

LA LEGITIMIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO

Fecha de recepción: 30-06-2009, aprobación: 10-08-2009

DAVID ALFARO PATRÓN, NELSON HERNÁNDEZ MEZA, ADELAIDA IBARRA PADILLA Y GEANCARLO MEJÍA NIETO

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Legitimidad, eticidad, *ethos* dominante, tensión, consenso, minorías, teoría amigo-enemigo.

ABSTRACT

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

KEYWORDS

Legitimacy, Ethnicity, Dominant *Ethos*, Tension, Consensus, Minority, Friend-Enemy Theory.

INTRODUCCIÓN

El concepto de legitimidad está estrechamente ligado al de consenso. Si partiésemos del supuesto de que el derecho es legítimo por responder al consenso o al menos a la voluntad de un grupo considerable de individuos, entonces en Colombia nunca ha

habido un derecho legítimo. Si la legitimidad no se halla en el consenso, ¿cuál es entonces su fuente? Frente a este interrogante planteamos que la legitimidad tiene por fuente el *ethos*. Siendo Colombia un país caracterizado por su amplia diversidad cultural, por tener una variedad de regiones y subregiones

El Presidente de la República tiene una injerencia determinante en la conformación del Tribunal Constitucional, lo que conlleva a que cuando éste último realiza la interpretación de la Constitución lo haga de acuerdo con el ethos que se impuso frente a los otros.

claramente diferenciadas, pluriético, surge entonces un segundo interrogante, ¿cuál de todos los *ethos* que coexisten en el territorio legitima el derecho colombiano?

Mediante este trabajo pretendemos identificar qué es lo que legitima el derecho en Colombia. Para ello, formularemos una hipótesis que trate de responder este interrogante, partiendo de la enunciación de conceptos y postulados alrededor de la legitimidad del derecho señalados por autores adscritos a las escuelas del iusnaturalismo moderno, el contractualismo, la sociología jurídica y la escuela del positivismo jurídico, hasta llegar a los planteamientos de autores colombianos sobre este tema.

RESEÑA DE AUTORES

David Alfaro Patrón

(da-alfaro@hotmail.com)

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

Nelson Hernández Meza

(n_hernandez_meza@yahoo.com)

Abogado de la Universidad del Norte. Candidato a magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Profesor de las asignaturas de Introducción al Derecho I y II en la Universidad Autónoma del Caribe.

Adelaida Ibarra Padilla

(halloadela@hotmail.com)

Abogada de la Universidad del Atlántico. Candidata a magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Candidata a magíster en Gestión Sostenible de la Universidad Leuphana Lüneburg. Docente catedrática de la asignatura Constitución y Democracia en la Universidad Autónoma del Caribe.

Geancarlo Mejía Nieto

(gmejia11@gmail.com)

Abogado de la Universidad Libre de Barranquilla. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Profesor de las asignaturas de Práctica Forense en la Universidad del Norte y en la Universidad Libre de Barranquilla.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Partiendo del supuesto de que la legitimidad del derecho proviene del *ethos*, ¿dónde radica la legitimidad del ordenamiento jurídico colombiano, si nuestro Estado se caracteriza por ser la suma de muchas eticidades disímiles e incluso opuestas? En la concepción hegeliana la legitimidad, la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico responden a la traducción que hace el Estado del *ethos* de la población. En Colombia encontramos que coexisten numerosas y diversas eticidades en sus regiones, que a su vez se encuentran conformadas por subregiones, cada una de ellas con su propia identidad cultural, por lo cual no logran conjugarse plenamente en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto genera tensiones que desembocan en el conflicto social y armado de nuestro país.

De este modo, el ordenamiento jurídico colombiano termina siendo la manifestación de un único *ethos*, el dominante, que puede ser el de la mayoría, el de la minoría más representativa o el que detenta el poder económico que, a su vez, depende del complejo entramado economía-política-religión-ciencia, que se encuentra representado en la figura del Presidente de la República. El fundamento del *ethos* imperante es el código amigo-enemigo. Quienes no comparten la eticidad dominante son considerados enemigos.

En este contexto, el Presidente de la República tiene una injerencia determinante en la conformación del Tribunal Constitucional, lo que conlleva a que cuando éste último realiza la interpretación de la Constitución lo haga de acuerdo con el *ethos* que se impuso frente a los

otros. Como el *ethos* que detenta el poder no es inmutable en el tiempo y puede ser reemplazado por otro en caso de surgir una crisis social que obligue a este cambio de eticidad, se evidencia entonces la relación estructural entre política y derecho.

