentimiento que nos caracteriza de manera más profunda como seres dotados de un cierto sentido moral. Con esto, Taylor allana el camino a una vía que se aparta de la epistemología como la forma clásica de la reconstrucción del uso práctico de la razón. Del mismo modo en que las personas debían

---

<sup>39</sup> Taylor, Charles, La Política del Reconocimiento, en El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento, Trad. Utrilla de Neira Mónica, FCE, México 1993, pp. 43-107. Todas las referencias a Taylor corresponde a este texto.

<sup>40</sup> Rawls, John, Liberalismo Político, FCE, México 1995.



reconstruir su identidad por sí mismas, desde su voz interior, parece que es posible hacerlo con los pueblos y a éstos les corresponde un trabajo similar de reconstrucción.

Ahora bien, Taylor afirmará que este forjamiento de la identidad de ningún modo puede corresponder a una reconstrucción identitaria aislada del mundo circundante. Este mundo en que somos, es también el escenario en el que nos hacemos como sujetos individuales y como parte de una colectividad y a él está inseparablemente ligado nuestro sentimiento y sentido moral. Así entonces, del abandono del camino epistemológico, nuestro filósofo canadiense enuncia el carácter esencialmente dialógico de esta identidad y de esta forma realza la importancia vital del reconocimiento en esa relación de intercambio eterna con los otros significantes. La política del reconocimiento se cimienta en parte en este hecho trascendental.

Sin embargo, este reconocimiento ha llegado a significar dos cosas distintas. De un lado, una forma de universalismo sobre la base de subrayar la igual dignidad de todos, por otra parte, ha significado, en su desarrollo moderno de la identidad, la política de la diferencia. En la formas en las que se expresa dicha política, Taylor mostrará los efectos –no siempre queridos- de un intento por el reconocimiento de la diferencia con la acusación de faltar al principio de no discriminación, o una negativa a la diferencia con el consiguiente reproche de ceguera a la diferencia. Desde aquí, es posible para este autor, mostrar que las políticas de discriminación inversa parten de un prejuicio que en sí mismo ya sufre de la ceguera que acusa en su manifestación pública, pues dichas políticas apuntan en últimas a una igualación en el tiempo, que lejos de ser sensibles por la otredad, son simplemente estratégicas en el juego de apostadores futuros en la sociedad. Pero el punto de su crítica, y que me gustaría resaltar, es que Taylor mostrará que estas políticas que apelan a la igual dignidad sobre la base del igual respeto merecido, lejos de ser una expresión neutral es el reflejo de una cultura hegemónica, cuya manifestación contradice en cierto modo su propia génesis en la idea del respeto – como potencial-. La organización de los estados modernos constitucionales sobre la base del proceso de separación de la sociedad civil y las formas prepolíticas o previas de contenido sustantivo-ético, es en sí misma una idea impracticable.

Taylor mostrará en este recorrido que la prevalencia del “compromiso procesal sobre el sustantivo, se expresa en la noción de democracia y en los arreglos institucionales por los que nos regulamos, pero más que esto mostrará que esto es justamente la manifestación de una militancia cultural concreta, que explica en este sentido la citada prevalencia, llena de contenido por su concepción de la dignidad como la capacidad de cada quien para determinar por sí mismo su ideal de vida buena<sup>41</sup>. De esta forma el aseguramiento de una carta de derechos fundamentales, generalmente es la muestra de una política cuya aplicación señala en sus fronteras los límites de sus propósitos, revelando en esto la injusticia de la pretensión de uniformidad que la sustenta. Así pues, no será suficiente en esta perspectiva, mostrar que es posible ceder en dicha pretensión homogenizante, a favor de la supervivencia de las culturas y aún en la promoción “jurídica” de éstas, juzgando y realzando en cierta forma la integridad de las culturas. El ejemplo de Versos Satánicos, parece retar de un modo contundente aún la versión más amplia y favorecedora del liberalismo, de modo que no es posible afirmar que esta postura expresa de un modo creíble una completa neutralidad cultural, siendo necesario el establecimiento de un límite, pues muchas de las personas que gozan de las libertades instrumentales que le adscribimos al Estado liberal, pertenecen también a formas culturales que retan de un modo complejo las propias fronteras filosóficas.

La razón de mostrar esto, consiste en hacer visible un modelo de secularización que de mantenerse, en su versión liberal, ciega a las diferencias, no sólo contradice parte de sus supuestos de origen que le dan sentido, sino que además implica esencialmente un trato injusto contra estas personas, al agredir de forma “inconsciente el valor presunto de su identidad”.

De esta forma la implicación de la consciencia de la imposibilidad de la forma “secular” de organización social en un sentido clásico, que en su versión positiva impone la idea de un develamiento de los prejuicios etnocentristas, supondría en principio poner en pie de igualdad a las culturas que se encuentran y consiguientemente a sus fines colectivos. Propondrá Taylor que de esto se puede alcanzar un cierto método, cuyo punto de partida será justamente la consecuencia –reforzada- del develamiento anotado. Éste consistirá –

---

<sup>41</sup> Taylor, op., cit., p.86.

como hipótesis inicial- en la forma de acercamiento razonable a otras culturas. Dicho encuentro será posible si somos capaces de acercarnos a la otra cultura –con nuestra carga identitaria- con una valoración *ex ante*, que nos permita entrar en un horizonte de comprensión que nos revele a nosotros mismos la identidad propia. En la fusión de horizontes, a lo que se apunta entonces, es a un entendimiento sobre el que sea posible expresar los juicios sobre la otra cultura. El encuentro nos *transforma* indentitariamente y por consiguiente también normativamente.

De esta forma el concepto que suscribe Taylor apunta no a la separación de los mundos de la formulación clásica, por el contrario apunta a una reconstrucción de la identidad consciente, en cuyo proceso es posible el encuentro de valores y de transformaciones valorativas que nos permitan una adecuado entendimiento, que en lugar de negar una parte vital de nuestras historias la involucre y haga el esfuerzo por comprenderla comprenda.

La postura de Habermas sobre la forma de organización de los estados constitucionales modernos y la configuración del sujeto comenzará por la reconstrucción histórica del Estado Nación. El camino parece bastante razonable, porque mostrará de sus inicios cómo esta forma de organización política, que es la que tenemos y en la que estamos, es no sólo presente, sino que corresponde a una forma de organización que en las actuales circunstancias expresa de un modo razonable –mejor- la consideración de la autonomía de las personas, su lugar como agentes racionales y recrea del mejor modo posible la necesaria legitimidad y cohesión social por medio del derecho.

Su punto de partida será la consideración de la posibilidad de una organización que en un sentido clásico, suponga la separación del Estado –burocracia estatal y sociedad civil, política- y de la religión y de todo presupuesto prepolítico que implique la necesidad de su recurrencia como medio de hacer posible la cohesión social y la legitimidad. Para mostrar esto, como se anotó, Habermas comenzará por la enunciación histórica del surgimiento del Estado Nación, como una forma de justificación de este modelo, que no implique la simple explicación de alguna forma de domesticación de un poder que es en sí mismo prepolítico, pues el cisma religioso provocado por la reforma y el consiguiente pluralismo religioso hizo que la apelación a dicho poder fuera impracticable, permitiendo

el surgimiento del problema de la legitimidad como generalmente la entendemos. La legitimidad y su formulación problemática como un objeto de reflexión política de las personas en la sociedad civil, es el resultado de una explosión de formas de vida que están obligadas a vivir juntas y que deben encontrar un fundamento de su coexistencia que les permita un entendimiento que no esté necesariamente atravesado por su particular noción de la vida buena, en últimas a lo que apunta Habermas es a la posibilidad de justificar autónomamente los principios constitucionales, que expresa justamente en dicho proceso el concepto de organización política que defiende.

Para hacerlo, Habermas no sólo apelará al recuento histórico, sino que mostrará la mejor versión de los rivales a los que apunta su propia concepción, el nacionalismo y el republicanismo. Su versión, consistirá en una práctica comunicativa que robustece la capacidad de las personas para encontrarse comunicativamente y generar lazos de entendimiento que permitan justificaciones autónomas de los principios del derecho. La transformación identitaria señala el camino de la exigencia de una nueva concepción de la ciudadanía en la que las personas no son simples agentes egoístas en un medio inundado por la lógica de la economía de mercado, sino que supone una base motivacional en la que éstos son coautores compartidos de las normas que los rigen, sin que esto suponga necesariamente la renuncia a sus historias previas y fuentes prepolíticas. La idea es que es posible en todo caso para el Estado Constitucional, por la vía del derecho la generación de una forma de solidaridad y de legitimación que pueda provenir de la dinámica autónoma de la democracia.

El concepto central de su propuesta y a donde apunta el matiz que la distingue es hacia el concepto de libertades comunicativas, que le permiten a las personas el ejercicio libre de participar en el debate público, conformador de la voluntad y opinión públicas, al permitir la participación en asuntos que los involucra de manera general.

Así entonces, la postura habermasiana lejos de ser un proceso acabado apunta a la reconstrucción dialógica de los intereses comunes en un debate público que apunte a la configuración de una renovada identidad democrática, desplazada por la racionalidad estratégica de la economía de mercado que coloniza los espacios del mundo de la vida. El derecho –de todos- que supondrá no sólo el camino de derechos clásicos de libertad, sino formas de derechos sociales que permitan, que el presupuesto de la igualdad se

mantenga razonablemente estable y no termine convertido en su contrario que favorece el proceso colonizador que atomiza la sociedad, en palabras del propio Habermas: *“Con la creciente desigualdad de las posiciones económicas de poder, de bienes de fortuna y de posiciones sociales y de vida se destruyen, empero, los presupuestos fácticos para un aprovechamiento en igualdad de las competencias jurídicas repartidas de modo igualitario. Si el contenido normativo de la igualdad jurídica no debe convertirse por completo en su contrario, entonces, por un lado, hay que especificar materialmente las normas existentes del derecho privado y, por otro lado, hay que introducir derechos fundamentales de carácter social, que fundamenten tanto el derecho a un reparto más justo de la riqueza producida socialmente como el derecho a una protección más eficaz ante los riesgos producidos socialmente”*.<sup>42</sup>

En este sentido, teniendo en cuenta que la producción del derecho es la manifestación concreta de la expresión de la libertad comunicativa el concepto de organización política y configuración del sujeto de derechos habermasiano, es dialéctico fundamentalmente y en cierto sentido, también lo es el de Taylor.

## **2.2.- La vía negativa. Entre Aristóteles y Kant. Vulnerabilidad, reconocimiento y menosprecio<sup>43</sup>**

La idea del sujeto de derechos y del sujeto moral que lo sustenta no parece pues sostenerse de manera autónoma, basado sólo en una de las perspectivas expuestas, pues no resulta claro en la vida cotidiana, que sea posible explicar nuestras acciones, sobre la base de principios verificados a la luz de una imparcialidad que se pregunta por la posibilidad de universalizarlos, o por otra parte, que nuestras reflexiones se restrinjan al ámbito de consideraciones y referencias de una noción estrecha de vida buena. Así pues, la pregunta por la relevancia práctica de principios potencialmente universalizables como base motivacional de la acción, se enfrenta al hecho cotidiano de que actuamos movidos por propósitos, sentimientos en intenciones concretas, además de que es muy

---

<sup>42</sup> Habermas, Jürgen, La inclusión del otro, Capítulo 8- El vínculo interno entre Estado de Derecho y Democracia, pp. 256.

<sup>43</sup> Este acápite de la tesis está basado en Honneth Axel, Crítica del agravio moral. Patologías de la Sociedad contemporánea, (Trad. Peter Storandt Diller), FCE, Buenos Aires, 2009.

difícil pensar en que un principio pueda ser aplicado coherentemente a todas las situaciones en las que las personas se encuentran en el mundo real, pues los intereses a los que las personas se enfrentan son tan variados que esa pretensión es por lo menos ingenua y lo que ocurre en realidad es que esto supone la aplicación de principios incluso contradictorios, sin contar con el hecho de que, dado que siempre estamos inmersos en relaciones cuyos vínculos son tan relevantes para nuestra vida, que cualquier exigencia de imparcialidad es desproporcionada. Por otra parte, tampoco es claro que la identidad como sujetos y la configuración de principios que orienten las acciones, se restrinja sólo al ámbito de una comunidad en concreto con una noción determinada de vida buena, sin que involucre responsabilidades que le den importancia a la consideración de respeto hacia las demás personas y su bienestar.<sup>44</sup> Bien puede decirse, que es razonable suponer que es difícil prescindir del todo de razones y argumentos que sean válidos en términos generales y que puedan universalizarse a la hora de tomar decisiones, pero por otra parte, es cierto también que prescindir completamente de razones, valores o metas significativas en términos personales, a nombre de una forma de argumentación universal, puede producir sentimientos de rebeldía, decepción o menosprecio, justamente por la relevancia de los sacrificios necesarios en aras de formas de generalización de las decisiones. La circunstancia evidente y de partida, del pluralismo radical y el hecho de que estamos obligados a vivir juntos, impone la necesidad de contar con una noción de justicia, y consiguientemente, de objetividad en la interpretación de los derechos, que dé lugar tanto las razones sustentadas en procedimientos de universalización, como a formas de decisión que contemplen las vidas de las personas y sus metas significativas.

El punto de partida de una forma de razonamiento de este tipo, puede ser una consideración especial de los derechos, que comience por definirlos desde el punto de vista de su lugar en la promoción del bienestar concreto de las personas y los enmarque en este sentido como parte de su idea del bien. Los derechos adquirirían cierta característica como parte del razonamiento y no como el todo al que la conclusión del razonamiento se dirige. Así pues, siguiendo a Honneth, me propongo sostener que es posible que a partir de una exploración de las relaciones entre esta percepción de los derechos y las formas de reconocimiento intersubjetivo, pueda afirmarse que cuando

---

<sup>44</sup> Honneth, op., cit., p.308 y ss.

garantizamos los derechos a la vez garantizamos las condiciones intersubjetivas de formación de nuestra identidad.<sup>45</sup> En ese sentido, los derechos podrían ser la determinación pretendidamente objetiva de las condiciones previas en que las personas viven sus vidas y persiguen su ideal de vida buena en un mundo compartido. A la manera de un teatro, los derechos serían el escenario en el que las personas actúan en sus vidas movidas en sus roles, sólo como respuestas y motivaciones a los otros actores, persiguiendo la realización de su propio ideal de vida buena, en términos de igualdad frente a los otros personajes.

Una visión rápida sobre los debates en torno a la pluralidad, los derechos y el reconocimiento, da cuenta de las diversas posturas y las distancias entre ellas, pero además de la razonabilidad de los argumentos, como se esbozó en la parte inicial de este capítulo. Así, desde el punto de vista de la concepción ligada a la tradición aristotélica, una persona lleva una vida buena, sólo si sus acciones tienen reconocimiento por parte de sus pares; de otro lado, en parte de la tradición moderna, como es el caso de Hume, el mecanismo de sociabilidad y de adquisición de las virtudes requeridas, operaba sobre la base del reconocimiento o reproche público de las acciones, hasta llegar al respeto en la tradición kantiana, como fundamento de toda moral universal.<sup>46</sup>

Pese a la aparente importancia del concepto de reconocimiento, sólo recientemente, a partir de los debates generados por movimientos sociales con reclamaciones de reconocimiento concreto, éste ha tomado la centralidad que requiere. En nuestro contexto, la consagración del Estado como pluriétnico y pluricultural, estrenó muy recientemente la reflexión acerca de los alcances de las formas de vida y nociones del bien diversas sobre los derechos, o al revés, poniendo de presente que no basta solamente con la pretensión de distribución equitativa de bienes primarios –siguiendo a Rawls-<sup>47</sup>, para que pueda afirmarse que se está tratando a las personas con justicia y

---

<sup>45</sup> Honneth, op., cit., p.309 y ss.

<sup>46</sup> Honneth, op., cit., p.311 y ss.

<sup>47</sup> Rawls, John, Teoría de la Justicia, FCE, México, 2001.

consideración por su igual dignidad.<sup>48</sup> De estas evidencias y las discusiones que suscita surge el razonamiento de que parte del contenido de justicia vinculante de los derechos humanos, debe poder expresarse en términos de las relaciones de reconocimiento recíproco que las personas mantienen entre sí, de modo que, cuando se habla de justicia en los derechos –de objetividad en su interpretación- se alude en principio a formas exigibles en los que se expresan dichas relaciones.

Esta idea del reconocimiento aparece ya en Hobbes en el *Leviatán*, al referirse a las causas de la violencia y a la necesidad de valoración social, también Rousseau hablará de la idea de la necesidad de apreciación social, como parte del proceso de construcción de la sociedad civil en su tránsito desde el estado natural. En ambos autores hay una valoración negativa de la necesidad de reconocimiento. Honneth afirmará que estas diversas nociones, le servirán de base al joven Hegel, para tener la idea de que la identidad, la conciencia de la persona de sí misma, depende en algún sentido del reconocimiento de social. Su explicación de cómo opera esto, implica la afirmación de niveles de reconocimiento distintos dependiendo de la forma –y el contexto- de la relación de la persona consigo mismo, de modo que se incluya no sólo la garantía de una esfera de libertad sobre la base del respeto jurídico, en el sentido kantiano, sino que considere otras relaciones valiosas concretas que exigen formas particulares de reconocimiento. Estos niveles serán identificados pues, haciendo el sondeo sobre las experiencias en que a las personas les es negado el adecuado reconocimiento. La experiencia de la injusticia, será aquí el procedimiento negativo de ilustración de las necesidades de reconocimiento y de los ámbitos de vulnerabilidad humana que expresan, a partir de la identificación de los criterios que permiten distinguir la falta de justicia con la simple mala fortuna. Así, no es lo mismo padecer una enfermedad grave y penosa por una circunstancia propia de nuestra vulnerabilidad corporal, a que dicha enfermedad se agrave por falta de atención, pues en este caso se trata de la falta de reconocimiento de un aspecto relevante de la comprensión de sí misma de la persona,

---

<sup>48</sup> Para la muestra, los autos de seguimiento de la Corte Constitucional a la sentencia T-025 de 2004, han dado cuenta de la necesidad de enfoques que contemplen las particularidades de ciertos grupos, como presupuesto del adecuado respeto por sus derechos.



no es simplemente el bienestar físico o la ausencia de dolor de la persona lo que se afecta, sino la negativa consciente que lo acompaña y que supone un menosprecio en su mismidad. Es justamente por eso, por ejemplo, que puede afirmarse con toda precisión, que en muchos de los casos de salud, las personas son sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes, pues esto implica no sólo la negativa intencional –en muchos casos- de la asistencia requerida, sino además, y en este sentido de un derecho humano fundamental, del debido reconocimiento en un aspecto fundamental de la persona, como es su bienestar físico.

Si se generalizan las consecuencias de una fenomenología negativa acerca de cómo las personas experimentan la falta de reconocimiento, considera Honneth, es posible encontrar las premisas de la relación entre vulneración moral y reconocimiento negado.<sup>49</sup> Estas premisas permitirán explicar en qué consiste la afectación, cuáles son sus condiciones, y cuáles son sus consecuencias. Así, en primer lugar para Honneth sólo son vulnerables en términos morales los seres que son capaces de representarse una relación práctica consigo mismos que expresa una idea de bienestar, pues sin las pautas cualitativas sobre la propia vida, no es posible saber cuándo se produce un agravio moral, diferente de una desgracia. En segundo lugar, la vulnerabilidad de las personas se explica por el hecho de que la relación positiva consigo mismas, sólo es posible entenderla en términos de las relaciones de aprobación y rechazo de las demás personas, pues sin la referencia a estas condiciones intersubjetivas, no es posible explicar porqué ciertas acciones o expresiones producen un agravio moral; finalmente, afirmará Honneth: *“Si la característica de las vulneraciones morales consiste en el hecho de que por medio de ellas se desprecia a una persona en aspectos de su relación positiva consigo misma, de cuya comprobación al mismo tiempo ella depende de modo elemental, también se clarifica de esta manera la conexión con un hecho psicológico: la experiencia de una injusticia moral siempre tiene que ir acompañada de una conmoción psíquica en tanto que el sujeto afectado es decepcionado en una expectativa cuya satisfacción forma parte de las condiciones de la identidad propia. Cualquier vulneración*

---

<sup>49</sup> Honneth, op., cit., p.318 y ss.

*moral constituye, por lo tanto, un acto de agravio personal, porque destruye una condición esencial previa de la capacidad de acción individual.*<sup>50</sup>

Una vez caracterizado el sentido en que la negación de reconocimiento supone una vulneración moral, la exploración fenomenológica por la vía emprendida, permite explorar el ámbito de fenómenos morales que constituyen formas de injusticia concreta, que permitan ir formando el paisaje completo de fenómenos morales en su conjunto, cuya potencialidad constitucional, sobre la base de la experiencia concreta de la injusticia permitirá la elaboración de una respuesta que tenga como punto de partida principios surgidos de la Constitución como derechos básicos. La necesidad de mantener la cercanía con las experiencias individuales, parte de la ventaja de contar en la formulación de los criterios, y de la consiguiente interpretación de los derechos, siempre con el punto de vista de los sujetos interesados. Honneth considerará que un criterio que cumple con este requisito, parte de las reflexiones sobre los niveles de relación individual consigo mismo, de modo que las vulneraciones morales serán más graves, cuanto más elemental es el nivel de relación consigo mismo que ellas perjudican o destruyen.<sup>51</sup> De este modo a cada nivel de la relación práctica de las personas consigo mismas corresponde un tipo particular de injusticia y consiguientemente un tipo particular de agravio psicológico.