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

EL ETHOS DE LAS MAYORÍAS COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Colombia desde sus inicios como república ha estado marcada por la divergencia de dos puntos de vista antagónicos: en un principio fue la pugna entre centralistas y federalistas, luego la librada entre liberales y conservadores, y en la actualidad la que enfrentan la extrema derecha y la izquierda. Esto demuestra que la población colombiana está caracterizada por dos grandes *ethos* opuestos, que se alternan el poder y definen la legitimidad del derecho desde la perspectiva del *ethos* que represente el sentir de la mayoría de la población.

EL ETHOS DE LA MINORÍA MÁS REPRESENTATIVA COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

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

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

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

EL ETHOS DE QUIENES DETENTAN EL PODER ECONÓMICO COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La gestación hegemónica neoliberal de la Constitución de 1991 evidencia que no existió legitimidad al cerrarse los cauces para un diálogo nacional con los grupos alzados en armas que no se vincularon al proceso constituyente (Mejía, 2003). Pero es imposible, como ya lo hemos expresado, lograr consenso en el *ethos* colombiano; siempre se impondrá uno sobre otro. A partir de esta hipótesis, la legitimidad del derecho está dada por la eticidad de quienes detentan el poder económico, que en este caso la otorga el *ethos* neoliberal.

NOCIONES SOBRE EL CONCEPTO DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO

La controversia acerca de dónde radica la legitimidad del derecho surge en la Grecia antigua entre Platón y Aristóteles. Para el primero, la idea del bien es supuesta, esto quiere decir que parte de la concepción de que el bien tiene un mismo significado para todos. Aristóteles, por su parte, la problematiza (Friederich, 1980).

En *La Política*, Aristóteles (1984) plantea que el bien, es el bien común y éste lo define la *politeia*. No obstante, su contenido lo determina la ética. El *ethos* es entendido

entonces, como un conjunto de costumbres, valores, tradiciones, símbolos y hábitos que definen la identidad de un colectivo. Aristóteles (1985) basa la ética en las virtudes de las cuales se deriva el concepto de justicia.

En la Edad Media,

(...) la consideración del pueblo como titular o sujeto primario del poder político legítimo, recibido en último término de Dios, tiene en Tomás de Aquino más que ver con la noción del bien común, como finalidad del poder, que con la democracia como forma de ejercicio, aunque deja un cierto papel al consenso popular, siempre mediado y dirigido por los estamentos superiores, la nobleza, el alto clero y, quizá, algunos ciudadanos notables, esto es, los más ricos burgueses o habitantes de los burgos o ciudades medievales (Ruiz, 2002, p.149).

Posteriormente Hobbes, contractualista, precursor del iusnaturalismo moderno, señala que:

(...) el único modo de erigir un poder común que pueda defender a los hombres de la invasión de extraños y de la injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfactoria, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad. De este modo se genera esa gran Leviatán, ese dios mortal a quién debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y seguridad (Hobbes, 1989, p.144).

Hobbes aborda además los problemas de la obediencia al derecho y el conflicto del consenso, la legitimación externa del derecho, introduce por primera vez el con-

cepto de equidad y reconoce el derecho a la resistencia: “quien no pueda ser castigado legalmente, tampoco puede ser resistido legalmente” (Hobbes, 1984, p. 266).

A éste le siguió Locke quien expresa que:

(...) aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor (Locke, 1991. ff 131).

Luego, para Rousseau, liberal republicano, la ley es la voluntad de la colectividad. El fundamento de la legitimidad política queda subsumido en democracia directa procedimental:

(...) encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, al unirse a los demás, no se obedezca sin embargo más que así mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que el contrato social da la solución. Tal contrato consiste en la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad de modo que dándose cada uno a todos no se da a nadie (Rousseau, 1969, p.360).

Así mismo, Rousseau afirma que:

(...) si cuando, suficientemente informado, el pueblo delibera, los ciudadanos no tuvieran ninguna deliberación entre sí, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la

deliberación sería siempre buena (Rousseau, 1969, p.371).

Posteriormente, Kant, al tratar el tema de la moral y su relación con el *ethos*, plantea que ésta no está en su interior y, a su vez, el *ethos* no tiene correlación directa con la moral, la Constitución o las leyes, puesto que el *ethos* no cumple con las características que identifican a la moral que son: la universalidad, la autonomía y la libertad. Entendiendo el principio de la autonomía como “elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales” (Kant, 2003, p.97).

Para Kant, en la naturaleza humana reside una *insociable sociabilidad*:

(...) el hombre tiene propensión a socializarse, porque en este estado siente más su condición de hombre; es decir, tiene sentimiento a desarrollar sus disposiciones de naturaleza. Pero también posee una gran inclinación a individualizarse (aislarse), porque al mismo tiempo, encuentra en él la cualidad insociable de querer dirigir todo simplemente según su modo de pensar, *Sinne* (Kant, 1958, p.43).

Kant entiende el Estado como la máxima expresión de la eticidad, que se caracteriza por la ausencia de contenido moral. Así, la función del Estado es interpretar y preservar el *ethos* del cual deviene a través de la dimensión política y jurídica. Según Mejía, “la justificación moral, en términos de universalidad, autonomía y libertad, fija los límites de la validez del derecho y de la legitimidad del contrato social: el derecho tiene que preservar la frontera infranqueable de las libertades subjetivas y la política tiene que asumir el consenso universal como idea normativa de su realización” (Mejía, 2006, p.14).

Kant plantea que el derecho racional establece el “conjunto de definiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad” (Kant, 2003, p. 246).

Siguiendo a Weber, quien es citado por Mejía, existen tres clases de poderes: el poder legal, el tradicional y el personal o carismático. La legitimidad del primero se basa en la creencia en la legalidad de las normas del régimen, instituidas deliberadamente y de modo racional, y del derecho de mandar de los que detentan el poder basado en tales normas. La legitimidad del poder tradicional se apoya en el respeto a las instituciones consagradas por la tradición y a la persona que detenta el poder, cuyo derecho de mando se atribuye a la tradición. La legitimidad del tercer tipo se funda sustancialmente en las cualidades personales del jefe, y en forma subordinada en las instituciones (Mejía, 2006b, p. 211).

Tal como lo dice Mejía (2006b), el proceso de racionalización occidental se caracteriza por el paso del pensamiento tradicional a un pensamiento crítico que disoció las normas, valores y tradiciones que hasta entonces regulaban las relaciones sociales, sometiendo la sociedad a nuevos imperativos derivados de la dinámica del mercado. Este proceso de racionalización cultural tiene como consecuencia el surgimiento de un tipo de acción social diferente al tradicional, caracterizado por una acción racional con arreglo a fines, propia de la sociedad capitalista.

Este proceso sociológico descrito por Weber se encuentra marcado por un:

(...) desencantamiento de las cosmovisiones tradicionales del mundo, con el cual las antiguas imágenes cosmológicas (religiosas,

metafísicas, sociopolíticas, estéticas) sufrieron un proceso de sistematización y progresivo horadamiento, perdiendo el poder vinculante cohesionador que tuvieron en las sociedades tradicionales premodernas. La ética religiosa se vio reemplazada por un punto de vista moral profano (Mejía, 2006b, p.212).

Hans Kelsen plantea en su obra *Teoría pura del Derecho* que la validez del derecho reposa en la denominada *norma fundamental* o *Grundnorm*, la cual es “condición lógico-epistemológica del sistema jurídico, fuente de unidad, completud y coherencia de aquél” (Kelsen, 1994, p.202). La *norma fundamental* se caracteriza por ser supuesta, no pensada, no fundamentada y sobre todo, carente de contenido material, lo que hace del derecho, autónomo. En el que la norma es válida por sí, las condiciones de validez no se hallan en lo moral o eficacia de la misma. Su legitimidad está amarrada a la procedimentalidad.

Refiriéndose a Kelsen, Häberle expresa que:

(...) al ser la norma concebida como condición lógico epistemológica del sistema jurídico, ésta no tiene que tener congruencia con la eticidad de la ciudadanía cuya conducta pretende regular. Siendo así, de una parte su legitimidad es solamente procedimental y de otra su eficacia sólo puede residir en la coacción, pues no se requiere ni de la aceptación política de la misma por parte de la ciudadanía ni tiene que ser congruente mínimamente con la identidad de la comunidad que quiere regular (Häberle, P. en Mejía 2006b,p.213).

Surge entonces la teoría jurídica a la cual sólo le interesa el presupuesto de validez del derecho. El presupuesto de legitimidad constituye el objeto de conocimiento de la ciencia política, así como el de eficacia es el

de la sociología jurídica, objetos estos que en un principio constituían el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho.

Para Schmitt (1971), el soberano es el supremo legislador, juez y comandante en jefe; él es la fuente de la legalidad y el fundamento de la legitimidad. Schmitt veía en fe en la legalidad la forma de legitimación más corriente de su época.