Por supuesto esto implicará un conocimiento psicológico que permita determinar los estratos en que ha de dividirse la relación práctica consigo mismo, e modo que sea posible distinguir las formas de vulneración que se ligarán a ellos. Honneth apuntará a los desarrollos de la filosofía de persona y de la psicología del desarrollo infantil, cuyos fundamentos encontrará en los trabajos G. H. Mead, E. H. Erikson y Winnicot.<sup>52</sup> Resumiendo la bibliografía en este tema, Honneth encontrará tres niveles de la relación práctica consigo mismo, o de la conciencia sobre los derechos y capacidades que le corresponden a las personas. Estos niveles de referencia a sí mismo proceden del mismo modo en que se ha estructurado los estratos de las vulneraciones morales y de

---

<sup>50</sup> Honneth, op., cit., p.319.

<sup>51</sup> Honneth, op., cit., p.320.

<sup>52</sup> Esta pretensión de una forma de psicología política, permite una explicación de las emociones y otras disposiciones psicológicas que actúan como apoyos o como impedimentos de un programa de realización de las capacidades humanas. Nussbaum Martha C., Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano, (Trad. Albino Santos Mosquera), Paidós, Barcelona, 2012.

las experiencias de injusticia, es decir, sobre la base de un rastreo de corte fenomenológico que parte de la conciencia más cercana de este tipo de relación práctica. Así, el primer nivel de referencia a sí mismo supondrá la comprensión de los sujetos a partir de sus necesidades y deseos físicos como parte articulada de su propia persona que revela el valor de la situación natural de indigencia propia, y lo denominará Honneth siguiendo a Erikson, confianza en sí mismo.<sup>53</sup> Una segunda forma de relación práctica consigo mismo, es aquella que se deriva de la conciencia de ser un sujeto responsable de las acciones propias, de la capacidad para formar juicios, que se denomina, siguiendo a la tradición kantiana, respeto de sí mismo. Finalmente Honneth apuntará una tercera forma de relación práctica consigo mismo que consiste en la conciencia del valor de poseer buenas capacidades, a esta forma de relación la denominará valor de sí mismo. A cada forma de relación práctica corresponderá una forma de vulneración que expresa una forma de injusticia singular. Frente a la primera forma de relación, las vulneraciones morales suponen la destrucción de la confianza en el valor que la propia vulnerabilidad o indigencia tiene para las demás personas. Honneth afirmará que los casos en que esto ocurre van desde el asesinato que desprecia toda condición de bienestar físico, pasando por la tortura. En esta forma de vulneración, como se afirmara antes, se ubica desde mi punto de vista, varios casos que niegan el derecho a la salud de las personas, y esa es la razón por la que pude explicarse una conexión entre las consecuencias de dichas negativas y formas de indignación que expresan, no sólo reproches jurídicos, sino también morales. Podrían por supuesto ubicarse aquí también, las situaciones de personas víctimas de la violencia. Asumir desde este enfoque dichas vulneraciones, permitiría comprender más fácilmente el tipo de daño causado y las alternativas de respuesta y reparación, distinta a la simplemente judicial de tipo penal. De este modo una fenomenología adecuada en este punto, permitiría explicar porqué la base de todo el proceso de reparación sería la garantía de no repetición expresado en diferentes formas de acción que asuman las distintas vulneraciones ocurridas.

La segunda forma de vulneración, apunta al desprecio por la capacidad de formación de juicio de las personas negando la capacidad de responsabilidad moral por sus acciones.

---

<sup>53</sup> Honneth, op., cit., p.321. La referencia a Erikson utilizada por el autor es la siguiente: Erik H. Erikson, *Identity and Lifecycle*, Nueva York, 1980.

Con esto se destruye el respeto a sí mismos que se consigue al ver reconocido en otros, la capacidad propia para formarse juicios. Esto abarca las formas diversas de engaño, hasta la imposición de grupos enteros en condiciones de inferioridad jurídica. Esto es lo que justifica la necesidad jurídica –y moral como expresión de la justicia- de los enfoques diferenciales en la interpretación *pretendidamente objetiva* de los derechos, así como de las políticas de acción afirmativa como expresiones del adecuado reconocimiento debido a las personas que se ubican en estos grupos. Finalmente, la tercera forma de vulneraciones morales, se concretan en el desprecio por medio de la humillación, de las capacidades de una persona, afectando con esto el sentido de valor que ella posee dentro de una comunidad concreta. Estos casos, afirmará Honneth se manifiestan en forma grave en la imposición de estigmas a las personas o grupos incluso. Esta vía de exploración negativa, permitirá considerar que las actitudes morales corresponderán en general con el adecuado reconocimiento, y en particular, para guardar coherencia con todo el discurso, a cada forma de agravio o vulneración, corresponderá una forma particular de reconocimiento.

Hasta este punto, puede concluirse entonces que la vulnerabilidad que Honneth denomina como moral supone la intersubjetividad. Sólo a condición de ésta es posible hablar entonces de esta forma de ser vulnerables, pues como se vio, no se trata solamente de esta condición desde el punto de vista corporal o referida a la finitud. La idea que resulta es entonces que la identidad es una construcción en la fragilidad del otro. Esta necesidad del otro como condición de posibilidad de una relación práctica consigo mismo, genera por otra parte el inminente riesgo de la conciencia de afectar y de ser afectados y podría ofrecer –prima facie- una explicación a las razones por las que el canon de la filosofía moral excluye la vulnerabilidad. En este sentido puede hablarse de un gusto por el individualismo, que provee el beneficio de la idea de una coraza protectora justamente frente a la necesidad moral por el otro; puede afirmarse también, que el olvido del cuerpo también favorece el ocultamiento de lo propiamente humano<sup>54</sup>, aquí se pierde no sólo la concepción de nuestra fragilidad corporal, sino además el compromiso de nuestros sentimientos morales, y la idea de que la vulnerabilidad es el

---

<sup>54</sup> Nussbaum Martha C., *El Ocultamiento de lo Humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley.*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2006.

principio ético de nuestros sentimientos morales. Finalmente, el hecho de ser afectados, dada la intersubjetividad necesaria expone a las personas a ser malogradas.

Ahora bien, si el camino fenomenológico de una exploración negativa ha permitido encontrar las formas concretas en que desde diversas perspectivas a las personas les es negado el reconocimiento debido, sobre la base de la condición de posibilidad de la construcción de una relación práctica consigo mismo, a saber, la intersubjetividad, el camino positivo, como se afirmó, se abre sobre la noción de las actitudes requeridas para otorgar en contraposición el reconocimiento debido y posibilitar en este sentido las condiciones de la identidad personal. Es importante tener en cuenta como se vio, que esta idea involucra desde siempre en las diversas formas de vulneración, la perspectiva del agente interesado al basarse en las formas diversas –en concreto- en que se puede ver malograda su relación práctica consigo mismo, de modo que las acciones debidas tienen un fin específico. La dialéctica –tensionante- aludida se reproduce entonces al introducir por la vía positiva, las acciones requeridas por el adecuado reconocimiento – que es en este punto también el adecuado respeto por los derechos de las personas-, en la perspectiva de promover el bienestar de humano, siendo necesario en todo caso distinguir, entre la función objetivamente normativa de las acciones requeridas y su justificación práctica en concreto.

En este sentido, Las acciones requeridas, expresarán en forma abstracta como respuesta, los tipos de vulneraciones mencionados. Así, Honneth hablará de tres tipos de reconocimiento correspondientes. Amor (filial), Respeto Moral (Estado) y Solidaridad (sociedad civil). Cada una de estas formas de reconocimiento corresponderá con los deberes requeridos como medio de garantía para mantener intacta la relación práctica de las personas consigo mismas. Así, en el primer caso, se tratará de reconocer cómo nuestra vulnerabilidad humana, nos impone necesidades de asistencia física y emocional frente a otros, como la familia o los amigos; en el segundo caso se trata del adecuado respeto por la autonomía moral de las personas que exigen obligaciones recíprocas de trato igual universal; mientras que, finalmente, se hablará de una forma de reconocimiento que supone el reforzamiento de la confianza en las capacidades de las personas, que imponen deberes de solidaridad dentro de una comunidad, al considerar el tipo de ayuda mutua que requerimos como parte de una forma de vida compartida.

La consecuencia de lo aquí esbozado como desarrollo de una idea de justicia y objetividad para los derechos supone mantener y probablemente reforzar, la idea de una tensión permanente en el derecho y consiguientemente en la interpretación de los derechos. Si bien entre las distintas formas de reconocimiento que se han dibujado aquí como el telón de fondo de la trama de los derechos, no hay una jerarquía establecida, tampoco se trata cada uno de mónadas separadas o de universos independientes. Es razonable suponer que en la vida práctica cada modo se sobrepone al otro y el teatro de los derechos supone justamente dicha complejidad. El punto de vista práctico que da lugar a las vidas concretas y a las formas en que estas vidas y sus ideales de bienestar deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de los derechos deberá en todo caso tomar en cuenta el carácter universalista impuesto por el deber de respeto derivado además de las características propias del derecho visto como un todo, lo que explica – prima facie- la prevalencia que este tipo de restricción normativa impone en la interpretación. Esto se debe a la necesaria consideración igualitaria por la autonomía individual de las personas.

Esta circunstancia obliga a la teoría a considerar por la vía positiva, una concepción de los derechos que involucrando una forma de justificación de decisiones, dé cuenta en todo caso del punto de vista de la vida cotidiana de las personas, que permita tomar en cuenta su bienestar por una parte, y el adecuado respeto a la autonomía de todas las personas por el otro. En últimas, la pretensión de objetividad debe involucrar una forma de procedimiento que amplíe la perspectiva una vez sea mostrado la necesidad del reconocimiento como una concepción que ofrece una alternativa razonable a la artificial evasión de nuestra humanidad y sus requerimientos.

### **2.3.- La vía positiva. Derechos como capacidades**

El intento por sustentar una noción de justicia y objetividad en los derechos, que asuma la fórmula política del Estado Social como la pretensión de realización de la igualdad real y material de las personas, ha puesto en evidencia las tensiones propias del derecho y consiguientemente, la necesidad de encontrar una forma de desarrollo de la investigación, que dé cuenta de estas singularidades propias del razonamiento jurídico, pero que además refleje la necesidad teórica de incluir dentro del razonamiento el punto

de vista de las personas afectadas. Este camino nos ha llevado a explorar por la vía fenomenológica negativa, un camino en que nos muestre aquello que se pierde o se destruye cuando a una persona no le es reconocida en adecuada forma su dignidad. Esta exploración ha permitido entender que la dignidad no es sólo la manifestación de una forma de racionalidad que expresa el ejercicio de la autonomía, sino que además, supone la capacidad de afectar la vulnerabilidad propia por la vulnerabilidad de otro. Para este trabajo, esto conlleva entonces la idea de que la dignidad sobre la que se sustenta el ejercicio, respeto y garantía de los derechos humanos no puede ser definida sólo desde el punto de vista abstracto y previamente, pues será necesario entonces que la adecuada interpretación de los derechos fundamentales de las personas, es decir, la realización del enfoque de la objetividad aquí defendido, que cualquier interpretación requiere entonces una confluencia de lo bueno y de lo justo. La dignidad entonces, no proviene sólo de una definición normativa o de una intuición, sino de la historia vital propia, del aprendizaje en el transcurso de ésta y de la relación con los otros.

Definida así la vía de exploración positiva, es claro que esta parte se basa completamente en el enfoque de las capacidades formulado y defendido por Martha Nussbaum.<sup>55</sup> Este enfoque tiene la ventaja particular de permitir una evaluación concreta de la calidad de vida de las personas a la vez que una teorización sobre la justicia social básica. Dado que se trata de un enfoque ampliamente conocido, este trabajo sólo ofrecerá un panorama breve de él. El enfoque parte de una pregunta clave cuando se intenta averiguar por la dignidad de una persona o la justicia social, dicha pregunta es: ¿qué es capaz de hacer y de ser una persona?<sup>56</sup> Para Nussbaum, este enfoque tiene la ventaja de que concibe a cada persona como un fin en sí misma y no se pregunta solamente por el bienestar total o medio en una sociedad –como lo hace el utilitarismo–, sino que se centra en las oportunidades disponibles para cada ser humano. Por otra

---

<sup>55</sup> Este enfoque es también formulado y defendió por el economista y filósofo Amartya Sen. La razón de asumir la concepción particular de Nussbaum se basa solamente en la utilización que cada uno hace del enfoque, pues mientras en Sen, éste aparece como un indicador comparativo entre las sociedades, en Nussbaum el enfoque tiene pretensiones normativas para la teoría política. Aunque pueda ser simplemente un matiz, que incluso lleve a consecuencias similares, es conveniente aclarar la perspectiva asumida en este trabajo.

<sup>56</sup> Nussbaum Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007.

parte, dicho enfoque tiene su base en la libertad, pues sostiene que el bien que las sociedades deben promover para sus ciudadanos y ciudadanas es un conjunto de oportunidades básicas que las personas luego pueden decidir llevar o no llevar a la práctica. Además, el enfoque se compromete con el pluralismo, pues asume que las capacidades centrales para las personas, tienen entre ellas diferencias cualitativas y no sólo cuantitativas, que suponen la imposibilidad de reducirlas a una única escala numérica y obligan a mantener abiertas las opciones; finalmente el enfoque centra su atención en las desigualdades sociales y en la injusticia, al atender especialmente las desatenciones o fallas en las capacidades, producto de la discriminación o la marginalización, y asigna al Estado, sobre la base de principios constitucionales como derechos humanos básicos, la tarea de mejorar la calidad de vida de las personas en términos de dichas capacidades.

Las capacidades son pues, la respuesta a la pregunta por lo que es capaz de ser y de hacer una persona, supone entonces la libertad de una persona de alcanzar factiblemente, combinaciones alternativas de funcionamientos. No suponen alguna forma de naturaleza humana deseable –o indispensable-, en el sentido de referirse simplemente a una condición o habilidad interna de las personas, pues incluyen las libertades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultades y el entorno político, social y económico. En el enfoque de Nussbaum las capacidades combinadas de las personas suponen la totalidad de las oportunidades de que dispone para elegir y para actuar en una situación política, social y económica concreta.<sup>57</sup>

Se ha sostenido en este trabajo que la identidad es una construcción desde la fragilidad del otro. Esta circunstancia de fragilidad, de vulnerabilidad, adquiere su potencialidad constitucional cuando se experimenta, o mejor, cuando se siente como injusticia, pues permite el tránsito desde las formas de vulnerabilidad y negación del reconocimiento a las formas de reconocimiento como deber. Esto es justamente lo que posibilitó la fenomenología de la vía negativa.

---

<sup>57</sup> Nussbaum Martha C., *Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.*, (Trad. Albino Santos Mosquera), Barcelona, 2012, pp. 40 y ss.



Esta potencialidad constitucional se realiza de mejor manera en el Estado Social de Derecho. Esta fórmula política sería en este sentido, la realización práctica de la reconsideración del sujeto moral –de sujeto de derechos- no ya como libre, igual e independiente, sino más bien como libre, igual y –por lo menos en varios ámbitos profundamente- dependiente. De esta forma es más claro, porqué la teoría debe comenzar con el paisaje teórico sobre la pretensión de justicia, la reflexión sobre el contenido y significado de la fórmula del Estado Social de Derecho y su interpretación a la luz de la razón práctica, como acuerdos posibles de textura abierta a la argumentación y al mejoramiento progresivo, en la perspectiva, que es lo que aporta la fenomenología por la vía positiva, de encontrar aquellos ámbitos concretos en los que a las personas se les trata con el debido respeto y reconocimiento.

Dado que se ha encontrado una visión razonable de qué es lo que se afecta cuando se niega el reconocimiento y qué es lo que se debe hacer en sentido contrario para cumplir con el deber de reconocer al otro, el enfoque de las capacidades permite pensar en aquellas circunstancias o formas cruciales de libertad para las personas, que de no ser atendidas o suprimidas para una persona, hacen que la vida de esa persona no sea una vida digna. El camino fenomenológico adoptado, y que se corresponde con el enfoque de las capacidades, reniega de los enfoques clásicos que pretenden definir la dignidad previamente y en términos abstractos, pues esto es justamente, no sólo para el caso del derecho, lo que nos ha alejado de lo propiamente humano, de las condiciones de su vida concreta estableciendo fronteras de justicia que terminan por excluir a determinadas personas.<sup>58</sup> Esto no supone que todas las libertades deban ser parte de la regulación propia del Estado Social, en ocasiones, es posible que algunas libertades deban tramitarse a través del curso corriente del procedimiento político. En otros casos, determinadas libertades no serán razonablemente trascendentes, al punto de que no requieren un nivel superior de protección constitucional. Por otra parte, en varios casos, libertades importantes permanecen durante muchos años en situación de ambigüedad, al punto que sólo el trabajo de quienes las consideran trascendentes las convierten capacidades básicas y consiguientemente en derechos fundamentales. Por ejemplo,

---

<sup>58</sup> Nussbaum Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007.

varias de las libertades de las mujeres relacionadas con su capacidad de expresión en distintos ámbitos o, sus libertades relacionadas con el manejo de su sexualidad, han permanecido muchos años sin garantía y sin el reconocimiento adecuado de su importancia para tener un adecuado bienestar físico o psicológico. Estas libertades referidas al manejo autónomo de la sexualidad y a la capacidad para expresarla en dichos términos, aplica por ejemplo a las personas homosexuales, quienes sólo recientemente han ido ganando terreno en el reconocimiento pleno de su identidad y sólo hasta ahora, con matices desalentadores, son tratados con adecuado respeto en consideración de su igual dignidad.<sup>59</sup>

Esto supone una idea fundamental para este trabajo y que alude a la forma de su desarrollo y estructura. Casos como los mencionados, muestran que el enfoque de las capacidades expresa adecuadamente la necesidad de que la lista de capacidades como derechos básicos esté abierta a la reconfiguración, lo que supone el mantenimiento de la tensión entre el ámbito abstracto de las formulaciones teóricas y las consideraciones prácticas en relación con el deber de reconocimiento específico requerido. En este sentido, el enfoque está abierto siempre a la argumentación, al punto de ser moldeada por la idea de que buenas razones muestren que una determinada libertad es esencial a la idea de dignidad humana y consiguientemente de adecuado reconocimiento.

Que el procedimiento de configuración de la lista de derechos básicos –capacidades– esté abierto a la argumentación, no supone que siempre puede ser remodelada o que se trata en todo caso de alguna forma de intuicionismo ingenuo. La acusación probable de intuicionismo es posible contestarla afirmando que la consideración de nuevas libertades como capacidades básicas y por tanto, como derechos fundamentales se limita, pues exige que toda argumentación parta de nociones concretas de la dignidad humana y no sobre vagas elucubraciones sobre ella. Esto se hace partiendo de las formas de vulneración y de reconocimiento debido que les corresponden; además es necesario, comparar, como de hecho lo hacen los jueces en los casos concretos, el derecho pretendidamente fundamental con otros derechos ya existentes, pues no hay que olvidar

---

<sup>59</sup> El debate actual surgido a partir de la sentencia C-577 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

que el procedimiento de interpretación se aplica en el marco de un sistema de derecho positivizado. Con todo, siempre existirán casos complejos, que el sistema deberá enfrentar con las herramientas propias de cada tradición.

Ahora bien, como el enfoque de las capacidades es incorporado en este trabajo como una continuación y desarrollo de lo que se ha denominado aquí una fenomenología positiva, este enfoque responde a la pregunta sobre qué se necesita para que una vida esté a la altura de la dignidad humana. Estos derechos humanos básicos reflejan las capacidades humanas básicas, no definidas en abstracto sino puestas de entrada en una lista, lo que distingue el enfoque de las teorías procedimentales. En este sentido, como se afirmó, la dignidad humana proviene no de la intuición simplemente, sino de la propia historia vital, de nuestro aprendizaje y nuestra relación con otros. Con este marco de interpretación y tomando en cuenta que existe un consenso real sobre el alcance de la tarea concreta de un gobierno, consistente en hacer que las personas sean capaces de llevar una vida acorde con su dignidad, Nussbaum afirmará que un orden político aceptable está obligado a garantizar un umbral mínimo de una lista de capacidades. La lista es al siguiente:

1. Vida. *Poder vivir hasta el término de una vida humana de duración normal; no morir de forma prematura o antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.*
2. Salud física. *Poder mantener buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar adecuado para vivir.*
3. Integridad física. *Poder desplazarse libremente de un lugar a otro; estar protegidos de los ataques violentos, incluidas las agresiones sexuales y la violencia doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección de cuestiones reproductivas.*
4. Sentidos, imaginación y pensamiento. *Poder utilizar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de un modo “verdaderamente humano”, un modo formado y cultivado por una educación adecuada que incluya (aunque ni mucho menos esté limitada a) la alfabetización y la formación matemática y científica básica. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación y la producción de obras y actos religiosos, literarios, musicales o de índole parecida,*

*según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de libertad de expresión política y artística, y por la libertad de práctica religiosa. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar el dolor no beneficioso.*

5. Emociones. *Poder sentir apego por cosas y personas externas a nosotras y nosotros mismos; poder amar a quienes nos aman y se preocupan por nosotros, y sentir duelo por su ausencia; en general, poder amar, apenarse, sentir añoranza, gratitud e indignación justificada. Que no se malogre nuestro desarrollo emocional por culpa del miedo y la ansiedad. (Defender esta capacidad significa defender, a su vez, ciertas formas de asociación humana que pueden demostrarse cruciales en el desarrollo de aquella.)*
6. Razón práctica. *Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la propia vida. (Esta capacidad entraña la protección de la libertad de conciencia y de observancia religiosa.)*
7. Afiliación. a) *Poder vivir con y para los demás, reconocer y mostrar interés por otros seres humanos, participar en formas diversas de interacción social; ser capaces de imaginar la situación de otro u otra.<sup>60</sup> (Proteger esta capacidad implica proteger instituciones que constituyen y nutren tales formas de afiliación, así como proteger la libertad de reunión y de expresión política.)* b) *Disponer de las bases sociales necesarias para que no sintamos humillación y sí respeto por nosotros mismos; que se nos trate como seres dignos de igual valía que los demás. Esto supone introducir disposiciones que combatan la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión u origen nacional.*
8. Otras especies. *Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural.*

---

<sup>60</sup> Esto es lo que se denomina en este enfoque la compasión, que será una parte esencial del cultivo de la humanidad y de la textura emocional requerida por las exigencias propias de esta perspectiva, de la que se espera también se nutran los jueces al momento de emitir sus fallos. En su cultivo, la literatura como parte de la educación emocional, de los sentimientos morales, será fundamental. Una buena definición es la siguiente: “*La compasión es, en buena medida, una cualidad de la imaginación: consiste en la capacidad de ponerse en el lugar del otro, de imaginarse lo que sentiríamos en caso de estar padeciendo una situación análoga.*”, en *El olvido que seremos*, Héctor Abad Faciolince, Alfaguara, 2009. Sobre la importancia de la educación de los sentimientos morales, desde otro punto de vista puede consultarse también, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*, Richard Rorty. Desde el enfoque de las capacidades aquí adoptado, dos textos son particularmente significativos: Nussbaum Martha, *El cultivo de la Humanidad: una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*, Paidós Básico, 2006; también, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, 2011.