Con respecto al concepto de igualdad y al uso del poder por parte de quien lo ostenta, Schmitt afirma que:

(...) puede contener una conciencia de pertenencia que les está conferida de manera especial a los miembros de la minoría dominante. Pero no existe ningún fundamento racional para suponer que este sentimiento –aun cuando exista en los poderes que poseen derechos dictatoriales– pueda motivarlos para que actúen en interés de los dominados (Kaufmann, 1993 p.106).

Mientras que con relación al *ethos* del Estado jurisdiccional, Schmitt (1971) afirma que éste radica en que el juez juzga inmediatamente, en nombre del derecho y de la justicia, sin que las normas de esta justicia le sean mediatizadas ni impuestas por otros poderes políticos ni judiciales.

Para Austin la obediencia habitual al derecho de las sociedades ilustradas proviene exclusivamente de razones basadas en el principio de utilidad:

(...) si los miembros de la comunidad estiman que el Gobierno cumple perfectamente su fin específico, esa convicción será el motivo de su obediencia. Si por el contrario, consideran que lo cumple imperfectamente, el temor a que el mal de la resistencia exceda el mal de la obediencia, será el que le induzca a obedecer. Puesto que no persistirían en su obediencia a un gobierno que estimaran imperfecto si pensarán que probablemente se podría obtener un gobierno mejor a tra-

vés de la resistencia y que el bien probable del cambio sobrepase al probable perjuicio (Austin, 1885, p.293).

Y agrega que:

(...) las sociedades reales no son lo suficientemente ilustradas y la obediencia que sus miembros prestan habitualmente al soberano tiene otras causas, como la costumbre o los perjuicios. Sin embargo, también en estas sociedades la obediencia se funda, en una razón utilitarista: la percepción de la conveniencia del gobierno político, es decir, de cualquier gobierno a la anarquía (Austin, 1885, p.294). En Turégano, encontramos una explicación al obediencia a un gobierno ilegítimo, cuando sostiene que (...) “los individuos pueden someterse a un gobierno por el que sienten especialmente aversión llevados por un temor a los daños que se derivarían si se negaran a someterse, y probablemente, por una percepción general de la utilidad del gobierno político” (Turégano, 2001, p.461)

De otra parte, Hart define un tipo de norma fundamental empírica denominada regla de reconocimiento que se diferencia de la kelseniana en cuanto a su estatus. La regla de reconocimiento contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas (Mejía, 2006b).

La regla de reconocimiento hartiana:

(...) es la regla que provee los criterios de identificación de un orden jurídico y que constituye la práctica social de los funcionarios públicos. Si bien expresa la estructura interna de la acción pública cuando aquellos la usan para identificar las normas jurídicas válidas, la afirmación de su existencia es un enunciado de hecho externo. La regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares al iden-

tificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho (Hart, 1963, p.137).

Con respecto a la obra de Hart, Díaz critica que en ella:

(...) el derecho genera cierres parciales alrededor de clases determinadas de agentes sociales, con la consecuente exclusión de otros grupos y sujetos. Estos ámbitos restrictivos se convierten en forma normal en circuitos de asignación de privilegios, porque los derechos que confieren a sus beneficiarios, resultan inaccesibles para los sujetos que se encuentran al margen de tales subsistemas (Díaz, 1998, p.239).

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

Mejía (2006a) siguiendo a Luhmann, afirma que la complejidad social se reduce minimizando la complejidad interna del sistema jurídico; dicho de otra manera, que el Derecho reduce la complejidad social desde la óptica de la validez jurídica y no de la eficiencia social o de la legitimidad política.

Luhmann define un sistema complejo como aquel que “es tan grande, es decir, cuando incluye tantos elementos, que ya no puede ser combinando cada elemento con cada uno de los otros, sino que las relaciones deben producirse selectivamente” (Luhmann, 1994, p.14).

Posteriormente, Teubner (2002), define el derecho como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales donde los elementos básicos de este sistema son comunicaciones y no normas, donde dichas

El derecho genera cierres parciales alrededor de clases determinadas de agentes sociales, con la consecuente exclusión de otros grupos y sujetos.

normas se encuentran interrelacionadas entre sí en una red de comunicaciones que arroja como resultado comunicaciones. La autopoiesis es, dicho de forma más sencilla, la auto reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante el empleo sucesivo de comunicaciones a los resultados de comunicaciones precedentes.

Teubner analiza los “supuestos teóricos que mueven el mundo de la autopoiesis desde tres perspectivas de investigación orientadas empíricamente: 1.El grado de apertura/cierre de los discursos sociales en contra de la ley; 2. Bifurcaciones y atractores, y 3. La reconstrucción interna y de acoplamiento como condición previa para la regulación del encuentro de la autorregulación legal y social”. (Teubner, 1992, p.471)

De otro lado, Bourdieu con respecto a la práctica de los agentes encargados de reproducir el derecho o aplicarlo ha señalado que:

(...) la proximidad de los intereses y especialmente la afinidad de los hábitos, ligados a formaciones familiares y escolares similares, favorecen el parentesco de las visiones del mundo. Se deduce de ello que la elección que el cuerpo jurídico tiene que realizar en cada momento entre intereses, valores y visiones del mundo diferentes o antagonistas, tiene pocas posibilidades de desfavorecer a los dominadores, en tanto que el ethos de los agentes jurídicos que está en el origen de esas visiones, y la lógica inmanente de los textos jurídicos, que son invocados para justificarlos tanto como para inspirarlos, están de acuerdo con los intereses, los valores y la visión del mundo dominante (Bourdieu, 2002, p.204).

La regulación de la vida social del hombre está, según Nieto Arteta, inserta en toda una estructura:

(...) esta es la totalidad formada por todos los complejos sociales dominantes. Los elementos que la integran, al reunirse y concentrarse entre sí, suscitan la formación de una entidad que trasciende la pura unión mecánica de los mismos. La estructura social es algo más que la unidad material de los elementos que la constituyen. Por eso, la estructura social es una totalidad (Nieto, 1971 , p.37).

Con relación a la permeabilización de la globalización en el derecho, William Twining señala que:

(...) el proceso de globalización es selectivo y tiene tensiones y contradicciones. Pero no es anárquico. Reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades periféricas y semiperiféricas. Por lo tanto, no existe globalismo genuino. Bajo las condiciones del sistema mundial moderno, globalismo, es la globalización existente de un localismo dado. El idioma inglés como lengua franca, es uno de tales ejemplos (Twining, 2005, p.256).

Con respecto a las tensiones de las que habla Twining (2005) que genera el fenómeno de la globalización al interior del derecho, se encuentra el llamado pluralismo jurídico de Estado que pone de manifiesto la conciencia que los juristas han tomado del multiculturalismo, como también que las sociedades, producto de este fenómeno, se hayan vuelto más pluralistas, y de esta forma, se reconoce que todas las sociedades modernas deben luchar para que el Estado identifique y haga concesiones o refuerce las normas de las diferentes religiones, culturas o tradiciones.

EL ETHOS COMO FACTOR DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO

Partiendo de Hegel, para quien el derecho será válido y la política legítima en la medida en que la eticidad, a través del

Estado, respete la protoforma del *ethos* y la identidad de las comunidades, Mejía dice (2006a) que la eficacia del ordenamiento queda, igualmente, sujeta a esa traducción jurídico política que el Estado hace de la identidad ética de un pueblo.

Kelsen, por su parte, afirma que:

(...) otro enfoque sociológico del problema del Estado, procede de la suposición de que los individuos que pertenecen a una misma comunidad política están unidos por una voluntad común o, lo que equivale a lo mismo, por un interés común. Háblase de una voluntad colectiva o de un interés colectivo, y se piensa que estos constituyen la unidad y, por tanto, la realidad social del Estado. Se habla así mismo, de un sentimiento colectivo, de una conciencia colectiva, especie de alma colectiva, como del hecho que constituye la comunidad del Estado (Kelsen, 1969, p.219).

Igualmente Kelsen manifiesta que:

(...) la población de un estado hállese dividida en varios grupos de intereses que en mayor o menor escala se contraponen entre sí. La ideología de un interés estatal colectivo es empleada para encubrir ese inevitable conjunto de intereses. Llamar interés de todos al expresado en el orden jurídico, es una ficción, inclusive cuando ese orden representa un compromiso entre los intereses de los grupos más importantes. Si el orden jurídico fuese realmente la expresión de los intereses de todos, es decir, si estuviese en completa armonía con los deseos de todos los individuos sometidos a él, entonces podría contar con la obediencia voluntaria de todos sus súbditos; no necesitaría tener carácter coercitivo; y, siendo enteramente justo, tampoco necesitaría ostentar el carácter de derecho (Kelsen, 1969, p.220).

Sin embargo, señala Schmitt:

(...) la aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir dentro del Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, en procurar ‘paz, seguridad y orden’ y crear así la situación normal que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general. Esta necesidad de pacificación dentro del Estado tiene como consecuencia, en caso de situación crítica, que el Estado como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo también al enemigo interno (Schmitt, 1991, p.75).