9. Juego. *Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.*
10. Control sobre el propio entorno. a) Político. *Poder participar de forma efectiva en las decisiones políticas que gobiernan nuestra vida; tener derecho a la participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación.* b) Material. *Poder poseer propiedades (tanto muebles como inmuebles) y ostentar derechos de propiedad en igualdad de condiciones con las demás personas; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; estar protegidos legalmente frente a registros y detenciones que no cuenten con la debida autorización judicial. En el entorno laboral, ser capaces de trabajar como seres humanos, ejerciendo la razón práctica y manteniendo relaciones valiosas y positivas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores y trabajadoras.*<sup>61</sup>

Aunque el enfoque alude a las capacidades en general, Martha Nussbaum aclarará que dado el peso de cada persona como un fin en sí misma, no es posible la agregación de capacidades para su garantía sobre la base de una homogenización de una parte –o de toda- la población. Por otra parte, la diversidad de las capacidades y las posibilidades abiertas por la configuración de las lista a partir de la argumentación, otorgarán a cada capacidad como derecho básico un peso individual específico, de modo que no sea posible dar más de una a cambio de menos de otra, pues una vez puestas como derechos básicos de la Constitución será posible su reclamación individual. Este peso específico separado de cada uno de las capacidades por una parte, y la consideración de las personas como fines en sí mismas por la otra, permite asumir que es posible la modificación de la lista por medio de la argumentación, como se aclaró, así como asumir con toda consideración y seriedad el choque específico en un caso, de dos capacidades. Nussbaum llamará a esto colisiones trágicas, pues implicará siempre obrara de cierta forma incorrecta. De este modo, siguiendo a Sen, considerará que cuando esto ocurre, supone un costo muy elevado en términos de sacrificio de un derecho básico de una persona; lo que exige en adelante, las preguntas recurrentes acerca cuál es la mejor forma de interpretación posible con miras a que las personas no tengan que sufrir en el

---

<sup>61</sup> Nussbaum Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007. También aparece esta lista en *Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.*, (Trad. Albino Santos Mosquera), Barcelona, 2012. La primera aparición de la lista se encuentra en *Las Mujeres y Desarrollo Humano*, Ed. Herder, 2ª edición, 2012.

futuro, formas de privación o limitación basadas en ese tipo de elecciones trágicas.<sup>62</sup> Con todo, estas situaciones límite son las que exigen en el ámbito respectivo del Derecho, la formulación de teorías con niveles diferenciados de abstracción, de modo que sirvan siempre como referentes normativos-regulativos, sometidos también a la crítica y como modelos explicativos iniciales.

Esto es posible porque la abstracción de las capacidades se concreta a través del derecho constitucional y de los principios que integran el sistema visto como un todo. Este sistema, con base en las teorías y en los deberes surgidos a través de los esquemas de imposición de obligaciones internacionales, ofrecerá el escenario en el que el Estado adecúa el cumplimiento de sus obligaciones. El margen de interpretación se moverá entonces en los límites de las exigencias impuestas por el material de que se dispone para avanzar en develamiento del contenido específico de los derechos a medida que se presentan los casos, en una tensión constante entre la abstracción de las teorías y el progresivo proceso de concreción en el derecho constitucional. Esto no supone rigideces innecesarias en la interpretación, sólo supone formas de cualificación de las teorías de los casos y de los derechos de las personas que garanticen, por una parte el adecuado reconocimiento a la igual dignidad de las personas y su vida concreta y las restricciones de un sistema que le da peso a la fórmula política que se deriva de su Constitución en aras de la legitimidad.<sup>63</sup>

Ahora bien, dado que de lo que se trata es de la garantía básica por parte de la Constitución, de derechos humanos básicos como capacidades, éstos no deben confundirse con funcionamientos. En principio, tomando en cuenta perspectiva auténticamente pluralista de este enfoque, que supone niveles diversos en los que a las personas les es debido el reconocimiento adecuado y a que siempre el proceso de

---

<sup>62</sup> Nussbaum Martha, en *Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.*, (Trad. Albino Santos Mosquera), Barcelona, 2012.

<sup>63</sup> Una buena explicación de los límites propios del derecho y de las necesidades de legitimidad del sistema una vez se ha roto la conexión entre éste y el ámbito de lo sagrado en los Estados secularizados, en Habermas Jürgen, ¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de la legalidad? En *Doxa*, 5-02, pp.21-45.

interpretación supone el peso de la argumentación y la libertad de la persona, una cosa es que se garantice una capacidad como la buena salud –en términos generales- y otra que deba obligarse a las personas a tener siempre hábitos saludables en su vida diaria. Por supuesto que el Estado Social de Derecho puede comprometerse con objetivos valiosos que suponen el fomento de capacidades especiales que resultan en el florecimiento de otras en varios ámbitos de la vida. El ejemplo clásico de esto es la educación. Las normas distinto orden que desarrollan los principios constitucionales pueden comprometerse con la promoción de distintas capacidades y esto no siempre está sometido a la crítica en un camino de ida y vuelta entre la teoría y la práctica y sin que implique por supuesto, la promoción de nuevas capacidades y el amparo de formas diferentes de funcionamientos.

Esta forma singular de razonamiento sobre los derechos impone para el Estado Social de Derecho no sólo el ejercicio del equilibrio reflexivo, sino además una cierta forma de *equilibrio* que considere a las personas no sólo como sujetos racionales, sino además como sujetos que se orientan por nociones del bienestar diversas y cuya condición compartida, es además del ejercicio de la razón práctica, la vulnerabilidad física, moral y psicológica, como punto de partida del razonamiento, a partir de una percepción del ser humano y su dignidad como esencialmente necesitada de un entorno adecuado para su florecimiento en un sentido propiamente humano. Así pues, la lista de las capacidades como principios de la Constitución en el Estado Social de Derecho producto de la adopción de dicho enfoque, se corresponde con el requisito de coherencia de toda teoría, pues se mantiene entre la pretensión normativa de un ideal regulativo, que se realiza bajo la suposición racional y razonable de su expresión en teorías de pretensiones diversamente completas, como muestra del constructivismo, del pluralismo y del liberalismo político. En este sentido expresa no sólo la idea de las capacidades como principios constitucionales fundamentales y objetivos políticos valiosos, sino que además, bajo la pregunta sobre los que las personas son capaces de ser y de hacer, se preocupa por su vida concreta y el mundo real en que se desenvuelve.





## 3. Objetividad, equilibrios razonamiento

Hablar de objetividad exige plantearse el problema en términos también epistemológicos, pues de no hacerlo, bien pudiera acusarse el enfoque defendido aquí, de ser excesivamente intuicionista o cuando menos, de no abordar una discusión vigente y fecunda en la filosofía contemporánea. La perspectiva adoptada que sustenta la idea de objetividad general que se defiende aquí como tensión, es la epistemología de Quine pues además de su influencia permite entender de manera adecuada, la posibilidad de perseguir en términos epistemológicos una noción de objetividad que no implique la defensa de verdades absolutas o de nociones metafísicas. Desarrollada esta perspectiva es más simple entender las exigencias siguientes, en términos de la necesidad de dos formas de equilibrio y el desarrollo de la noción de un procedimiento objetivo que completen la concepción epistemológica del razonamiento.

### 3.1.- La referencia a la epistemología de quine- el modelo de “dos dogmas del empirismo<sup>64</sup>”

Quine considera que el empirismo moderno ha sido condicionado en gran parte por dos dogmas. El primero sostiene que existe una cierta distinción fundamental entre verdades que son analíticas basadas en significaciones y con independencia de consideraciones fácticas y verdades que son sintéticas, basadas en los hechos. El otro dogma del empirismo moderno es el reduccionismo, que parte de la creencia en que todo enunciado que tenga sentido es equivalente a alguna construcción lógica basada en términos que refieren a la experiencia inmediata.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> La reconstrucción de este texto de Quine está basada en gran parte en el artículo de Juan José Botero *Epistemología, Semántica, Ontología* en Ideas y Valores- Revista Colombiana de Filosofía, N° 115, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá Abril de 2001, págs 5 a 43.

<sup>65</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 50.

Así pues, Quine intenta rebatir la separación entre proposiciones analíticas y sintéticas y la teoría verificacionista incluyendo el programa reduccionista que está estrechamente ligado a ella. Quine interpreta la noción kantiana de analiticidad como afirmando que una oración es analítica cuando es verdadera en virtud de las significaciones de sus términos sin contar con los hechos o independientemente de éstos. Ahora bien, distinguiendo entre la significación y la referencia –distinción de la que Quine parte- no puede admitirse que existan entidades intermedias por lo que será deducible que el objeto de una teoría de la significación será el esclarecimiento de las nociones de sinonimia y de analiticidad de las oraciones.<sup>66</sup> Los enunciados analíticos según Quine, son de dos tipos, los que son lógicamente verdaderos y el resto. Un enunciado lógicamente verdadero puede ser el siguiente:

(1) *Ningún hombre no casado está casado.*<sup>67</sup>

Así pues, este enunciado será verdadero sin importar como Quine lo afirma, la interpretación que se le dé a los términos no-lógicos que contenga, es decir, sin importar la interpretación que se haga de los términos hombre y casado. Ejemplo del otro tipo de enunciados puede ser:

(2) *Ningún soltero está casado.*

Este enunciado puede ser transformado en una verdad lógica al modo del enunciado anterior, reemplazando uno de los términos no-lógicos que contiene por un sinónimo suyo. Así, si se cambia el término soltero por la expresión hombre no-casado, se tendrá una verdad lógica.

(3) *Ningún hombre no-casado está casado.*

Lo que hicimos aquí, fue cambiar uno de los términos el enunciado (2) para convertirlo en una verdad lógica. Ahora, surge la pregunta de cómo se cambió este término. Para poder hacerlo, se utilizó un sinónimo, en otras palabras, se utilizó el concepto de sinonimia. Si esto es así, habrá que explicar la noción de sinonimia sin recurrir a la de analiticidad, sino tratar de explicar ésta a partir de aquella.

---

<sup>66</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 6 y ss.

<sup>67</sup> Todos los ejemplos que aparecen en este trabajo corresponden a los mismos que Quine trae en su texto y son también los que aparecen en el ensayo de J.J. Botero ya citado.

---

Quine intenta resolver el problema de la noción de analiticidad explorando las posibles soluciones que éste tenga, en una revisión de diferentes posturas. Carnap trató de explicar la noción de analiticidad a partir de la noción de lo que él llama “descripción de estado”. Una “descripción de estado” es una atribución de valores de verdad a los enunciados atómicos o elementales de un lenguaje; de tal forma que una descripción de un estado posible del mundo se haría determinando para cada enunciado elemental si este es verdadero o falso para el estado en cuestión. Los enunciados complejos serían en esta propuesta, funciones de verdad de los enunciados atómicos, su valor de verdad estaría pues determinado, una vez se hubiera determinado este valor para los enunciados atómicos. De acuerdo con esto, los enunciados analíticos serían aquellos verdaderos para todos los mundos posibles, en este contexto, serían verdaderos para todas las atribuciones de valores de verdad a los enunciados atómicos del lenguaje.<sup>68</sup> Quine considera que la definición de Carnap es simplemente una reconstrucción de la noción de verdad lógica y no una definición de la noción de analiticidad y sólo podría cumplir su propósito en un lenguaje cuyos enunciados atómicos estuvieran separados o mejor fueran independientes unos de otros, cosa que sin embargo no sucede en el lenguaje ordinario como en los enunciados

(4) *Pedro es soltero.* Y (5) *Pedro está casado.*

Aquí los dos enunciados no son independientes uno del otro y sólo si lo fueran podría haber una descripción de estado en donde ambos fueran verdaderos. Por otra parte, esta definición sólo sería conveniente en un lenguaje donde no hubiera proposiciones sinónimas que crearan dependencia entre enunciados atómicos. Quine ha demostrado que la solución propuesta por Carnap no es conveniente. Otra solución sería la de tratar de reducir enunciados del tipo (2) mediante una definición. Sin embargo aquí el problema es de dónde saldría la definición, no podría ser de un diccionario, “esto equivaldría a poner la carreta delante de los bueyes”<sup>69</sup> pues en general quien elabora el diccionario presupone ya una noción de sinonimia que es precisamente la que es necesario aclarar. *Está claro que la “definición” que no es más que el informe del lexicógrafo acerca de una*

---

<sup>68</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 8.

<sup>69</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 54 y 55.

*sinonimia observada, no puede tomarse como fundamento de la sinonimia.*<sup>70</sup> Con todo hay una cierta definición que no se basa en sinonimias supuestas, la explicación. De lo que se trata en una explicación es de mejorar la definición refinando o complementando su significación. Sin embargo este género de definición presupone ya sinonimias, pues el objetivo de la explicación es el de preservar para la palabra que se define, el uso de ciertos contextos más o menos privilegiados y precisarlos para otros.<sup>71</sup> Otra posibilidad de definición que no presupone sinonimias es la introducir, por medio de una convención, nuevas notaciones, sin embargo Quine abandona esta posibilidad por considerarla adecuada pero insuficiente, pues aunque permite que se cree la sinonimia por convención, en todos los demás casos sigue siendo necesario presuponerla. Otra de las posibilidades exploradas por Quine, hace referencia al criterio conocido como ley de Leibniz, consistente en la Inter.-cambiabilidad en todo contexto sin cambios en el valor de verdad.<sup>72</sup> Sin embargo Quine la rechaza también por inconveniente. Lo que es necesario hacer entonces es aclarar el concepto de sinonimia que se está buscando de tal forma que pueda aclararse el problema. No se trata pues de una sinonimia como identidad completa que incluya todas las asociaciones poéticas o psicológicas posibles, sino más bien de una sinonimia cognoscitiva, de tal forma que pueda afirmarse que los enunciados soltero y hombre no-casado son sinónimos cognoscitivos y que el enunciado (6) *Todos los solteros y sólo ellos son hombres no casado* es analítico. Sin embargo esta afirmación tiene el problema de que para explicar la sinonimia recurre a la noción de analiticidad y Quine considera que debe explicarse aquella sin recurrir a ésta.<sup>73</sup>

Quine afirma que podría acudir a Carnap y su afirmación de que la dificultad para reconocer una oración como analítica se debe a la imprecisión del lenguaje común por lo que podría acudir a un lenguaje artificial, dotado de reglas precisas, en donde se formularía una condición de analiticidad para ese lenguaje, algo como *enunciado*

<sup>70</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 55.

<sup>71</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 8.

<sup>72</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 8.

<sup>73</sup> Excluyo de este trabajo la adecuada explicación de la noción de Inter.-cambiabilidad *salva veritate* proveniente de la ley de Leibniz, debido a que la explicación de ésta además de resultar sumamente compleja, pues implica un desarrollo lo menos técnico posible de la idea de la precisión adecuada de la extensión del lenguaje al que se aplica, lo que no estoy seguro de poder hacer, implica una extensión considerable del aspecto técnico de este trabajo. Por tanto me voy a limitar sólo a referir la última parte de las consideraciones de Quine acerca del trabajo de Carnap para pasar un poco a la parte final del ensayo al que se dedica este trabajo.

---

*analítico S con relación al lenguaje L, para S y L variables.* La regla general de esta forma establecería que dos términos son sinónimos cuando el enunciado de identidad que los liga es analítico y que dos enunciados son cognoscitivamente sinónimos cuando la proposición bicondicional en la que figuran es analítica. Quine identifica el problema de una regla tal consistente en que dichas reglas semánticas que especificarían que enunciados son analíticos para este lenguaje artificial, deberían contener ya la palabra analítico y sólo dirían que enunciados tienen dicha cualidad pero no qué se les atribuye.<sup>74</sup> Por otra parte las reglas semánticas sólo tendrían interés en el caso de que ya se supiera o tuviera claridad sobre lo que es analiticidad, pero no sirven de nada en la comprensión de esta noción. Tratar de elaborar un lenguaje artificial y recurrir a él puede ser útil para la aclaración de la analiticidad, pero sólo que el modelo artificial incluyera siempre un cierto esquema de los factores mentales, de comportamiento o culturales, relevantes para la analiticidad.<sup>75</sup>

La verdad depende a la vez del lenguaje y de hechos extralingüísticos, por tanto la verdad de un enunciado parece que contiene un componente de lenguaje y uno de hechos. Si esta hipótesis puede ser aceptada puede entonces afirmarse con razón que en cierta clase de enunciados el componente de hechos es nulo, y a estos es que corresponderían los enunciados analíticos. Sin embargo, a pesar de que esto parezca razonable no se ha trazado ninguna línea divisoria entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos, así la afirmación de que dicha línea debe ser trazada es en palabras de Quine “un dogma nada empírico de los empiristas, un metafísico artículo de fe.”

Ahora bien, si en la refutación del primer dogma Quine trae la noción de sinonimia de términos en la refutación del segundo trae la de sinonimia de enunciados, que se trata de un examen de la reorientación de las tesis de Locke y de Hume realizada por los empiristas del siglo XX, quienes ven en los enunciados y no en los términos el vehículo primario del sentido.<sup>76</sup> Quine afirma que la teoría de la verificación desde Pierce sostiene

---

<sup>74</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 9.

<sup>75</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 69.

<sup>76</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 10 y ss.

que el sentido o significado de un enunciado consiste en el método de confirmación o confrontación empírica del mismo, así pues dos enunciados serían sinónimos si y sólo si coinciden en cuanto al método de confirmación o invalidación empírica.<sup>77</sup> Por otra parte la analiticidad de un enunciado sería entonces el caso límite que queda comprobado de manera inmediata únicamente por el sentido de las palabras que lo componen.

En esta parte Quine examina una vez más una teoría o un intento teórico que ha tenido serias repercusiones dentro de los empiristas, a saber, el intento de Carnap en *La Construcción Lógica del mundo* que consiste en: “El reductivismo radical, concebido con los enunciados como unidades, se pone la tarea de especificar un lenguaje de los datos sensibles y de mostrar la forma de traducir a él, enunciado por enunciado, el resto del discurso significativa”.<sup>78</sup> En otros términos esta empresa reduccionista pretendía reducir todas las proposiciones científicas a proposiciones verificables inmediatamente, a través de la especificación de un lenguaje y unos procedimientos para traducir los enunciados de la ciencia en este lenguaje especificado.<sup>79</sup> Aunque el mismo creador de dicha teoría la abandonó más tarde, Quine le presta atención por la influencia y permanencia que ésta ha tenido entre los empiristas bajo la creencia de que a cada enunciado sintético, está asociado un único campo posible de acontecimientos sensoriales, de tal forma que la ocurrencia de uno de ellos añade probabilidad a la verdad del enunciado y también otro campo de acontecimientos del mismo tipo que de ocurrir eliminarían la referida probabilidad. Este dogma reductivista implica como lo anota Quine, que cada enunciado está aislado de los otros enunciados que lo acompañan, y que en este aislamiento puede tener confirmación o invalidación.

Quine introduce en este punto una noción –heredada según él de la doctrina de Carnap del mundo físico en el *Aufbau*<sup>80</sup> que espero explicar más adelante, cuando afirma que nuestros enunciados acerca del mundo que nos rodea, del mundo externo, se someten como cuerpo total al tribunal de la experiencia sensible y no individualmente, separados de los enunciados que lo acompañan. Ahora bien, si la unidad de significación no son

---

<sup>77</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 70 y ss.

<sup>78</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 73.

<sup>79</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 11.

<sup>80</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 75.