Posteriormente, Hart define un tipo de norma fundamental empírica denominada *regla de reconocimiento*, que contiene los criterios para la identificación de reglas o normas como derecho válido, pero también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas, tratándose siempre de reglas empíricas. “Hart infiere la aceptación de la regla de reconocimiento de su existencia y en ella fundamenta la validez de las demás reglas jurídicas. Su validez se deriva de su existencia como criterio de práctica social” (Mejía, 2006b, p.195).

Mejía Quintana refiriéndose a Teubner, sostiene que:

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

autoprocesalizar su propia complejidad. (Mejía, 1995, p.244)

Diego Farrell expresa por su parte que “en un gobierno democrático, la alternativa que cuenta con el apoyo de la mayoría, es la alternativa elegida. La mayoría entonces, puede optar por leyes que repriman a una minoría racial o religiosa, aunque el caso que más le preocupa a Mill es el de una mayoría pobre que viola los derechos de propiedad de una minoría rica” (Farrell, 1997, p.99).

Por otro lado, Bourdieu manifiesta que “el derecho registra en cada momento un estado de relación de fuerzas y ratifica con ellos las conquistas de los dominadores, que quedan convertidas de esa forma en acervos reconocidos” (Bourdieu, 2002, p.161).

Gurtvitch por su parte, refiriéndose al *ius societatis* afirma que “la armonía entre los equivalentes, las asociaciones de dominio, y el derecho que engendran ellas, no se derivan de la vida común del grupo, sino de su sumisión anormal al derecho de propiedad individual” (Gurtvitch, 2001, p.50).

José Lorca al tratar el tema de las formas sociales define las regiones como “entidades históricas, sociológicamente acusadas en sus peculiaridades culturales o lingüísticas, centros de autarquía política o de autonomía administrativa, pero siempre integradas en la patria común” (Lorca, 1982, p.100).

Para Lorca:

(...) los partidos como formas sociales básicas o cuerpos intermedios han de gozar de legítima y plena autonomía, en tanto principio fundamental de los cuerpos intermedios. Lo que se opone a que el Estado se erija en motor de los partidos, o que éstos sean planificados de forma

rígida y abusiva por el propio Estado, ya que ello supone violar una ley esencial de los cuerpos intermedios, que impone dar a éstos vida propia, que no les puede ser dada desde el exterior, sino que proviene de la acción e iniciativa de sus miembros (Lorca, 1982, p.106).

López Medina (2004) citando a Nieto Arteta expresa que la exégesis presenta dos características: primero, que todo el derecho ha sido creado por una sola clase social en el nombre de la generalidad y segundo, que el código civil es precisamente la forma jurídica de la nueva economía capitalista.

Nieto Arteta señala que:

(...) el derecho natural es un procedimiento teórico para defender determinados intereses económicos y políticos. Se comprueba que todo aquello que se afirma como contenido esencial del ordenamiento estatal, o como derechos innatos del hombre, no es otra cosa que intereses de grupo y de clase, que tratan de atrincherarse tras la teoría (Nieto, 1971, p.16).

Así mismo Nieto sostiene que:

(...) la regulación de la vida social está unida a los intereses del hombre. Ningún hombre es indiferente ante la regulación de la vida social. Lo vinculan a ella sus propios intereses personales (económicos y culturales). En toda regulación de la vida social han de señalarse el destino y la función que deban cumplir los bienes poseídos por el hombre. Estos bienes son de dos categorías: culturales y económicos (Nieto, 1971, p.39).

Entre otros autores colombianos que tratan esta temática, y que aluden a las diferencias entre el *ethos* y la moral, está el profesor De Zubiría Samper, quien afirma que:

(...) existen tres matrices que se yuxtaponen en nuestro comportamiento ético y

cultural: elogiamos la existencia de normas legales, pero éstas no modifican nuestra conducta cotidiana; despreciamos y desconfiamos de todo lo que provenga de las instituciones; y desconectamos con demasiada facilidad y frecuencia las normas morales de las jurídicas y éstas dos de las culturales (De Zubiría, 1998, p.50).

EL ETHOS DOMINANTE COMO FACTOR DE LEGITIMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El Estado colombiano traduce la eticidad de nuestro pueblo a través de la Constitución de 1991. Ésta es una normativa paradójica que al igual que nuestro pueblo es híbrida, conjuga múltiples *ethos*, diversas culturas, *telos* yuxtapuestos, y es viable en el papel, pero en la práctica, este compendio de tan diversas eticidades, no es aplicable.

Es el juez u operador judicial quien entrará, a la manera hartiana, a establecer la validez de la norma, la aplicará pasándola a través de la lupa de la regla de reconocimiento, cuyo basamento empírico está dado en últimas por su propia eticidad, que por lo general, al hacer aquél parte de la rama judicial y ésta a su vez del *Leviatán*, posee el *ius belli*, su veredicto será hijo del *ethos* dominante, por lo general el de la clase económica dominante.

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

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

La fuente de legitimidad para nosotros no radica en el consenso universal en términos kantianos, ni tampoco en el acuerdo de voluntades de un grupo considerable de individuos. Si fuese así, entonces la legitimidad sería utópica, ningún ordenamiento sería legítimo. Pongamos como ejemplo para argumentar nuestra aseveración, los mecanismos de participación democrática previstos en nuestra Constitución y las leyes estatutarias que los desarrollan, más precisamente el derecho al voto.

Colombia cuenta con 41.242.948 millones de habitantes según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), de los cuales 26.731.700 millones de habitantes son aptos para votar. No obstante, en los últimos comicios presidenciales la votación ascendió a 12.041.737 millones de habitantes (Cortez, 2006).

Esto evidencia, en primer lugar, que la elección de nuestros gobernantes no responde al sentir de una mayoría, que no hay consenso universal, ya que en ella sólo participa el 45% de la población apta para votar y el 29% del total de la población. En otras palabras, que nuestros gobernantes son elegidos por una minoría.

Nuestros gobernantes son, en la mayoría de los casos, representantes de la minoría que detenta el poder económico; sus campañas políticas son patrocinadas por esta minoría. El poder económico detenta de esta forma, el poder político.

Coincidimos con Schmitt cuando señala que la legitimidad del sistema jurídico obedece a la norma fundamental, que no es otra que el antagonismo político: relación

El Estado colombiano traduce la eticidad de nuestro pueblo a través de la Constitución de 1991.

amigo-enemigo, donde los desobedientes son considerados enemigos y la democracia es para los amigos, no para los enemigos. Hallamos que precisamente el Presidente de la República, en nuestro sistema presidencialista, constituye la encarnación del *ethos* dominante, el cual no es el de las mayorías, salvo contadas excepciones, sino el *ethos* que logra someter a los demás. Así, el presidente representa aparentemente la unidad o cohesión del pueblo, pero realmente personifica el *ethos* dominante. Él es guardián de la Constitución siempre que ella traduzca en mayor o menor medida su *ethos*. De no hacerlo, propugnará por reformarla o cambiarla. No obstante, disintimos un poco de Schmitt cuando afirma que la aclamación es la forma de saber si el presidente cuenta o no con la aprobación del pueblo, pues realmente, es el mecanismo para medir la fuerza del *ethos* que encarna.

Siguiendo a Schmitt, el Estado, como unidad esencialmente política, tiene el *ius belli*. Este derecho de guerra implica la doble posibilidad de señalar quién es el enemigo y por otra parte, de requerir de las fuerzas armadas (Constitución de 1991, artículos 115 y 189), disponer de ellas para defender el *ethos* que representa y combatir aquél que le es antagónico.

En el acontecer político-jurídico colombiano, el *ethos* que sea contrario al del detentador del *ius belli* será atacado, perseguido, señalado, será visto como enemigo, mientras que a aquellos individuos que comparten su *ethos*, les será aplicado el axioma que reza “la democracia es sólo para los amigos”. Desde esta óptica, existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano, las huellas o vestigios de normas impulsadas en los poderes legislativo y ejecutivo para

defender y proteger los intereses del *ethos* dominante (más no del *ethos* mayoritario que no detenta el poder) y con ello se crean procesos selectivos en los que un grupo particular de personas recibe beneficios por parte de la institucionalidad del Estado, que a su vez se encuentran legitimados por haber cumplido con los procedimientos formales para tener validez.

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

CONCLUSIONES

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

Encontramos que efectivamente nuestros partidos políticos no expresan el pluralismo político, no concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y no actúan como reales cuerpos intermedios entre los intereses de las regiones, las diferentes comunidades y el Estado. Por lo tanto es falso afirmar que el partido que obtenga la mayoría de la votación represente al *ethos* de la mayoría, ya que los partidos políticos

que se desprenden del Estado, y no de los grupos sociales, devienen en mero instrumento del que se vale el *ethos* económico o el minoritario dominante para perpetuarse en el poder.