---

entonces los enunciados como acaba de afirmarlo Quine, la distinción entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos o de otro modo, enunciados que son verdaderos únicamente en virtud del sentido de las palabras y enunciados cuya verdad depende del cierto estado de la realidad se hace insostenible.<sup>81</sup> Ambos dogmas son pues además de idénticos en sus raíces insostenibles en sus consecuencias, la dicotomía entre analítico y sintético es un sinsentido que ocasiona muchos otros sinsentidos, la unidad de significación empírica es el todo de la ciencia.<sup>82</sup>

Quine supone y es que este abandono produce una orientación hacia el pragmatismo. Ahora bien, su afirmación doctrinal de que el todo de las ciencias es la unidad de significación empírica puede tomarse en este punto de dos formas. En la primera sugiere que no tiene sentido preguntarse por el significado de un enunciado aislado –lo que podría derivarse más específicamente de la refutación del primer dogma-. En el segundo caso, derivado del anterior, ningún enunciado tendría alguna significación empírica pues ésta es una cualidad de la colección completa de los enunciados que constituyen la ciencia. –refutación del segundo dogma-. Cada una de estas interpretaciones sugiere un tipo de holismo distinto, la primera un cierto holismo semántico y la segunda un holismo epistemológico. Explico esto.<sup>83</sup>

En la parte final del texto de que me ocupo Quine afirma que aquello que nosotros llamamos conocimiento, desde la historia hasta las más complejas leyes de la lógica o de la matemática, son una construcción del hombre que no tiene contacto con la experiencia más que a los largo de sus lados, de la periferia; así pues la ciencia es como un campo de fuerzas cuyas condiciones límite da la experiencia.<sup>84</sup> De esta forma cuando se presenta un conflicto con la experiencia en la periferia del campo, da lugar a reajustes al interior de éste y es necesario por tanto redistribuir los valores de verdad entre algunos

---

<sup>81</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 11.

<sup>82</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 76.

<sup>83</sup> La explicación que pretendo ofrecer aquí se enfoca en el llamado holismo epistemológico. La razón es que esta forma de holismo es la que tiene las mayores implicaciones y exige los mayores ajustes posteriores por parte de Quine. Además de esto el holismo epistemológico implica ciertamente el holismo semántico, pues son los enunciados de la ciencia en su conjunto los que adquieren significación, es decir, el cuerpo entero de la teoría la que adquiere significado y no los enunciados aislados.

<sup>84</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 77.

de los enunciados, siendo necesario revalorar otros dadas sus conexiones lógicas, pero siendo posible elegir siempre qué enunciados son revalorados a la luz de cada experiencia contraria al estado anterior del sistema, dada la circunstancia de la escasa determinación del campo por las condiciones límite. Quine refuerza su postura al afirmar que, un enunciado puede concebirse como valedero siempre, aun cuando se encuentre en la periferia, apelando a la posibilidad de estar sufriendo alucinaciones, siendo posible en todo caso revisar cualquiera de los enunciados del campo. Puede apreciarse la cierta radicalidad de la afirmación de Quine respecto de la necesidad de la visión unitaria de los conceptos de la ciencia entendida como un campo de fuerza, en otros términos es la totalidad de la ciencia<sup>85</sup> la que debe implicar las consecuencias observables de las oraciones científicas.<sup>86</sup>

Pero ¿qué es lo que hace que percibamos un enunciado como cercano a la periferia? Según Quine esto se debe a que percibimos como especialmente “hermanados” a estos enunciados con experiencias determinadas. Sin embargo, dicha relación o conexión particular refleja más que una cierta verdad apodíctica una flexible asociación que revela en la práctica la probabilidad de que en la práctica sea escogido para la revisión un enunciado en lugar de otro, cuando se presenta una experiencia imprevista. Quine afirma que en la escogencia de los enunciados a la hora de acomodar una experiencia negativa imprevista, nos orienta una cierta tendencia a perturbar lo menos posible el sistema en su conjunto y por esa razón escogemos esos enunciados que tienen una referencia empírica más precisa en oposición a los que se presentan muy teóricos, como los enunciados de la física, de la lógica o de la ontología, que asociamos más con una zona relativamente central del campo, presentando entonces poca conexión con algún dato sensible determinado.

---

<sup>85</sup> Sobre este punto Quine moderará su afirmación con el tiempo, asegurando que no se trata de la “totalidad de la ciencia”, sino que se trata de una porción significativa de los enunciados que componen la teoría. A pesar de esto, a mi juicio esto no varía en mucho el resultado que pretendo exponiendo la forma genética del argumento de Quine. Para una revisión de este punto puede consultarse Quine, W. V. O., “*Sobre los Sistemas del Mundo Empíricamente Equivalentes*” y “*Los Hechos Relevantes*” en, *Acerca del Conocimiento Científico y Otros Dogmas*, Ed., Paidós, Barcelona, 2001.

<sup>86</sup> Botero, *op.,cit.*, pág., 12.



---

Así pues, los objetos físicos que hacen parte de la ciencia como un instrumento destinado en última instancia a predecir la experiencia futura basada en la experiencia pasada, resultan más que fundamentalmente necesarios en términos de su estatuto epistemológico, convenientes, como pueden resultar convenientes a otra forma explicativa los dioses de Homero. Esto significa que en cuanto a su fundamento epistemológico los objetos físicos y los dioses de Homero difieren sólo en grado y no en esencia y la forma en que pertenecen a nuestras concepciones se corresponde con la cultura. La razón por la que los objetos físicos, o mejor el mito de los objetos físicos se considera epistemológicamente superior a otros mitos es porque se ha mostrado más eficaz “como procedimiento para elaborar una estructura manejable en el flujo de la experiencia”.<sup>87</sup> De esta forma en sentido epistemológico cada mito tiene la misma base y lo único que convierte a unos en mejores que otros es el grado en el que favorecen nuestro manejo de la experiencia sensible. Esto nos indica que la ciencia –total- esta determinada por la experiencia sensible, en palabras de Quine: *El contorno del sistema tiene que cuadrar con la experiencia; el resto, con todos sus elaborados mitos y ficciones tiene como objetivo la simplicidad de las leyes.*<sup>88</sup> Puede deducirse de lo dicho, que Quine considera que el pragmatismo juega un papel fundamental en la elección del ámbito de la ciencia que debe ser reajustado, en estas decisiones juega un papel importante entonces un cierto conservadurismo la búsqueda de la simplicidad, que no son otra cosa que pragmatismo, pues todos recibimos una cierta herencia científica y una constante confrontación con la experiencia sensible, o mejor una constante serie de estímulos y las consideraciones que entran en juego en la elección del moldeamiento de la herencia científica para que recoja estas experiencias nuevas son además de racionales, pragmáticas.

Putnam, coincidirá –por lo menos en principio con Quine- al afirmar que existe la necesidad de abandonar la tendencia de imaginarnos que toda pretensión de conocimiento está fijada antes, de forma previa a la experiencia, tratando de eliminar también esa consideración de que existe una fase intermedia entre los objetos que

---

<sup>87</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 79.

<sup>88</sup> Quine, *op.,cit.*, pág., 80.

percibimos y la mente.<sup>89</sup> Ambas propuestas coinciden además en una cosa obvia, el rechazo a la idea de una verdad absoluta, rechazo que vale también para la teoría de los derechos fundamentales, pues como lo afirma Putnam *“si la idea de una verdad absoluta y definitiva no tiene sentido en la ciencia, con mayor razón no tiene sentido en la ética o en el derecho”*<sup>90</sup>.

Siempre será posible generar nuevas teorías, el conocimiento en últimas es una labor permanentemente inconclusa y más aún en un ámbito como el de los como los Derechos Humanos. Siempre existirán teorías que intenten ofrecer mejores argumentos para explicar un fenómeno determinado: *“(…) cualquier formulación teórica que confiemos en diseñar, como sistema adecuado del mundo, será vaga: habrá otras empíricamente equivalentes, pero lógicamente incompatibles con ella”*<sup>91</sup>. Existirá por tanto siempre la posibilidad de decidir con buen juicio sobre las teorías que paulatinamente vayan apareciendo, pero teniendo en cuenta siempre, como actitud frente a la ciencia –incluido el Derecho-, que el sistema del mundo y de la sociedad en que vivimos se encuentra siempre ante la posibilidad de la existencia de teorías que en términos del campo de su objeto de explicación sean alternativamente equivalentes, sin que sea posible poder conciliarlas de alguna forma y sin embargo sin que sea posible decidir cual de las dos es verdadera y cual es falsa; lo que termina modelando o restringiendo de manera razonable las posibilidades de pensar en una verdad de algún tipo que permita zanjar definitivamente una discusión. En últimas los enunciados que componen el mundo en que nos ubicamos y las teorías que pretenden explicarlo, adquieren el contorno completo de sus implicaciones en el marco de la teoría en la que aparece y llamarlo verdadero es solamente reafirmarlo. Es probable que posteriormente sea necesario revisarlo porque resulte que es falso, pero eso será el proceso del propio descubrimiento en el desarrollo de la teoría. El punto es que no existe ninguna verdad extrateórica que permita corregir desde un punto en el exterior los errores en la teoría. No hay verdades más allá que aquellas a las que es legítimo aspirar a medida que a través del propio esfuerzo de

---

<sup>89</sup> Arango Rodolfo, Derechos, Constitucionalismo y Democracia, -Universidad Externado de Colombia- pág., 107.

<sup>90</sup> En Arango Rodolfo, Derechos, Constitucionalismo y Democracia, -Universidad Externado de Colombia- pág., 108.

<sup>91</sup> Quine, W. V. O., *“Sobre los Sistemas del Mundo Empíricamente Equivalentes”* en, *Acerca del Conocimiento Científico y Otros Dogmas*, Ed., Paidós, Barcelona, 2001, pág, 72 y ss.

---

construcción teórica, vamos remendando el mundo desde adentro<sup>92</sup>. Será la justificación de la teoría que se ofrece la que finalmente le permitirá en un momento determinado triunfar si es que estamos convencidos de que se trata de una teoría “verdadera”. No se trata de una reducción de nuestras aspiraciones a la verdad o de un cierto conformismo epistemológico. Por el contrario se trata de un esfuerzo serio por la consideración de la Verdad y la corrección de los modelos teóricos con que explicamos el mundo, en los justos términos en los que nos es posible juzgarlos. En últimas se trata de una apelación a un cierto papel de la igualdad en la decisión final sobre el abanico de modelos teóricos. Todos partimos del mismo punto y nadie se siente poseedor de alguna cierta verdad o lugar trascendente desde el que pueda juzgar las interpretaciones que del mundo hacen los demás. No se trata de relativismo cultural: *“La verdad, dice el relativista cultural, está ligada a una cultura, pero, si lo estuviera, entonces él, dentro de su propia cultura, debería ver su propia verdad ligada a su cultura como algo absoluto. No podemos proclamar el relativismo cultural sin elevarnos sobre él y no podemos elevarnos sobre él sin abandonarlo<sup>93</sup>.”* La consideración de varias teorías rivales lejos de ser una práctica de poca seriedad científica parece más bien un procedimiento bastante aceptado y razonable.

¿Qué se deriva de aquí para la teoría de los derechos fundamentales? Lo primero que en mi concepto surge es la posibilidad de una teoría como esa. Es posible argumentar en favor de una teoría de los derechos fundamentales y pretenderla correcta, sin caer por ello en la búsqueda de un cierta naturaleza esencial o verdad absoluta que revele el definitivo carácter y única interpretación posible de un derecho. El favorecimiento de una teoría de los derechos fundamentales es la apuesta por una postura que considera que abandonada la noción de que el hombre puede de algún modo conocer la esencia de –lo que sea que se entienda por humanidad, exige que sean éstos en términos de las consideraciones de sus posibilidades como hombres con capacidad para obrar y pensar por sí mismos quienes ejerzan el derecho a que cualquier limitación o desarrollo de sus potencialidades esté antecedida por una razonable justificación. Es precisamente esta consideración del hombre como libre –pero parte de un pasado, de una tradición, es

---

<sup>92</sup> Ibíd., pág., 73.

<sup>93</sup> Ibíd., pág., 74

decir, no desvinculado- la que va a constituir la base de toda la propuesta de “Una Teoría de los Derechos Fundamentales”, pues van a ser hombres libres quienes habrán de juzgar la interpretación de los derechos y quienes tendrán por correctas o no determinadas concepciones.

La forma en que se desarrolla la teoría se relaciona también con la consideración de los hombres que juegan en el ámbito de los posibles candidatos a juzgar la teoría, pues cualquier postura estará ligada siempre, a por lo menos dos condiciones, a la objetividad de la postura –lo que puede en últimas constituirse en una garantía para los posibles afectados por la interpretación de un derecho- en la forma explicada antes y sobre todo a un proceso *racional de argumentación* en el que la teoría pueda ser defendida adecuadamente. No se trata aquí de una exagerada confianza en la razón, la educación –en la que juega un rol importante la consideración crítica de la tradición- y los sentimientos juegan un papel importante en el respeto de los derechos y en la valoración de las posibles consecuencias –que deben ser tenidas en cuenta- de una determinada interpretación y consiguiente contenido de un derecho fundamental.

### **3.2.- La idea de un procedimiento objetivo**

En esta parte, la pretensión es mostrar cómo es que abandonado el ideal de un estándar de verdad absoluta, puede construirse una Teoría que tenga un rango de objetividad que le permita reputarse como válida. La idea es que este procedimiento que permitirá advertir la objetividad de la teoría tendrá que partir de bases comunes, pero con exigencias particulares dependiendo del sujeto y de su posición en un momento determinado. Así abran por lo menos dos niveles de este procedimiento, que en resumen se trata de un procedimiento argumentativo. Serán los argumentos y no la posición que se ocupa en la sociedad –sea ésta clase social o cargo de autoridad- la que determine la validez de la Teoría que en determinado momento se quiera hacer valer. Por eso juega un papel importante el tipo de persona del que se parte en la consideración de la propuesta.

Es necesario entonces mostrar cómo se construye este procedimiento y explicar cuál es el criterio que se utiliza para distinguir los dos niveles si se afirma que se parte de la consideración de personas libres, iguales y dependientes. Adelantando un poco el

---

argumento la noción aquí utilizada para distinguir los dos niveles de argumentación está determinada por el rol social e institucional de la persona que realiza el rol argumentativo. Se parte de una consideración simple ampliamente aceptada que consiste en afirmar que al Estado le corresponden ciertos deberes y exigencias mayores que al resto de ciudadanos comunes y que estas exigencias que se manifiestan en las garantías procesales para el desarrollo de sus funciones, son la expresión del Deber de Legitimidad que lo constituye y que justifica su existencia. Podría objetarse que esta distinción es artificial, porque la diferencia en las exigencias argumentativas solamente es de grado pues en últimas las personas siempre van a poder juzgar los argumentos del otro y someter a juicios los suyos. Es posible pensar esto, pero la idea de fondo que sostiene esta distinción además de la expresada anteriormente, es que las personas hacen usos diferenciados de su razón y no siempre, salvo que se encuentren en la obligación de hacerlo, están dispuestas a justificar plenamente sus consideraciones. En todo caso en un debate de este tipo bastará con que la persona ofrezca los argumentos para defender su postura, sin tener que mostrar cuales son las fallas de la argumentación de su contraparte, para decidir, lo que en todo caso debe siempre hacer quien interpreta los derechos y finalmente construye la teoría. Pero espero poder explicar eso mejor, más adelante. Puede también objetarse que de hecho si la propuesta es coherente el público al que está dirigido está claramente identificado, a saber, los jueces, y acaso el mundo jurídico en general. A esto puede contestarse que los derechos son garantías que incluyen a todos los ciudadanos, y que su importancia no se limita únicamente al caso en el que se ventila una posible violación a los derechos fundamentales de una determinada persona. Es cierto que en el fondo la pretensión es ofrecer una posibilidad teórica dirigida al ámbito jurídico y tal vez al que esté ligado a la academia. Pero pretender que este sea el único público es además de arrogante, en cierta forma contradictorio. La idea es que no sólo en controversias judiciales sino también en la vida diaria, las personas se enfrentan a situaciones en las sus derechos se ven amenazados por otros o confrontados en su ejercicio por una visión opuesta, y que lo mejor es tener la posibilidad de construir un marco de acuerdo probable en el que los enfrentamientos puedan ser resueltos entre sujetos que tienen ciertas preconcepciones de las que parten. Tal vez el presupuesto es que el hombre vive en sociedad, pero esto salvo consideraciones de casos muy particulares y poco representativos, es cierto.

Para especificar la forma de este procedimiento, voy a utilizar ciertas nociones provenientes de la filosofía de Martha Nussbaum y de John Rawls. No se trata de una exégesis de estas filosofías de estos importantes autores. Se trata más bien de una cuestión instrumental. Asumo la perspectiva de Martha Nussbaum como puerta de entrada al razonamiento y porque la fenomenología discutida en el segundo capítulo, impone consideraciones que doten de coherencia el enfoque y lo complementen con una forma de equilibrio que cumpla un rol distinto al e propuesta rawlsiana. Tomo partido a favor de la propuesta de Rawls, en lo que se refiere a su noción del constructivismo político, derivado del constructivismo moral de Kant, y de los elementos que involucra; para derivar de aquí una noción de objetividad en los términos aquí expuestos.<sup>94</sup> La importancia es que la noción de constructivismo, la imagen que supone resulta bastante seductora, pues el contenido del acuerdo en un momento determinado, será el resultado de un proceso de construcción paulatino que podrá verificarse.

### **3.2.1.- La noción de constructivismo en derechos fundamentales**

Dado que el enfoque de objetividad que se defiende en este trabajo cuestiona mantenerse en un nivel de abstracción que sea ciego a la consideración concreta sobre la forma en que las personas viven su vidas y fijan sus nociones particulares de bienestar, al equilibrio reflexivo debe acompañarlo una forma de equilibrio perceptivo que dote de la adecuada tensión al razonamiento y que mantenga en el texto, la idea de que el estilo, debe reflejar el objeto de discusión.

Sobre este trasfondo se asume la noción del constructivismo en Derechos Fundamentales que involucra solamente el objeto al que está referida la aplicación de este modelo teórico. Según Rawls la importancia de una noción constructivista descansa en el hecho de su vínculo con el pluralismo razonable y la necesidad de las sociedades democráticas de encontrar las bases de un acuerdo entrecruzado acerca de sus valores políticos fundamentales<sup>95</sup>, dentro de los que personalmente considero se encuentran los Derechos Fundamentales. Ahora bien, el constructivismo político, supone la noción de

---

<sup>94</sup> Tomar partido por la propuesta de Rawls se relaciona con la circunstancia de que él utiliza la propuesta de Quine en un sentido similar, o la considera acertada. Por tanto tomar partido por Rawls le permite a esta propuesta particular una cierta unidad y coherencia.

<sup>95</sup> Rawls John, *El Liberalismo Político*, Ed. Biblioteca de Bolsillo, Barcelona 2004, pág., 121.

---

equilibrio reflexivo, pero dado que se suma otra forma de equilibrio, los alcances normativos del juicio varían el contenido probable del acuerdo, pues deberá tener en cuenta los avances ganados sobre la noción de sujeto y de su dignidad. Esta noción completa es importante en el desarrollo de esta propuesta, por lo que es necesario explicarla por lo menos sumariamente. Hecho esto se le confiere al trabajo una cierta unidad que permita enlazar la construcción misma del procedimiento objetivo, con una noción epistemológica inmanente a la formulación misma de la teoría.

### **3.2.1.1.- El necesario mantenimiento de la tensión: El “*equilibrio perceptivo*”<sup>96</sup> Como la puerta de entrada al razonamiento**

El capítulo anterior, intentó explorar por la vía fenomenológica, la forma en que es posible reconfigurar al sujeto de derechos a partir de la consideración concreta sobre la constitución de su identidad y lo que resulta afectado cuando se niega el debido reconocimiento, que es nada menos que su relación práctica consigo mismo. A partir de allí, es claro que el fundamento de toda interpretación coherente con este sujeto, supone la contemplación sensible del sujeto de derechos como un sujeto principalmente vulnerable, que requiere del derecho –y concretamente de los jueces-, la consideración completa de dicha fragilidad como condición de posibilidad de un juicio con pretensiones de objetividad en un Estado, que como el Estado Social de Derecho fundamenta su fórmula política en dicha percepción de las personas.

La vía de exploración positiva en su proceso de elaboración llevará el razonamiento jurídico en la interpretación de los derechos a la pregunta concreta sobre qué es capaz de ser y de hacer una persona. Esta pregunta será el reflejo de aquello que puede ser destruido o malogrado cuando se menosprecia a las personas en su situación particular. Esto no supone un punto de partida arbitrario en ningún sentido, es sólo una modificación del procedimiento, pues deja de suponer la existencia previa de una forma de dignidad que se expresa anticipadamente en alguna forma de principio o de norma jurídica que pueda ser vista de manera separada en su reconstrucción del caso concreto. De esta

---

<sup>96</sup> Nussbaum Martha C., El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura, (Trad., Rocío Orsi Portalo y Juana María Inarejos Ortiz), Mínimo tránsito, Madrid, 2005, pp., 309-353.

forma la elaboración del razonamiento jurídico que da lugar a la aplicación del derecho en un caso específico deja de ajustarse al modelo simplista de la subsunción. Bien puede afirmarse que en cualquier caso esta elaboración del modelo de aplicación del derecho ya no se usa y que difícilmente algún jurista contemporáneo la defiende, con lo que la propuesta de dos formas de equilibrio en la aplicación del derecho pierde fuerza; más allá de que es posible probar que la forma clásica de subsunción todavía tiene un juego relevante en la interpretación del derecho, el punto de vista que defiende este trabajo, supone una representación de la experiencia, esto es, una atención delicada y sensible sobre aquello que puede ocurrirles y de hecho les ocurre a las personas en su vida cotidiana como parte del razonamiento; involucrando además la idea de que quienes juzgan, pueden comportarse como seres sensibles a las tragedias de quienes se encuentran bajo su jurisdicción y no son simplemente sujetos que desde el séptimo piso de un edificio resuelven desde sus privilegios, los casos que se les presentan como obligaciones tramitadas en el esquema de un procedimiento burocratizado. La pregunta básica acerca de qué es lo que es capaz de ser y de hacer una persona supone que la justificación fundamental del derecho como sistema se refiere a la condición de sociabilidad de las personas a partir de su consideración como seres vulnerables.

El modo en que esta singular forma de tensionante equilibrio se relaciona con el reflexivo, más ajustado al razonamiento jurídico en un sentido clásico, supone la exigencia de comparar la noción concreta sobre los derechos en el caso específico con las alternativas disponibles en el paisaje de las interpretaciones, teniendo como referente los ámbitos diversos de reconocimiento y los derechos humanos básicos expresados en las capacidades, todo ubicado en el escenario del caso y de las personas involucradas, de modo que se considere aquello que para éstas puede ser profundo, es decir, aquello que resulta trascendental a su modo de vida y su sentido de ella. De esta forma la prioridad simple de los derechos como principios universales y generales sobre las formas concretas de vida de las personas, descarta aspectos relevantes de la experiencia humana, como las emociones y la percepción de la particularidad.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Nussbaum Martha C., *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, (Trad., Rocío Orsi Portalo y Juana María Inarejos Ortiz), Mínimo tránsito, Madrid, 2005, pp., 309-353.



---

El equilibrio perceptivo pondrá el acento no tanto sobre nuestras capacidades racionales y las facultades derivadas de ella, que suponen la facultad de las personas para ser agentes en el mundo que se oponen con dicho poder a las circunstancias y a dejarse arrastrar por ellas y en ese sentido interpretados como seres morales y dignos. Ya se hizo alusión a la predilección del canon de la filosofía por esta visión del sujeto moral adoptada por el derecho en la forma clásica de la persona de derechos. La propuesta que aquí se defiende como respuesta adecuada en la interpretación de los derechos, supone entonces que desde el principio debe existir una curiosidad real por parte de quien interpreta los derechos, respecto a la situación real que se le presenta, consciente por consiguiente de la falta de autosuficiencia compartida que los une como personajes en un diálogo, con una actitud de apertura hacia el otro, considerándolo como sujeto particular constituido por la interacción entre la actividad sensible de las emociones y de la imaginación.<sup>98</sup>

La consecuencia de esta forma de percepción incluida en el razonamiento, supone que la interpretación de los derechos de las personas, no suponen entonces, la aplicación simple de normas establecidas previamente, sino que exige más bien, una ingeniosa aplicación del derecho sobre la base de lo descubierto como nuevo en el caso específico, como consideración adecuada de su complejidad y singularidad, por supuesto en el marco de un sistema jurídico que siempre deberá legitimar el alcance de sus decisiones, por lo que no cualquier aplicación por fuera de dicho marco es válida. De lo que se trata en este sentido, es de asumir que el razonamiento basado sólo en juicios reflexivos puede no ser la mejor manera de responder a los requerimientos de una reinterpretación del sujeto de derechos, y por tanto, que darle peso no sólo a las razones abstractas sino también a las consideraciones concretas y sus complejidades, así como sólo considerar los argumentos racionales dejando de lado las emociones, puede resultar insuficiente en vista a una idea de justicia y de reconocimiento adecuado. Así pues, la imagen del razonamiento basado en la idea de una forma de equilibrio que atiende a la percepción particular del caso concreto supone tomarse en serio la idea del reconocimiento y consiguientemente del bienestar de las personas igualmente dignas, al intentar en la interpretación de los derechos la conjunción práctica en un esquema coherente entre los

---

<sup>98</sup> Op., cit., p. 330.

principios generales expresados en cláusulas de derechos básicos y las percepciones sobre las vidas de las personas, de modo que sea claro en un proceso de ida y venida, que refleje la tensión inmanente al derecho, tanto el papel de las visiones concretas como de los principios generales en la decisión concreta de los casos sobre los derechos de las personas, en la perspectiva de una teoría siempre inacabada por una parte, y pretendidamente objetiva por la otra.

Lo dicho hasta aquí supone como trasfondo un análisis de la importancia de la literatura en el cultivo de la imaginación narrativa, en la educación de los sentimientos morales y en la formación ciudadana en general. Si bien no son elementos explícitos en el desarrollo del trabajo, dado que se trata de un trabajo que apunta en la dirección del estudio sobre la idea de objetividad en el derecho en el ámbito de su aplicación y por tanto se refiere fundamentalmente a los jueces, parto desde el punto de vista de su formación básica ciudadana y en este sentido supongo cierta figura ideal de juez, por lo que es posible acusar a este trabajo de asumir una paradójica visión idealista del juez. Aunque este trabajo no desarrolla una propuesta de la educación requerida por los abogados y jueces como actores del sistema que responda a las expectativas planteadas aquí, pretendo en la parte final de este trabajo, mostrar que de hecho, los jueces, aunque inconscientemente, pueden obrar con este tipo de virtudes, mostrando que el razonamiento propuesto no supone sólo una visión normativa —o ideal. Sino que de hecho puede ser una forma de interpretación práctica de fallos que lo expresan de cierta forma.

Es más importante en este punto, mantener la imagen del derecho como la de un arco; una visión de la tensión como lo propio de la interpretación del derecho y de la noción de objetividad que se defiende; la tensión entre la elaboración de las teorías y las percepciones de la práctica, entre las normas y sus supuestos de racionalidad universal y las necesidades de contemplación adecuadamente sensible al caso concreto, como expresión del debido reconocimiento y respeto a la dignidad de cada persona considerada como un fin en sí misma en un sentido auténticamente completo.

### 3.2.1.2.- El concepto de equilibrio reflexivo<sup>99</sup>

En “Teoría de la Justicia” se lee: “...yendo hacia atrás y hacia delante unas veces alterando las condiciones de las circunstancias contractuales y otras retirando nuestros juicios y conformándolos a los principios, supongo que acabaremos por encontrar una descripción de la situación inicial que a la vez exprese condiciones razonables y produzca principios que correspondan a nuestros juicios debidamente retocados y adaptados. Me referiré a este estado de cosas como “Equilibrio Reflexivo”. Es un equilibrio por que finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexiva puesto que sabemos a que principio se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos premisas de su derivación.”<sup>100</sup> El Equilibrio Reflexivo se interpreta políticamente como la herramienta que permite evaluar cuándo un ordenamiento social responde a la idea de justicia de cada individuo; en este sentido, el Equilibrio Reflexivo es un criterio de legitimación y rectificación constante en la realidad concreta de cada individuo. El problema de esta interpretación es que desemboca en un total intuicionismo, porque decir “equilibrio reflexivo” significará lo mismo que preguntar por la opinión del hombre del común acerca de cómo considera su gobierno. El equilibrio reflexivo no describe sin más la intuición, sino que la cualifica, la elabora, o mejor dicho, la construye de acuerdo con la teoría. Se interpreta también en una línea analítica como la pauta que establece las restricciones de modelado últimas de la posición original; en este sentido, es un constructo teórico del mismo alcance que la misma posición original o el velo de ignorancia, entre otros.<sup>101</sup> El inconveniente con esta interpretación es que limita al equilibrio reflexivo a una herramienta de evaluación de las partes en la posición original, con lo cual le cercena el componente moral que lleva implícito, pues las partes sólo están dotadas de racionalidad y de allí resulta imposible derivar cualquier concepto moral. Resulta más conveniente pensar, que el Equilibrio Reflexivo es el elemento articulador de los dos aspectos que se pueden distinguir en “Teoría de la Justicia”, es decir, reúne el aspecto teórico y el aspecto del contenido de “Teoría de la Justicia”. Esta distinción se

<sup>99</sup> Esta parte está basada en una ponencia escrita a cuatro manos con Juan Samuel Santos Castro, para el Coloquio de Estudiantes de Filosofía de la Facultad de Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Abril de 2002. Básicamente –en esta parte- sólo estoy parafraseando ese artículo.

<sup>100</sup> RAWLS, John, Teoría de la Justicia, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997, Pág. 32

<sup>101</sup> Cfr. GARGARELA, Roberto, *Las teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*

origina en dos consideraciones muy cercanas: la suposición de que a toda argumentación le es inherente sostener dos niveles de discurso, el que desarrolla el contenido mismo del argumento y el que toma a la argumentación por objeto.<sup>102</sup> Según esta primera consideración, el aspecto teórico podría tenerse en contraste con el contenido de la teoría.

La segunda consideración tiene que ver con lo que Rawls, y en general la corriente liberal, afirma que deben ser los principios de justicia, a saber, el fruto de un acuerdo en condiciones razonables. En tal sentido, los principios de justicia deben ser presentados para su elección como alternativas posibles, lo cual implica que haya cierta forma de compararlas. Así, en “Teoría de la Justicia” es inevitable la clasificación y la reflexión metaética, incluso de la propia justicia como imparcialidad. Según esta segunda consideración, el aspecto teórico puede llamarse metaético, y el de contenido, normativo. En la propuesta rawlsiana, el problema la justicia se plantea como una teoría dividida en dos partes: a) una interpretación de la situación inicial y el problema de elección que representa y b) un grupo de principios sobre los que se dice que habrá acuerdo. Las consecuencias de esta forma del planteamiento son: por un lado, que las concepciones que alientan unos determinados principios de justicia, elegidos razonablemente, puede ser explicada y justificada de esta manera y que tales concepciones deben llevar implícito el requisito de publicidad, puesto que al aplicarse a una pluralidad de personas sólo podrá llevarse a cabo, tal acuerdo, si éstas la conocen y saben que los demás la conocen. Lo que así se podría llamar “la estrategia contractualista de exposición”, dice Rawls, “se aviene a la condición humana”<sup>103</sup>. Sin embargo, se podría afirmar que esta última aserción solamente remarca el postulado metaético de que toda teoría moral debe poder confrontarse con las intuiciones morales de aquellos a quienes pretende convencer. Esto puede ser expresado también recordando que un argumento moral suele ser un argumento *ad hóminem*: se modelan unas circunstancias que cumplen dos características, primera, contienen ciertas condiciones morales y segunda, el escéptico estaría de acuerdo con el modelado. En un segundo paso se desarrollan las consecuencias del modelado como si fuera la aplicación de un ejercicio de deducción.

---

<sup>102</sup> Al respecto, ver PERELMAN, Chäim, *Tratado de la argumentación*, Madrid, Editorial Gredos, 1989, Pág. 297

<sup>103</sup> RAWLS, Op. Cit. Pág 29

---

Tales consecuencias deben ser aceptadas por el escéptico, porque de lo contrario se le acusaría de incoherencia. Hasta ahora sólo hay una prueba del modelado. Se convierte en justificación cuando el escéptico reconoce que las consecuencias deducidas lo obligan como postulados morales, por el hecho de haber aceptado el modelado.<sup>104</sup> Pero hay más. Es posible ver que la teoría moral se ajusta a los requisitos teóricos de cualquier teoría.

La teoría de la justicia tiene como objetivo la explicación del sentido de la justicia, es decir, el conjunto de intuiciones morales que tienen las personas sobre lo justo<sup>105</sup>. Como cualquier teoría es una forma sofisticada de referirse a una serie de experiencias que conforman el mundo<sup>106</sup>; supera sólo en grado al lenguaje del sentido común. Como cualquier teoría demarca sus límites mediante la construcción de cierta clase de objetos a los cuales se referirá en su desarrollo, o dicho de otra forma, no existiendo una relación ontológica entre la realidad y el lenguaje teórico, la teoría diseña aquello que debe ser explicado por ella misma dentro del amplio espectro que le ofrece la experiencia. Como cualquier teoría debe enfrentarse a un conjunto de hechos definidos por ella misma y que le otorgan validez. Estos hechos en la teoría moral son las intuiciones morales; los objetos, en la teoría moral son los juicios madurados en equilibrio reflexivo. Más específicamente, la teoría de la justicia debe dar cuenta de las intuiciones acerca de lo justo y los juicios madurados en equilibrio reflexivo referidos a la virtud de la justicia. Así pues, “Teoría de la Justicia” debe entenderse en este sentido como compartiendo rasgos similares con cualquier teoría; desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, es sólo una teoría entre otras teorías.

---

<sup>104</sup> Cfr. RAWLS Op. Cit..Pág. 524

<sup>105</sup> Acepto que esta afirmación puede resultar problemática o por lo menos discutible en una interpretación más comprensiva de la obra de Rawls.

<sup>106</sup> Ver QUINE, Willard Orman, “Las cosas y su lugar en las teorías” en *Teorías y cosas*, México D.F., UNAM, 1986. Es preciso aclarar que si bien se utilizan conceptos complejos y muchas veces problemáticos dentro de las discusiones de filosofía de la ciencia, tales como “mundo”, “realidad” o “experiencia”, no es el objetivo de este trabajo ahondar en su precisión, sino que se traen a cuento para expresar la idea de que la propuesta general de Rawls tiene un carácter demarcado por su propia naturaleza científica: posee conceptos meramente teóricos y conceptos propios de la concepción que defiende.

Una forma clara de expresar la distinción entre lo que se ha llamado conceptos teóricos y conceptos de contenido o concepción –en adelante simplemente conceptos y concepciones respectivamente- es diciendo que son teóricos aquellos que representan las cuestiones más importantes a las cuales debe dar respuesta cualquier teoría de la justicia que quiera dar cuenta de las intuiciones morales acerca de lo justo. Entre éstas pueden estar el problema del establecimiento de unos principios de justicia, la cuestión de cuál es la primacía entre ellos (reglas de prioridad), el interrogante de cuáles deben ser las condiciones ideales para definir los principios (la situación inicial), la pregunta por la concepción de persona y la naturaleza humana, la inquietud por una concepción de sociedad bien ordenada, el problema de la estabilidad de la sociedad y la cuestión de cómo la sociedad fomenta el bien individual al fomentar el bien social (el problema de la congruencia). Por el lado de las “concepciones” se puede decir que son aquellas formas en las cuales se responde y las respuestas que se dan desde cada concepción en particular a los conceptos teóricos. Entre estos y en la justicia como imparcialidad son ejemplos las formulaciones sucesivas de los principios de la justicia, la forma en que se aborda el problema de la distribución justa del poder y la riqueza (la justicia como imparcialidad toma al individuo peor favorecido teniendo en cuenta un índice de bienes primarios y luego recomienda la maximización del bienestar de esa posición representativa; mientras que el utilitarismo realiza comparaciones interpersonales de bienestar para luego sumarlas y maximizar el agregado de satisfacciones), la delegación a la indeterminación de ciertos problemas (p.ej. la determinación del bien de las personas dentro de la justicia como imparcialidad sólo está constreñido por los principios de justicia y derecho, mientras que en el cierta versión del utilitarismo el bien es definido como la maximización de la sensación placentera), el apuntalamiento de teorías externas (en la justicia de la imparcialidad se recurre a una teoría general del aprendizaje moral para explicar la motivación hacia la justicia de los individuos en una sociedad bien ordenada, mientras que el utilitarismo supone de entrada individuos benevolentes). Las “concepciones” caracterizan a cada concepción de la justicia; definen la manera de abordar los interrogantes planteados por los conceptos teóricos y en últimas el objetivo de la elección moral.

Así pues, la naturaleza del concepto de *equilibrio reflexivo* según la distinción anterior, parte de la consideración de la pregunta por cuándo es mejor una teoría que otra o en otros términos porqué no se cae en el completo relativismo si es que no hay una

---

conexión ontológica entre realidad y teoría. Una teoría resulta mejor que otra en cuanto explica de modo más eficiente y económico la realidad, al punto que en las ciencias naturales es posible partir de ella para el desarrollo de tecnologías. Es evidente que una teoría como la de la generación espontánea no permite el desarrollo de sofisticados medicamentos para tratar enfermedades. Ahora bien, en el campo de la teoría moral una teoría es mejor que otra cuando logra justificar adecuadamente nuestras intuiciones de lo justo en casos concretos, o en palabras del mismo Rawls: “... *lo que se requiere es una formulación de un conjunto de principios que, al ser conjugados con nuestras creencias y conocimientos de las circunstancias, nos condujesen a formular estos juicios con las razones en que se apoyan, si quisiéramos aplicar tales principios de manera conciente e inteligente. Una concepción de la justicia caracteriza nuestra sensibilidad moral cuando los juicios cotidianos que formulamos son acordes con sus principios.*”<sup>107</sup> Hay un criterio de eficacia similar en ambos tipos de teoría. El equilibrio reflexivo es el indicador teórico de cuándo se está en presencia de una teoría eficaz, por ejemplo, cuando las experiencias de las cuales trataba de dar cuenta la teoría de la gravitación universal se reducían al caer de las manzanas al suelo la formulación fue diferente a cuando las experiencias se ampliaron al caer de objetos en la luna o a la atracción de los planetas o a la atracción de las partículas subatómicas; sólo se logró el equilibrio reflexivo cuando los principios teóricos se modificaron para explicar esta serie variada de experiencias<sup>108</sup>. Lo mismo sucede en el caso de la teoría moral: la formulación de los principios se modifica conforme se amplía la gama de intuiciones concretas que se deben explicar. Así pues, el equilibrio reflexivo es un proceso de ajuste teoría-realidad, eso lo hace común a cualquier teoría, bien fuere científica o moral<sup>109</sup>.

No obstante lo anterior, el equilibrio reflexivo se particulariza en el ámbito de las teorías morales, pero más aún, en la justicia como imparcialidad. Tal particularización radica en que la construcción de la teoría moral conlleva la inclusión de ideales morales; no sólo cuentan los hechos de la naturaleza para explicar el sentido moral, sino que es necesario recurrir a ciertas convicciones generalmente compartidas, tales como que parece injusto

---

<sup>107</sup> RAWLS, John, Teoría de la Justicia, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997, Pág. 55 También ver Pág 61

<sup>108</sup> Esto no implica que el Equilibrio Reflexivo sea un estado de cosas histórico.

<sup>109</sup> Cfr. Con la cita a Nelson Goodman en Op. Cit. Pág. 32

que se sacrifiquen las libertades individuales a favor de beneficios para la mayoría, o que la distribución de los bienes y la riqueza dependa de circunstancias aleatorias y que no dependen de la voluntad de las personas. Cuando tales o similares ideales son incluidos dentro de la teoría moral se reivindica el carácter normativo de la misma, escapa de ser una simple descripción de la naturaleza humana, o un simple tratado de psicología.

La inclusión de ideales morales hace más efectiva la consecución del equilibrio reflexivo, por cuanto que las intuiciones se ajusten a los principios morales. El proceso de ajuste ahora es en doble vía teoría-realidad, realidad-teoría, teniendo en cuenta que la realidad de la teoría son las intuiciones morales. Es así posible afirmar que los individuos actúan por representación de una ley moral (recordando a Kant), aun cuando los juicios cotidianos no sean todos correspondientes a los principios morales se tiene un criterio que marca la dirección hacia lo correcto. El equilibrio reflexivo ha pasado de ser un simple instrumento teórico para convertirse en una concepción. Dicha concepción no es en todo caso completa, pues requerirá en todo momento, la contemplación del equilibrio perceptivo para captar adecuadamente la noción de justicia y objetividad que se defiende, que supone siempre la noción de un cierto tipo de sujeto como justificación de la fórmula política del Estado Social de Derecho y que reduce en ese sentido por la vía de la exploración fenomenológica de dos pistas el riesgo de intuicionismo.

### **3.2.1.3.- El constructivismo como procedimiento objetivo**

Hasta aquí se explicado brevemente la noción de Equilibrio Reflexivo. Pero no se ha mencionado qué utilidad tiene para la idea de Teorías Correctas de los Derechos Fundamentales. Ya se hizo referencia a la coherencia y pertinencia de la imagen que el constructivismo ofrece para la propuesta en general. Incluir la noción de equilibrio reflexivo, se justifica por lo menos por dos razones. La primera, porque en su explicación se evidencia un elemento de desarrollo del supuesto epistemológico que tiene este trabajo como base. La segunda, porque el equilibrio reflexivo es un concepto ya supuesto cuando se habla de constructivismo político, y la comparación en el uso que de este elemento hace el intuicionismo con respecto al constructivismo elaborada por Rawls no deja de ser atractiva. La razón es que Rawls intenta comparar el intuicionismo con el constructivismo, pues aquel supone la posibilidad de orden independiente de valores, y la función del equilibrio reflexivo estaría ligada a la comparación de los juicios con este



---

orden independiente de valores, mientras que en el caso del constructivismo la comparación estaría ligada a la forma de un procedimiento de construcción que tiene como estándares los principios de la razón práctica junto con las concepciones adecuadas de persona y de sociedad, consiguiendo representar los valores de una sociedad democrática, fundada en la circunstancia del pluralismo razonable<sup>110</sup>, y no la referencia a un orden externo e independiente. *“Pero, puesto que estamos usando a la razón para que se describa a sí misma, y no siendo la razón autotransparente, no hay que descartar que podamos hacer una mala descripción de la razón, como podemos hacer una mala descripción de cualquier otra cosa. La lucha por alcanzar el equilibrio reflexivo continúa indefinidamente, en este caso y en todos los demás”*<sup>111</sup>.

Los Derechos Fundamentales y las implicaciones de sus interpretaciones y de los límites de su ejercicio, deberán entonces estar enmarcados por estándares que respondan a un procedimiento de construcción y es claramente más aceptable. No es posible que en una sociedad montada sobre la idea del pluralismo, las limitaciones a los derechos de las personas estén ancladas a concepciones determinadas del bien o a concepciones comprensivas de la vida y la naturaleza como puede ser una determinada religión. Partiendo del pluralismo como una circunstancia innegable y de la noción del tipo de sociedad –democrática- y de las personas como libres e iguales, el constructivismo manifiesta una concepción en la que las personas entendiendo que deben vivir juntas, asumen una noción de la vida política compartida y someten el juicio de su razón a principios que manifiestan todas las condiciones de la vida política compartida y de la sociedad democrática y ordenada. El marco Constitucional que surge de aquí no tendrá que responder a concepciones comprensivas del bien que no todos aceptan, sino que estará más bien fundado en criterios en procedimientos de elección que manifiestan valores públicos como el bienestar, la estabilidad y la cooperación social, sin que esto implique que deban renunciar a sus concepciones particulares de la vida buena y sin que esto tenga que suponer que en algún momento se deba llegar a un cierto estatismo y rigidez en las concepciones, de hecho siempre se están juzgando –como se anotó arriba- ; pero en el marco de valores que se consideran importantes en la sociedad como la

---

<sup>110</sup> Rawls John, El Liberalismo Político, Ed. Biblioteca de Bolsillo, Barcelona 2004, pág., 127.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, pág., 127.

estabilidad. Es precisamente valores de este tipo los que se suponen. En otros términos el constructivismo lo único que construye es el procedimiento, de elección de unos principios de -Justicia- que se aplican a las instituciones básicas de la sociedad – como la Constitución- y que expresan nuestra condición como hombres libres e iguales, como capacidad de ser racionales y razonables, pero sin que se suponga un abandono de las concepciones particulares de cada persona. Se intenta construir un procedimiento objetivo, pero no personas o concepciones de vida buena; son estas consideraciones de la forma en que se dan en la vida cotidiana las que determinan el tipo de procedimiento y que favorecen en últimas la elección del constructivismo como muestra de éste. Este es pues el papel que juegan nociones como las de personas libres e iguales, el tipo de sociedad, el pluralismo y los valores políticos y sociales relevantes.

Teniendo en cuenta esto, es necesario ahora establecer las condiciones generales de lo que se va a considerar como objetivo. En primer lugar debe contarse con un cierto marco intelectual público que permita apoyado en evidencias alcanzar conclusiones, basado en criterios e indicios públicamente compartidos, de tal forma que sea posible aplicar la facultad de juicio y llegar a acuerdos. Por otra parte debe determinarse el criterio de corrección del juicio. Es decir, basado en el constructivismo no se puede apelar para la corrección del juicio a un orden externo e independiente de valores, sin que la corrección deberá estar sujeta a la forma en que se aplica el procedimiento, por lo que en últimas el estándar es interno y proporcionado por la coherencia en la aplicación del procedimiento y de las nociones de las que parte. Debe aportarse además un orden de razones que puedan superponerse a las razones del agente que un momento determinado deba juzgar la teoría y pueda ordenar su juicio. Ligado a esto el criterio de objetividad deberá superar las etapas reflexivas que le permitan tal cualidad, así no basta con que un agente particular piense que se trata de algo objetivo o que un grupo lo piense, es necesario distinguir entre las consideraciones privadas de las personas particulares y aquello que puede tenerse como objetivo. Finalmente la concepción de la objetividad debe aportar una descripción de la forma del acuerdo sobre el juicio, en el marco de las restricciones que modelan la construcción del procedimiento mismo<sup>112</sup>. Con todo, esta concepción de objetividad bosquejada por las condiciones arriba señaladas no supone un criterio de

---

<sup>112</sup> *Ibíd.*, pág., 143 y ss.

---

verdad. No es posible afirmar o negar la verdad de un determinado juicio en este marco. Esto rebasa las pretensiones epistemológicas mismas de la propuesta y la tornaría contradictoria, pues, como se mencionará más adelante, estos juicios que resultan en interpretaciones correctas de los Derechos Fundamentales, tienen un ámbito propio de utilidad y de funcionamiento y excede este espacio la afirmación o la negación de la verdad de un determinado juicio. Este ámbito es el público y el procedimiento objetivo permitirá el modelamiento de una forma de pensamiento y de juicio que aspire a convertirse en una base de abierta y pública de justificación ante ciudadanos que tienen las características tantas veces recalçadas, a saber, libres e iguales<sup>113</sup>. Resulta importante pues una base compartida de justificación pública, que parta de los llamados presupuestos de la justificación y construcción del procedimiento.

Hasta aquí se ha hecho referencia a la objetividad, pero no se ha aclarado cuál es el status de ésta. Es decir, no se ha especificado si se trata de un cierto tipo de objetividad, pues siendo coherente con la exposición de Quine, lo que parece es que existe una forma general de objetividad, que no se distingue sino solamente por tratarse de campos específicos del conocimiento, como la política y la física, o la biología y el derecho. La exposición de Quine apuntaba a ofrecer una concepción de la ciencia y del conocimiento en general que además de metodológicamente útil, resultaba convincente para abandonar la idea de una verdad absoluta fundada en algún criterio externo que es necesario revelar para alcanzar la objetividad de la ciencia. Es importante considerar que si bien la noción de verdad en el sentido mencionado era lo que quería contradecirse para dar paso a la posibilidad de una teoría de los derechos fundamentales ligada a un procedimiento del tipo aquí expuesto, la noción de objetividad estará determinada por el ámbito de validez y funcionalidad de la teoría de que se trate y en esto no creo que haya incoherencia con el fundamento epistemológico de este trabajo. Así pues el ámbito definido por la noción de objetividad que se busca está limitado a lo público, entendiendo por éste, por lo menos dos escenarios: el del mundo jurídico que incluye a las partes en controversia en un momento determinado –además de los jueces, los abogados y la academia- y el potencial de las personas y de la sociedad en general calificadas en los términos ya expuestos; la distinción es temporal y de grado. Lo que estoy tratando de

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*, pág., 146.

hacer es limitar el alcance de la aplicación de las consecuencias epistemológicas de este trabajo, especificando el ámbito en el que considero que tienen relevancia; distinguiendo de fondo los diferentes usos y espacios en los que se ejercita el juicio y en general las facultades de la razón. Este proceso de reconocimiento de un orden de razones que permita tener como objetiva una determinada interpretación irá ganando terreno y seguridad a medida que la práctica justificatoria entre personas cualificadas y con concepciones compartidas acerca de sí mismas y de la sociedad discuten, ejercitan y desarrollan la práctica interpretativa, de tal forma que sea posible si no eliminar el desacuerdo por lo menos sí, reducir las diferencias, entonces la noción de que hay razones objetivas se irá fortaleciendo. En últimas se trata de una práctica que se fortalece y se llena de mayor contenido con su ejercicio y no que viene dada por alguna concepción desde afuera. En el fondo siempre hay una apelación a la unidad y la coherencia interna.

Lo que he asumido aquí como procedimiento objetivo se instrumentaliza en la práctica discursiva. La idea general está anclada en la simplicidad de los recursos para explicar el desarrollo de la propuesta. Así como no resulta artificial suponer que podemos partir de una cierta consideración de la persona y de la sociedad y de valores políticos que se consideran fundamentales en ella, también considero que sostener que la discusión entre personas con estas cualidades desarrolla el procedimiento es una forma normal de considerarlo. He decidido además que los términos de la discusión y el uso de la razón esté limitado por el ámbito mismo del ejercicio discursivo. He querido dejar la práctica misma de la discusión despojada de ciertas cualidades o especificaciones que pueden en un momento dado parecer más complejas<sup>114</sup> y revestir de un cierto carácter artificial a este trabajo. He querido acudir a nociones de sentido común para modelar el procedimiento y darle coherencia a la propuesta en general, siendo si se quiere minimalista en las restricciones del procedimiento mismo. La idea es dejar a la concepción libre de determinados estándares que comprometan su uso y supongan ampliarlo. En el fondo lo que he querido es limitar el alcance mismo de las pretensiones

---

<sup>114</sup> En este punto me estoy refiriendo a los criterios expuestos en la propuesta de argumentación de Habermas. Sin embargo no es mi intención profundizar sobre este tema. Puede consultarse Habermas Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, también *El Discurso Filosófico de la modernidad- El contenido Normativo de la Modernidad-* Ed. Taurus

del trabajo. Restringiendo el uso del procedimiento y la metodología al ámbito de una discusión específica. Que pueda hacerse esto mismo en otros ámbitos es una cuestión que no tengo los elementos para resolver, pero que presumiblemente pueda hacerse.

La objetividad que se busca es modesta en sus pretensiones pues está limitada por el espacio mismo de su objeto y por tanto con un público limitado, pero que sin embargo puede ser ampliado, pues las restricciones están también determinadas en ciertos casos por valores social y políticamente relevantes, pero además por nociones de bienestar concretas. La idea de fondo es que de hecho esto sucede en la práctica, pues los mismos criterios de racionalidad funcionan en unos casos y en otros no resultan convenientes, pues pueden afectar estos valores, justamente por eso el ajuste en el razonamiento es constante y exige el intercambio entre los modos de equilibrio.



## **4.El sentimiento de injusticia y la interpretación de los derechos. El ejemplo de la Corte Constitucional**

Afirmar la centralidad de ciertas capacidades para el adecuado reconocimiento de la igual dignidad humana de las personas como realización de la concepción del sujeto que constituye el fundamento del Estado Social de Derecho, supone como se ha afirmado que debe garantizarse un mínimo umbral de esas capacidades que expresan los principios básicos constitucionales establecidos en la Carta Política.

Esto supone un peso sobre el derecho constitucional y la interpretación que de él se encarga asumiendo las dificultades que implica, como se afirmó en la introducción. El derecho constitucional y las acciones que instrumentaliza parecen ser el ámbito que mejor se relaciona con la postura asumida en este trabajo, pues está menos predispuesta hacia un formalismo obtuso que se centra en los argumentos legales técnicos sin abordar seriamente, en muchos casos, los derechos humanos básicos involucrados, ni siquiera cuando hacen parte de una tradición consistente en el sistema, por lo que no se elaboran preguntas concretas sobre las desventaja en que se ubican las personas y el eventual reconocimiento que les puede ser negado y las consecuencias que de esto se deriva.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Un ejemplo paradigmático de este tipo de procedimiento judicial, es la postura asumida por el Magistrado Gnecco de la Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia, que rechaza cualquier acción de tutela contra sentencias, sin considerar en nunca la particularidad que ofrece el caso, y sin ofrecer tampoco ningún argumento frente a los esgrimidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para admitir este tipo de acciones. Su actuación como juez constitucional en estos casos, se limita siempre a presentar el mismo salvamento de voto, cuando la mayoría de la Sala resuelve dar trámite a la acción de amparo.

Una de las ideas básicas de lo que se ha afirmado en este trabajo apunta a que existe una conexión conceptual entre la fórmula política del Estado Social de Derecho como fórmula de trasfondo para la interpretación del sujeto de derechos y concretamente los derechos básicos que le corresponde. La pretensión de igualdad real y efectiva que dicha filosofía política constitucional, supone una forma de equilibrio que atiende las condiciones concretas en que las personas viven sus vidas, además de las exigencias propias de un sistema que considera también valiosa la igualdad formal ante la ley. La tensión que expresa dichas exigencias, será la herramienta sobre la cual el juez proyecta su equilibrado juicio, como expresión del debido reconocimiento y respeto igual a las personas. La garantía de estos derechos básicos, será pues la misión fundamental del Estado como Estado Social de Derecho.

Otorgar a la personas, el debido reconocimiento como expresión de lo propiamente humano que le corresponde, supone un enorme trabajo, pues su establecimiento inicial se manifiesta de forma abstracta en cláusulas generales de derechos fundamentales que expresan las distintas esferas en que las personas esperan ser tratadas con justicia conforme a su dignidad. He intentado ofrecer una camino de investigación a través de una fenomenología de dos pistas –negativa y positiva- que brinda un avance importante en el camino de la interpretación en aras de la justicia y la objetividad, pero se requiere siempre, como se afirmó, la elaboración concreta de cada uno de los derechos en la tensión entre la abstracción de las teorías y de las normas por una parte, y de las particularidades del caso y de las personas y las nociones de bienestar que involucra, de modo que sea posible ir fijando progresivamente umbrales –mínimos- cada vez más amplios de reconocimiento.

La excepción de inconstitucionalidad y la acción de tutela parecen ser en nuestro sistema la muestra de herramientas concretas por medio de las cuáles el derecho en el Estado Social reinterpreta los deberes de generalidad de las normas. Ahora bien, dado que existen casos en los que es inevitable la afectación o de un derecho fundamental, y teniendo en cuenta la afectación que esto puede producir en la persona en su relación práctica consigo misma, dicha decisión es como se mencionó, una decisión trágica que impone sobre el juez una carga de argumentación en gradientes, de modo que a mayor afectación, mayor es la necesidad de implementar una medida o de restringir un derecho fundamental. El test de ponderación elaborado, desarrollado y ajustado por la Corte Constitucional en su



jurisprudencia parece ser una buena muestra de esta forma de razonamiento e interpretación de los derechos en esta perspectiva.

La concreción de los principios básicos consagrados como derechos fundamentales en la Constitución va alcanzando la definición de sus contornos a medida que avanza la jurisprudencia de la Corte. Como lo afirma Quine, no hay certeza de encontrar una verdad absoluta y tampoco que el progreso sea en alguna dirección como esta, no obstante parece ser que la argumentación expresada en las teorías a que da lugar la interpretación parece permitirnos cuando menos alejarnos de interpretaciones consideradas francamente erróneas. Un buen ejemplo de esto parece ser la evolución del derecho a la salud, modelado en sus inicios solamente como derecho fundamental por conexidad con derechos más claramente fundamentales como la vida, y alcanzando su autonomía y fundamentabilidad paulatinamente hasta la sentencia T-760 de 2008<sup>116</sup> que recogiendo toda la jurisprudencia sobre derecho a la salud, resuelve el debate finalmente definiéndolo como derecho fundamental autónomo, permitiendo que los desarrollos posteriores se refieran no a la discusión sobre dicho carácter sino más bien a lo que implica en cada caso en concreto.

La forma de razonamiento progresivo expresado en términos generales por la jurisprudencia de la Corte Constitucional parece en este sentido responder bien a la forma de razonamiento de los jueces que se ha intentado modelar en este trabajo. La preocupación por la formulación cada vez más elaborada de problemas jurídicos que orienten el pronunciamiento de la Corte en cada caso es una buena muestra de la implementación judicial de las capacidades centrales como derechos fundamentales que se preocupan por el debido reconocimiento a las personas; pues a medida que se va respondiendo a las preguntas que plantean estos problemas sentencia tras sentencia, se van encontrando como mejor claridad las fronteras de los derechos y las conexiones posibles que implican con miras a las pretensiones de justicia y objetividad. Esto no supone que todas las formulaciones de problemas sean buenas preguntas orientadoras en el propósito descrito, en muchos casos estos no ocurren, pero en otros hay ejemplos

---

<sup>116</sup> MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

sobresalientes<sup>117</sup>; así como en muchos casos la jurisprudencia puede variar dejando a un lado una delimitación de un derecho que se consideraba progresiva. No obstante la referencia a la importancia de los precedentes –y de la argumentación- dentro del sistema y los demás actores del escenario, como los abogados y la academia juegan como veedores externos del proceso y como limitaciones concretas al alcance de dichos cambios.

Esto permite modelar las características de un razonamiento implementado por los jueces, sobre la experiencia concreta de la Corte Constitucional, que sirva como modelo explicativo y que responda a las exigencias de las pretensiones de justicia y objetividad y que por tanto se enmarque dentro de los presupuestos del enfoque aquí defendido. La primera de estas características es la relevancia del peso separado de cada derecho. Esto es lo que explica la necesidad de implementar el test e incluso de adoptar una metodología combinada de éste que permite la profundidad analítica de una tradición, la alemana, con la utilidad práctica de otra, la estadounidense. Por otra parte, dada la importancia de las consideraciones concretas sobre las diferentes formas de vulneración y las correspondientes de reconocimiento, exploradas y desarrolladas a través de la fenomenología adoptada, expresadas en formas concretas primero en capacidades y luego en derechos, una segunda característica es el gradualismo de las interpretaciones. La objetividad no riñe con esta idea, más bien se atiende a ella como lo razonablemente alcanzable, de modo que las fronteras de los derechos se definen con el tiempo, las sentencias y los casos, siendo posible que lo que era admisible en un momento, pase a estar por debajo de lo permitido conforme el debido reconocimiento a medida que la investigación y las interpretaciones pasan.

En tercer lugar, tomando en cuenta que la noción de sujeto modelada implica la adecuada consideración por la idea de bienestar de cada persona, el contextualismo es otra de las estas características de la interpretación en este enfoque. Esta característica expresa, lo antes afirmado sobre el mantenimiento de la tensión, pues los principios abstractos de normas generales se materializan a propósito de un caso y un contexto concretos. Dichos principios se reinterpretan y se ajustan en un camino de ida y vuelta,

---

<sup>117</sup> Un seguimiento al trabajo de la Magistrada de la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa puede ofrecer un buen ejemplo actual de esto, aunque con seguridad no es el único.

que suponga una mirada realista al mundo de la vida en el que las personas se desenvuelven y formulan sus pretensiones de justicia.<sup>118</sup> Un ejemplo reciente ilustra esto. En el caso de la sentencia T-752 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), la Corte debe preguntarse si en casos sobre el derecho a la salud, existe temeridad, cuando las personas para acceder a las prestaciones de salud que requieren con necesidad, interponen una acción de tutela y luego lo hacen nuevamente pasado el tiempo con la misma pretensión. La Corte llega en este caso a la conclusión, que pese a que en principio está prohibido interponer dos veces la acción de tutela con las mismas pretensiones, cuando las condiciones concretas de la personas cambian, concretamente, cuando se presentan nuevas violaciones de su derecho a la salud incluso por las mismas partes y referido a los mismo servicios, la acción de tutela no es temeraria y debe tramitarse. En este caso la Juez del caso, antepone la circunstancia concreta de la situación de salud de la persona y del funcionamiento de aseguramiento, para aplicar una regla de modo profundamente humano, para atender los derechos fundamentales de varias personas. Afirma la Corte en uno de los apartes de la sentencia:

“(…) cuando un juez constitucional tiene noticia de que un usuario del Sistema de Salud presenta una acción de tutela con identidad de partes y de pretensiones de una acción anterior, tiene el deber constitucional de verificar si la situación de salud del peticionario ha variado, entre el momento en que se presentó la primera acción y la presentación de la nueva tutela, teniendo en cuenta las circunstancias ya expuestas, como el cambio de edad, el deterioro del estado de salud, y la formulación reiterada de un servicio médico. El juez de tutela sólo puede decretar la temeridad de una acción cuando ha constatado que no hay circunstancias nuevas relevantes entre las acciones en cuestión, pues de lo contrario, en el escenario en declare la temeridad de una tutela, no habiendo lugar a ello, estaría vulnerado el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia del usuario, al

---

<sup>118</sup> Nussbaum Martha, en *Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.*, (Trad. Albino Santos Mosquera), Barcelona, 2012, pp. 206 y ss.

dejar al interesado sin un pronunciamiento de fondo sobre su derecho fundamental a la salud.”<sup>119</sup>

Este mismo caso permite ilustrar una característica más de la interpretación defendida en este trabajo, y consiste en la debida atención a las minorías o personas que se encuentran en desventaja, por lo que sus derechos tienen una protección constitucional reforzada. En esta sentencia de hecho, una parte de los reproches de la Corte Constitucional a los jueces, consiste justamente en la falta de atención a los derechos de las personas involucradas, pues se trata de sujetos de especial protección debido a su condición de debilidad manifiesta a causa de su enfermedad o de su edad, y en general de sus padecimientos, al punto que el no reconocimiento de dicha condición, supone la negativa del debido reconocimiento a su igual dignidad.<sup>120</sup>

Vale la pena finalmente mencionar algo más. El tipo de razonamiento defendido en este trabajo, la epistemología sobre la que se basa y la idea de objetividad que pretende sostener, supone el rechazo de las visiones que afirman que la respetabilidad del derecho como campo académico y de investigación se basa en una forma de cientificidad sustentada en la vida práctica en razonamientos puramente deductivos. Desde el punto de vista de este trabajo, una perspectiva como esa ignora que el derecho también puede ser –y de hecho es principalmente- un campo de lo propiamente humano, de modo que las pretensiones de objetividad del razonamiento persigan a la vez que el avance del conocimiento y la coherencia del sistema el reconocimiento de nuestra condición como seres vulnerables además de racionales.

En el capítulo segundo se afirmó que un enfoque como estos suponía referirse a la educación de los sentimientos morales, pues exige de las personas cierto tipo de sensibilidad orientada por su relación con los otros. Dado que este trabajo se limita al ámbito de la adjudicación del derecho es necesario decir algo en relación con el papel del juez en este proceso de educación. Los jueces ofrecen interpretaciones de los derechos y en tal sentido influyen sobre la forma de ver el mundo, de las personas sometidas a su

---

<sup>119</sup> Sentencia T-752 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa).

<sup>120</sup> Nussbaum Martha, en *Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.*, (Trad. Albino Santos Mosquera), Barcelona, 2012, pp. 207 y ss.

juicio y a más personas dependiendo del grado ascendente en la jerarquía judicial. Es difícil de negar la influencia que ha tenido en los derechos y la percepción que de ellos y de sí mismas tienen las personas, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al punto que no es descabellado afirmar que buena parte de la percepción de ciudadanía forjada como resultado de la Constitución del 91 ha sido el resultado de dichos pronunciamientos. En ese sentido se trata no sólo de la caracterización del razonamiento judicial sino de algún modo, de ofrecer una idea de un buen juez a propósito de lo que en concreto hacen, pues sus fallos –como se dijo- no son sólo respuestas sistemáticas o burocráticas a un problema, son además expresiones que como cuadros, señalan la capacidad de imaginar vívidamente y luego juzgar judicialmente, la situación y el dolor de otra persona, permitiendo aprendizajes sobre la vida humano y aquello que constituye su patrimonio, permitiendo la generación de emociones como la empatía y la compasión. El cultivo de la humanidad también proviene de las sentencias de los jueces.<sup>121</sup>

La sentencia que declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en las cárceles, la sentencia T-153 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), no sólo es importante por el trasfondo de la decisión y sus consecuencias en el régimen penitenciario y carcelario del país. Una parte fundamental de esa sentencia –tal vez la más importante en mi opinión- es la radiografía que hace de la situación de las cárceles, valiéndose de un narrativa poderosa que convoca nuestra imaginación y compasión sobre la situación de seres humanos, que más allá de la atribución de responsabilidad por sus errores, se enfrentan a la negación de los derechos fundamentales más básicos. La sentencia sustenta su fuerza propedéutica para la ciudadanía democrática al ofrecer una visión con textura de las personas recluidas en las cárceles. Vale la pena citar apartes de la sentencia que dan cuenta de ello:

11.1.6. A las 8 :30 p.m. se inició la visita nocturna del establecimiento. Estuvieron presentes el subdirector, la defensora delegada para asuntos carcelarios y penitenciarios, su asesor jurídico y algunos miembros del comité de derechos humanos. Luego de finalizado el conteo de los internos,

---

<sup>121</sup> Nussbaum Martha C., Justicia Poética, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.

se visitó el Pabellón de Aislados, en donde se encuentran recluidas las personas sancionadas por causa de la comisión de una falta, o las que piden ser internadas allí, por motivos de seguridad personal. En este pabellón se experimenta una impresionante sensación de hacinamiento. En una celda de 2M x 2.5M, con dos camastros, se encuentra un promedio de cinco a seis personas. Las celdas dan a un pasillo, el cual, a su vez, desemboca en un sector de la cárcel por el que pasa una cañería que despide olores fétidos. No hay luz en el pasillo. Las celdas no tienen suficiente ventilación.

(...)

En el primer piso, se verificó que en el piso de la rotonda - el área común que precede los pasillos donde se encuentran las celdas - estaban durmiendo muchos internos. En este pabellón no hay alcantarillado. Por eso, no se dispone de inodoros, sino de letrinas. El espacio designado para las letrinas estaba totalmente copado de internos durmiendo.

En el recorrido al tercer piso del pabellón, las escaleras se volvieron aún más empinadas y oscuras. Las paredes estaban en pésimo estado. Se percibía un olor fétido, muy penetrante. Sobre el piso de la rotonda - un espacio de 22 metros cuadrados aproximadamente - había alrededor de 90 personas durmiendo. No había luz. No se podía ver absolutamente nada. Sólo se sentía la presencia de muchas personas por su respiración. Faltaba el aire, no había ningún tipo de ventilación y el olor era nauseabundo.

Para inspeccionar las letrinas, fue necesario caminar solicitando permiso a los presos que se encontraban durmiendo en el suelo, y pisando una que otra cabeza. En este espacio también hay presos. Tiene aproximadamente 10 metros cuadrados y en él se encontraban, según voces de los mismos internos, alrededor de 60 personas. El olor es nauseabundo. El monitor del patio manifiesta que allí es donde se incuban las enfermedades. Otro recluso agrega que en ese lugar empezó la epidemia de varicela, que azotaba en ese momento a la cárcel.

(...)

Las inspecciones judiciales se iniciaron en horas de la mañana y se prolongaron hasta altas horas de la noche. Ello permitió obtener una imagen real de la situación de hacinamiento. En el caso de Bogotá, la comisión judicial pudo observar cómo algunas zonas comunes colindantes con los

pasillos donde se encuentran las celdas - que originalmente estaban destinadas para realizar actividades durante el día y reciben el nombre de rotondas- estaban atestadas de personas acostadas directamente sobre el piso, cubiertas con una simple frazada, y expuestas al frío propio de la noche en la ciudad. Incluso en las zonas de los baños se encontraba un gran número de personas durmiendo sobre el suelo. La congestión de esas zonas era tal que la persona que deseara moverse por allí tenía que poner mucha atención en los pasos que daba para no golpear a los reclusos que dormían.

El hacinamiento se evidenciaba también en los pasillos. En los corredores aledaños a las celdas yacían también muchos reclusos, y en las celdas mismas se observaba que dormían, dependiendo del patio, entre 3 y 6 internos, a pesar de que habían sido diseñadas para albergar a una sola persona.

Cabe aclarar que en algunos pabellones el grado de hacinamiento era superior al corriente, por cuanto los reclusos de algunos patios que estaban siendo refaccionados habían sido trasladados a los patios colindantes. Sin embargo, este hecho no desvirtúa las apreciaciones formuladas acerca del estado de congestión del establecimiento carcelario. En efecto, también en los pabellones que mantenían su población normal se pudo observar gran cantidad de personas durmiendo en las llamadas rotondas. Incluso en el pabellón 1 se pudo ver cómo varios internos habían labrado un hueco en la base del cuerpo de la escalera para poder dormir dentro de él. Asimismo, en el último piso de este pabellón los internos habían clausurado los baños, para hacer dormitorios en ellos. El baño lo habían trasladado, entonces, hacia el túnel por donde corrían las tuberías y los cables. Pero, además, cerca de una docena de internos, acuciados por la necesidad, había trasladado a ese túnel - húmedo y oscuro - sus efectos de dormir.

(...)

Las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son

motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados.

8. Las conclusiones extraídas por la comisión judicial no representan una gran novedad. En efecto, las visitas no hicieron más que confirmar las afirmaciones que, desde hace algún tiempo, habían sido expuestas por distintos organismos estatales acerca de las condiciones inhumanas que reinaban en estos y en otros centros de reclusión.<sup>122</sup> Además, para ningún colombiano que mire la televisión, oiga la radio o lea la prensa constituye un secreto que las cárceles colombianas atraviesan por situaciones infernales de hacinamiento. Incluso los directores de las cárceles aludidas, los directores del INPEC, el Ministerio de Justicia y el gobierno en general reconocen que las condiciones de albergue en esos penales no responden a los requerimientos mínimos para poder funcionar como tales.

Por lo tanto, resulta verdaderamente inficioso pretender describir nuevamente las circunstancias en las que viven los reclusos. Los adjetivos y expresiones utilizados para exponer las circunstancias de vida en esos centros de reclusión se han convertido ya en lugares comunes, en frases de cajón. Por eso, para esta sentencia bastará con confirmar las aseveraciones formuladas en los distintos informes y remitir a ellos a los interesados. La reconstrucción de esta realidad dolorosa le corresponderá quizás a la literatura, despiadada acusadora de las sociedades ante la historia.”<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Ver, por ejemplo, el documento elaborado por la Oficina Permanente de Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación, de noviembre 24 de 1997, titulado “Situación penitenciaria y carcelaria del centro carcelario del Distrito Judicial Santa Fe de Bogotá ‘La Modelo’”; el “Informe evaluativo general de las visitas interinstitucionales a la Cárcel del Distrito Judicial de Bellavista”, elaborado por la Dirección General de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, seccional Antioquia, en 1996; el “Informe General Cárcel Bellavista”, elaborado por la Defensoría del Pueblo, regional Medellín, en 1996; el escrito elaborado por la Personería de Medellín, en 1995, titulado “Informe sobre la cárcel del distrito judicial de Medellín, BELLAVISTA”; el informe sobre centros carcelarios en Colombia denominado “Proyecto piloto para la creación de las condiciones mínimas de rehabilitación de los reclusos en Colombia”, elaborado por la Procuraduría General de la Nación, en 1994; los informes anuales de la Defensoría del Pueblo; el informe presentado por la Comisión de la Cámara de Representantes encargada de realizar un diagnóstico de la situación carcelaria en el país, publicado en la Gaceta del Congreso N° 279, de julio 22 de 1997; el documento CONPES N° 2797 de julio de 1995, etc.

<sup>123</sup> Sentencia T-153 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).



En la sentencia T-632 de 2010<sup>124</sup>, la sentencia de *El Señor K...*, la Corte Constitucional tuvo que resolver el caso de una persona que consideraba que se vulneraba –entre otros- su derecho a la privacidad, cuando aparecía divulgada en su certificado de antecedentes judiciales, sin su consentimiento, cierta información sobre su pasado que además de avergonzarlo, le podía acarrear la pérdida de su trabajo como profesor universitario. Argumentaba que razonablemente una parte importante de su trabajo como docente suponía el mantenimiento de cierta imagen decorosa que podría verse afectada si en dicho documento permanecía la referencia a una condena pasada, cuando además dicha pena ya se encontraba prescrita. Desde la reserva del nombre del accionante y la titulación de la sentencia con una clara alusión literaria, que evoca nuestra conexión con la situación de esa persona, la Corte tuvo que preguntarse entonces sobre el alcance de la competencia de las autoridades para guardar datos de las biografías de las personas, sobre su utilidad y sobre el uso que en una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales tiene esa información. Por supuesto que la necesidad de hacerse esa pregunta se enmarcaba en el actual contexto de sociedades altamente digitalizadas en donde buena parte de la vida de las personas se encuentra guardada en bases de datos, por lo que la Corte debía partir de dicha circunstancia. La forma de comunicar esta circunstancia concreta y las limitaciones razonables que impone el uso de dicha información la hace la Corte a propósito de una metáfora utilizada 18 años antes por la Corte para expresar la misma restricción. La imagen de *una vida como la de un pez en un acuario* le permitió a la misma Corte en la sentencia T-022 de 1993<sup>125</sup>, establecer las limitaciones razonables que conforme a la Constitución debe tener el uso de la información acopiada en bases de datos. El poder de la metáfora que evoca la imaginación de las personas en una situación en la que están sometidas todo el tiempo a la mirada del otro sin ninguna posibilidad de resguardo a ella, permite explicar más fácilmente porqué los argumentos basados en una noción de la seguridad pública no son suficientes para limitar el derecho a la privacidad en casos como estos. Pero permite algo más, la metáfora nos ubica en la situación de ser seres falibles, vulnerables que necesitamos de la benevolencia de los demás y de la protección del sistema

---

<sup>124</sup> MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>125</sup> MP. Ciro Angarita Barón.

constitucional como forma de consideración completa del sujeto de derechos. Dice la Corte concretamente en uno de los apartes de esta sentencia lo siguiente:

De hecho, para la Sala, es cierto que el derecho al buen nombre se interfiere, no cuando simplemente se divulga una información relacionada con la vida de una persona, sino cuando esa información es deshonrosa para ella. En ese sentido, comparte lo manifestado por el DAS en el sentido de que, al menos en parte, es el propio agente quien contribuye a desvirtuar su reputación en la sociedad. No obstante, el hecho de que el respeto del buen nombre se edifique, al menos en parte, sobre el resultado de las acciones propias, no implica que en nuestro ordenamiento exista alguna pretensión de perfectibilidad humana. Si bien es cierto el ordenamiento impone una serie de deberes que apuntan al comportamiento de las personas en aras de la convivencia en sociedad, esto no significa que la participación en la vida pública y el ejercicio de los derechos fundamentales esté ligado de algún modo a una forma específica de conducta y consiguientemente que las infracciones posibles a las normas, ocurridas en el transcurso de una historia vital, supongan la definición de un perfil existencial que implique, para su protagonista, la exclusión práctica de la protección y el amparo constitucional a sus derechos fundamentales. Por tanto, incluso una persona que haya cometido faltas reprochables socialmente tiene derecho al respeto, protección y garantía de sus derechos constitucionales.

La noción de objetividad que aquí se defiende se opone a la interpretación más clásica o positivista de la función de los jueces, pues afirma que ésta cae en una contradicción que se hace insostenible cuando el derecho se considera desde el punto de vista práctico. Como afirma Zagrebelsky, en este punto el derecho exige ponerse al servicio tanto de la ley como de la realidad, y sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes se puede comprender una concepción práctica del derecho y de sus pretensiones de objetividad.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Zagrebelsky Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia.*, Ed. Trotta, Madrid, pp.131y ss.

Los jueces son más que tramitadores de intereses en conflicto, son una parte fundamental de la garantía adecuada de nuestros derechos, por una parte pero también, son fomentadores de una visión de la ciudadanía que supone sujetos racionales y razonables, dotados no sólo de la facultad de representarse una noción de la justicia, sino además guiados por una idea de bienestar concreta; de seres humanos que se perciben unos a otros como seres vulnerables que requieren unos de otros para lograr una relación práctica adecuada consigo mismos. En este sentido, un buen juez no requiere sólo de buenos conocimientos legales, técnicos, de los precedentes, de su realidad. Requiere además la capacidad para imaginar el mundo en la situación del otro y tratar de comprender lo que ocurre, de modo que no sólo debe fomentar sus cualidades técnicas sino además cultivar su humanidad.<sup>127</sup> Un juez desprovisto de un rostro humano será ciego a los reclamos concretos de justicia y de objetividad específica y perderá su rol como educador de la sociedad degradando la textura emocional de la democracia.

---

<sup>127</sup> Nussbaum Martha C., *Justicia Poética*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.



## 5. Conclusiones

Hay mucho en juego en la imagen que se tenga sobre el Derecho. Puede tenerse la idea de un sistema racional, ajustado en sus dimensiones concretas cuyos mecanismos de cierre e interpretación nos brinde el paisaje de una llanura limpia y confortable sobre la que podamos descansar. En esta imagen, los sujetos de derechos se comportan como el buen padre de familia y es posible esperar de él siempre en cualquier circunstancia, cierto tipo de comportamiento requerido por el sistema y sobre esa base emitir juicios cuya predictibilidad y seguridad jurídicas se muestran como los valores dominantes. En esta imagen la objetividad se corresponde con un modelo de razonamiento preciso que deja poco margen a la interpretación, pues en la mayor parte de los casos serán resueltos en esquemas de deducción de las normas aplicables.

Si por el contrario, el derecho asume cierta idea de la naturaleza humana en la que la racionalidad y la independencia no son aquellos rasgos que nos definen por completo sino que nuestra naturaleza humana, y por tanto también nuestra igualdad y libertad, se define a partir de la dependencia del otro, entonces el derecho asume la imagen de un paisaje lleno de sobresaltos y dificultades en su recorrido. Aquí la objetividad es más bien la ganancia en la interpretación que una vez alcanzada se problematiza en nuevos escenarios y se pone a prueba, en un camino de ida y vuelta entre la formulación de teorías filosóficas, políticas y jurídicas que brindan horizontes regulativos –posibles- al razonamiento y la práctica; entre las abstracciones de las normas y la percepción concreta de la vida de las personas.

En ese sentido, la objetividad en el derecho es la cuerda que une los extremos y que mantiene la tensión entre ellos. Si esto es así, se explica porque la objetividad en el derecho defendida en este trabajo no apunta a la concepción de teorías absolutas sobre los derechos y se orienta más por la idea de que una adecuada interpretación de los

derechos de las personas, debe responder a una forma de percepción de éstas y ser su reflejo, respondiendo a sus expectativas de respeto y de reconocimiento.

Dichas expectativas de respeto y reconocimiento se materializan en reclamos que las personas hacen para que su vida satisfaga condiciones de calidad que se correspondan con la igual dignidad de todas las personas. La pretensión de objetividad que se sustentó en este trabajo lleva en todo su desarrollo la promesa igualitaria del derecho que exige de la interpretación del derecho, más que tratamiento formalmente igual. Supone en este sentido el desarrollo práctico en el ámbito de la aplicación del derecho de la fórmula política del Estado Social, para suponer que de dicha fórmula se deriva no sólo la obligación de la igualdad real y material, sino que además una cierta noción del sujeto de derechos que debe ser desarrollada por la teoría de la interpretación y la pretensión de objetividad.

Esta concepción del sujeto de derechos se refleja en la teoría, en la necesidad de investigar qué es lo que requiere en principio el reconocimiento de la igual dignidad de las personas y qué es lo que ocurre cuando dicho reconocimiento le es negado. El camino de una fenomenología de dos pistas, abre la posibilidad de desarrollar dicha concepción y de sacar conclusiones normativas que se muestran coherentes con las pretensiones normativas establecidas en cláusulas de derechos fundamentales del Estado Social de Derecho.

Dado que supone siempre el mantenimiento de la tensión, el enfoque aquí propuesto no renuncia a las teorías abstractas que hace parte del derecho y valora también las abstracciones normativas como referentes, pero no los mantiene como elementos suficientes que den cuenta de las pretensiones de objetividad y justicia de las personas, son sólo elementos del paisaje que sirven para sustentar las diversas posturas sobre los derechos en momentos diferentes.

Tomando esto en cuenta, la noción de objetividad que aquí se sustenta, teniendo además como referente la concepción de sujeto de derechos que modela, es sensible a la complejidad y la diversidad, tanto cuantitativa como cualitativa de los objetivos que persiguen las personas; por lo que considera que no es posible reunir todos estos fines

humanos en un solo objetivo, y más bien se preocupa en por mantener el equilibrio entre todos y ellos y en reflexionar sobre cómo se complementan unos a otros; de modo que se ocupa también de considerar que la situación concreta de algunas personas, obliga a una consideración especialmente protectora de sus fines, dada la situación de desventaja específica –histórica- en que se encuentra.

Finalmente, el trabajo afirma que se requiere de cierto tipo de jueces que sean sensibles a estas perspectivas y ofrece la caracterización del modelo de razonamiento adecuado a esta idea de objetividad, que sea capaz del camino de ida y vuelta entre los extremos de la tensión. El juez requerido es alguien no sólo altamente afinado en términos técnicos, sino también delicadamente sensible y compasivo, de modo que asuma su papel como educador a través de sus fallos, ofreciendo interpretaciones equilibradas de los derechos, abiertas a la crítica y al debate, capaz de comunicar con la imaginación, las razones que favorecen una interpretación sobre otra, sin la pretensión de haber cerrado el debate o resuelto la tensión.

La idea de objetividad aquí defendida es el resultado de una reflexión alimentada por la experiencia concreta y el gusto por la teoría. El camino es una oferta abierta a la crítica y al debate bajo la idea que lo único que justifica el derecho y la defensa de sus pretensiones de justicia e igualdad, que corresponden a la objetividad en la interpretación y aplicación del derecho, es la intersubjetividad, el horizonte de un mundo compartido, de un mundo a la manera de un cuarto de espejos en el que os reflejamos unos a otros y cuya imagen proyectada como identidad, como “yoes” es el resultado de las relaciones valiosas y significativas en distintos niveles que establecemos. La propuesta se orienta pues en la idea de una dinámica constante que expresa un movimiento de ida y vuelta en la tensión entre los extremos de esto que llamamos con tanto romanticismo derecho y sobre el que proyectamos nuestras reclamaciones y preocupaciones de justicia cotidiana sin que esto borre las mismas intelecciones sobre la gran justicia.

Las Objetividades en el derecho es pues una concepción del Derecho sobre el que proyectamos nuestras vidas, nuestras ilusiones, nuestras esperanzas y nuestros deseos, evocando en todos la imagen de la sociedad, de un otro sobre el que nos reflejamos como seres humanos completos.

***Epílogo a mi estimado amigo Paulo Bacca***

En esta parte del texto intento hacer una reflexión que sirva como marco de evolución de la propuesta hecha en este trabajo. Intento ofrecer una conclusión plausible a la propuesta que además sirva de inicio, en un diálogo que espero que apenas comience con este texto, entre una orilla del discurso como la que he intentado modelar y otra cara del problema con buenas razones para sostenerse ahí, como la postura representada por mi buen amigo Paulo Bacca. Esta parte, es no sólo el cumplimiento de un requisito académico sino la actualización valorativa de una práctica propia de la cultura académica. En este sentido, para escribir estas breves líneas lo que hago es establecer una discusión a partir de las objeciones que mi buen amigo expone en su artículo "*Las contra narrativas constitucionales en el seguimiento jurisprudencial de la jurisdicción especial indígena*"<sup>128</sup>. Para hacer esto, intento simplemente de reconstruir los argumentos expuestos en el texto mencionado, respondiendo desde donde creo que se ubica mi propuesta. Comienzo por introducir el tema refiriéndome sólo a la sentencia T-254 de 1997 y al derecho al debido proceso, como introducción de un marco de referencia que me permita iniciar la discusión. La elección de esta sentencia es simplemente porque además de ser importante en este tema, Paulo también la cita en su artículo. Esta reflexión final se trata menos de un comentario de su texto y más de una discusión que además sirva como epílogo a este artículo.

Los criterios que han modelado la discusión en torno a la autonomía de la Jurisdicción Indígena han variado con el tiempo. En los algunos fallos de la Corte Constitucional sobre este tema, los criterios que modelaban la operatividad de la autonomía de la jurisdicción indígena se referían más a elementos abstractos; a valores constitucionales consagrados como inalienables, insuperables por cualquier cosmovisión particular que pudiera tenerse. Por tanto, las interpretaciones respecto de la competencia y -en términos generales- las facultades de las jurisdicciones se anclaban a un estricto respeto

---

<sup>128</sup> Este texto, es la versión de Paulo para el trabajo de líneas de investigación en la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional. Como él mismo lo dice al inicio del texto, se trata de reflexiones preliminares y por tanto no constituyen una postura acabada sobre el tema. No obstante, sí representa un buen escenario de objeciones para discutir. Es importante aclarar en todo caso, que mis reflexiones en torno a las afirmaciones de Paulo en el texto mencionado, responden a mi interpretación particular de su postura.



por estos valores constitucionalmente superiores que se materializan en los derechos fundamentales en una interpretación restringida o en otras palabras más ingenua que la de fallos posteriores sobre el mismo tema. Es preciso aclarar sin embargo, que muchos criterios acerca de la jurisdicción indígena se han mantenido a lo largo de los fallos estudiados y los cambios anotados se refieren más que a giros radicales en la interpretación de los criterios a la ampliación de la perspectiva a favor de una mayor autonomía de estas jurisdicciones.

Al momento de tratar de establecer cuál es el balance constitucional respecto de una situación particular como el debido Proceso, es necesario tener en cuenta ciertas circunstancias y afirmaciones generales que presuponen la conformación misma del ámbito de competencia de la jurisdicción indígena. La idea de la que se parte es que el Debido Proceso tratándose de comunidades indígenas está atravesado por una serie de concepciones elaboradas que particularizan el entendimiento y la aplicación de dicho principio constitucional. Los temas por tanto giran en torno a tres conceptos gruesos: Los criterios que en últimas definen la aplicación de la jurisdicción indígena, lo que se define en los diferentes fallos que se refieren de una u otra forma a este tema como el Fuero Indígena y finalmente el Principio de Legalidad en el marco de esta especial jurisdicción; un tema del que se desprenden interesantes consideraciones respecto del marco de eficacia de esta jurisdicción.

Los principales cambios que se han ocurrido en la jurisprudencia respecto de las reglas de interpretación que prefiguran la forma que adquieren los derechos fundamentales al interior de la Jurisdicción Indígena, se concentran en introducir matices que complementan o amplían el sentido más obvio del enunciado, como por ejemplo qué se considera un castigo cruel y si esto viola los derechos fundamentales del procesado al interior de una jurisdicción indígena o si el debido proceso en estas jurisdicciones exige la presencia de un abogado defensor ajeno a la comunidad o cual es el criterio para determinar la existencia de normas dispositivas que garanticen dicho derecho fundamental, etc.

Son estas reglas y la caracterización de los sujetos de su aplicación, las que conforman el marco de aplicación y operatividad del Debido Proceso –como derecho fundamental– respecto de las Jurisdicciones Indígenas. Estas reglas se mantienen más o menos

dentro del balance Constitucional en este tema. Los cambios en éstas no son tan radicales, son sólo consideraciones que introducen matices ampliando o restringiendo su interpretación en favor o en contra de una mayor amplitud a la autonomía de esta jurisdicción.

La sentencia T-254 de 1994 es la sentencia que podría considerarse fundacional en este ámbito específico. En este fallo se caracteriza a las comunidades indígenas como organizaciones con derechos y deberes ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. Se caracteriza a la comunidad indígena diferenciándola de otro tipo de comunidades o asociaciones con el fin de caracterizar al indígena como un sujeto con una visión particular del mundo y una cultura diferente a la de la mayoría, de tal forma que la conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse o de pertenecer a un grupo no genera este tipo de colectividad y los derechos y deberes que le son propios.<sup>129</sup>

Por otra parte se establece en este mismo fallo un principio que va a permanecer en los fallos más importantes sobre este tema, a saber, que la consagración simultánea en el mismo artículo constitucional de principios contrarios - no contradictorios - como el régimen unitario y las autonomías territoriales, muestra la intención del Constituyente de erigir un régimen político fundado en la **conservación de la diversidad en la unidad**, caracterizando la autonomía de los territorios indígenas estableciendo en primer lugar otro criterio importante que permanecerá en todo el balance constitucional y que se funda en una concepción más gruesa: la del carácter normativo de la Constitución, al afirmar que no es necesario para que esta jurisdicción opere, que haya una ley que así lo establezca pues el sólo mandato constitucional permite que dadas las circunstancias de su operatividad, dicha jurisdicción se haga efectiva.

---

<sup>129</sup> D 2001 de 1988, art. 2o., Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, art. 1o. num. 2o.

Ahora bien ¿qué es lo que distingue a los miembros de las comunidades indígenas de otras entidades territoriales que en principio también gozan de autonomía presupuestal y administrativa? Además de estas autonomías los distingue la autonomía política y jurídica lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), que tienen la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (CP art. 246). Sin embargo, la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, según este fallo, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: **de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley** (CP arts. 246, 330), de forma que se asegure la unidad nacional. De aquí que los criterios impuestos a partir de este fallo para la operatividad de la jurisdicción indígena se realizan en ciertas reglas de interpretación que prefiguran sus límites y por tanto establecen sus criterios de efectividad, tales como: *A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural; Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.*

Un criterio muy interesante que surge incipientemente en este fallo y que terminará incidiendo en la forma propia que adquiere el Debido Proceso dentro de la Jurisdicción Indígena, hace relación a la necesidad de que la valoración de los principios encontrados que surge a partir de los límites impuestos en abstracto por la Constitución a esta jurisdicción sólo puede hacerse referida a casos concretos, lo que constituye una ampliación de la autonomía, pues no la limita circunscrita a una generalidad que le puede resultar inconveniente y aniquiladora en un determinado momento, sino que obliga a la consideración del caso específico para sopesar los valores enfrentados, criterio que parte de la comprobación de la amplia multiplicidad de etnias que existen al interior del territorio colombiano, de tal forma que establecer reglas generales resulta riesgoso para la realización del derecho que quiere delimitarse con el objeto de hacerlo efectivo. Esta atención al caso concreto debe entonces tener en cuenta la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc, todos estos criterios

que surgen de las reglas de interpretación establecidas para la operatividad misma de esta jurisdicción especial. Los criterios establecidos por el primer fallo y los posteriores se complementan con los pronunciamientos posteriores de tal forma que pueda conformarse paulatinamente un discurso moderadamente uniforme, en este caso específico respecto del Debido Proceso.

Esto es apenas una muestra muy general, un escenario panorámico. Del análisis de la jurisprudencia, Paulo deduce un cierto universalismo, que se manifiesta en la preeminencia que le da la Corte a la Constitución y a ley, manifestándose entonces en su jurisprudencia, una empresa civilizadora y dominante, lejos de un constitucionalismo inscrito en los límites de una ciencia social. En últimas Paulo cuestiona que sea desde la teoría constitucional que se construya el diálogo, pues supone una definición extraña de las costumbres y saberes tradicionales de las comunidades indígenas. No existe entonces diálogo alguno, pues se trata de interlocutores de una misma lengua, cuando, según él, el verdadero diálogo se da entre sujetos diferentes con la pretensión de tender puentes entre racionalidades diversas.

En este sentido, la pretensión dialógica debe estar atravesada por una pretensión de traducción. A partir de estas reflexiones Paulo considera negativamente las sentencias de la Corte Constitucional, acusándola de hacer parte de un proceso hegemónico-dominante que reconduce la alteridad a los términos de su propia lengua y sólo desde allí los juzga. En conclusión se trata de puro etnocentrismo de los jueces, que camufladamente en proceso de colonización del otro, con el establecimiento de reglas de decisión ajenas y *mono-lingües*. Si fuera necesario resumir en dos palabras las críticas del artículo de Paulo a la jurisprudencia de la Corte, pensaría en etnocentrismo y universalismo y en aquél como una característica de éste y ambos como un sello de la jurisprudencia y en general de los derechos fundamentales, que en últimas es en lo que basa sus afirmaciones. Sus críticas en este sentido, son entonces críticas al liberalismo que aparece entonces como una empresa de hipocresía moral y epistemológica. Lo que todo esto supone es como ya afirmé hace un momento, un proceso de homogenización.

Mas allá de que no esté de acuerdo con Paulo en lo fundamental, debo admitir que varias de sus observaciones son bastante razonables. El pluralismo jurídico y un cierto

relativismo cultural, se muestran casi como intuiciones comunes y tal vez sea por este hecho que el liberalismo siente la obligación de reflexionar sobre ellos con tanta insistencia. Teniendo en cuenta el espacio de que dispongo, no me voy a detener en las coincidencias personales con esta postura, simplemente afirmo que muchas de las observaciones de Paulo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional resultan bastante *razonables*. No obstante, no creo que de esas ciertas coincidencias deba admitir el fondo del planteamiento de mi amigo y expondré un par de razones por las que creo que su postura no es del todo acertada.

En qué consiste el mencionado proceso de homogenización parece claro en el artículo de Paulo, en una empresa civilizadora, montada sobre un universalismo etnocéntrico que invade y coloniza al otro, no admitiendo la otredad sino reconociéndola y en dicho proceso paradójico asimilándola y desconociéndola. Esta es en mi opinión la crítica dura del artículo. El liberalismo y por ende el constitucionalismo serían formas que afirmando la admisión del pluralismo, niegan cualquier postura que suponga un reto a la suya propia, y enmascarando este proceso bajo el manto de los derechos fundamentales, que son una manifestación de su propia ideología. En este sentido hablar de derechos fundamentales es etnocéntrico y de interpretaciones correctas imperialismo. La pregunta que surge del texto de mi estimado amigo es la siguiente: ¿Ese proceso de asimilación de otras culturas, ese proceso que el califica como homogenizante, no se basa en una consideración del mismo tipo?, es decir, ¿La idea de un universalismo etnocéntrico no supone una visión igual de homogenizante de culturas y formas de vida diferentes, descuidando las características de sus particularidades<sup>130</sup>?

En este sentido el punto de partida de Paulo es igual al que critica. En su texto el proceso de homogenización que cuestiona se sostiene sólo sobre la base de haber homogenizado a su vez a su contradictor, sólo así se configura el opositor de su propuesta. Construye a Occidente de una forma simple, como si “occidente” fuera consciente de su propia identidad. Bastantes pruebas hay de lo contrario, y constituye

---

<sup>130</sup> Las críticas al artículo de Paulo se basan en parte en un texto de Seyla Benhabib “¿Es etnocéntrico el universalismo?” en *Las Reivindicaciones de la Cultura- Igualdad y diversidad en la era global*, trad. Alejandra Vasallo, Katz discusiones.

entonces una actitud igual de miope asumirlo, que pensar que la Corte no se ha equivocado cuando ha abordado el tema de la jurisdicción indígena.

El particularismo que cuestiona como ausente en la jurisprudencia de la Corte, se lo niega a su propia sociedad, suponiendo que el civilizador está montado en una estructura social unitaria y sin fisuras. En este sentido parece artificial su objeto de crítica, pues resulta que debe construirlo y cuando lo hace, lo muestra tan ingenuo que parece aniquilado por el peso de sus afirmaciones. El artículo, no se toma el trabajo de definir el universalismo ni de distinguirlo en los diversos tipos que de él puede haber. La base de su crítica parece ser el proyecto de un cierto esencialismo de la naturaleza humana sobre el que se monta el proceso homogenizador, desconociendo que de lejos esta no es la única forma de universalismo y que existen otras que le dan menos peso –o ninguno- a esta supuesta esencia y simplemente se ligan a él por cuestiones puramente pragmáticas.

Este es el fondo de mi desacuerdo con Paulo. Pero de aquí se deriva otra crítica a la postura de mi amigo que consiste en la *esencialización* que él hace de la diferencia. Aquí me parece que mi amigo se contradice a sí mismo. El particularismo que reclama, lo lleva tan lejos que termina negando las posibilidades de diálogo que reclama. La inconmensurabilidad que supone aniquila las posibilidades de diálogo que reclama. Cuando algo es intraducible ¿qué posibilidades de diálogo real existen? En el mismo proceso de construcción de su contradictor, Paulo modela las condiciones del diálogo haciendo de cualquier posibilidad de traducción una quimera inventada por el etnocentrismo constitucional. La inconmensurabilidad y por tanto la intraducibilidad radical caracterizan la relación con las comunidades indígenas.

Con esto, no sólo queda en el aire la posibilidad de diálogo sino a la vez la posibilidad de reconocer el conflicto. Pero la posibilidad de diálogo aparece limitada por la necesidad de éste. En otras palabras la necesidad de patrones comunes de juicio resulta ser una necesidad por el hecho simple de que estamos obligados a vivir juntos. El diálogo siempre es un proceso de ida y vuelta, pero si no hay ninguna posibilidad de traducción para que reclama Paulo un diálogo entre los dos mundos. Si esto es así, el problema se transforma en una cuestión de fuerza y entonces no queda otro camino que el de la violencia. La intraducibilidad es el primer paso en la entronización del uso de la fuerza; si desconozco la probabilidad de interlocución no me queda nada más que apartarme de mi

contradictor o eliminar la contradicción y yo creo que eso no es lo que mi amigo quiere sostener en su juicioso análisis. Afirmar la intraducibilidad y la inconmensurabilidad es el primer ejercicio de violencia.

En este mismo sentido, Paulo no argumenta la intraducibilidad sólo la afirma y deriva de ella un cierto deber de absoluto aislamiento, sólo así se respeta la otredad. La prueba de que la inconmensurabilidad no es tal es el hecho de que Paulo mismo pueda escribir su artículo. Si el problema fuera tan ajeno como él cree ¿cómo es que se da cuenta de que existe? Su trabajo es la primera prueba –y hay que admitirlo, una muy buena prueba- de que los puentes que reclama son posibles, pero entonces ya habrá admitido las bondades de cierto universalismo. Lo que quiero significar es que sólo a condición de encontrar ciertos rasgos comunes, es posible el diálogo, y desde ahí es entonces probable suponer marcos de referencia que sirvan como criterios de evaluación. Así pues, el juicio que hace mi amigo sólo es posible desde una postura que asume como suya, como condición epistemológica, cierta forma de universalismo, sólo así es posible encontrar sentido en las prácticas de aquel otro que se me presenta como “completamente extraño”.

No quiero decir con esto que se pueda ser tan apresurado como para afirmar un valor absolutamente universal de todas las bases del liberalismo, esto cuando menos trivializa el encuentro con el otro. Solamente afirmo la necesidad del diálogo, un diálogo montado sobre cierta concepción epistémico que suponga a su vez una concepción moral de respeto, eso sí por lo menos muy abarcador, a la diferencia.

¿Cuál es el tipo de diálogo? Paulo tampoco argumenta esto, parece apegarse entonces a una idea de diálogo bastante liberal. El diálogo supuesto, que será modelado en otra oportunidad, es uno que permita la revelación de la desigualdad inicial de la que parte, que apunta en todo caso a la configuración de la situación ideal de discusión, pero que no la supone como dada, y a partir de ella estructura una posibilidad de entendimiento y de respeto, que suponga un descarte hasta muy lejos del uso de las diferentes formas de violencia.

Este propuesta de epílogo es más una invitación que un cierre, una discusión amable que fomente un intercambio de ideas y que permita el fortalecimiento del sentimiento más sólido, la amistad sin condición.





## Bibliografía

- ALEXY, Robert , La Institucionalización de la Razón, en Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Universidad de Navarra
- ARANGO Rodolfo, ¿Hay respuestas Correctas en el Derecho?, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre- U. de los Andes. 1999.
- ARANGO Rodolfo, Derechos, Constitucionalismo y Democracia,-Universidad Externado de Colombia-
- ALEXY Robert, Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica, en Derecho y Razón Práctica. Ed. Fontanamara, México 1993
- BARRY Brian, Teorías de la Justicia, Ed. GEDISA, Barcelona 1995
- BARRY Brian, La Teoría Liberal de la Justicia. Ed. GEDISA.
- BENHABIB Seyla “¿Es etnocéntrico el universalismo?” en Las Reivindicaciones de la Cultura- Igualdad y diversidad en la era global, trad. Alejandra Vasallo, Katz discusiones.
- BULYGIN Eugenio, *La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral*, en Alexy Robert - Bulygin Eugenio, La Pretensión de Corrección del Derecho. La Polémica sobre la relación entre derecho y moral. Universidad Externado de Colombia- Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 18., Bogotá, 2001.
- BOCKENFORDE Ernst-Wolfgang, Escritos sobre Derechos Fundamentales, Baden,
- BOTERO Juan José, *Epistemología, Semántica, Ontología* en Ideas y Valores- Revista Colombiana de Filosofía, N° 115, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá Abril de 2001, págs 5 a 43.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La Tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental y su desaparición*, en VVAA, Crítica Jurídica-Teoría y Sociología Jurídica en los Estados Unidos, (Ed. Mauricio García Villegas, Isabel cristina Jaramillo Sierra, Esteban Restrepo Saldarriaga,), Universidad de los Andes- Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS

- DWORKIN Ronald, Los Derechos en Serio, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- GARGARELA, Roberto, Las teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política.-
- GARGARELA Roberto, *Izquierda y Derecho*, Material de Lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, en <http://www.seminariogargarella.blogspot.com>
- GILSON Étienne “La Filosofía en la Edad Media. Desde los orígenes patristicos hasta el fin del siglo XIV”. Ed. Gredos, Madrid 1965.
- HABERMAS Jürgen, Facticidad y Validez-Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed, Trotta.
- HABERMAS, Jürgen, La inclusión del otro, Capítulo 8- El vínculo interno entre Estado de Derecho y Democracia.
- HABERMAS Jürgen, ¿Cómo es posible la Legitimidad por vía de la legalidad? En *Doxa*, 5-02, pp.21-45.
- HART H.L.A., El Concepto de Derecho, Buenos Aires, Ed., Abelot-Perrot, 1961.
- HONNETH Axel, Crítica del agravio moral. Patologías de la Sociedad contemporánea, (Trad. Peter Storandt Diller), FCE, Buenos Aires, 2009.
- KELSEN Hans, La Teoría Pura del Derecho, Ed., Buenos Aires, Eudeba, 1969.
- MACINTYRE, Alasdair, Justicia y Racionalidad., Trad. Alejo José Sisón., Barcelona: EUNSA, 1994.
- MURALT André de, “La Estructura de la Filosofía Política Moderna”.
- NUSSBAUM Martha C., Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano, (Trad. Albino Santos Mosquera), Paidós, Barcelona, 2012.
- NUSSBAUM Martha C., El Ocultamiento de lo Humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley., Ed. Katz, Buenos Aires, 2006.
- NUSSBAUM Martha, Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión, Paidós, Barcelona, 2007.
- NUSSBAUM Martha C., El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura, (Trad., Rocío Orsi Portalo y Juana María Inarejos Ortiz), Mínimo tránsito, Madrid, 2005
- NUSSBAUM Martha C., Justicia Poética, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.
- NUSSBAUM Martha C., El Cultivo de la Humanidad. Una Defensa clásica de la reforma de la educación liberal, Ed. Paidós Básico, Barcelona, 2006.

- NUSSBAUM Martha C., Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de la Humanidades, Katz, Madrid, 2010.
- NUSSBAUM Martha C., Paisajes del Pensamiento. La inteligencia de las emociones., Paidós Ibérica, Barcelona, 2008.
- NUSSBAUM Martha C., Las Mujeres y el Desarrollo Humano, Ed. Herder, Madrid, 2012
- HOLMES Oliver Wendel, La Senda del Derecho, Ed. Abelot-Perrot, Buenos Aires.
- PERELMAN, Chäim, *Tratado de la argumentación*, Madrid, Editorial Gredos, 1989
- PUTNAM Hilary, La Objetividad y la Distinción Ciencia-Ética, en “La *Calidad de Vida*”, VV.AA. (comp.) Amartya Sen, Martha Nussbaum, FCE, México, pp.193-210
- QUINE, W.V.O., “*Dos Dogmas del Empirismo*” en *Desde un punto de vista lógico*, Traducción de Manuel Sacristán, Ed. ORBIS, Barcelona 1984, págs. 50 a 81.
- QUINE, Willard Orman, “Las cosas y su lugar en las teorías” en *Teorías y cosas*, México D.F., UNAM, 1986.
- QUINE, W. V. O., “*Sobre los Sistemas del Mundo Empíricamente Equivalentes*” en, *Acerca del Conocimiento Científico y Otros Dogmas*, Ed., Paidós, Barcelona, 2001.
- QUINE, W. V. O., “*Los Hechos Relevantes*” en, *Acerca del Conocimiento Científico y Otros Dogmas*, Ed., Paidós, Barcelona, 2001.
- RAWLS John, *Teoría de la Justicia* México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1997
- RAWLS John, *Lecciones de Historia de Filosofía Moral*, Compilado por Barbara Herman- Traducción de Andrés de Francisco, Barcelona, Ed. Paidós, 2001.
- RAWLS John, *El Liberalismo Político*, Ed. Biblioteca de Bolsillo, Barcelona 2004.
- SANCHÍS Luis Pietro, Notas sobre la Interpretación Constitucional, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº 9, Madrid, mayo-agosto de 1991.
- SUSTEIN Cass, *Legal Reasoning And Political Conflict*, New Cork, Oxford University Press.
- TAYLOR Charles, *Philosophical Papers II., Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press; 1985. Trad. Marcela Forero.
- TAYLOR, Charles, *La Política del Reconocimiento*, en *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, Trad. Utrilla de Neira Mónica, FCE, México 1993
- UPRIMNY Rodrigo, *El Dilema de la Interpretación Constitucional*, en VV.AA. *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000.*

Realidades y Perspectivas. Bogotá, Konrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

- ZAGREBELSKY Gustavo, El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia., Ed. Trotta, Madrid
- Jurisprudencia Corte Constitucional Colombiana.-