Por otra parte, el planteamiento que sugiere que la fuente de legitimidad del derecho en Colombia proviene de la minoría más representativa, debe ser reevaluado tras analizar que nuestros gobernantes tampoco representan plenamente al *ethos* de la región a la cual pertenecen considerando que los grupos económicos más fuertes se hallan asentados en las principales regiones del país y que son éstos los que financian las campañas políticas. Así, cabe afirmar que

realmente los presidentes no llegan a detentar el poder porque personifiquen el *ethos* de su región o comunidad, sino el *ethos* del grupo económico dominante.

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

Encontramos que efectivamente nuestros partidos políticos no expresan el pluralismo político, no concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y no actúan como reales cuerpos intermedios entre los intereses de las regiones, las diferentes comunidades y el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourron C., y Buligyn E. (1974). *Análisis lógico y derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Aristóteles (1985). *Ética a Nicomaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles (1984). *La Política*. España: Ediciones Orbis, S.A.
- Austin, J. (1885). *Lectures on jurisprudence*. London: Revisada y editada por Robert Cambell, John Murray, (Quinta Edición) Volumen I.
- Bourdieu, P. (2002). Elementos para una sociología del campo jurídico. *La fuerza del derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Uniandes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editorial.
- Cortez, A. (2006). *¿Cuántos somos en realidad?* Cali, Colombia: Corporación Editora Médica del Valle, Universidad del Valle.
- De Zubiría, S. (1998). Filosofía de nuestro *ethos* cultural. *Revista de Estudios Sociales* Número 01. Agosto. (pp. 50 -55)
- Díaz y Díaz, M. (1998). *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos*. México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Farrell, D. (1997). *Utilitarismo, liberalismo y democracia*. México: Ediciones Fontamara S.A. Biblioteca de ética, Filosofía del derecho y política.
- Friederich (1980). *La filosofía del derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Gil, N. (2006) (Compilador). *Filosofía del derecho y filosofía social*. Memorias Tercer Congreso Nacional. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Gurvitch, G. (2001). *Elementos de sociología jurídica*. Granada, España: Editorial Comares.
- Hart, H. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición.

- Hobbes, T. (1989). *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Editorial Alianza.
- Hobbes, T. (1984). *Elementos de derecho material y político*. México: Editorial F.C.E., segunda reimpresión.
- Kant, I. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Argentina: El Cid Editor.
- Kant, I. (1958). Ideas de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita. *Filosofía de la historia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Nova.
- Kaufmann, M. (1993). *Derecho sin reglas*. Munich, Alemania: Editorial Alfa S.A. Segunda Edición.
- Kelsen, H. (1994). La norma fundamental. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Porrúa.
- Kelsen, H. (1969). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Editorial Textos Universitarios, Universidad Nacional Autónoma de México, tercera edición.
- Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.
- Lopez, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Legis.
- Lorca, J. (1982). *Fundamentos filosóficos del derecho*. Madrid, España: Ediciones Pirámide, S.A.
- Luhmann, N. (1997). *Organización y decisión. Autopoiesis y entendimiento comunicativo*. España: Editorial Anthropos. Universidad Iberoamericana.
- Mejía, O. (2003). El origen constituyente de la crisis política en Colombia. *La Crisis Política Colombiana*. Bogotá, D.C., Colombia: Uniandes. Departamento de Ciencia Política).
- Mejía, O. (2006). *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos. Universidad Autónoma de Nuevo León. Revista Humanitas (No. 33).
- Mejía, O. (2006). La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación. Numas, G. (compilador). *Filosofía del derecho y filosofía social*. Memorias Tercer Congreso Nacional. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Mejía, O. (1995). *El derecho: liturgia del procedimentalismo*. Revista de Derecho Privado No 17. Bogotá D.C., Colombia Universidad de los Andes.
- Nieto, L. (1971). *La interpretación de las normas jurídicas*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Rousseau, J. (1969). El contrato social. *Obras completas*. París: Editorial Bernard Gagnebin y Marcel Raymond, Volumen 3.
- Ruiz, A. (2002). Una Filosofía del derecho. *Modelos Históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Schmitt, C. (1971). *Legalidad y legitimidad*. Madrid, España: Editorial Aguilar.
- Schmitt, C. (1991). *El Concepto de lo político*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Teubner, G. (2002) El derecho como sujeto epistemológico: Hacia una epistemología Constructivista del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*.
- Teubner, G. (1992). Regulatory law: chronicle of a death foretold. *Crime, Law and Social Change*.
- Turégano, I. (2001). *Derecho y moral en John Austin*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Twining, W. (2005). *Derecho y globalización*. Bogotá D.C., Colombia: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar Primera Reimpresión.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición.