

**LEGITIMIDAD DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO ÉTICO DE LAS
PRÁCTICAS POLÍTICAS**

ALEXANDER RESTREPO RAMÍREZ



UNIVERSIDAD
LIBRE

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE FILOSOFÍA
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA
BOGOTÁ D.C.
2014**

**LEGITIMIDAD DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO ÉTICO DE LAS
PRÁCTICAS POLÍTICAS**

ALEXANDER RESTREPO RAMÍREZ

**Trabajo de Grado presentado para optar por el título
de: Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica**

**Director: Castro Blanco Elías
Docente Investigación**

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE FILOSOFÍA
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA
BOGOTÁ D.C.
ABRIL DE 2014**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Asesor

Bogotá D.C., 23 de abril de 2014

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en primer lugar a Dios, ente supremo que a través de su bondad y sabiduría me guio a la elección de este programa académico, de cuyas altísimas preocupaciones espero que pueda abrirse la senda de un mejor presente y futuro para Colombia.

Agradezco también a los docentes del programa de Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, por su calidad humana y académica que me permitió despejar y nutrir las preguntas que originaron este estudio. A mi director de tesis, profesor Elías Castro Blanco, y al profesor Oscar Mauricio Donato por su apoyo y recomendaciones siempre pertinentes.

Finalmente a todos mis compañeros de la maestría, gracias a los cuales siempre tuve un retorno a mis planteamientos, críticas y valoraciones que han siempre de ser importantes en el ejercicio académico.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi padre, don Alfonso Restrepo Quintero, cuya sabiduría, aunque llegó a la academia, ha sido fuente de aprendizaje y ejemplo para tantos hombres, incluido yo. A mi madre Gloria Inés Ramírez Aristizábal, quien a pesar de no entender nada de estos vericuetos por los que su hijo ha transitado para formarse profesionalmente, ha dado un apoyo inconmensurable desde su espiritualidad y amor, dos grandes potencias. A mi hermana Luz Marina Restrepo Ramírez, quien también, por otras vías, formas y espacios, lucha día a día por lograr un lugar en este arduo mundo del desarrollo profesional. Y a mi esposa Lina G. Duque Rodríguez, quien con sabiduría y amor infinitos, me ha acompañado a recorrer estos caminos, desde una creencia incondicional en mis capacidades y posibilidades de abrir caminos de virtud académica. A ellos y ellas, humana y humildemente dedico lo que este trabajo pueda representar para la vida académica de Colombia y el mundo.

RESUMEN

Esta tesis surge de la investigación realizada durante el curso de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica en la Universidad Libre, entre los años 2011 y 2013. Recoge los aspectos más importantes en términos del interés personal del autor por tener —junto con el propósito misional de la Universidad Libre—una comprensión del Derecho y la Ciencia Política no *positivista*, en razón de lo cual este trabajo intenta demostrar la tesis de que el derecho es la praxis de la ética y la política la praxis del derecho, trasfondo teórico que ha de implicar la observación de la relación ética, derecho y política en tres momentos.

En primer lugar me propongo demostrar que en el fondo del debate sobre asuntos de interés general es más conveniente una discusión ética y no moral, con el fin de obtener argumentos y directrices más imparciales, ecuánimes y objetivas con el horizonte misional del Estado y la Constitución Política de 1991 en Colombia. Ello presupone entonces una distinción o aclaración del concepto de ética frente al de moral, y por qué es más conveniente observar la relación ética, derecho y política a partir de dicha distinción.

En segundo lugar, presento una conceptualización del derecho, que a partir sobre todo de los postulados de Habermas en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, permiten comprender la fundamentación ética del derecho, como una estrategia misma no sólo de la legitimidad del derecho sino de la legitimidad política misma.

Y en tercer lugar, ofrezco una perspectiva deontológica de las prácticas políticas, esto es, de la realización misma del sentido del gobierno y el ejercicio del poder, siguiendo la pista del derecho como eje y orden que permite fundamentar éticamente dicha realización, con lo cual se consolida un concepto de justicia en conformidad con el cumplimiento de los principios constitucionales que pretenden garantizar el Estado Social de Derecho, la democracia y la salvaguarda del interés general como pilar de la justicia política.

Palabras claves: Moral; Ética; Derecho; Política; Público; Justicia; Interés general; legitimidad.

ABSTRACT

This thesis arises from research carried out during the course of the Master's Degree in Philosophy of Law and Legal Theory at the Free University, between 2011 and 2013. It includes the most important aspects in terms of the author's personal interest in having —along with the missionary purpose of the Free University—a non-positivist understanding of Law and Political Science, for which reason this work tries to demonstrate the thesis that law is the praxis of ethics and politics the praxis of law, a theoretical background that It must imply the observation of the ethical, law and political relationship in three moments.

In the first place, I intend to demonstrate that at the bottom of the debate on matters of general interest, an ethical and non-moral discussion is more convenient, in order to obtain more impartial, impartial and objective arguments and guidelines with the missionary horizon of the State and the Constitution. Politics of 1991 in Colombia. This then presupposes a distinction or clarification of the concept of ethics against that of morality, and why it is more convenient to observe the ethical, law and political relationship from said distinction.

Secondly, I present a conceptualization of law, which, based above all on Habermas's postulates in *Moral Consciousness and Communicative Action*, allows us to understand the ethical foundation of law, as a strategy itself, not only of the legitimacy of law, but also of legal legitimacy. politics itself.

And thirdly, I offer a deontological perspective of political practices, that is, of the very realization of the meaning of government and the exercise of power, following the path of law as the axis and order that allows ethically founding said realization, with which a concept of justice is consolidated in accordance with compliance with the constitutional principles that seek to guarantee the Social State of Law, democracy and the safeguarding of the general interest as a pillar of political justice.

Keywords: Morality; Ethics; Right; Policy; Public; Justice; General interest; legitimacy.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	10
HIPÓTESIS DE TRABAJO	14
¿POR QUÉ REQUERIMOS UNA COMPRENSIÓN DEL DERECHO EN ESTOS TÉRMINOS?.....	15
OBJETIVOS	18
General:	18
Específicos:	18
PREGUNTAS DIRECTRICES	18
ALGUNOS ANTECEDENTES TEÓRICOS	19
MARCO CONCEPTUAL	22
Dimensión ética.	22
Dimensión jurídica.	23
Dimensión política.	27
DERECHO Y MORAL: REPERCUSIONES EN EL CAMPO DE LA POLÍTICA	29
SUPUESTOS IMPLÍCITOS	47
METODOLOGÍA	48
PARADIGMA	49
ENFOQUE	49
1. IMPLICACIONES DE UNA DISTINCIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE MORAL Y ÉTICA PARA EL DERECHO Y LA CIENCIA POLÍTICA	51
1.1 PRIMACÍA CONCEPTUAL DE LA ÉTICA SOBRE LA MORAL PARA EL DERECHO.....	51
1.2 EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ENTRE ACTITUD MORAL Y ACTITUD ÉTICA PARA EL DERECHO	52
1.3 HACIA UN CONCEPTO DE ÉTICA PÚBLICA	63
2. LA ÉTICA COMO LEGITIMIDAD DEL DERECHO	68
2.2 LA NECESARIA FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DEL DERECHO	69
2.3 ¿QUÉ ES LA ÉTICA DEL DERECHO?	71
2.4 DE LA ETICIDAD DEL DERECHO A LA LEGITIMIDAD	74
2.4.1 Acerca de la legitimidad por vía de la legalidad.....	78
3. EL DERECHO COMO DEBER SER DE LA PRÁCTICA POLÍTICA	87
3.1 ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS DE LAS PRÁCTICAS POLÍTICAS?	88

3.2 PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL DEBER SER DE LA POLÍTICA	100
CONCLUSIONES.....	108
RECOMENDACIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	115
WEBGRAFÍA.....	118

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista de lo que debe ser preeminentemente la política, es decir, desde una concepción deontológica del arte de gobernar un Estado, a menudo se asume que el ejercicio de orientar los destinos de la sociedad debe partir de la idea básica —y en sí necesaria— de conseguir el bien y la felicidad para la mayor cantidad de ciudadanos posible. Es precisamente esta concepción esencial de la política la que Aristóteles relacionó con una idea ética, en la medida de que no puede ser concebido el fin de gobernar un Estado desligado de un fin práctico, que es en sí mismo bueno, ya que “el supremo bien pertenece a la política, ciencia “suprema y directiva en grado sumo”¹.

Vincular la ética con la política en Aristóteles, casi hasta el punto de identificarlas, tiene una implicación significativa para el derecho como fundamentación política, si se asume la tesis de que la política es la *praxis* del derecho y que el derecho, a su vez, es la *praxis* de la ética en su sentido más razonable². Y es que si se acepta, por lo menos en primera instancia, la concepción ética y política en Aristóteles como una fuente sólida de la cual se nutre la teorización de estos conceptos en Occidente, es necesario que ello tenga una vinculación efectiva con la dimensión jurídica en términos del marco sociológico en que se expresa públicamente la moral, es decir, la ética, según pretendo mostrar aquí.

¹ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Traducción de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1998a. 1094a 25-1094b, p. 132.

²Asumo lo razonable a partir de la *Teoría de la justicia* de John Rawls, donde afirma el filósofo norteamericano que: “Para los propósitos de una concepción política de la justicia, yo doy a lo razonable un sentido más restringido y lo vinculo, primero, a la disposición a proponer y a respetar los términos equitativos de cooperación, y segundo, a la disposición a reconocer las cargas del juicio, aceptando sus consecuencias (...) Sabiendo que la gente es razonable cuando los demás están implicados, sabemos que están dispuestos a gobernar su conducta de acuerdo con un principio según el cual ellos y los demás puede razonar en común; y la gente razonable tiene en cuenta las consecuencias de su acción sobre el bienestar de los demás. La disposición a ser razonable no se deriva ni de ser racional ni se opone a ello, pero es incompatible con el egoísmo, pues va ligada a la disposición a actuar moralmente”. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: F.C.E, 1997. p. 17. Se observa en esta referencia a lo razonable, que es una categoría que puede ser asimilada con la necesidad de imparcialidad que debe corresponder a los ciudadanos. En el caso de este trabajo, con mayor rigor, a los funcionarios públicos, por el objeto de su acción.

De esta manera, Aristóteles considera todo aquello que tiene un valor político como el fin más noble precisamente por abarcar algo más importante que el mero bien individual, como sería el de aquel que sólo contempla la virtud para sí mismo, es decir, su moral, entendida como aquella concepción del bien que solamente satisface su propia persona, su familia o su grupo social. Por el contrario, en Aristóteles “la *polis* tiene por naturaleza prioridad sobre la familia y sobre cualquier particular entre nosotros, ya que el todo es necesariamente primero que las partes (...)”³. Independientemente a que esta pueda ser una idea, o bien extemporánea o quizás recalcitrante para el actual debate jurídico-político, es de la mayor relevancia para la discusión (necesaria) de la vinculación de la política con la ética, y de cómo el derecho está a mitad de camino entre ambas.

Comprender, entonces, la diferencia conceptual que encarna la moral y la ética, así como las implicaciones que para el derecho y la política tiene dicha distinción, no reviste en el primer capítulo de este trabajo una categoría lingüística de carácter meramente etimológico y formal, sino más bien la necesidad de tratar sustancialmente el modo en que la moral representa desde la ética una categoría más conveniente al debate público con repercusiones en el derecho y la política.

Si bien es cierto que en algunos trabajos, como *Facticidad y validez* de Jurgen Habermas, se hace referencia aún a la categoría de *moralidad*, que ya ha establecido en otros lugares como la *Ética del discurso* y *Escritos sobre moralidad y eticidad*, sin embargo se puede interpretar cómo el uso público de la razón depende de una categoría de moralidad que ya no apela solamente a la razón práctica del individuo, sino que en tanto hace parte de un discurso intersubjetivo, debe pasar a una dimensión en donde esa categoría de moralidad se hace pública y se positiviza a través del derecho válido, justo lo que se prefiere aquí denominar eticidad.

³ ARISTÓTELES, Op. Cit., 1998. 1253a, p. 136.

Con esto quiero decir que si bien al hablar de ética no se puede excluir la categoría *moral* o *moralidad*, al establecerse en una discusión por asuntos que afectan lo público, debe asumirse dicho grado de moralidad como un asunto de *ética*, y de manera consecuente, de ética pública.

Subsanar esta deuda teórica de precisar cuándo algunos asuntos son de interés moral para los ciudadanos en sus propias e individuales personas, y cuándo lo son para los ciudadanos entendidos como comunidad, permite pasar del primer al segundo capítulo de este trabajo, donde el fondo de la discusión es entender la relación entre derecho y moral, reforzando algunos de los argumentos que en el primer capítulo aún son tenues, y comprender dicha relación en su articulación con la política bajo la convicción de que en la filosofía del derecho se unen las reflexiones doctrinales (positivistas) y aspiracionales (idealistas): “(...) de modo que el proyecto es uno en el que la moral figura de modo inevitable, porque cualquier teoría sobre la mejor manera de entender un valor explícitamente político como el valor aspiracional del derecho tiene que ser un ejercicio de moralidad política”⁴.

Así, el segundo capítulo presenta ante el lector un intento por establecer que el derecho, como orden social, contiene en su elaboración histórica y en su construcción normativa, aspiraciones éticas de regulación social. Ello ha de redundar en el hecho de que al confirmar dicha tesis, se verá que necesariamente la vocación pública del derecho implica una serie de construcciones deontológicas que deben ser materializadas por el poder político.

En Colombia actualmente se observa un aspecto del derecho y la política que desde diferentes posiciones iusfilosóficas⁵, intentan evidenciar los riesgos que la

⁴DWORKIN, Ronald. La justicia con toga. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 23. Dworkin afirma más adelante la identidad de los asuntos políticos con asuntos morales. Cfr. *Ibíd*, p. 29.

⁵ Ver, especialmente, los trabajos de FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 71-72, y DE VEGA, Pedro. Mundialización y derecho

corrupción y la globalización —más bien económica— que política, representa para el capital público y todos los bienes que ello significa para el alcance de los objetivos del Estado promulgados en la Constitución Política de 1991. A este interrogante intenta responder de manera positiva (es decir, como contrapeso) el tercer y último capítulo de este trabajo. Allí se intentará demostrar que la tradición occidental de la filosofía política y de la filosofía del derecho tienen una relación fundamental, no sólo conceptualmente, sino sustantivamente, es decir, que ambos órdenes se relacionan a partir de una vocación hacia el orden práctico-ético de manera recíproca. Ello, a la vez, evidenciando que en el orden propuesto por este trabajo, el derecho, para poder fundamentar la práctica política, a la vez ha debido ser fundamentado por la ética, lo cual queda manifiesto en el fondo aspiracional del derecho y la política, esto es, en la categoría *justicia*.

De esta teorización ha de resultar que si se encuentra una relación fundamental entre la ética, el derecho y la política, esto es, que efectivamente los presupuestos conceptuales de la construcción moral racional de la voluntad orientada a fines públicos; la forma positiva en que se legalizan y legitiman dichos presupuestos, y el ejercicio de una actividad que trasciende lo meramente administrativo, y soporta las bases mismas de la realidad social (cuya seguridad depende del grado de garantías en la institucionalidad), será posible observar en la legitimidad del derecho y la fundamentación ética de las prácticas políticas, una correlación sustancial (deontológicamente adecuada). A la vez, necesario será considerar que el Estado de derecho se encuentra en crisis cuando las prácticas políticas no reflejan los postulados de la ley vigente, es decir, se presentan desprovistas de legitimidad.

HIPÓTESIS DE TRABAJO

Se considera aquí que si bien es el derecho precisamente el orden que reúne sustantiva, formal e institucionalmente la legalidad del Estado Social de Derecho, la validez y la legitimidad del sistema democrático (por lo cual podría asumirse que preguntarse por la legitimidad del derecho constituye en sí un contrasentido), es necesario, frente a la crisis actual del sistema político y social, plantearse la relación entre ética, derecho y política, como un proceso que logra integrar la *praxis* de dichas tres dimensiones bajo un objetivo jurídico, social y político como lo es la justicia⁶, entendida como el cumplimiento de los principios constitucionales de 1991, aunados en la primacía del interés general. Así, se hablará aquí de ética fundamentalmente y no de la moral, ya que este trabajo considera inicialmente que existe una diferencia gradual entre moral y ética en lo relativo a la función pública y a la observación, publicidad y aplicación de la ley, siendo la *eticidad* la categoría que debe imperar como fundamento de las prácticas políticas. De igual forma, se establece luego cómo el derecho porta en su jurisdicción normativa apelaciones morales que desde el punto de vista de la dimensión de lo público, deben adquirir el planteamiento de una obligación ética. Y finalmente, se establece cómo en el formato de una *praxis* política deontológicamente correcta, se ve representado el derecho como fundamento conceptual y normativo de dichas prácticas, lo cual se considera aquí legitimidad del derecho.

⁶ A pesar de que el uso de un concepto tan irreconocible desde el punto de vista positivista, Ver KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, vigésima cuarta edición. 2011, puede llegar a ser problemático, es preciso considerar que en términos generales, la justicia es un marco de referencia público de la ciudadanía. Ver DWORKIN. Op. Cit., p. 21. Sin embargo, y en clara alusión a Dworkin, Habermas ha llamado la atención sobre la necesidad de que un concepto de justicia que pretenda ir más allá de las instituciones y las tradiciones, debe poner en contacto lo ideal con lo real. Cfr. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 3 ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 267, cuestión que quiere ser apoyada aquí bajo la propuesta de una ética pública.

¿POR QUÉ REQUERIMOS UNA COMPRENSIÓN DEL DERECHO EN ESTOS TÉRMINOS?

Creyendo con Foucault que de cierta manera “la verdad no está fuera del poder”⁷, y que es la sociedad en que vivimos el problema más importante de nuestras vidas⁸, es urgente considerar un análisis del derecho en su relación fundamental con la moral objetiva (ética), ya no como un dilema desvinculado e independiente del poder legislativo y ejecutivo del Estado, sino como el elemento fundamental y determinante de toda práctica política.

Teniendo en cuenta las apremiantes condiciones en que los valores institucionales en Colombia se han visto menguados por una constante e impune transgresión de la ley, por parte, incluso de quienes detentan el poder político y administrativo, es preeminente considerar la justificación teórica de que la salida al Estado fallido en términos de gubernamentalidad al que parece estar abocada Colombia, es reconocer la legitimidad del derecho como factor coercitivo y determinante de toda práctica política y social en su base moral, ya que es ella la que debe ser garante del cumplimiento de sí misma dentro del fin gubernamental, que no es otro sino proporcionar la felicidad, la justicia y la seguridad para la mayor cantidad de ciudadanos posible, ya que son ellos y sus necesidades de hecho, aquello que materializa el sentido del pacto racional que representa el Estado y su marco legal.

Un autor que en la actualidad parece llevar la reflexión sobre el derecho en esta perspectiva es el italiano Luigi Ferrajoli, quien asume desde una perspectiva garantista que el Estado de derecho se encuentra actualmente en crisis, lo cual es evidenciable según parece en que las instituciones jurídicas lentamente van siendo menguadas y debilitadas no solamente por la economía sino también por estrategias “antisociales” que al interior del sistema político, pretenden contradecir los presupuestos mismos del Estado de derecho. En efecto, Ferrajoli señala tres

⁷ Foucault, Michel Estrategias de poder (Obras esenciales), vol. II. Editorial Paidós, Barcelona, 2000. p. 53.

⁸ *Ibíd.*, p. 81.

elementos a partir de los cuales se observa este debilitamiento de las prestaciones sociales del Estado de derecho, tales son: “(...) incremento de la ilegalidad del sistema político, en el desarrollo vigoroso del secreto en el aparato estatal y en la creciente irresponsabilidad de la clase gobernante”⁹.

Los anteriores son elementos que dentro de una interpretación general del estado actual de las democracias, permiten considerar la necesidad imperiosa de una revaloración de la legitimidad del derecho como fundamento ético de las prácticas políticas. Son signos de que en la actualidad asistimos al derrumbamiento de la legalidad desde el punto de vista de la legitimidad del derecho y su función dentro del Estado. Resulta así que quienes tienen a su cargo la función de administrar justicia y gobernar desde el ejecutivo y legislativo, en Colombia, parecen haber caído en una total inobservancia del derecho como una fundamentación deontológicamente posible de la democracia. Su práctica política, en lo retórico de las campañas proselitistas y en lo efectivo de la *praxis*, es la suma de una contradicción terrible que impide considerar la Constitución como el estatuto de la organización de un Estado conforme al interés general y la consecución de la felicidad para la mayor cantidad de ciudadanos posible, ya que el establecimiento de la constitución, por lo menos en términos deontológicos y lógicos, es la presuposición de que el poder político se debe a las leyes, ya que sus acciones deben ser una fiel consecuencia de lo predispuesto por la ley. De lo contrario, el derecho no tendría validez, y lo que es peor, sentido.

Esto permite considerar la necesidad de un análisis de aquellos presupuestos teóricos a partir de los cuales es posible comprender una estructuración orgánica de la ética, de la política y del derecho. Estos elementos deben ser comprendidos no como esferas que se aíslan y particularizan de acuerdo a las necesidades de cada situación de Estado, sino como piezas de un todo cuya finalidad es la consecución del Estado de derecho como garante de la democracia verdadera, en donde los ciudadanos comprenden la ley no como una coerción sino como un

⁹ FERRAJOLI, Op. Cit. p. 72.

deber, y entienden el ejercicio de la autonomía moral como garante del mismo derecho que sustenta al Estado.

Este trabajo considera que Colombia está muy lejos de llegar a un nivel de instrucción social de estas dimensiones, pero que precisamente es dicha distancia la que está lentamente socavando todas las estructuras sociales y políticas cuya finalidad es la felicidad de los ciudadanos. Así pues, la realidad de Colombia demuestra la ineficacia actual tanto del derecho como eje fundante de la perspectiva ética de los funcionarios públicos, así como de la educación y los valores que son compartidos por los ciudadanos desde el momento mismo en que quienes han de participar de las prácticas políticas, sea como agentes directos o indirectos, se forman para realizar dichas prácticas. De ahí que se considere que un trabajo que logre demostrar la necesidad de establecer conceptualmente la fragilidad del Estado social de derecho en Colombia a partir de un análisis de la relación entre ética, política y derecho, ostenta una relevancia significativa desde lo teórico y lo social.

OBJETIVOS

General:

Demostrar que la legitimidad del derecho se establece a partir de la fundamentación ética que éste constituye de las prácticas políticas, con lo cual se ofrece a la vez una idea de legitimidad política en donde el derecho es la praxis de la ética y la política la praxis del derecho.

Específicos:

- Establecer la diferencia conceptual de la moral y la ética para la fundamentación del derecho y su relación con la ciencia política.
- Identificar aquellos elementos fundamentales del derecho para la ciencia política que proceden de la ética.
- Determinar cómo en una concepción deontológicamente conveniente de la *praxis* política se expresan los presupuestos del derecho.

PREGUNTAS DIRECTRICES

1. ¿Cuál es la versión determinante de una relación deontológica entre derecho y política?
2. ¿Cuáles son los presupuestos filosóficos del derecho que pretenden fundamentar la práctica política?
3. ¿Es posible establecer una base conceptual de la ética como fundamento del derecho?
4. ¿Cuál es la diferencia entre moral y ética que resulta fundamental para el derecho en su relación con la política?

ALGUNOS ANTECEDENTES TEÓRICOS

Este estado del arte o de la cuestión parte del supuesto de que las investigaciones sobre el tema de la relación entre derecho y moral, y a su vez, de las relaciones entre derecho y política son diversas y abundantes. Sin embargo, se incluirán aquí únicamente aquellas que presentan una relación implícita o explícita con el tema desarrollado por la presente investigación, y se citarán y referenciarán aquí solamente aquellas obras de las cuales el autor tiene un conocimiento en lo posible suficiente.

Desde una concepción más elaborada y especializada del derecho en su relación con la moral y la política, se encuentran las obras de Ronald Dworkin¹⁰, en donde el autor desarrolla un concepto de derecho que siempre dialoga con la idea de moral en la medida de que está articulado en un sistema de valores y principios que deben ser clarificados, con el fin de no afectar, por una parte, las decisiones judiciales, y por otra, las consecuencias que dentro de un orden social y político pueden tener las decisiones de los jueces.

Por otra parte, se encuentran las obras de Robert Alexy¹¹, en donde, aunque desde una postura muy analítica y bajo la teoría de la argumentación jurídica, el autor presenta algunas dimensiones del concepto de moralidad dentro del derecho, bien sea bajo la premisa de los derechos fundamentales, o bien desde la teoría misma de la argumentación.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 2007; Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984, y La democracia posible: principios para un nuevo debate político. Traducción de Ernest Weikert García. Paidós: Barcelona, 2008.

¹¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 3ra. Ed. Traducción de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 y Derecho y razón práctica. México: Fontamara, 2002.

También cabe mencionar las obras de Luigi Ferrajoli¹², en donde se presenta un debate muy interesante acerca del derecho en su relación menos con la moral que con la política, ya que se establece el sistema de los derechos y su respectiva garantía, que debe ser respetada por los medios políticos, siempre, dejando un tono que implica el desencanto del autor, primero, por la indeterminación de la interpretación del derecho y su contexto burocrático en aspectos sustanciales para la vida social, y luego, por la corrupción existente en la política, lo cual es una alarma para la supervivencia del Estado de Derecho.

En cuanto a la relación entre derecho y moral, se encuentran las obras de Adela Cortina¹³ y de Aleksander Pekzenik¹⁴, en donde la primera trabaja en *La justificación ética del derecho*, una fundamentación moral del derecho como una tarea urgente de la filosofía política, sólo que parcializado conforme a la obra filosófica de John Rawls, y en *Las raíces éticas de la democracia*¹⁵, cómo la política ha estado a través de la historia y en la actualidad, revestida de categorías éticas. Pekzenik, discípulo de Alexy, por su parte trabaja una serie de principios *prima facie* que deben tenerse en consideración a la hora de establecer la fundamentación moral del derecho.

Respecto de la categoría de derecho, se encuentra, desde el punto de vista histórico, la obra de Enrique Arhens *Historia del derecho*¹⁶, en donde es posible observar la conceptualización del derecho desde los aspectos fundamentales de cómo se ha construido esta disciplina y su relación con la moral, llegando a la

¹² FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Traducción de Perfecto Andrés *et. al.* Madrid: Trotta, 2001 y El Garantismo y la filosofía del derecho. Op. Cit.

¹³ CORTINA, Adela. La justificación ética del derecho como una tarea urgente de la filosofía política: una discusión desde John Rawls. En Revista virtual "Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho" (Doxa). I.S.S.N.: 1138-9877. Disponible desde Internet en: www.revistadoxa.com, con acceso el (17-03-2012), y *Las raíces éticas de la democracia*. Universidad de Valencia, 2010.

¹⁴ PEKZENIK, Aleksander. Dimensiones morales del derecho. Traducción de Juan A. Pérez Lledó. En Revista virtual "Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho" (Doxa), No. 8, 1990. Disponible desde Internet en www.revistadoxa.com, con acceso el (17-03-2012).

¹⁵ CORTINA, Adela. *Las raíces éticas de la democracia*. Universidad de Valencia: España, 2010.

¹⁶ ARHENS, Enrique. *Historia del Derecho*. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Argentina: Impulso, 1945.

conclusión de que la Filosofía del derecho es un pilar fundamental en la comprensión del derecho.

En cuanto a la tradición de la ciencia política, la obra principal que se encuentra es *La política*¹⁷ de Aristóteles, donde el padre de la lógica establece las condiciones ontológicas y teleológicas de la política como arte de gobernar, lo cual se entiende como una base conceptual para la ciencia política occidental.

Con mayor rigor, se establece en este estado de la cuestión la obra de Thomas Nagel¹⁸, quien presenta la necesidad de abordar las facultades políticas como una garantía de la eticidad y la igualdad social ligada a ella. En esta misma línea se encuentra la obra de Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*¹⁹, en donde se clarifican los conceptos de derecho y ética en su relación con las facultades políticas del Estado, aunque enfatizando en el aspecto de los derechos fundamentales y ciertos valores que son compartidos por la teoría política. Muy importante, aunque general, es la obra de Norberto Bobbio titulado *El filósofo y la política*²⁰, en donde se establecen las dimensiones de la política, incluyendo por supuesto la moral y el derecho.

Así, la enunciación y breve comentario de cada una de estas obras no constituye una referencia absoluta a todo el estado del arte que en esta materia es, sin lugar a dudas, amplísimo. Por este motivo se referenciaron sólo aquellas obras de las cuales el autor del presente trabajo posee solamente cierta noción, buscando establecer con mayor detenimiento los conceptos fundamentales para el presente trabajo en la siguiente sesión.

¹⁷ Política. Traducción de Julián Marías. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1981.

¹⁸ NAGEL, Thomas. Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política. Traducción de José Francisco Álvarez Álvarez. Barcelona: Paidós, 1996.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Barcelona: Paidós, 1993.

²⁰ BOBBIO, Norberto. El filósofo y la política (Antología). México: F.C.E., 1997.

MARCO CONCEPTUAL

Con el fin de ser lo más concreto con las tesis, se ha de realizar aquí una mención teórica de aquellos supuestos sobre los cuales este trabajo establece sus bases, dividiendo la exposición en ética-moral, derecho y política.

Dimensión ética. Inicialmente, para clarificar el concepto de moral y de ética, se encuentra la introducción a la *Ética Nicomáquea* de Aristóteles, realizada por Julio Pallí Bonet, donde el autor realiza una clarificación del concepto de ética que es tratado por Aristóteles, reforzando el concepto que se ha introducido en el planteamiento de este trabajo.

Por otra parte, se encuentra la obra de Pieper Annemarie²¹, quien realiza una descripción del concepto de moral llevada a cabo por los griegos, mostrando cómo esta tenía una finalidad práctica, es decir, tendía a la acción pública, que es un aspecto de alguna manera a tratar aquí.

De acuerdo a lo anterior, en este trabajo se parte de la conceptualización de ética que puede ser recobrada desde los conceptos griegos del término, considerando que el *ethos*, pues, se concibió en una de sus formas para la etimología griega, como aquello que según las costumbres hace referencia al carácter²². En efecto, Aristóteles mismo hace la siguiente referencia: “(...) la ética (...) procede de la costumbre, como lo indica el nombre que varía ligeramente del de “costumbre”²³. Este hecho de representarse la eticidad bajo la figura del concepto de carácter — el cual se ha desarrollado ya en la literatura, como en el caso de la epopeya

²¹ Pieper, Annemarie. *Ética y moral, una introducción a la filosofía práctica*. Traducción de Gustav Muñoz. Barcelona: Crítica, 1991.

²² Explicando las dos acepciones del término *ethos* en Aristóteles, Pieper hace esta aclaración: “{...} actúa éticamente no aquel que se adapta críticamente a las reglas de comportamiento y escalas de valor heredadas, sino quien eleva a hábito invariable hacer lo que sea, en cada caso el bien determinándolo a partir de su propia inteligencia y reflexión; el *ethos* se convierte entonces en ηθος = carácter {...} el carácter se afianza como actitud básica de la virtud”. PIEPER, Op. Cit., p. 22.

²³ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea- Ética* Edudemia. Traducción de Julio Pallí Bonet, Madrid: Gredos, 1998. p. 15 160 /1103a.

griega, específicamente en Homero— es un definidor de lo propio de este pueblo en su concepción propia del hombre y de la existencia que lo contiene. A la vez, este carácter no puede ser entendido sino como una volición permanente que el espíritu de una cultura y una tradición quiere preservar para su pueblo. Es, en su concepción originaria, lo más parecido a un humanismo, sobre todo cuando dicha valoración cultural griega del *ethos*, es un indicio de que el pensamiento mismo occidental será marcado definitivamente por las concepciones de esa cultura.

Dimensión jurídica. Las referencias de las cuales se parte para clarificar el concepto del derecho son particularmente escasas, pero en lo sustantivo resultan fundamentales. Inicialmente asumo la concepción Aristotélica en la cual la ley, como la razón, no adolece de pasiones. Sin embargo, Aristóteles no habla de derecho en sí; habla de ley y de justicia. Estos conceptos van ligados a su concepción de la virtud como término medio en las acciones²⁴. Desde esta perspectiva, la observancia de la ley es para Aristóteles una virtud perteneciente al hombre, desligando el carácter divino de la divinidad o de disertaciones sobre lo que es lo justo: “(...) la justicia es una cosa humana”²⁵. Ahora bien, la observación de la justicia es precisamente la asunción de la naturaleza racional del hombre sobre lo que es correctamente distribuido entre las partes, es decir, que en una deliberación social sobre los asuntos prácticos de la *polis*, el hombre que observa y realiza la justicia es aquel que sabe seguir el término medio (*mesotes*) en sus acciones como *polités* (ciudadano). De igual forma, el hombre virtuoso es aquel hombre prudente (*phrónimos*) cuyo objetivo es la virtud. Bajo estos conceptos aristotélicos se llega a la conclusión de que cuando se habla de virtudes éticas, se llega a un principio jurídico que es el de corrección²⁶. Evidentemente, Aristóteles lo relaciona cuando, teniendo en cuenta la referencia anterior al hombre virtuoso, habla de la observación de lo equitativo: “y tal es la naturaleza de lo equitativo:

²⁴ ARISTÓTELES, Op. Cit. 1998. p. 177, 1109a 20-25.

²⁵ *Ibíd.*, p. 264, 1136b 5-10.

²⁶ En otra alusión, se afirma que para Aristóteles, el mejor camino para llegar a la virtud se encuentra en la observación de la ley. Ver DE SAMARANCH, Francisco. “Prólogo”. En ARISTÓTELES. Gran Ética. Traducción de Francisco de Samaranch. Aguilar: Buenos Aires, 1961. p. 14.

una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta”²⁷.

De igual forma, para Aristóteles²⁸, todo lo que dicta la recta razón es prescrito por la ley, lo cual constituye un fundamento para considerar en este trabajo que la ética es un concepto racional que tiene que tener una correspondencia con el carácter objetivo que el derecho posee como fundamento de las prácticas políticas, sobre todo a modo de desafío en sociedades como la colombiana, que adolece de resistencia a un proceso de objetivación de las prácticas ciudadanas, legislativas y políticas, precisamente por ser una sociedad en donde priman los referentes tradicionalistas, que valga decir, no siempre son los más convenientes al principio del interés general como fundamento de las prácticas políticas.

Por otra parte, Habermas ve en el derecho moderno la posible integración en medio de sociedades complejas, donde los móviles económicos e individualistas de los intereses particulares neutralizan la ética. Otorga así también el autor alemán al derecho una categoría mucho más determinante, y es considerar en éste la posibilidad de “una integración social que en última instancia se efectúa a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente, es decir, a través de la aceptabilidad de las pretensiones de validez”²⁹. Con esto último se clarifica aún más que el concepto de validez depende, para Habermas, del grado de asentimiento racional que se efectúa en la acción comunicativa sobre elementos de común interés. El derecho, efectivamente, se considera aquí, debe servir como instrumento objetivo de las mediaciones entre la política y los subsidiarios principales de las acciones políticas. Ante problemas coyunturales como la ineficacia del aparato de justicia, poniendo en riesgo el Estado de derecho, la observación de las normas y de la ley debe ser un bien objetivo, que, partiendo de la conceptualización de Habermas, permita consolidar una sociedad en permanente diálogo sobre una base común de

²⁷ ARISTÓTELES, op. cit. 1998. p. 265, 1137b 25-30.

²⁸ *Ibíd.*, p. 266, 1138a 5-10.

²⁹ HABERMAS, Op. Cit., 2001.

asentimientos racionales.

A pesar de que es válida la posible objeción de que en una sociedad como la nuestra, en donde priman los valores tradicionales y una tendencia a la violencia, a la corrupción, a dar rienda suelta a conductas que en todo caso afectan los bienes comunes de una sociedad como la sostenibilidad económica, política y jurídica, entre ellos el consumo de drogas, la violencia juvenil, los embarazos en adolescentes, pensar en el derecho como un elemento que se sustenta en un diálogo razonable, crítico y desinteresado en lo objetivo por parte de los actores sociales, es un contrasentido. Sin embargo, este trabajo pretende servir de base conceptual para mostrar que deontológicamente es posible justificar la validez del derecho como fundamento ético de las prácticas políticas. Si ha de realizarse o no ya no depende de la teoría, que es inmutable parcialmente, sino de la incorrección de la misma praxis política.

En otro sentido, Luigi Ferrajoli aporta desde el garantismo otro elemento importante a partir del cual este trabajo pretende caracterizar el derecho en su diálogo con la ética y la política. Efectivamente, el sistema, por ejemplo, de los derechos fundamentales, que por su mismo nombre indica la inviolabilidad y preeminencia de su naturaleza ontológica en cualquier ordenamiento jurídico-político, supone “[...] un límite no sólo a los poderes públicos sino también a la autonomía de sus titulares: ni siquiera voluntariamente se puede alienar la propia vida o la propia libertad”³⁰. Este sentido reafirma el carácter objetivo del derecho cuya legitimidad vale tanto para el servidor público como para el subsidiario de las prácticas políticas, que es el ciudadano. Es esta una conceptualización que de manera contundente explicita el marco referencial a partir del cual quiere ser caracterizado aquí el derecho, ya que este trabajo considera urgente una observancia del derecho en estos términos, y que por medio del ejercicio político, se garantice su asentimiento por todas las esferas de la vida pública, y en algunos casos, privada.

³⁰ FERRAJOLI, Op. Cit., 2001. p. 37.

Ahora bien, ese carácter objetivo del derecho es lo que representa la posibilidad de que en un ordenamiento político: “el paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho generada por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimidad sustancial, o si se quiere, entre la weberiana “racionalidad formal” y “racionalidad material”. Entre otras cosas, para Ferrajoli, el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista, lo cual refuerza el concepto que aquí quiere manejarse respecto a la necesidad de que el derecho posea un carácter objetivo que prescribe además lo que deontológicamente deben ser las prácticas políticas.

De ahí que Ferrajoli, al intentar establecer la fundamentación de los derechos fundamentales parezca estar del lado de la teoría contraria a la del positivismo que buscaba la separación entre derecho y moral: “como sabemos, la afirmación de este postulado provocó un radical cambio de paradigma respecto del derecho premoderno: la separación entre derecho y moral, es decir, entre validez y justicia, como consecuencia del carácter totalmente artificial y convencional del derecho existente”³¹. En la medida de que este trabajo implica la observación de la ética como una base conceptual para la categoría de derecho, se une a esta presuposición con la intención de demostrarlo a través de la obra.

Por otra parte, uno de los teóricos más importantes actuales de la filosofía del derecho como lo es Robert Alexy, y quien ostenta una conceptualización del derecho desde un formalismo que raya a veces en una analítica de la argumentación jurídica supremamente compleja, también defiende la necesidad de que el derecho esté en sólida relación con otras esferas de las ciencias humanas: “no desconozco ni la importancia de las investigaciones de la historia del derecho [...] ni el valor que para el conocimiento del derecho tienen la historia,

³¹ *Ibíd.*, p. 52.

la teoría de la economía política, la política y la filosofía”³². Antes bien, en otro lugar acepta la necesaria relación entre derecho y moral.

Otro de los autores que constantemente trabaja el problema de la fundamentación moral del derecho es el norteamericano Ronald Dworkin, quien, después de explicar las diferencias entre el concepto sociológico, taxonómico y doctrinal, afirma: “lo importante es si y cómo la moral es relevante a la hora de decidir qué proposiciones jurídicas son verdaderas”³³. De ahí que el problema moral al interior del derecho sea una concepción que aún en nuestros días cobra fuerza en la medida de que no hay, primero, clarificación suficiente sobre cuál es el estatuto moral que vale como fundamentación para el derecho, lo cual se intentará resolver aquí bajo la categoría de ética, y segundo, no hay suficiente determinación acerca de cómo el derecho fundamenta deontológicamente las prácticas políticas, con miras a establecer un sistema sólido de reconocimiento institucional que sirva en lo formativo y en coercitivo.

Dimensión política. Este trabajo parte del concepto político perteneciente principalmente a Aristóteles, quien ve en el Estado efectivamente una tendencia teleológica a la vida buena, aquella que, según se considera aquí, no puede lograrse en medio de un sistema permeado por prácticas políticas injustas o corruptas: “la comunidad perfecta de varias aldeas es la polis, que tiene, por así decirlo, el más alto grado de autarquía: se forma para vivir y existe para vivir bien (...)”³⁴. Ello significa que si bien, los ciudadanos se reconocen como libres dentro de un Estado para trabajar en pro de su propia felicidad, el bueno gobierno y la asociación de una comunidad política, tienen por naturaleza, para Aristóteles, la tendencia a la vida buena.

Es aquí en donde el concepto de autarquía resulta fundamental en tanto que es no sólo la capacidad que tiene una persona de regular sus actos sin necesidad de

³² ALEXY, Op. Cit., 2002. p. 43.

³³ DWORKIN, Op. Cit., 2007. p. 15.

³⁴ ARISTÓTELES. Op. Cit., 1989. p. 135, 1252b.

una autoridad superior se lo ordene (*ethiké*: carácter), sino, y más propiamente, la capacidad que tiene un Estado de satisfacer sus demandas. La garantía de este carácter autárquico (soberano), reside, pues, en las leyes, ya que, siguiendo al Platón de las Leyes (715d): “Aristóteles, al comenzar el discurso sobre las distintas constituciones monárquicas, se plantea el problema sobre si es “más conveniente ser gobernados por el mejor hombre o por las mejores leyes”³⁵. A favor de la segunda posibilidad enuncia una frase que tendrá éxito: “la ley no tiene las pasiones que en cambio sí encontramos en toda alma humana”³⁶.

Esta consideración de la ley como fundamento de la objetividad del Estado, debe tener una correspondencia con la virtud moral del gobernante: “por eso el mandatario debe tener una bondad moral perfecta (su deber es enteramente de organizador, y quien organiza es la razón); los demás no necesitan sino lo que les corresponde”³⁷. De esta manera se establece la necesidad de que el ciudadano que está llamado a gobernar o a ejercer cualquier cargo de interés general (público) debe supeditarse no sólo a la razón en sus actuaciones (prudencia), sino a lo que la ley dictamina (justicia).

Otro de los conceptos fuertes para el establecimiento de esta investigación es el expresado por Norberto Bobbio, cuando, frente a la relación entre derecho y poder, establece la siguiente distinción: “la política tiene que ver con el derecho bajo dos puntos de vista: en cuanto la acción política se lleva a efecto a través del derecho, y en cuanto el derecho delimita y disciplina la acción política”³⁸. Luego de establecer cómo desde la teoría hobbesiana, el derecho es solamente producto del poder político, concepto positivo que se entiende en la medida de que no es la ley la que hace al poder sino que es el poder el que justifica y garantiza la aplicación de la ley, Bobbio hace referencia al poder legítimo, en donde “(...) ya no

³⁵ *Ibíd.*, 1286a.

³⁶ *Ibíd.* En BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno, Sociedad. Traducción de Luisa Sánchez García. Barcelona: Plaza & Janes, 1987. p. 147.

³⁷ ARISTÓTELES. *Op. Cit.*, 1989. p. 160, 1260a. Este mismo concepto de justicia civil, la plantea Platón en la *República*, en donde justicia es cumplir cada cual su papel dentro de la *polis*.

³⁸ BOBBIO, *Op. Cit.*, 1997. p. 149.

es el poder político el que produce el derecho, sino el derecho el que justifica el poder político”³⁹. Este es un aspecto que tiene que ver con la corrección del derecho y de su validez como fundamento ético de las prácticas políticas, lo cual se justifica si se tiene en cuenta que la política, desde Aristóteles, se debe a la necesidad de que la organización social y política del Estado tiene una función teleológica en el hecho de procurar la justicia y la felicidad para un pueblo. Es, desde esta perspectiva, que por ejemplo Bobbio afirma: “entre todas las desigualdades humanas, ninguna... tiene tanta necesidad de justificarse como la desigualdad establecida por el poder”⁴⁰. Para este trabajo, por supuesto, la idea del poder legítimo es la de la autoridad que señala Bobbio consiste en el reconocimiento de que su poder ha sido dado por el pueblo, y en cuanto tal, sólo puede ser autoridad en la medida de que garantiza la observación de la ley desde sí misma hacia sus ciudadanos.

DERECHO Y MORAL: REPERCUSIONES EN EL CAMPO DE LA POLÍTICA

Como se ha afirmado aquí, la discusión entre si es posible lógicamente, y si es conveniente en términos de objetividad, hablar de las relaciones entre la moral y el derecho; si es posible en un ordenamiento jurídico hablar de la dependencia del derecho respecto de las normas morales aceptadas consuetudinariamente, es amplia y compleja. Se podría, en efecto, realizar un trabajo dedicado a mencionar únicamente los supuestos, las propuestas de sentido y los esfuerzos por clarificar este dilema histórico de la ciencia jurídica. Sin embargo, este trabajo está lejos de pretender ser una simple estimación de todo ese largo debate. Pretende, mejor, aportar una definición de la categoría moral desde el punto de vista de una *razón práctica pública*, por lo cual se hablará de *eticidad* como un concepto central para sintetizar todas las referencias que puedan hacerse aquí a lo que podría llamarse

³⁹ *Ibíd.*, p. 151.

⁴⁰ *Ibíd.*, de FERRERO. *Potere*. Milán: Sugarco, 1981. p. 27.

una *moral objetiva*, desligada de preconcepciones del bien por lo general ligadas a creencias personales que, al ser aceptadas por cierto número de personas, pueden llegar a convertirse en taras para la democracia como suelo político, y cuya conceptualización es necesaria en el debate a partir del cual este trabajo pretende establecer la legitimidad del derecho.

La conceptualización de la categoría moral para el derecho y la política no está aquí supeditada a una sola tradición o doctrina iusfilosófica. En efecto, este trabajo, lejos de lo que pudiera pensarse, parte de una categoría del derecho en donde su mayor fuerza radica en el ordenamiento jurídico positivo, en el cual habrá de encontrarse al final la justificación de una fundamentación deontológica del derecho sobre la política. Sin embargo, será preciso considerar las reservas conceptuales que implica a su vez una fundamentación ética del derecho frente a una tradición positivista que en algunas ocasiones, prescinde de la fuerza moral que implica el compromiso jurídico y político⁴¹.

En una conceptualización de la relación entre la moral y el derecho, existen algunas categorías explícitas y algunas implícitas, y a su vez, para la relación tripartita entre moral-derecho-política. Dentro de las referencias explícitas, el trabajo del profesor Rudolf Laun es supremamente significativo. En efecto, Laun asume que hay una relación fundamental, e incluso, un principio de identidad, entre derecho y moral. Para demostrarlo, comienza diferenciando el hecho de que ontológicamente, *del ser no necesariamente se deriva el deber ser*, con lo cual marca una distancia radical frente a la tesis positivista, en la cual observa el autor alemán una simple necesidad condicionada heterónoma, esto es, impuesta externamente sobre la voluntad de los individuos.

⁴¹ Las obras de L. H. A. Hart *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981 y de Hans Kelsen, *Op. Cit.*, 1995, exhortan a desvincular el derecho de cualquier fundamentación moral, esto es, a legitimar el derecho por sí mismo en cuanto a su rigor metodológico y su producción normativa.

Laun distingue las ciencias causales de las ciencias normativas e imperativistas: “Las primeras indagan lo que es; las segundas, lo que debe ser”. Y añade:

La ética y la ciencia del derecho pertenecen a ambos campos. De una parte, estudian las costumbres e instituciones jurídicas existentes de manera causal, descriptiva y explicativa, histórica, psicológica y sociológica. Pero, de otra, preguntan ¿qué debo hacer? (...), ¿qué estoy obligado a hacer? Hablamos entonces de una ciencia jurídica imperativista o normativa. Los juristas llaman, de preferencia, dogmática a la consideración imperativista del derecho. Procede también normativa o dogmáticamente la práctica de los tribunales, de las autoridades y abogados y de toda la literatura jurídica enfocada hacia una aplicación práctica. Porque en todos estos casos no se quiere describir o explicar causalmente, sino contestar la pregunta ¿qué debe ser? ¿qué es justo o injusto?⁴²

De esta manera, queda evidenciado que para el profesor Laun, derecho y moral se identifican en la medida de que no es derecho válido el que es impuesto por una necesidad del ser (heteronomía), sino el derecho que es aceptado por la libertad de la voluntad de los ciudadanos (autonomía).

Laun⁴³, siguiendo de cerca la conceptualización ética kantiana y su distinción entre imperativos hipotéticos e imperativos categóricos, señala que no obstante a que la ley heterónoma es externa, si hace parte de una voluntad externa, no puede obligarme, y si me obliga, entonces no puede ser expresión de una voluntad externa, sino que es parte de mi voluntad, es decir, que esos mandatos del derecho son a su vez autónomos.

En la obra de Laun se busca encontrar la fundamentación racional que permite comprender por qué derecho y moral no son conceptos contrarios. Para dicho efecto, se observa a su vez que desde el punto de vista del ejercicio político, del poder, lo que se presume como una necesidad que condiciona la voluntad de quienes están sujetos a dicho poder, no se puede asumir como derecho: “Pero de lo que hagan los detentadores del poder, de que dicten, promulguen y publiquen leyes y las impongan por la fuerza, no se infiere que alguien *deba* obedecer; de los

⁴²LAUN, Rudolf. Derecho y moral. Traducido por Juan José Bremer. México: UNAM, 1959. p. 6.

⁴³Ibíd., p. 10.

discursos, firmas, papeles impresos y bayonetas no se sigue ningún deber. El llamado derecho positivo no tiene, por ende, como contenido, ningún deber, sino únicamente una necesidad condicionada”⁴⁴.

Esto tiene una estrecha relación con la formulación de Norberto Bobbio acerca de la diferencia entre el poder legítimo y el poder ilegítimo que ya referenciamos, por cuanto un poder legítimo tiene que ser entendido como el ejercicio de un gobierno que observa la ley de manera obediente, porque a ella a es la cual se debe su derecho a ejercer poder. Existe, por demás, una fuerza vinculante entre el ejercicio del poder y la legitimación del mismo, en el sentido de que si asumimos de manera estrictamente positiva, que en el derecho no existe una libertad incondicionada, esto es, alguna manifestación de la *razón práctica*, es posible que podamos entonces comparar al Estado con una banda de ladrones sin ningún problema. Según Laun⁴⁵, si prescindimos de los juicios de valor en el derecho y la política, entonces sería un contrasentido hablar de *derecho positivo*, en cuyo caso mejor hablaríamos de *poder positivo*, y por ende, se podría suprimir perfectamente el adjetivo positivo. Esta necesaria relación dependiente de que del ser no se deriva el deber ser, oscila alrededor de la noción de valores y obligaciones autónomas, libres, que reposa en los hombres sustancialmente: “El derecho y el Estado descansan, por tanto, indiscutiblemente, sobre el hecho de que una gran parte de los hombres viven realmente el deber, la obligación”⁴⁶.

El planteamiento de Laun permite inferir, por otra parte, la posibilidad de que la expresión de la razón práctica, esto es, de la libertad de la voluntad respecto de la propia autonomía, pueda convertirse en una cierta legislación universal: “La vivencia del deber tiene más bien que abarcar la convicción, aunque inconsciente, de que en la misma situación todo hombre estaría obligado a actuar del mismo

⁴⁴Ibíd., p. 11.

⁴⁵Ibíd., p. 12.

⁴⁶Ibíd., p. 13.

modo, lo que implica —por ende— un juicio de valor no sólo sobre la propia conducta, sino también sobre la humana también”⁴⁷.

De esta manera, se observa que en la conceptualización del derecho y su relación con la moral, existe, desde la postura del profesor Laun, la idea de una cierta asunción objetiva y no sólo subjetiva de la moral y los valores, con lo cual, según se pretende categorizar aquí, se llega al concepto de *eticidad* como forma más aplicable a las relaciones de poder y a la sujeción de los dignatarios del mismo, en tanto asumen la ley como un principio del orden social necesario, no de manera coactiva o autoritaria, sino de manera voluntaria, libre.

La discusión que establece Laun, permite seguir refiriendo el debate de la relación entre derecho y moral, esta vez desde el punto de vista de la argumentación. En este sentido, la obra de Robert Alexy ofrece una interesante y significativa manera de analizar la relación entre derecho y moral.

En principio, Alexy parte de la tesis de que “(...) hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”⁴⁸. Esta tesis supone que para Alexy, la relación establecida no implica, como en el caso de Laun, un principio de identidad, diríase, sustancial, sino formal. Y luego agrega: “Consecuentemente, para una teoría positivista sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad”⁴⁹. En este último sentido, la tesis alexyana parece resaltar un elemento del positivismo que Laun también detalla, esto es, el de la *autoridad*. Para Laun, la obligación a asumir heterónomamente el derecho, impide que éste sea válido; por supuesto, pensando un concepto de validez que se

⁴⁷Ibíd., p. 14.

⁴⁸ALEXY, Op. Cit., 1998, p. 115.

⁴⁹Ibíd.

distancia de la tesis positivista de la validez, que es la del derecho vigente y eficaz⁵⁰.

Alexy⁵¹ denomina la idea de la relación entre derecho y moral como la *tesis de la vinculación*, no afirmando, en el caso de Laun, que haya una identificación entre ambos conceptos, sino que hay elementos de la moral que están incluidos en el derecho. En contra de esta tesis, el positivismo defiende la tesis de la *separación*. Afirma Alexy que “El principal argumento *analítico* en favor de la tesis de la separación es que no hay un nexo conceptualmente necesario entre el derecho y la moral o entre cómo es el derecho y cómo debe ser”⁵². En efecto, Kelsen plantea esta tesis de la siguiente manera:

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea⁵³.

Recuérdese que Laun esgrime la misma tesis de que del *ser* no se deriva el *deber ser*, pero entonces lo hace para demostrar que del hecho de que las normas y las leyes digan u *ordenen algo*, no se sigue que así *deba ser*, es decir, que si una norma es moralmente no válida, no necesariamente prescribe un deber, y por lo

⁵⁰El mismo Alexy afirma, respecto de Hart y Kelsen, que “Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia”. Sin embargo, el mismo Kelsen se cuida de identificar validez con eficacia, no obstante a que según el autor vienés, ambos conceptos guardan cierta relación. Kelsen define validez como “(...) la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado” KELSEN, Op. Cit. 1995, p. 23. Ello demuestra que el positivismo, como afirma Alexy, sí asume en la validez del derecho un elemento coactivo, autoritario y obligatorio.

⁵¹ ALEXY, Op. Cit., 1998, p. 116.

⁵² *Ibíd.* Ver también una referencia a esta distinción en DWORKIN, Op. Cit., 2007. p. 18.

⁵³ KELSEN, Op. Cit., pp. 19-20. En otro lugar expone la misma tesis de la siguiente manera: “De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o suceder”. KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, vigésima cuarta edición. 2011, p. 71.

tanto, siguiendo el argumento de la autonomía, no sería derecho válido, sino una heteronomía que carece de validez. Conceptualmente, ello no representa un contrasentido, por cuanto para el positivismo no es necesario derivar de las normas un deber en un sentido moral, esto es, de una asunción por parte de la razón práctica o de la libertad de la voluntad, sino más bien, establecer que dentro del ordenamiento jurídico, las normas dictaminan lo que en cada caso debe ser considerado una obligación en el mundo de la facticidad.

Ahora bien, siguiendo los argumentos alexyanos, se encuentra evidentemente (en concordancia con la propuesta de este trabajo), que desde el punto de vista de un análisis de la relación entre moral y derecho, es necesario prescindir de formular una conexión conceptual: “El no positivista puede formular su tesis de que el concepto de derecho tiene que definirse con elementos de la moral por medio de argumentos no analíticos”⁵⁴. De ahí que este trabajo se esté presentando, preferiblemente, como una interpretación sustancial o práctica de la relación que hay entre derecho y moral y las implicaciones que ello tiene para la política. Esto significa que una formulación de esta relación desde el punto de vista formal, implicaría un serio debate lógico y analítico⁵⁵, que no es, efectivamente, la propuesta aquí planteada, ya que, como señala Alexy: “La tesis de la separación en su versión universal sólo podría basarse en argumentos analíticos si la inclusión de la moral fuese conceptualmente imposible en todas sus aplicaciones”⁵⁶.

De igual forma, es importante precisar, que para este trabajo, siguiendo el planteamiento de Alexy, será necesario indagar la relación entre moral y derecho desde el punto de vista de la externalidad del sistema jurídico, ya que “(...) la tesis

⁵⁴ ALEXY, Op. Cit., 1998, p. 116.

⁵⁵ La obra de Theodor Geiger es, en efecto, una muestra de cómo la dialéctica entre la conexidad de la moral-derecho y el conocido *nihilismo axiológico* de la escuela sueca de Uppsala, evidencia un problema eminentemente aporético desde el punto de vista lógico a la hora de justificar los juicios de valor como juicios fundamentales para el derecho. GEIGER, Theodor. *Moral y Derecho*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Laia, 1982. pp. 5-37.

⁵⁶ ALEXY, Op. Cit., 1998, p. 116.

de la vinculación, en esta versión, se refiere a las externalidades del sistema jurídico”⁵⁷. Esto, en vista de que según Alexy, dicho enfoque de indagación externalista del derecho, permite observar los resultados de algún proceso de creación normativa, en vista de lo cual, aquí se planteará alguna correlación entre los procesos sociales coactivos que se suceden a la producción jurídica, principalmente, en lo que se refiere al ámbito legislativo con primacía en los principios constitucionales. De ahí que todo abordaje de los conceptos jurídicos debe hacerse siguiendo estrictamente un orden de justificación externa, que implique la correlación entre, sobre todo, el derecho y la política. Sin embargo, esto no significa que previamente haya debido hacerse un tratamiento al concepto de la ética y el derecho, para lo cual será necesario, como ya se ha anticipado, definir los criterios conceptuales desde los cuales esta relación se da, siguiendo la necesidad de una comprensión de lo público.

Ahora bien, desde la perspectiva en la cual es necesario definir cuáles son aquellos postulados del derecho que requieren de una fundamentación ética, Alexy sigue un criterio de distinción en Dworkin, basado en la diferencia entre reglas y principios. Afirma Alexy siguiendo al filósofo norteamericano:

O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión. El segundo argumento, vinculado con el anterior, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimension of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de la colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor⁵⁸.

Lo anterior demuestra que para la tesis de la vinculación entre derecho y moral, desde el punto de vista positivista, es suficiente considerar las reglas y las normas

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ ALEXY, *Op. Cit.*, 2002b. p. 10.

como criterios de decisión que dependen únicamente de la validez entendida como vigencia y eficacia, ya que las variables de la determinación en un caso judicial, en todo caso, atenderán a criterios prefijados por el ordenamiento jurídico, independientemente de otras consideraciones que se consideran extrajurídicas. Los principios hacen parte de esos aspectos extrajurídicos del derecho, visto a la luz del positivismo.

Sin embargo, este trabajo parte de un principio del derecho constitucional, que puede considerarse como un marco de referencia de la función pública, la cual intentaré presentar como una ética de lo público, por lo cual es necesario desligarla del concepto de moral, al modo como comúnmente se ha asumido. Este principio es el del título I, artículo 1 de la C.P. de 1991: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”^{*}.

Ahora bien, como afirma Alexy a propósito de Dworkin, estos principios no obligan a una decisión definitiva, precisamente porque tienen esa dimensión de peso que permiten ponderar cuál es más aplicable o conveniente a cada caso. Desde el punto de vista de este trabajo, el principio de referir toda determinación normativa bajo un principio constitucional considerado fundamental como lo es la primacía del *interés general*, permite integrar la ética de lo público como una ética en sí, cuya pretensión si bien no es universalista, funciona como marco de referencia general para el ordenamiento social y político de Colombia. De ahí uno de los propósitos más significativos de este trabajo, a saber: mostrar la posibilidad de asumir este precepto como una regla general, no obstante a que desde el punto de vista de las costumbres; del pluralismo jurídico (en donde ya se habla de la primacía del derecho privado sobre el derecho público, el que precisamente tiene una vocación política y social); de la aparente victoria de los intereses de los

* Cursivas de este texto.

poderosos sobre la gran masa de la capa social; de la supremacía de la economía sobre cualquier decisión política, e incluso, jurídica, en suma, de factores que en el siglo XXI ponen en duda la supervivencia de la ética como una regla de orientación de la conducta humana; del derecho como un factor de regulación social, y de la política como forma ideal de estructuración y manejo del Estado, aparentemente existe un cierto escepticismo respecto a la legitimidad y eficacia del derecho como base ética de las prácticas políticas. Aquí se intentará mostrar que desde un punto de vista substancial, esto es, desde un fondo que supera cualquier complejidad formal, en términos de legitimidad social, jurídica y política, es aceptable, y por demás, conveniente.

Finalmente, quisiera examinar los conceptos habermasianos a la luz, sobre todo, de su obra *Facticidad y validez*, que es sin duda una de las obras más importantes de filosofía del derecho y política del siglo XX. Habermas ve en el derecho moderno una posible integración en medio de sociedades complejas, donde los móviles económicos e individualistas de los intereses particulares neutralizan la ética. Otorga así también el autor alemán al derecho una categoría mucho más determinante, y es considerar en éste la posibilidad de “una integración social que en última instancia se efectúa a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente, es decir, a través de la aceptabilidad de las pretensiones de validez”⁵⁹. Con esto último se clarifica aún más que el concepto de validez depende, para Habermas, del grado de asentimiento racional que se efectúa en la acción comunicativa sobre elementos de común interés.

Es interesante observar que para Habermas, el principio de la razón práctica, que gobernara la conducta y el arbitrio moral de los sujetos, eleva a categoría de ley la expresión de esa voluntad, exonerando ya moralmente al individuo y dejando a la ley la responsabilidad de mediar entre las “libertades de acción”, las cuales reciben legitimidad “(...) de un procedimiento legislativo que se apoya a su vez en

⁵⁹ HABERMAS, Op. Cit., 2001. p. 148.

el principio de soberanía popular”. Podría decirse que es de allí de donde surgen los “derechos políticos”, en la medida de que éstos también, según Habermas, pueden interpretarse como “libertades subjetivas de acción”⁶⁰. Estos derechos, sin embargo, deben ser interpretados únicamente como formas de validación legal y no moral de la acción, ya que “dejan a discreción del sujeto los motivos que le llevan a comportarse en conformidad con la regla”⁶¹. Considero, interpretativamente, que este es un paso para la comprensión de cómo se articula el proceso de producción normativa y la publicidad (utilizando el término rawlsiano) de la ley por parte de los sujetos, que a la vez que son privados, pertenecen al sistema de la soberanía popular.

Habermas entiende que este paso no puede estar desligado de una orientación por el bien común, es decir, que debe estar suscrito a un *telos* que en sí mismo es político (público), pero ya no sobre la base de una facticidad que opera sobre todo presupuesto normativo, sino sobre un procedimiento democrático de producción de normas que tiene que confrontar a sus subsidiarios precisamente frente al objetivo común de la convivencia. De ahí que el autor de *Teoría de la acción comunicativa* considere este proceso sobre la base del entendimiento de los ciudadanos, lo cual explica que uno de los problemas centrales de la obra *Facticidad y validez* desarrolla el paso de una razón práctica a una razón comunicativa.

En esta perspectiva, Habermas considera necesario un análisis de la problemática relación entre libertades subjetivo-privadas y autonomía ciudadana, o bien, como afirma más abajo, entre el derecho subjetivo y derecho público, así como en “la tradición del derecho natural racional en la competencia aún no resuelta entre derechos del hombre y soberanía popular”. A su vez, ve Habermas que esta problemática subyace en la relación entre el derecho natural (moral), hereditario de premisas metafísicas y que se ve como imperativo sobre el derecho positivo.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 149.

⁶¹ *Ibíd.*

Es en este debate en el que Habermas anticipa una de sus tesis, y es que, primero, el desmonte de una *ética sustancial* da paso a una diferenciación entre derecho positivo y moral postconvencional, es decir, aquella que impone un deber ser de la ley en términos del contrato social. Y segundo, tomando la teoría moral de Kant como referente antitético, se puede considerar que el principio democrático “no debe quedar subordinado al principio moral”. Valga decir, que este programa lo establece Habermas como presupuesto para fundamentar el que llama “sistema de los derechos”, con el fin de aclarar por qué los conceptos de derechos del hombre como de “soberanía popular se presuponen mutuamente”. Es decir, al parecer el interés de Habermas no es desarticular lógica o teóricamente estos conceptos fundamentales de la filosofía del derecho, sino comprender cómo esta presuposición entre derechos humanos y soberanía popular, sirve de mediación entre facticidad y validez, teniendo como centro el concepto mismo de derecho.

Como anticipé anteriormente, aunque no versará este trabajo sobre ello de manera absoluta, sí quisiera comentar que desde el punto de vista de Habermas, el concepto de validez del derecho⁶² es posible interpretarlo sin la severidad y rigurosidad analítica del positivismo, bajo la cual, como ya se ha afirmado, validez es igual a vigencia y eficacia. Esto es visible en la premisa de la validez en Habermas desde el punto de vista normativo: “válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”⁶³. Puede verse así, que bajo estas premisas, se establece una relación fundamental en el marco de una razón práctica, que ha pasado a considerarse como comunicativa en sus implicaciones para el derecho dentro del marco de la

⁶² El primer título de este trabajo era *Validez del derecho como fundamento ético de las prácticas políticas*, pero dado que este trabajo se realiza en un contexto jurídico y con la finalidad de aportar a la discusión jurídica y política del derecho, se utilizará el concepto de *legitimidad* en lugar de *validez*, con el fin de evitar discusiones doctrinales de interpretación, que podrían desviar el fondo principal de este trabajo.

⁶³ *Ibíd.*, p. 172.

democracia. De ahí la importancia de clarificar el problema del sujeto racional-moral y el asentimiento de la norma a partir de la construcción moderna de la autonomía, pero ya sobre la base de las sociedades complejas en donde la tensión entre facticidad y validez es una constante.

Ahora bien, el programa de Habermas en la obra que referencio, es el intento de reconstruir el concepto de derecho a la luz de la tensión que se da entre *facticidad* y *validez*. Parto de la interpretación de que para el filósofo alemán, cuando hablamos de *facticidad* no solamente se está haciendo referencia al modo efectivo, real y contundente del orden normativo y la aplicación de la ley en los sistemas sociales, sino a su vez, del mundo de la vida, de la sociedad civil, del dominio de lo público, del Estado y del Estado de Derecho, esto es, del modo efectivo en el que se dan las relaciones humanas. Es en estas esferas de la vida en que se desarrolla el concepto del derecho, que para Habermas es el “derecho positivo moderno que se presenta tanto con la pretensión de una fundamentación sistemática, como con la de una interpretación vinculante y coercitiva por los órganos competentes. El derecho no sólo representa, como la moral postconvencional, una forma de saber cultural, sino que constituye a la vez un importante componente del sistema de instituciones sociales”⁶⁴. Se puede así determinar que para el autor alemán, el derecho se constituye en un hilo vinculante entre la pretensión de fundamentación sistemática de las relaciones intersubjetivas y sociales y la institucionalidad que representa el Estado democrático de derecho, que es donde se ve la fuerza vinculante de la soberanía popular. Ahora bien, si la facticidad ha de ser entendida desde estas dos perspectivas, la *validez* es un concepto que acuña Habermas para reconocer la necesidad de pretensión argumentativa, que es aquella que permite que el *derecho subjetivo* tenga un nivel de reconocimiento o asentimiento razonable del sistema de los derechos mediado por los intereses de los individuos en su autonomía moral. De ahí que el derecho se presente como fuerza vinculante entre el mundo de la vida y el Estado de Derecho.

⁶⁴Ibíd., p. 145.

Es bajo estas interpretaciones que puede considerarse que para comprender la tensión que se da entre facticidad y validez, es necesaria una “reconstrucción racional de la autocomprensión de los órdenes jurídicos”. A la vez, resulta imperioso asumir un criterio teórico para establecer que el programa del capítulo III de *Facticidad y validez*, busca, precisamente, reconocer en los conceptos de *razón práctica* (que Habermas retoma principalmente de Kant) y de derechos subjetivos, el fundamento del sistema de derechos que va a permitir encontrar en el concepto de soberanía popular, la forma en la cual esos derechos subjetivos son reconocidos en la institucionalidad de la voluntad general. De esta manera, comienza entendiendo Habermas desde Windscheid, (quien de suyo cita a Regelsberger), que “tenemos un derecho subjetivo cuando el orden jurídico deja al implicado la realización de un fin reconocido, es decir, la satisfacción de un interés reconocido, y para tal propósito le dota de un poder jurídico”⁶⁵. Es por esto que para Habermas es fundamental reconocer en la fundamentación de los derechos subjetivos el concepto de la razón práctica, como forma de regulación autónoma de la moral individual, la cual se establece sobre el marco de una autorregulación de los intereses y la asunción de los fines en el mundo de la vida. En efecto, afirma Habermas, siguiendo a Coing: “pues con la idea de derecho subjetivo no se quiere decir sino que el derecho privado es el derecho de una comunidad jurídica, independientes unos de otros que actúan conforme a sus propias decisiones”⁶⁶.

Es en este sentido —el de la voluntad autónoma que reclama el concepto de derecho subjetivo— en donde Habermas considera un *plus* fundamental de esa racionalidad, cuando se observa que las prácticas morales subjetivas, sobre la base de una intersubjetividad de intereses, se ven realmente llevadas a un plano de comprensión cuando esa razón subjetiva (moral) se ve requerida en sus pretensiones de validez en el marco de una *razón comunicativa*. De ahí que luego Habermas afirme que: “los derechos son tareas públicas, que implican

⁶⁵Ibíd., p. 151.

⁶⁶Ibíd., p. 152.

obligaciones para con los demás, así como títulos frente a ellos”⁶⁷. Es decir, el sistema de los derechos subjetivos no puede ser entendido solamente como la legitimación que el derecho positivo otorga a la voluntad individual conforme a unos intereses particulares de acción, lo que desde el punto de vista de la soberanía popular puede denominarse ya como *derechos políticos*, sino que éste se establece en términos de pretensión de validez sobre acuerdos de voluntad general que impliquen a todos los afectados por igual, delimitando, claro, desde la razón comunicativa, el peso argumentativo de la asunción normativa.

Desde esta perspectiva, uno de los argumentos que lleva a Habermas a considerar la *tensión* que se da entre facticidad y validez desde el punto de vista del derecho y los sistemas de institucionalidad democrática, se da en la cuestión que lleva implícita la centralidad de los derechos subjetivos, y ésta es ¿de dónde recibe entonces el derecho positivo su legitimidad? Lo anterior considerando que “la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y ese proceso apela a su vez al principio de soberanía popular”⁶⁸. Sin embargo, tal supuesto no es de ninguna manera un constructo histórico que se puede aplicar en cualquier caso sin tener en cuenta la tensión misma que el derecho ostenta entre facticidad y validez. Antes bien, y es trayendo a colación el principio del imperativo kantiano de la moralidad*, que nuestro autor introduce una categoría condicionante de la posibilidad del derecho subjetivo en el marco del Estado social de derecho: “el derecho es la restricción de la libertad de cada uno sometiéndola a la condición de que sea compatible con la libertad de cualquiera, en cuanto que ésta sea posible conforme a una ley general”⁶⁹. De hecho, esta presuposición confirma el principio de la justicia (de lo igual), que Habermas,

⁶⁷Ibíd., p. 154.

⁶⁸ Ibíd., p. 155.

* Es importante reconocer en Habermas la referencia a la moral kantiana como punto de partida sobre el cual se establece la conceptualización de la racionalidad subjetiva que se erige en la modernidad bajo el supuesto de la autonomía y la libertad en lo que respecta “a la fundamentación de las normas”. Ver también en HABERMAS, Op. Cit., 1991. p. 13.

⁶⁹ Ibíd., p. 158.

introdujo a propósito del imperativo de la voluntad moral kantiano y del concepto de justicia de Rawls⁷⁰.

Cuando esta voluntad subjetiva en su pretensión de libertad busca encontrar un asiento en las garantías que ofrece el derecho positivo, el contrato social se establece bajo la garantía de esas libertades aunadas en la “voluntad política del legislador” y en el reconocimiento recíproco de los implicados en discursos racionales sobre sus pretensiones de validez. Es allí, afirma Habermas, donde se liga el derecho subjetivo con la soberanía popular.

Habermas resuelve así uno de los puntos principales de la propuesta teórica del capítulo III, que es en la que principalmente me baso por ahora, y es cuando afirma que “la idea de derechos del hombre y la idea de soberanía popular han venido determinado la autocomprensión normativa de los Estados democráticos de derecho hasta hoy”⁷¹, lo cual permite considerar, que el concepto mismo de derechos humanos es parte significativa de la tensión entre facticidad y validez.

Para verificar cómo en la constitución del derecho constitucional alemán y en sí del derecho moderno ha sido importante la referencia al derecho natural como punto de partida de la fundamentación racional y legal del derecho positivo, Habermas hace referencia a la teorización de la voluntad y la razón práctica establecida por Kant y al concepto de libertad y soberanía popular de Rousseau. En efecto, en éste último ve Habermas la formulación de lo que anticipara como una de las finalidades de la teoría de la acción comunicativa en sus implicaciones para establecer asentimientos entre los implicados que puedan verse afectados por decisiones sobre intereses, cuando afirma que la representación Rousseauiana del establecimiento de la “constitución contractualista”⁷² se fundamenta en la socialización de individuos que *éticamente* se inclinan al bien común.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 148.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 160.

⁷² *Ibíd.*, p. 167.

De esta manera, Habermas establece la importancia de la razón comunicativa en la comprensión de los derechos fundamentales y su papel en el establecimiento de los derechos políticos: “La conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre ha de radicar, pues, en el contenido normativo de un *modo de ejercicio de la autonomía política*, que no viene asegurado por la forma de leyes generales sino sólo por la forma de comunicación que representa la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes”⁷³.

Es así como Habermas establece de manera más determinante el papel de la comunicación en la concreción de la conexión entre voluntad y razón, en la medida de que permite comprender cómo el derecho adquiere categoría de validez: “La legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate se encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados”⁷⁴.

Luego, la relación que Habermas establece entre comunidad moral y comunidad jurídica viene dada así por el establecimiento legal de la autodeterminación de la voluntad bajo el presupuesto de proceso de producción democrática del derecho, pero dejando en claro que cuando estos derechos subjetivos adquieren legitimidad jurídica, se hayan, sin embargo, desligados de su “contenido moral”. Esta independencia no se da, pues, como el contenido normativo de la producción del derecho separado sustancialmente de la moral, sino que precisamente se constituye en expresión de ella pero bajo la jurisdicción de una relación entre la autonomía, las libertades externas a las del individuo afectado y la restricción coercitiva de las libertades⁷⁵. Por esta razón, una afirmación que resulta concluyente es que: “un orden jurídico sólo puede ser legítimo si no contradice los

⁷³ *Ibíd.*, p. 168.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 169.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 170-171.

principios morales”⁷⁶. Considero así, que esta afirmación no representa la subordinación del derecho a la normatividad moral —en lo cual Habermas ha sido reiterativo y lo cual representaría una producción dogmática de la ley— sino una presuposición de que el derecho positivo reclama dentro de la facticidad del contexto social del orden jurídico la expresión de las voluntades racionales de los afectados conforme a fines.

Sin embargo, la jurisdicción de los órdenes normativos morales y jurídicos, la distingue Habermas bajo la presuposición de que la moral se asienta en un saber cultural, mientras que el derecho tiene la capacidad de ser institucionalizado y ser un sistema de acción⁷⁷. Cuando el orden jurídico se ve revestido del derecho que ha sido a través de la historia institucionalizado a partir de un concepto moral, debe ser entonces comprendido como el resultado, no de la primacía de la moral sobre el derecho, sino como la positivación de una construcción racional que ha pulimentado la moral en un diálogo intersubjetivo, cuya libertad ya no radica solamente en el sujeto que la asiente sino en la construcción colectiva de esas pretensiones de validez.

De acuerdo a lo anterior, es en el principio democrático donde es posible “decidir racionalmente las cuestiones prácticas, y, por cierto, la posibilidad de todas las clases de fundamentaciones posibles en discursos (y en negociaciones reguladas por procedimientos), a las que se debe la legitimidad de las leyes”⁷⁸.

En última referencia por ahora, Habermas considera que el sistema democrático no solamente tiene la función de institucionalizar la “formación racional de la voluntad política, sino también garantizar el medio mismo en el que ésta pueda expresarse como voluntad común de los miembros de una comunidad jurídica que pueda entenderse como resultado de una asociación libre”⁷⁹. Este es un principio

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 171.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 176.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 177.

que Habermas vendrá a desarrollar con mayor fundamentación cuando afirma que la “idea de autolegislación del *ciudadano* exige que aquellos que están sometidos al derecho como destinatarios suyos, puedan entenderse a la vez como autores del derecho”⁸⁰, de ahí el tránsito de un concepto moral expresado en el sistema de los derechos subjetivos a la formación comunicativa de una racionalidad expresada en el sistema de los órdenes jurídicos modernos, esto es, del establecimiento institucional del derecho positivo. Es por esta razón que mi trabajo es una visión externa del ordenamiento jurídico positivo y válido, por cuanto pretendo integrar los aspectos mismos de la ética, el derecho y la política, a la luz de su carácter sistemático, lo cual, según se verá, es de hecho un concepto legítimo de democracia.

SUPUESTOS IMPLÍCITOS

Para efectos de llevar a cabo esta investigación, se parte de unos supuestos implícitos en los cuales, antes de entrar a abordar las teorías relacionadas, se reconocen los siguientes planteamientos:

- La moral tiene una diferencia sustancial con el concepto de ética, lo cual tiene amplias repercusiones para la comprensión de la dimensión ética de las relaciones sociales y el derecho.
- La diferencia entre la ética y la moral está dada inicialmente por una cuestión etimológica que se presenta entre las concepciones *ethos / ethiké* griegas y el *mos / mores maiorum* romano.
- La diferencia entre ética y moral está dada secundariamente por la concepción de moral que aplica en un desarrollo del pensamiento filosófico, jurídico y político.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 186.

- La diferencia entre la ética y la moral tiene que ser clarificada para efectos de explicar la fundamentación moral del derecho.
- La ética es el concepto que debe primar sobre el concepto de moral en un uso público de la razón, lo cual tiene amplias repercusiones sobre la construcción jurídica de las sociedades posmodernas.
- La relación entre la ética, el derecho y la política se establece en términos de la primacía del interés general que debe ser reconocido en todo supuesto jurídico que derive sus prescripciones de la ética como supuesto racional.
- El derecho contiene principios y elementos normativos que permiten inferir una fundamentación ética ya que el derecho tiene una función normativa de las relaciones humanas que afecta la vida de las personas y los Estados.
- La ciencia política desde el punto de vista de lo que debe ser la práctica política, ofrece elementos que permiten inferir su relación con el derecho en términos de una pretensión de validez por el principio del derecho que se ha articulado éticamente para las relaciones humanas.
- Colombia posee una salida al Estado fallido en términos jurídicos desde el punto de vista del reconocimiento de la validez del derecho como fundamento ético de las prácticas políticas.

METODOLOGÍA

Este trabajo puede identificarse con el tipo de *investigación filosófica*. Ello se justifica en el sentido de que la tópica y el modo de acercarse a su comprensión, no sólo se basa en un análisis del componente filosófico, esto es, teórico y especulativo del problema de investigación, sino que a la vez debe retomar un aspecto fundamental del análisis filosófico reunido bajo la figura de investigación práctica, ya que los fenómenos a investigar, pretenden ser constatados a través de ejemplos reales y no sólo especulativos. Ello lo clarifica el profesor Ángel, al afirmar que:

También pueden ser tratados los temas filosóficos en su forma aplicada, como cuando se trata de establecer los elementos filosóficos de la economía, la ética de las empresas, el concepto de estética en el renacimiento, la filosofía política, la epistemología del mercadeo, la filosofía del derecho, etc. En el primer caso, las investigaciones son puramente teóricas, mientras que para el segundo caso, las investigaciones son de tipo teórico-práctico, y ameritan, primero, la elaboración de un marco teórico y luego la contrastación empírica en ciertas instituciones sociales de carácter político, económico, legal, etc.⁸¹

PARADIGMA

El paradigma del cual parte esta investigación es el *hermenéutico*, el cual:

Implica tomar en consideración todas aquellas concepciones que centran la mirada en la comprensión de la cotidianidad y del mundo intersubjetivo de los individuos, dado que se parte de la base de que todo en la realidad no es medible, de ahí la necesidad de asumir una nueva actitud ante el estudio de los fenómenos sociales, los cuales requieren dar una mirada más de carácter comprensivo e interpretativo⁸².

De esta manera, el carácter interpretativo es un paso necesario antes de cualquier proceso de argumentación. En la tradición filosófica, en la cual se inscribe este trabajo, es necesario partir de un criterio cuya significación reconozca en la interpretación el paso obligatorio hacia la comprensión de cualquier tópica en el orden de la investigación social.

ENFOQUE

Dado que esta es una investigación de tipo filosófica y eminentemente teórica, es necesario que el criterio de análisis sea cualitativo. Es posible que en una segunda

⁸¹ ÁNGEL ALVAREZ, Jaime Alberto. Método práctico para la investigación social: una metodología para el estudio de fenómenos políticos, jurídicos y culturales. Bogotá: Universidad Libre, 2010. p. 62.

⁸² ARIAS, Luis Alberto. *Experiencia significativa en el programa de Trabajo Social de la FUM*. En FUNDACIÓN UNIVERSITARIA MONSERRATE. La conformación de los semilleros de investigación como apoyo importante en el desarrollo de los procesos investigativos de la FUM. Bogotá: FUM, 2006.

fase de esta investigación, o de posteriores investigaciones, se pueda incluir un análisis de tipo mixto, en el cual se puedan integrar elementos de carácter empírico para verificar algún fenómeno evaluado por este trabajo en la realidad. Sin embargo, para los presupuestos de este trabajo, bastará con interpretar el contexto ético-jurídico y sus relaciones con la política, todo en un marco documental. Ello es completamente válido desde el punto de vista objetivo de la investigación social, como lo expone Hernández Sampieri:

El enfoque cualitativo, por lo común, se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación. Por lo regular, las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso de investigación y éste es flexible, y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en "reconstruir" la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido⁸³.

⁸³ SAMPIERI Hernández, Roberto; COLLADO Fernández, Carlos y LUCIO Baptista, Pilar. Metodología de la Investigación. México: McGraw-Hill, 2003. p. 11-12.

1. IMPLICACIONES DE UNA DISTINCIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE MORAL Y ÉTICA PARA EL DERECHO Y LA CIENCIA POLÍTICA

1.1 PRIMACÍA CONCEPTUAL DE LA ÉTICA SOBRE LA MORAL PARA EL DERECHO

1.1.1 Punto de partida del debate. A menudo se suele hablar de moral y de ética como si estos conceptos representaran la misma cuestión, lo cual no es exacto si atendemos al hecho de que desde una posición filológica, ética es una palabra anterior a moral, cuando por ella, Aristóteles comprende dos variantes de la acepción. Por una parte, *êthos* representa el *carácter* como actitud propia e intransferible del ciudadano, quien al encontrar un suelo firme para el desarrollo de su vida en la sociedad, o bien en la *polis*, concibe su autosuficiencia moral no tanto como un derecho de tradición, sino como un *deber*. Es este deber el que imprime en la personalidad del ciudadano la necesidad de formarse con una voluntad suficiente para comprender por sí mismo los aspectos más relevantes de la vida propia y de la ciudad, disposición personal que cuando comienza a hacerse parte de la naturaleza del hombre, necesariamente lleva a quien vive en comunidad a la asunción de los valores que tradicionalmente se ven representados en la educación, las artes y la política de la ciudad. Ahora bien, la variante *éthos*, supone un grado mayor de la acepción del término ética, y es cuando este carácter propio de cada ciudadano deviene una costumbre, un hábito, es decir, pasa del terreno de la dimensión privada del hombre a su dimensión pública, por ser ésta el terreno en donde la autosuficiencia del hombre se ve, ya sea representada, o bien, diferenciada en las prácticas comunes de la sociedad y sus semejantes. De ahí que esta distinción sea necesaria para comprender las implicaciones de la moral y de la ética para la observación del derecho que conlleva el panorama político en Colombia.

Por otra parte, el concepto de moral, si se tiene en cuenta el periodo histórico y filológico al cual pertenece, está completamente atravesado por las costumbres

del ciudadano, es decir, por los preceptos para regir la conducta que son heredados de sus padres (*mores maiorum*) por tradición. Cuando se dice que se tiene una necesaria o determinada conducta moral, ésta radica en una asunción de valores que no necesariamente son autosuficientes, sino que más bien pertenecen al terreno de las costumbres que imprimen en el individuo un cierto “marco de referencia” (como lo llama Charles Taylor en términos contemporáneos), cuya aceptación ya no representa una conducta ética racional, sino una mera respuesta espiritual y subjetiva del individuo hacia su entorno y la comunidad con que comparte su espacio vital.

Existe, por otra parte, la consideración más general de considerar que la moral es aquello que rige las conductas, los hábitos y los principios hacia los demás, y que la ética es el conjunto de estudios y teorizaciones acerca de ello. Aunque si bien, desde una perspectiva académica pudiéramos sugerir que aquella no es una manera errada de interpretar el problema planteado aquí, para efectos de abordar la distinción entre el concepto de moral y de ética en términos de sus implicaciones para el derecho y las prácticas políticas, no conviene y no es necesario remitirnos a hacer una aclaración de este punto, ya que aquí se pretende lograr una comprensión de la distinción entre moral y ética pero de una manera que sea sustancial, conveniente y significativa para el derecho, entendido este como un campo social.

1.2 EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ENTRE ACTITUD MORAL Y ACTITUD ÉTICA PARA EL DERECHO

Asumo la consideración de que la distinción entre moral y ética siempre ha estado presente en los debates teóricos al interior del derecho y las ciencias políticas, no obstante la aparente identidad que representan. Ello se debe a que sus raíces griegas y latinas hacen simultáneamente referencia a la *costumbre* que permite a una persona creer o considerar esto o aquello sobre sí misma o sobre su mundo exterior, y consecuentemente, tomar decisiones acerca de su conducta interna y

externa. Sin embargo, esta actitud sólo tendrá un desarrollo integral en la medida de que pueda identificarse con un colectivo que comparte las mismas ideas y costumbres, y más precisamente, *creencias*⁸⁴.

Pero compartir una religión o una fe no es necesariamente representación del uso del libre arbitrio de la razón, y consecuentemente, de la autosuficiencia racional⁸⁵. No quiero decir con esto que sea necesario sacar a Dios⁸⁶ del orden práctico del mundo para conseguir sociedades verdaderamente éticas, ya que considero que

⁸⁴ Esto es en el caso colombiano lo que más influye en las determinaciones sociales y políticas de las personas. Un ejemplo concreto son las encuestas de opinión, por medio de las cuales las personas apoyan o defienden una determinada tesis encarnada, o bien en una política pública, o en un personaje de la vida nacional (política, artística etc.). Otro ejemplo es el uso del derecho al sufragio, por medio del cual los ciudadanos aparentemente deciden sobre los destinos de la administración del Estado. En el caso colombiano, cuyo marco antropológico está mediado mayormente por las tradiciones de corte católico-conservador, se ve una tendencia de las personas a apoyar a aquellos candidatos que se identifican y defienden las tesis del cristianismo, y consecuentemente, los representantes políticos, sobre todo en unos casos paradigmáticos, usan el argumento de la fe de las mayorías para conseguir votos. Es decir, funciona políticamente en la medida de que la poca ilustración de la masa permite que sea más bien una conducta moral (y no ética), la que regula sus decisiones sobre temas tan trascendentales como son el gobierno y la administración del Estado. Si fuera una determinación ética, no se elegirían y volverían a elegir mandatarios cuyo obrar, directo e indirecto, deja mucho que desear a lo que por sentido común comprendemos como ética. Sobre la identificación de las creencias religiosas con una dimensión moral de las personas, y de cómo la objeción de conciencia responde a la dimensión subjetiva de la persona, véase PARDO, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En Revista Persona y Bioética. Vol. 10, No 1. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2006. Extraído desde internet el 27-06-2013 en: <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/928>.

⁸⁵ Sigo una idea del libre uso del arbitrio de la razón, considerado desde el concepto de *razón práctica* kantiano, bajo el cual se devela una cierta asunción subjetiva de los principios que rigen la voluntad. En efecto, Kant presenta una idea de la ley moral que parece requerir de una libertad que no puede estar supeditada a la contingencia empírica: “Por consiguiente, las leyes prácticas se refieren exclusivamente a la voluntad prescindiendo de lo que se cumpla por su causalidad, y es posible hacer abstracción de esta última (como perteneciente al mundo de los sentidos) para tenerla pura”. KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducción de J. Rovira Armengol. cuarta edición. Buenos Aires: Losada. 1981. p. 25. En otro lugar afirma que “aquellos juicios que provengan de la experiencia pueden llegar a ser considerados una regla práctica, pero nunca una ley moral. La ley moral proviene únicamente de la razón pura”. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de Manuel García Morentes. Madrid: Espasa-Calpe, 1946. pp. 18-19. Ver respecto de la legalidad de la moral subjetiva en Kant, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 3 ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 159.

⁸⁶ Sobre este aspecto ver una interesante apología de la importancia o carácter de ineludible de Dios en el orden práctico del profesor Chileno —conocido además por su traducción de *El Ser y el tiempo* de Heidegger, J. E. Rivera, donde se concibe la pregunta por el Ser como un *êthos* que inicia y termina en la idea de Dios, no obstante a que enfatiza que “Dios sólo se manifiesta originariamente en una fe” RIVERA, Jorge Enrique. *Dios, ineludible en el orden práctico*. En Revista Logos, No. 11, pp. 49-57, Bogotá: Universidad de La Salle, 2008. p. 54.

un Estado social de derecho que permite la libertad de culto como el colombiano⁸⁷, representa en sí mismo un ejercicio democrático, no obstante a que en último término, ello sea sólo una dificultad para tomar decisiones menos apasionadas en temas, que si bien son morales, son mucho más éticos por sus implicaciones últimas (sociales), como lo son el aborto, la eutanasia, la homosexualidad y la familia, entre otros. Constituye pues, una limitante juzgar un aspecto que implica a la sociedad entera bajo el rasero de la fe o de las creencias, cuando no se reconoce apropiadamente en términos democráticos, que hay muchas personas que también hacen parte de esa sociedad, y no comparten las mismas creencias que se constituyen al tiempo en los referentes éticos de aquellos con quienes se comparten ciertos intereses sociales y políticos.

Respecto a este ámbito de las costumbres, las cuales involucran los referentes morales subjetivos y a la vez objetivos de la mayoría de las personas, es necesaria una aproximación al concepto de dignidad de la persona, que según Ronald Dworkin⁸⁸, representa la posibilidad de dos puntos de partida que si son aceptados, podrían generar un marco común para un verdadero diálogo democrático. Tales principios son, primero, que “(...) toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo”⁸⁹, y el segundo, que denomina el *principio de responsabilidad personal*, sostiene que cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución del logro de su propia vida, una responsabilidad que incluye el empleo de su juicio para estimar qué clase de vida sería para ella una vida lograda⁹⁰. Para los efectos del presente trabajo, considero trascendental

⁸⁷ Ver Constitución Política de Colombia de 1991, art. 19.

⁸⁸ Aunque difiero sustancialmente en la concepción de la moral y de la ética que plantea Dworkin, ya que éste establece que “nuestras convicciones éticas definen qué debemos calificar como una buena vida para nosotros; los principios morales definen nuestras obligaciones y responsabilidades hacia otras personas”, DWORKIN, Ronald. *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*. Traducción de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. asumo como criterios válidos sus propuestas para entablar un verdadero debate democrático a partir de sus dos principios de la dignidad humana.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 24.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 25. Es esto lo que en otro lugar defiende Dworkin desde el punto de vista de la decisión judicial cuando afirma: “Un juez no debe sólo decidir quién recibirá qué, sino quién se ha comportado bien, quién ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano, y quién, en forma intencional, o por codicia o insensibilidad ha ignorado sus propias responsabilidades con respecto

sobre todo abordar el segundo principio que señala Dworkin, ya que éste nos instala en la necesidad democrática de comprender la dimensión de la dignidad humana que pasa de un aspecto cerrado del *yo* moral subjetivo, al *otro* moral objetivo (ético), cuya finalidad última es la comprensión y asunción de la ley pública como parte de una conducta social responsable y cotidiana.

Este aspecto de la dignidad humana instala el debate sobre la eticidad desde el punto de vista de una madurez moral, en la medida que exhorta al hombre a ser consciente de que su propia dignidad depende menos del reconocimiento que se recibe de parte de la comunidad por el sólo hecho de ser hombre (primer principio mencionado de Dworkin y que suscita el carácter intrínseco de los derechos humanos) que de aquel que se otorga cada ser humano a sí mismo. Este es un precepto que demanda autonomía moral en el individuo, ya que le hace responsable sobre su propia vida. Kant había concebido que “la *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”⁹¹, lo cual demanda no sólo la necesidad de una correspondencia entre las creencias individuales con las expectativas y valores reconocidos como persona, sino de una observación de los derechos a la luz de los deberes ciudadanos.

Lo anterior es algo que en una sociedad convulsa como la colombiana sucede con mínima frecuencia, ya que usualmente aquí se observa el derecho en tanto es un derecho desde lo externo (el Estado) hacia la vida particular, y no a la vez, de la vida particular (interior) de los ciudadanos hacia lo externo (el Estado). Así es como usualmente en Colombia se asume el derecho que representa la individualidad y la libertad del individuo desde lo que Ferrajoli llama *prestaciones*⁹². Es decir, aquí el derecho se mide con frecuencia como aquello que posibilita a las personas hacer parte de un Estado de bienestar, mas no como el *modus* en el que

a los demás, o exagerado las de los demás con respecto a sí mismo”. El imperio de la justicia. Traducción de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988. p. 15.

⁹¹ KANT, Op. Cit., 1946. p. 94.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Traducción de Perfecto Andrés *et. al.* Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

es ético para la propia vida hacer parte de un Estado social de derecho. Esto implica, siguiendo a Dworkin, “que cada uno de nosotros tiene la responsabilidad personal de gobernar su vida, cosa que incluye la responsabilidad de tomar y ejecutar decisiones fundamentales sobre qué tipo de vida sería bueno llevar”⁹³.

El debate sobre el estatus moral que a menudo las personas asumen como parte de sus convicciones y marcos de referencia sociales, lleva necesariamente a la discusión acerca de cuáles son en principio aquellas cosas que son relevantes para el derecho desde el punto de vista moral. Quiero decir que en una necesaria distinción entre el concepto de moral y ética, no se puede menos que tener en cuenta el hecho de que muchas personas deciden sobre aspectos de total trascendencia apelando no a su razón sino a sus creencias, costumbres, tradiciones de familia, etc., lo cual dista mucho de una noción de autosuficiencia racional y ética⁹⁴ que pueda garantizar la publicidad y eficacia de las leyes en una democracia. Es a esta última necesidad de todo sistema de derechos que quiera considerarse tal, a lo que Habermas apela cuando realiza una reconstrucción del ordenamiento jurídico a partir del concepto de derechos subjetivos. En efecto, considera el autor alemán que “los derechos del hombre fundados en la autonomía moral del individuo sólo cobran forma positiva mediante la autonomía política de los ciudadanos”⁹⁵. En este orden de ideas, la autonomía moral sólo puede tener validez en la medida de que se realiza sobre las bases no sólo de una razón práctica sino de una razón comunicativa, lo cual obliga al carácter moral subjetivo del individuo a salir de sí y enfrentar sus presupuestos en la esfera pública de la deliberación.

⁹³ DWORKIN, Op. Cit., 1988. p. 33.

⁹⁴ Este es uno de los aspectos más álgidos de la distinción y aclaración de los conceptos de moral y ética, ya que desde el positivismo, estrictamente el de corte lógico-analítico de Wittgenstein, se asume la *ética*, que aquí se quiere llevar a un estatus neutral de compromiso jurídico y político conveniente en términos democráticos, como una ficción en sí misma y una referencia a idealizaciones del lenguaje que exceden los hechos. De ahí que la conclusión de Wittgenstein sea que la ética, como ciencia y conocimiento válido, no es posible, posición que aquí no tiene lugar, precisamente, dado que el autor vienés, adjudica a la ética una tara lógica y práctica que aquí se le asigna a lo que las costumbres asumen como moral. Ver WITTGENSTEIN, Ludwig. *Conferencia sobre ética*. En: Edición Electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

⁹⁵ HABERMAS, Op. Cit., p. 159.

Teniendo en cuenta lo anterior, los problemas éticos superan sin duda alguna el terreno de los problemas morales, ya que aunque si bien parecen identificarse, resultan en sus consecuencias últimas (sociales, jurídicas y políticas) significativamente diferentes, debido a que por ejemplo, en el caso del aborto, que es uno de los temas de mayor polémica en las sociedades contemporáneas, por decirlo de algún modo, las personas toman decisiones muy diferentes dependiendo que sus convicciones sean primordialmente morales o éticas en la distinción que defiende aquí.

Para ilustrar este asunto con un ejemplo concreto, obsérvese en Colombia la sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006 que por primera vez permitió el aborto asistido por profesionales dentro del marco de la ley en tres casos excepcionales. A pesar de que a partir de esta sentencia se dio orden a todo hospital y a todo profesional de realizar el procedimiento en los casos en que aplicaba, muchas mujeres colombianas veían frustrada esta posibilidad ante la negativa de algunos centros médicos y de algunos profesionales que aducían *libertad de conciencia*, derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia como consta en el artículo 18⁹⁶.

En este caso se puede ver que existen dos dimensiones, por una parte, el sentido, más que racional, humanitario por el cual se da la providencia de la Corte Constitucional en la medida de que busca respetar y garantizar los derechos fundamentales de la mujer, y por otro, la publicidad y aceptación, no racional, sino moral de esta ley por parte de la sociedad (incluso de aquella que se considera lo suficientemente autónoma para comprender los dos principios dworkinianos de la dignidad humana).

⁹⁶ El mencionado artículo reza: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. Habría sin embargo que precisar dentro de la jurisprudencia, si esto aplica también para personas que han jurado en la posesión de un cargo público, deberse al interés general. Esto sobre todo en el caso de los notarios y jueces en el caso actual de la unión entre parejas del mismo sexo, o, en el caso del aborto, a médicos que trabajen para instituciones oficiales (públicas).

Decía anteriormente que Colombia es una sociedad que a costa de muchos conflictos ha tenido el lastre del catolicismo como doctrina que hasta la Constitución del 1886, poseía de la protección y tutela del Estado en tanto fue ratificada como la religión oficial del mismo⁹⁷, lo cual ha impreso sobre sus costumbres un hábito más moral que ético en el sentido que estoy defendiendo aquí. Ahora bien, en el caso del aborto, se observó a partir de la sentencia C-355, que las personas tanto en la esfera privada como en la pública son más accesibles a respetar las leyes cuando éstas se identifican con sus preceptos morales y/o religiosos, no obstante a que una obligación de ética profesional, jurídica o simplemente ciudadana así lo demande, precisamente porque no existe una distinción tal para la mayoría de las personas que cumplen un determinado rol en la sociedad.

En la medida que los preceptos morales de la ciudadanía y los servidores públicos no están atravesados por una cierta deliberación racional, es de suponerse que el ámbito último de la ley (que es su acatamiento y cumplimiento), no tiene en Colombia ninguna garantía en el plano de las decisiones subjetivas de sus ciudadanos, lo cual, llevado a un plano colectivo, también carece de garantía en términos de objetividad democrática, o en un plano político, de transparencia o de violación al principio de la prevalencia del interés general.

Este panorama sugiere que una sociedad como la colombiana apela más a argumentos de índole moral-religiosa que estrictamente éticos, lo cual es un indicio de que existe una distinción entre estos dos conceptos en sus implicaciones para el derecho y la política. Es inaceptable que una ley no se cumpla sólo porque la Constitución permite la objeción o libertad de conciencia,

⁹⁷ La Constitución de 1886 predicaba su preámbulo “En nombre de Dios, fuente de toda autoridad, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la religión católica, apostólica y romana es la de la Nación, y que como tal los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social y para asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz (...). Se observa así, que la legitimidad del derecho y el poder público en Colombia bajo la Constitución de 1886, recaía en una figura metafísica y trascendental, algo que en nuestros días, parecería a todas luces absurdo.

cuyo valor reside en la autosuficiencia moral (que en un ámbito público se debe al interés general) y que ha sido uno de los motivos por los cuales algunos hospitales y médicos específicamente, se han negado a practicar los abortos legales, violando los derechos de la mujer, creyendo, no siquiera que defienden los derechos hipotéticos de los niños que entonces se encuentran en estado embrionario⁹⁸, sino que dicha actuación (consideran internamente) va en contra, no de su ética profesional, sino de sus convicciones morales, que son subjetivas y propias en todo caso.

Este ha sido un aspecto abordado en alguna medida por Habermas cuando habla de los principios de *justicia* y de *solidaridad*, en donde:

La ética del discurso explica por qué ambos principios remiten a una y la misma raíz de la moral, a saber, precisamente a la vulnerabilidad, necesitada de compensación, de unos seres vivos que sólo en virtud de la socialización se particularizan hasta convertirse en individuos, de manera que la moral no puede proteger lo uno sin lo otro: los derechos del individuo sin el bien de la comunidad a la que pertenece⁹⁹.

Ahora bien, en la medida de que según Habermas la justicia representa una dimensión del individuo que es intransferible e implica la igualdad e inviolabilidad de sus derechos, y de que la solidaridad es el bienestar que se da en un espacio intersubjetivo¹⁰⁰, el hecho de que alguien le niegue sus respectivos derechos a una persona cuando está ejerciendo su profesión, es decir, cuando se encuentra ante una demanda pública de su moral (que entonces ya es eticidad), se están transgrediendo ambos principios que hacen parte de la ética. En conformidad con la tesis habermasiana, no se puede comprender el problema de la legalidad y publicidad de la ley misma cuando en una sociedad se anteponen los intereses particulares por el bien general, sobre todo, cuando esos particulares ostentan una

⁹⁸ Ver sobre este punto una discusión bioética en VALDÉS, Margarita. El problema del aborto: tres enfoques. En VÁSQUEZ, Rodolfo. Op. Cit., pp. 129-150 y DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona: Ariel.

⁹⁹ HABERMAS, Op. Cit., 1991. p. 20.

¹⁰⁰ *Ibid.*

cierta profesión de interés público, o bien, detentan el poder de acción o de opinión para promover consideraciones sociales acerca de temas que tienen implicaciones éticas. La moral, desde esta perspectiva, no puede ser entendida desligada de un ejercicio político: “Naturalmente, la moral en su papel de *criterio de derecho correcto*, tiene su sede primaria en la formación de la voluntad política del legislador y en la comunicación política del espacio público”¹⁰¹.

La radicalidad de distinguir entre teorías deontológicas de lo bueno o de lo justo, es una manera de comprender que en los órdenes jurídicos y políticos, la regulación viene dada por una concepción fuerte, ya no de la justicia, sino de la legalidad. De ahí que este trabajo pretenda otorgar a la categoría ética una posición relevante en la justificación del derecho como fundamento de las prácticas políticas, dado que como afirma Habermas: “A diferencia de las teorías filosóficas de la justicia, la *teoría del derecho* se mueve dentro de los límites de los órdenes jurídicos concretos. Sus datos los toma del derecho vigente, de las leyes y precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc.”¹⁰².

Ello constituye, sin duda, una perspectiva a través de la cual es necesario establecer una cultura social y política por parte de los ciudadanos, en donde no es el interés subjetivo lo que permite la legitimidad del derecho dentro del orden jurídico y su función social, sino más bien una ética personal que actúa en conformidad del interés general.

Sin embargo, este planteamiento no desconoce que ello implica, no sólo una simple actitud por parte del ciudadano, sino que sólo puede ser posible a través de una *costumbre* que requiere de una masa instruida, informada en los aspectos mínimos de interés general, razón por la cual es preeminente que una formación de la persona orientada a una cultura política y social fundada en la eticidad, sea,

¹⁰¹ HABERMAS, Op. Cit., 2001. p. 276.

¹⁰² *Ibid.*, p. 265.

no sólo principio constitucional¹⁰³, sino regla general al interior de todos los marcos educativos, incluyendo la primera infancia.

Es precisamente la carencia de un uso público de la razón como marco ético de referencia de una cultura, lo que ha impedido que en Colombia haya una vivencia de los principios constitucionales con vocación hacia el bienestar común de manera práctica por la ciudadanía. Esta característica se observa en una percepción casi general, de que la formación en humanidades, dentro de un país en vías de desarrollo es una pérdida de tiempo o un “relleno” de los currículos. De ahí que al parecer la ética profesional en Colombia sea una tópica, o mal comprendida, o del todo despreciada, ya que un aspecto de los derechos individuales como lo puede ser la objeción de conciencia intrínseca a las convicciones morales de las personas, llega hasta donde comienza el beneficio mayor de la sociedad.

En cierto sentido, el artículo 16 de la C.P. está haciendo referencia a esto, cuando afirma que *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*. Sin desconocer los límites y variables de esta aseveración, es del todo necesario que cuando se ejerce una profesión cualquiera, que produce unos beneficios a la sociedad, se piense no solamente en salvaguardar los propios intereses, sino también los de la sociedad hacia la cual está encaminada su vocación. Esto también tiene que ver con la necesaria publicidad de la ley, ya que si se la desconoce, o no se tiene el suficiente empoderamiento sobre ella, es muy problemático que pueda asumirse, no como una dificultad, sino como una fortaleza de la práctica profesional.

¹⁰³ De esta manera se caracteriza además el influjo que la Constitución representa dentro del orden social. El profesor alemán Peter Haberle ha expresado que la Constitución constituye no solamente los límites del poder, sino un “proceso público”. Véase en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, 3. Aufl. 1998, en particular, pp. 121 y ss., 265 y ss. En: Métodos y principios de interpretación constitucional: un catálogo de problemas. ReDCE. Año 7. No. 13. Enero-junio/2010. p. 383.

En el caso de Colombia, se está muy lejos de un nivel de instrucción así, ya que se sigue considerando el derecho como aquello que reglamenta no los deberes de las personas con la sociedad, sino los de la sociedad con las personas, mientras sus conductas, sean ilustradas o no, contradicen el dictado de la ley en su mayor expresión. Una explicación a esto es el hecho de que no es racional que se vulnere los derechos de las personas aduciendo una integridad subjetivamente moral, ya que si un profesional cualquiera, comprende que la ley está protegiendo una determinada conducta racional-ética (humanitaria en todo caso) en beneficio, no de una sola persona, sino de toda la sociedad, no es posible éticamente anteponer a ello la salvaguarda de la integridad moral, que repito, responde más a las costumbres que a la construcción objetiva de la moral, que sería el modo en como aquí se entiende la ética.

Ahora bien, dentro de un Estado social de derecho establecido en el artículo 1 de la Constitución Política, el cual protege las prácticas sociales y democráticas en Colombia bajo el principio de la justicia, que queda como garantía en el preámbulo del mismo documento, es necesario tener en cuenta que la fortaleza de las leyes que han de garantizar que el Estado social del derecho se cumpla (si parten de un principio de justicia), hacen referencia necesariamente a un aspecto que aunque puede parecer abstracto, es susceptible de ser organizado sobre las bases de otro elemento que el preámbulo de la Constitución consagra, como es el de garantizar el conocimiento a los ciudadanos. Es decir, no obstante a que el concepto de la justicia sea al parecer, por tradición, una noción que la mayoría de las personas asumen como un hecho conocido, dentro de la macroestructura jurídica y social que significa un Estado, éste dista mucho de ser una vaga referencia a lo que cada cual entiende por justicia.

Un elemento antropológico que perjudica el hecho de que las personas asuman como correcta una moralidad objetiva en lo que respecta al concepto de justicia, es que se suele aceptar *lo justo* desde un rasero que en la mayoría de los casos

es subjetivo¹⁰⁴. Se dice y asume como justo algo que va en concordancia con nuestros adoctrinamientos morales, los cuales, como se afirmó anteriormente, proceden en su gran mayoría de la tradición y de las costumbres que cada cual ha tenido a través de su vida, sin significar que cada uno de ellos correspondan a una criticidad o a una postura ética, que sería una moralidad objetiva. Este es un rasgo antropológico y psicológico que no es sólo propio de la nación colombiana, sino que es algo determinante en las actitudes morales y de la publicidad de las leyes que apoyan una u otra tendencia, como queda evidenciado en el estudio que hace Ronald Dworkin del panorama político, moral y jurídico de EEUU¹⁰⁵.

Comprender esta percepción social que hace que las leyes tengan determinada publicidad, cuando garantizan el respeto por el marco de referencia a partir del cual las personas juzgan si algo es bueno o malo moralmente, es algo emergente, pero no determinante. Lo que se pretende aquí no es ofrecer un capítulo más a la teórica moral en su relación con el derecho, ni tampoco forzar argumentos racionales en una sociedad con dificultades culturales como lo es la colombiana, sino plantear una posibilidad de discutir cómo la ley (teniendo en cuenta que según su acatamiento, las facultades del Estado son aquellas que permiten hacer accesible la aplicación de la ley a los ciudadanos y servidores públicos) puede llegar a fortalecer el empoderamiento ético de la sociedad civil y de los servidores públicos en términos de una gobernabilidad que es efectiva desde el mismo ámbito de la ciudadanía.

1.3 HACIA UN CONCEPTO DE ÉTICA PÚBLICA

Desde el punto de vista que defiendo, es decir, desde la perspectiva de la relación deontológica que existe entre la ética, el derecho y la política, propongo una versión de esta relación en términos de la *ética pública*. Es decir, la enorme discusión en torno a la relación entre la moral y el derecho, teniendo en cuenta lo

¹⁰⁴ Es el carácter subjetivo de lo que se considera justo, precisamente lo que Hans Kelsen señala en su conocido ensayo *¿Qué es la justicia?*, Op. Cit., 2011.

¹⁰⁵ DWORKIN, Op. Cit., 2008.

que hasta ahora se ha expuesto, permiten separar, o simplemente diferenciar, la moral del derecho desde el punto de vista en que la nota ética responde más efectivamente a la plausibilidad de un sistema normativo conforme a lo público.

Si, teniendo en cuenta lo afirmado por Kelsen en su *Teoría pura del derecho*, éste corresponde a un orden social¹⁰⁶, es necesario que el derecho quede deslastrado de las ambigüedades que la nota moral le ha impuesto en términos de regulación social. En efecto, Kelsen afirma lo siguiente: “Un orden normativo que regula el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres, constituye un sistema social. La moral y el derecho son unos de esos sistemas sociales”¹⁰⁷. Sin embargo, decir que la moral y el derecho son esos sistemas sociales, significa que lo son pero no de la misma manera, ni bajo los mismos presupuestos, o mucho menos, bajo una identidad conceptual y/o substancial.

Lo anterior se entiende dado que sin duda, para la tradición doctrinal y analítica del positivismo jurídico, la moral constituye, si bien una base de la regulación social, un marco de referencia que representa los esquemas consuetudinarios a partir de los cuales los hombres han afirmado su conducta y su concepción de lo debido. Esto es válido en tanto el concepto de *moral* significa, en efecto, como se afirmó anteriormente, la autoridad de los mayores sobre el individuo (*mores maiorum*). Los mayores, en el contexto que aquí quiere ser referido, no solamente representan la transición de valores de manera parental, sino social, cuando se habla en términos de tradición. Pero ello de ninguna manera garantiza la estructuración de una razón práctica que pueda ser asumida como la asunción razonable de valores y referentes sociales, jurídicos, económicos, políticos, etc. He ahí una de las problemáticas que justifica una distinción entre el concepto de moral y ética para el derecho.

¹⁰⁶ De igual forma, aunque por distinta vía, Habermas refiere el ordenamiento jurídico en términos sociales y de la categoría que denomina: mundo de la vida. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa* (Tomo II). Madrid: Taurus, 1988. p. 517.

¹⁰⁷ KELSEN, Op. Cit., 1995. p. 38.

Considero así que las vaguedades en las que ha caído el debate sobre la relación entre la moral y el derecho están dadas precisamente por interpretar problemáticas que tienen una finalidad pública, utilizando en su lugar posiciones morales, que en esencia obedecen a concepciones ambiguas, abstractas y heterónomas de la subjetividad. Si bien el concepto de moral puede ser aplicado universalmente a un orden coactivo de la conducta humana, al utilizarse indiscriminadamente, se comete el error de considerar en presupuestos teóricos y normativos que sólo tienen una vocación pública, aspectos de la moral que obedecen de manera fundamental al dominio privado de los hombres en su concepción del mundo. Es ello, precisamente, lo que ha afectado y distorsionado algunas discusiones jurídicas y políticas de interés general en Colombia.

Así pues, la moral debe quedar relegada meramente a la asunción subjetiva de ciertos cánones de conducta, que en todo caso no hacen parte del ordenamiento jurídico (por lo menos no principal y jerárquicamente), ya que de lo contrario, se asumiría que la moral como concepto universal del conjunto de valores que orientan la conducta humana, a la vez que es asumida por un individuo¹⁰⁸, condiciona efectivamente el común denominador de la humana coexistencia, lo cual iría en contravía de la idea de una ciencia del derecho que responda efectivamente a los fines de la política en tanto arte de gobernar, esto es, a una ética pública. La moral, que es subjetiva, tendría que ser la disposición básica que toda persona debe obtener en su formación familiar y escolar, de cara al ejercicio de una ciudadanía responsable con la democracia, entendida como un como una forma de gobierno sino como una forma de vida.

El error de interpretar la moral como un concepto universal que puede ser aplicado a toda discusión sobre normas subjetivas y colectivas de conducta, e incluso,

¹⁰⁸ Este es uno de los aspectos que hace a Kelsen desconfiar de la justicia como un valor universal que pueda ser asumido por un orden social, ya que “Desde luego, un orden justo, es decir, aquel que garantiza a todos la felicidad, no puede existir si —de acuerdo con el sentido originario de la palabra— se entiende por felicidad un sentimiento subjetivo, es decir, lo que cada uno considera como tal”. KELSEN, Op. Cit., 2011. p. 10.

coerciones del orden religioso¹⁰⁹, radica en la complejidad que supone la identificación de las categorías morales con el derecho dentro del sistema del derecho, cuando éste busca fundamentar la convivencia ciudadana y el ejercicio político con prevalencia en el interés general. Esto, los valores y los principios que describe la moral sólo pueden ser facultativos de normas dentro del ordenamiento jurídico en la medida de que, o bien se identifican, o en el mejor de los casos, fundamentan principios cuya vocación se ubica en la esfera de lo público, y por tanto, precisan de una comprensión política de manera estructural y sistémica, que según mi tesis, tratándose de ciudadanos y servidores públicos, debería ser una actitud ética que implique un respeto y promoción de la ley, que en todo caso debe incluir una comprensión de sus beneficios sociales.

Es ahí en donde ya no se habla de moral en su relación con el derecho, ya que los principios —que se consideraban morales— se identifican con una norma existente en el ordenamiento jurídico, que adquiere el carácter de ley cuyos efectos, si bien son hacia ciudadanos particulares, entendidos como ciudadanos, subsidiarios de un ordenamiento jurídico, pierden el carácter subjetivo, y se convierten en entes objetivos del Estado. Esa vieja moral, la misma que ha dividido las teorizaciones de la iusfilosofía, queda así, no reducida, sino exaltada al carácter de ética¹¹⁰ y ética pública. De ética cuando corresponde al legislativo determinar dentro de los fines del Estado y la constitución, cuáles han de ser aquellos principios normativos que mejor deben orientar y garantizar dichos fines, y ética pública, cuando dichos principios adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico, obligando de manera objetiva a que se cumpla x o y conducta de parte de los ciudadanos y los servidores públicos, quienes preeminentemente tienen la obligación profesional de representar los fines del Estado en sus actuaciones.

¹⁰⁹ KELSEN, Op. Cit., 1995. p. 42.

¹¹⁰ Dentro de ésta observo y considero supremamente pertinentes las diferentes discusiones que en los últimos años ha tomado la discusión en torno a la bioética. Para un análisis remito sobre todo a FERRATER MORA J. y COHN P. Ética aplicada. El aborto, la eutanasia, la pornografía: una lúcida reflexión acerca de los dilemas éticos de nuestros días, 1988, y VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). Bioética y Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

De ahí que el carácter de ética pública que adquiere esta relación de fundamentación deontológica entre la ética, el derecho y la política, deba ser entendida en términos de una adecuación sistémica de principios que sólo pueden ser morales en tanto un individuo o varios, compartan dichos principios en su dimensión privada, pero que con independencia de ello, al haber sido presupuestos en la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente (válido positivamente), adquieren el carácter de marcos de referencia éticos presentes en los fines del Estado y materializados por el derecho a través de la regulación social que realiza. Ello significa que las conductas que sean contrarias a las disposiciones de esas normas, independientemente de si aquellas ordenan omisiones como no matar, o no robar los bienes del otro (lo que puede ser considerado moral) al haber sido establecidas por un ordenamiento jurídico como garante de los fines del Estado, son ética pública y representan la eticidad de los ciudadanos subsidiarios de derecho, que en todo caso ordena lo *conveniente*¹¹¹, si por ello se entiende lo que es presupuesto en los fines del Estado como de interés general o colectivo.

Se ha establecido así hasta ahora, que el nivel de interpretación y tratamiento de los problemas morales que han de tener resonancia e impacto en el ámbito de lo público, deben superar una actitud subjetivista y heterónoma por parte de las personas, que implique limitaciones a la asunción de la ley y las políticas en una sociedad. Ahora será necesario observar cómo ello se puede justificar desde el modo en que el derecho se legitima a través de la fundamentación deontológica que supone un nivel ético de conceptualización del derecho contemporáneo, posibilitando así que a la vez éste sea fuente de legitimación política.

¹¹¹ Prefiero utilizar el adjetivo *conveniente* en lugar de *correcto*, dado que el último, a menudo es identificado con una pretensión de *deber ser* moral, mientras que *conveniente*, hace referencia a aquellos postulados que *prima facie* pueden ser considerados necesarios para la estabilidad no sólo del orden social, sino de la gobernabilidad.

2. LA ÉTICA COMO LEGITIMIDAD DEL DERECHO

En el capítulo anterior se observaba cómo en términos de una concepción del orden social y de lo público, es necesario asumir una postura ética y no moral, en la forma que cabe asumir una moral de corte dogmático, individual e influida por las tradiciones; es decir, cómo resulta preeminente considerar que las bases de un orden social que se sustenta sobre un principio constitucional como lo es el de la “prevalencia del interés general”, consagrado en el artículo 1 de la C.P. colombiana, sólo pueden garantizarse si tanto una cultura ciudadana, como la acción profesional en todos los niveles, actúan en consecuencia no de prejuicios u opiniones morales (subjetivas), sino de una asunción ética de lo que significa ser parte de un ordenamiento en donde prima el *interés general*.

Para ello se partió de una concepción de la *ética* que supera el simple significado en que ella constituye la conducta propia del individuo hacia sí mismo, o de que es el estudio racional y teórico de las normas morales, y se bosquejó la idea, más afín a los presupuestos de este estudio, de que la *ética*, más allá de ser una ciencia o una conducta conforme a fines racionales, es una necesaria actitud ciudadana y pública, con el fin de garantizar el acatamiento y vivencia de los principios constitucionales, así como de las normas subsidiarias de dichos principios.

Es importante aclarar, no obstante, que de acuerdo a la tradición, el problema de la *ética* en su relación con el derecho y la política, se trabaja, por supuesto, teniendo en cuenta las múltiples referencias asumidas en este trabajo, las cuales hablan de moral y derecho. La labor será, por supuesto, dirigir la argumentación hacia una validación ética de dichos criterios morales presentes en el derecho y en la respectiva orientación jurídica de los fines del Estado.

Teniendo en cuenta dichos antecedentes, en el presente capítulo se intentará mostrar cómo los presupuestos normativos del ordenamiento expresan dicha

finalidad ético-política, entendida por tal aquella acción profesional conducente a garantizar la “prevalencia del interés general”, el desarrollo y progreso de una nación, en el marco de acciones públicas, observadoras de lo público y para lo público, dimensión de lo que aquí se denomina *justicia*. Cuando el derecho encarna y promueve dichos objetivos, puede considerarse legítimo.

2.2 LA NECESARIA FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DEL DERECHO

En la historia del derecho, no obstante a que desde el positivismo posmoderno se ha pretendido separar categóricamente y sustancialmente el derecho y la moral, entendiéndose por la dogmática una organización formal de la vida civilizada, no sujeta a presupuestos allende el formalismo de la ley, es importante considerar que desde los orígenes del pensamiento occidental, el derecho, en tanto orden social al que se debe obedecer dado que es imparcial, y como dijera Aristóteles, carece de pasiones, ha contado con un trasfondo ético. Como afirma Arhens: “Toda la evolución histórica ha mostrado que las doctrinas jurídicas, políticas y sociales se han formado constantemente bajo el influjo de una concepción ética (...)”¹¹².

En efecto, según lo planteado aquí, resulta un contrasentido considerar que un orden social caracterizado como derecho esté desligado de una vocación pública, ya que la misma categoría de *social* otorga a la discusión una nota política, y en la medida de que es política, no puede desligarse de un fondo ético, ya que el fin y la justificación de la existencia del Estado¹¹³ y del gobierno es el interés general y la vida buena de la ciudadanía.

Para llevar a cabo este fin, es necesario considerar que lejos de lo que pudiera pensarse, la filosofía del derecho y la ciencia del derecho en sí, no contienen vagas abstracciones que son ajenas a los hechos descritos por la norma, sino que

¹¹² ARHENS, Op. Cit., p. 40.

¹¹³ Afirma Arhens: “El Derecho y el Estado no son esferas de la libertad abstracta, sino instituciones éticas también”. *Ibíd.*, p. 41.

establecen el camino fáctico que debe seguirse en la pretensión de una debida organización social conforme a los valores de la convivencia, justicia, igualdad, solidaridad, libertad y paz¹¹⁴. Así lo sugiere Arhens cuando afirma que la filosofía del derecho y la ciencia del derecho contienen un “concepto biológico”, expresado en las “relaciones sociales y en el progreso de las costumbres”¹¹⁵, así como los postulados de la filosofía del derecho enlazan lo teórico y lo práctico con una finalidad arraigada en las relaciones efectivas de la vida¹¹⁶.

De esta manera, existe un precedente histórico que permite establecer la fundamentación ética del derecho y su finalidad política, en la tradición griega, cuando los planteamientos, principalmente aristotélicos, según afirma Fernández Galiano¹¹⁷, predicán un concepto de justicia acorde con el fin de garantizar la felicidad de la comunidad política, en donde “La corrupción viene del hecho de desatender los intereses generales para aprovechar el gobierno en beneficio de quienes lo ejercen”¹¹⁸. De hecho, no es temerario considerar que la tradición occidental, de la que Colombia hace parte, se ha arraigado firmemente en dicho concepto de lo *justo*, y ello se debe en parte al hecho de que la tradición occidental ha progresado —no obstante a su larga tradición teórica— sobre la base de ideas que puedan tener una correcta, efectiva y larga aplicación sobre la vida pública, que es en últimas ese mundo de las relaciones humanas en su expresión simple y a la vez compleja.

¹¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, Preámbulo y artículo 1.

¹¹⁵ ARHENS, Op. Cit., p. 179.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 216.

¹¹⁷ FERNANDEZ, Op. Cit., p. 32.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 43. De igual forma, en la *Declaración de los derechos de hombre* en Francia, se asumió que “(...) el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos (...)”. En OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitución Política de Colombia e historia constitucional*. 5ta edición. Bogotá: Doctrina y ley, 2000. p. 3. Así mismo lo plantea el historiador Julio Cesar García, en una alusión de los precursores de la independencia americana: “(...) de dónde han venido los males de España, sino de la absoluta arbitrariedad de los que mandan? Hasta cuándo se nos querrá tomar como manadas de ovejas al arbitrio de mercenarios que en la lejanía del pastor pueden volverse lobos? Igualdad, santo derecho de la igualdad!; justicia que estribase en esto y en dar a cada uno lo que es suyo. Inspira a la España europea estos sentimientos de la España americana (...)”. GARCIA VALENCIA, Julio Cesar. *Historia de Colombia*. Medellín: Asamblea Departamental de Antioquia, 1994. p. 169. Citado por OLANO GARCÍA, Op. Cit., p. 8.

La historia constitucional de Colombia muestra, en efecto, que dichos principios garantistas del interés general se fundamentan en la asunción de una moralidad pública, que aquí se llama ética: “Ninguno es buen ciudadano sino es buen padre, buen hijo, buen hermano, buen amigo y buen esposo. Tampoco merece tal nombre si franca y generosamente no observa las leyes”¹¹⁹. Se observa así cómo estas prescripciones, que aparentemente proceden de la importancia dada a una moralidad individual, sólo obtienen su realización y eficacia pública en la medida de que si los ciudadanos respetan las leyes, el orden social fluirá de manera conveniente y deseable, a la par que al interior de las familias, la moralidad individual permite que la microestructura principal de la sociedad funcione conforme a la idea del bien. De ahí que dicha idea (que es moral) pertenezca a la esfera de lo privado, mientras que la idea de lo justo, que es ética, pertenezca a la dimensión de lo público, en donde debe existir una imparcialidad racional¹²⁰ que garantice la efectividad del orden social descrito en las normas del ordenamiento jurídico.

2.3 ¿QUÉ ES LA ÉTICA DEL DERECHO?

Hablar de la ética del derecho es hablar de la moral en el derecho, pero no bajo los mismos y únicos requisitos que allí se registran. Es decir, si bien se puede hablar de una moral del derecho, ésta se da, por ejemplo en Fuller, desde una mirada meramente interna, que aquí es importante pero no absoluta, dada la preeminencia para este trabajo de una mirada externa desde la ética y la política. Ahora bien, hablar de la moral en el derecho no es afirmar que moral y derecho sean lo mismo en tanto ordenes sociales, sino que la fundamentación del derecho está atravesada por pretensiones de validez moral con vocación a lo público,

¹¹⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE TUNJA. *Declaración de los Deberes del hombre en Sociedad*, Capítulo segundo, Numeral 3ro. 9 de Diciembre de 1811. En: OLANO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. XV.

¹²⁰ Para explicitar el concepto de racionalidad dentro del derecho sobre un trasfondo del discurso práctico (moral), ver ALEXANDER, Robert. *Gottingam (s.a.)*, p. 15-17, e Interpretación jurídica y discurso racional. En *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2010. p. 47-61.

donde los ciudadanos, diferente al orden de la moralidad individual, ya no pueden actuar solamente en el rango de presunciones discrecionales, sino que están sujetos a un sistema coercitivo¹²¹ que opera sobre toda la esfera social, donde es precisamente el sistema político el que debe garantizar dicha regulación a través de la institucionalidad.

En *Escritos sobre moralidad y eticidad*¹²², Habermas precisamente desarrolla un análisis acerca de la mediación de moralidad y eticidad en lo que llama procesos de racionalización de una forma de vida, hasta confluir al proceso de fundamentación que desde allí se opera en el derecho y la política.

Inicialmente cabe precisar que para Habermas, como se vio en el primer capítulo de este trabajo, la moral representa un grado previo a la instauración de un discurso racional sobre el mundo de la vida, que es la categoría que adopta el autor alemán para el ámbito común de las relaciones intersubjetivas, espacio en el que además se advierte la facticidad que luego será regulada por el derecho:

Intuitivamente, los ámbitos de la moralidad y de la eticidad pueden distinguirse con facilidad: pues no cabe someter a un mundo de la vida en su totalidad a una consideración moral, aunque sólo sea porque los sujetos socializados no están en disposición de adoptar una actitud puramente hipotética frente a las formas de vida y las biografías individuales en que se ha ido desarrollando su propia identidad. Nadie puede *elegir* la forma de vida en que ha sido socializado en la misma actitud reflexiva en que puede elegir una norma de cuya validez uno ha quedado convencido¹²³.

Se observa así, pues, que el *principio D* que analiza Habermas con mayor detalle en *Facticidad y validez*¹²⁴, donde son válidas las normas que cuentan con la comprensión y asentimiento racional por parte de los participantes de un discurso, es la forma bajo la que cabe interpretar la eticidad, dado que allí se prepara la formación de una autonomía política por parte de los ciudadanos. De ahí que el

¹²² HABERMAS, Op. Cit. 1991.

¹²³ *Ibíd*, p. 74.

¹²⁴ Ver HABERMAS, op. cit., 2001. p. 172-173, y 1991. p. 68.

principio D no sólo sea *principio del discurso* sino también un *principio de la democracia*.

Necesaria es esta formulación para considerar que la ética en cuanto voluntad política de los ciudadanos que están sujetos a un discurso sobre pretensiones de validez normativa, viene a verse establecida a través del sistema u orden social llamado derecho. Así parece establecerlo con mayor precisión el autor de *Teoría de la acción comunicativa* cuando afirma: “El principio democrático resulta de una correspondiente especificación del principio ‘D’ o “principio de discurso” para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético-políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales”¹²⁵.

Consecuentemente, el acento que la categoría de ética otorga al discurso racional que debe mediar la vida pública en que los ciudadanos establecen su autonomía política, se distingue de una actitud abstracta e hipotética en que éstos mismos asumen sus problemas prácticos desde la moralidad. De ahí que la forma en que se presentan dichas normas bajo las que queda mediatizada la eticidad de los ciudadanos sea el derecho, dado que bajo éste dichas normas de acción quedan validadas en la medida de que aspiran a quedar formalizados por normas con vocación en el “interés general”: “(...) de ello sólo se sigue una precisión del ámbito de aplicación de la moral universalista: ésta no tiene que ver con la preferencia de valores, sino con la validez deóntica de normas y de las acciones a que las normas urgen”¹²⁶.

Cabe así, considerar, que la ética en el derecho representa la formación de una actitud moral que implica, por una parte, la disposición para discutir y deliberar sobre aspectos de interés general, que pueden establecerse como normas que habrán de afectar a los mismos interesados en las acciones u obligaciones que

¹²⁵ HABERMAS, Op. Cit., 2001. p. 173.

¹²⁶ HABERMAS, Op. Cit., 1991. p. 73.

deónticamente describen dichas normas, a la vez que la racionalidad, imparcialidad y pretensión de validez universal que suscita la legitimidad del derecho.

Sin embargo, la eticidad demanda, con mayor rigor, siguiendo los argumentos habermasianos, la superación de un punto de vista moral de las cosas, donde los juicios morales presentan “(...) un déficit práctico que exige compensación”. Es ahí en donde la ética del discurso —que es como Habermas ha caracterizado la racionalización comunicativa de asuntos de interés general— “Exige que se tengan en cuenta las consecuencias y efectos laterales que en los contextos concretos pueden (previsiblemente) seguirse de la observancia general de la norma sobre la que se está discutiendo”¹²⁷.

Es esta la manera como se ha pretendido caracterizar aquí el principio constitucional en Colombia de la prevalencia en el interés general, dado que más allá de que éste pueda ser asumido como una compleja abstracción democrática que se ampara en otro complejo concepto democrático como lo es el de la mayoría, es necesario reconocer que el principio del interés general como uno de los elementos de la ética en el derecho, representa nada más ni nada menos que la vocación pública de las leyes, que en todo caso ordenan lo más conveniente para el orden social y la garantía de valores como la convivencia, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la libertad y la paz, ya citados en su dimensión constitucional.

2.4 DE LA ETICIDAD DEL DERECHO A LA LEGITIMIDAD

En la obra *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Habermas formula conceptos fundamentales que serán desarrollados luego de manera sistemática en

¹²⁷ *Ibid.*, p. 85.

*Facticidad y Validez*¹²⁸, de la cual ya se han extraído aquí importantes planteamientos. En efecto, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Habermas prefigura aspectos claves para su filosofía del derecho, como el paso de la moralidad a la eticidad, o bien, la diferencia entre ambas dimensiones dentro del derecho como parte fundamental del Estado. De igual forma, establece una correlación entre legalidad y legitimidad, que está, como consecuencia de la primera afirmación, muy relacionada con la fundamentación de la ética sobre la producción jurídica en el derecho moderno y contemporáneo.

En primer lugar, Habermas reconoce la relación trilemática entre ética, derecho y política al afirmar que: “(...) la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado, y de política por otro”¹²⁹. Si bien el hecho de positivizar y normalizar el derecho moderno significó la opción de alcanzar una mayor eficacia y autonomía respecto de otros órdenes como la economía y la política, ello no puede establecerse como la suposición de que el derecho está desconectado de la moral y la política. La razón es que un aspecto fundamental para la democracia que está pensando Habermas, cuyos procesos de validación social y política le adjudican el carácter de procedimental, requiere de una legitimidad que se da a través de la legalidad. De hecho, en la modernidad, esto supone una manera en que el derecho se adapte a las formas de producción capitalista que comienzan a germinar.

Así, el poder político es el que en la modernidad va utilizar el derecho como una herramienta de legitimación racional e instrumental del orden social, contrario al derecho del antiguo régimen, basado en una idea natural del derecho manejada menos por juristas que por teólogos¹³⁰.

De esta manera, el derecho positivo representó para el poder político, la posibilidad de fundamentar órdenes sociales al margen de una concepción sacra del mundo, siendo la instrumentalidad una muestra de la desaparición progresiva

¹²⁸ Entiendo por sistemático la estructuración de un modelo explicativo que sirve para demostrar la relación que las teorías (partes) guardan con el todo.

¹²⁹ HABERMAS, Op. Cit. 1991.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 136.

de residuos metafísicos en el derecho, con lo cual podría suponerse que el derecho ya no requiere de la “garantía metasocial de validez jurídica”¹³¹. Sin embargo, Habermas considera que los orígenes históricos del derecho contradicen esta tesis, dado que “(...) el derecho antecede al nacimiento del poder políticamente organizado”¹³².

Adicional a ello, para Habermas es evidente que independientemente a los procesos de positivación e instrumentalización del derecho moderno, la moral ha sido una forma de articulación en el proceso de fundamentación que el derecho representa con relación al poder político, sobre todo cuando en la modernidad, incluso, la incondicionalidad de una cierta eticidad presente en la formulación de las normas, sirve de contrapeso a la “instrumentalización política del medio que es el derecho”¹³³.

Ahora bien, es entonces en la modernidad cuando la norma jurídica surgida en el proceso de racionalidad del derecho, representa un medio que está por encima de la voluntad política y de la voluntad de los implicados en asuntos de controversia judicial. Es así como la moral queda subsumida por el derecho, contando el poder estatal con una herramienta incondicionada por las voluntades subjetivas de los participantes de un caso jurídico o político. Esta aseveración se puede resumir en la afirmación habermasiana de que “(...) sólo cuando se dispone de un poder legítimo es posible proceder a implantar políticamente normas jurídicas; sólo el derecho coercitivo puede utilizarse para la organización del poder estatal”¹³⁴.

Sin embargo, el derecho que solamente es instrumentalizado a través de la validez de las normas jurídicas en subordinación al poder político, pierde en sí mismo su fuerza legitimadora, a la vez que se subsume en política¹³⁵, ya que la piedra de toque de la autoridad estatal estaría dada únicamente por el procedimiento en que se fundieron moral, derecho y política, y abandonar la idea

¹³¹ *Ibid.*, p. 137.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, p. 138.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 142.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 143.

de legitimidad desde el derecho y asumirla como propia del poder político es abandonar la relación entre derecho y política.

Es una consecuencia positivista también en este contexto, asumir que la autonomía del sistema jurídico que se basa en la dogmática de la ley permite incluso separar ética, derecho y política, lo cual significa además perder de vista la fuerza legitimadora de la política a través del derecho, y ello implica nada más y nada menos que ignorar la identidad misma del derecho¹³⁶.

La consecuencia más radical de esta burocratización e instrumentalización del derecho bajo la forma de norma jurídica que emplea el soberano para el control social, es que la idea de derecho se separe de la idea de justicia¹³⁷.

De esta manera, aparece en la modernidad la figura de *contrato social* como la posibilidad de dotar de fuerza legitimadora al control político a través de la “dominación legal racional”.

Aquí se da, de hecho, el puente que traza Habermas entre derecho moderno racional y el esbozo de un proceso democrático de producción normativa basado en el asentimiento de aquellos que pueden ser afectados por las normas. Considero que Habermas introduce esta interpretación para justificar la adopción más adelante de una teoría de la acción comunicativa como articulación del mundo de la vida, la sociedad civil y el Estado.

Las normas que son producidas a través del consenso político, se fundamentan a su vez en la moral del derecho moderno representada en la razón práctica del individuo, es decir, en un procedimiento de consenso y asentimiento de normas que se fundamentan en la autonomía del partícipe del contrato social. Este hecho, afirma Habermas, es el retorno de la ética de una manera más visible en la relación entre el derecho y la política.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 143.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 145.

No obstante, el riesgo que observa Habermas de llevar una razón práctica, del corte por ejemplo de la kantiana, basada en el imperativo categórico, a las instancias de un proceso de estructuración del orden social, es que “(...) la política pierde su competencia legisladora y el derecho su positividad”¹³⁸.

Es entonces cuando introduce la categoría de eticidad cuando afirma que la moralidad del derecho constituyó una posibilidad de que la moralidad individual fuera garantizada, independientemente de factores externos a ella. Sin embargo, explica Habermas, el derecho objetivo es el que cobra mayor relevancia ya que los derechos subjetivos no pueden ofrecer ni siquiera un marco para el sistema del derecho privado.

2.4.1 Acerca de la legitimidad por vía de la legalidad. Es interesante observar que ante las complejidades de la nueva sociedad burguesa, inmersa en prácticas mercantilistas y burócratas, el derecho premoderno y moderno, que antaño aún tenía algunos matices del derecho natural cargado de presupuestos metafísicos (incluyendo las doctrinas del contrato social), ya no puede responder ante los desafíos de un “individualismo posesivo”¹³⁹.

Este hecho representa para Habermas la necesidad de que el derecho, a través de su codificación, al intentar garantizar las libertades de todos los ciudadanos, requiera de unos firmes contenidos morales, por lo cual la moralidad del derecho no es suficiente con el reconocimiento de los derechos subjetivos, sino que este derecho, afirma Habermas¹⁴⁰, cada vez se torna con una preeminencia más objetiva, que según se defendió en el primer capítulo de este trabajo, es la forma conveniente del derecho en su papel dentro del Estado, ya que implica su vocación pública.

Sin embargo, no cabe interpretar en este proceso de objetivación del derecho que la moral emigrada al derecho positivo se establece en el sistema normativo bajo la

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 149.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 150.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 151.

forma de principios supremos provenientes del antiguo derecho natural¹⁴¹. A través de este trabajo no se ha querido justificar ni sugerir tal cosa como defensa de la relación trilemática entre ética, derecho y política. Más bien, lo que significa el paso de principios morales a la codificación de los órdenes jurídicos modernos y contemporáneos, es la necesidad de legitimación del poder a través del derecho, lo cual implica por demás la justificación de normas que han de afectar al orden social en su conjunto. En ello reside la responsabilidad además del establecimiento del sistema o medio llamado derecho, por lo cual Habermas afirma que: “La moralidad integrada en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendedora de un procedimiento que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad”¹⁴².

Es aquí en donde el concepto de democracia procedimental surge para Habermas en toda su expresión, dado que los procesos legislativos deben contar con una legitimación que si bien se da a través de la legalidad, deben contar con una carga de la prueba (*onus probandi*) que, considera el autor de *Teoría de la acción comunicativa*, en el siglo XX aún estaba pendiente. Considerando las cosas en perspectiva, aún está pendiente, y es que toda teoría de la democracia, debería mostrar, en primer lugar, cómo “(...) en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenetrán discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales (...) y cómo, a su vez, el punto de vista moral se hace valer en las condiciones que los compromisos han de cumplir para poder ser considerados *fair*”¹⁴³.

Habermas observa así en este concepto de democracia procedimental el modo a través del cual el Estado de derecho se establece como forma legal de la legitimidad del poder. En este trabajo he pretendido más bien justificar que la legitimidad del poder es subsidiaria de la legitimidad del derecho en sí mismo,

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 153.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 154.

¹⁴³ Término inglés cuya acepción, más que *limpio*, en el ámbito jurídico significa *ecuanimidad, coherencia e imparcialidad*.

pero no creo que este modo de analizar las cosas vaya en contravía de la propuesta habermasiana, a la cual debo gran parte de mi razonamiento sobre la relación entre ética, derecho y moral.

Considero fundamental sus planteamientos, ya que por ejemplo, en Colombia los procesos democráticos han carecido de ese grado de incondicionalidad que el derecho y la ley por sí mismos ostentan cuando se han producido a través de un consenso entre el Estado y los ciudadanos. Para Habermas:

En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al derecho puede imponerse por vía de que los discursos sobre objetivos políticos queden sujetos a las restricciones dimanantes del principio de que sus resultados sean susceptibles de un asentimiento general, es decir, a las restricciones del punto de vista moral que hemos de respetar cuando se trata de *fundamental* normas¹⁴⁴.

Los grandes consensos de los cuales Colombia ha carecido a través de su historia (ya que su tradición política ha legislado desde las alturas de las agendas presupuestas por las élites privilegiadas socio-económicamente), han impedido que el Estado de derecho que suscitó la constitución de 1886, cumpliera exitosamente su paso al Estado social de derecho bosquejado por la Constitución Política de 1991, cuyos principios e ideales, como dijera alguna vez el maestro Guillermo Hoyos, aún están en mora de realizarse.

En efecto, Habermas ha visto en esta democracia procedimental la forma en la cual se materializan los presupuestos morales del derecho, es decir, a través de normas susceptibles de asentimiento racional por parte de sus posibles afectados. En nuestro caso todos podemos ser afectados por normas de interés económico, social y político, ya que el derecho es un sistema en significativa relación con todas las esferas de la vida humana, razón por la cual ostenta un papel fundamental en la suerte que una comunidad tenga. Pero ello es una responsabilidad suprema que está íntimamente ligada al poder político, que ha

¹⁴⁴ *Ibid.*, 158.

sido uno de los causantes de que en Colombia el derecho constitucional, por ejemplo, no cumpla sus fines fácticos. Ello es más claro cuando asentimos con Habermas¹⁴⁵ en que el poder político sólo puede obtener su legitimidad a través del contenido moral del derecho, pero en orden de ello mismo, considero que la voluntad política para materializar los contenidos del derecho es un desafío en tiempos de aguda complejidad social.

Ahora bien, en la obra de Habermas que ahora referenciamos, el autor plantea¹⁴⁶ la relación entre moral y derecho desde un punto de vista procedimental, es decir, desde el ámbito de la fundamentación moral de las normas sometidas a consenso. Ello implica que el poder legislativo en tanto ostenta la capacidad productiva del derecho, tiene la responsabilidad de asumir un proceso de racionalización que haga justicia con el orden social que ello representa. De esta manera, Habermas afirma: “La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida de la positivación del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a discursos morales”¹⁴⁷.

Sin embargo, Habermas luego será enfático en asumir que esto no identifica moral y derecho de manera absoluta, ya que la moral en el derecho solamente otorga un punto de vista racional en el procedimiento que redundará en la “validez” de los resultados. Así, el peso del criterio moral se verá subsumido por la fuerza que la institucionalidad del derecho ostenta y se ve traducida en términos de imparcialidad, algo de lo cual carece la moral¹⁴⁸.

Es allí en donde no obstante lo anterior, Habermas demarca los criterios del derecho con los de la moral. Sin embargo, esa demarcación significa, según se ha pretendido a lo largo de este trabajo, la necesidad de comprender la

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 160.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 163.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 164.

fundamentación del derecho no en términos de una moralidad absoluta como la interpreta Kelsen, de leyes abstractas, en suma, metafísicas, sino de una eticidad que representa los criterios objetivos de dicha moral dentro de los ordenamientos jurídicos de occidente. Y ello, como se verá en el siguiente capítulo, obedece a la necesidad de una fundamentación del derecho que se da en su relación con la política. La política será así, el sistema que implica del derecho la fundamentación de sus prácticas, dado que el derecho ya previamente ha permeado los discursos morales en el sentido de una objetividad que ha de materializarse en la sociedad.

Así pues, esa imparcialidad que señala Habermas de los discursos morales que ya está presente en el derecho, se observa aquí bajo la forma de la eticidad. En efecto, la carencia de eticidad en las motivaciones morales que llevan a los individuos a actuar de una u otra forma, reviste el agravante de que “Cuanto más se interioriza la moral y cuanto más autónoma se vuelve, más se retira al ámbito de lo privado¹⁴⁹. Esto concuerda con mi perspectiva de que la moral pertenece a la dimensión privada de los ciudadanos, que si bien es protegida y garantizada constitucionalmente¹⁵⁰, no puede representar la garantía de un orden social conforme a lo público y para lo público.

Es allí en donde nuevamente la tesis habermasiana resulta fundamental para mi planteamiento, cuando afirma que:

(...) sean las normas jurídicas las encargadas de resolver las inseguridades que se presentarían si todos esos problemas se dejasen a la regulación puramente moral del comportamiento. La complementación de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse, pues, moralmente. (...) Pues incluso el cumplimiento de las normas moralmente bien fundadas sólo es exigible en la medida en que aquellos que ajusten a ellas su comportamiento puedan esperar que también los otros se comporten de conformidad con esas normas¹⁵¹.

Ello debe ser interpretado en el sentido de que el derecho logra establecer en el orden positivo de las normas reconocidas por el Estado, presupuestos que tienen

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 165.

¹⁵⁰ Ver artículos 13, 15, 16, 18 y 19. Constitución Política de Colombia de 1991.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 165-166.

la finalidad de acoger los intereses de la sociedad. Es de esperarse que en una democracia puedan haber intereses de ciertas minorías que no pueden ser acogidos en presupuestos cuya vocación es general y pública, no digamos mayoritaria porque es un término que se presta a ambigüedades¹⁵², pero ello no implica que la fuerza del derecho no pueda ser un marco de referencia sobre el cual, no sólo los detentadores de poder político sino también la ciudadanía en general, puedan confiar sus intereses y concesiones morales, que en tanto se tornan preferentes del beneficio general de la sociedad, se representan en la eticidad. De ahí que Habermas afirme que “Rasgos importantes del derecho positivo se tornan comprensibles si entendemos el derecho desde este punto de vista de una compensación de las debilidades de una moral autónoma”¹⁵³.

Llega así Habermas a poner el acento en el carácter meramente procedimental de la moral dentro de los discursos e instituciones jurídicas¹⁵⁴, lo cual aísla la posible objeción positivista de que el derecho describe sólo hechos que pueden ser regulados por una norma conforme a un ordenamiento jurídico, dado que en este sentido el carácter de los discursos practico-morales queda atado a la regulación del derecho, y recíprocamente, el derecho atado a la regulación, no ya de una moral fundamentada en un derecho natural de corte racional-metafísico, sino de una moral procedimental institucionalizada. Lo más interesante en este punto del planteamiento habermasiano, es una caracterización de dicha regulación recíproca entre derecho y moral donde el derecho deja abierta la puerta más allá de los límites cerrados del derecho positivo, a una “dinámica de fundamentación y justificación”¹⁵⁵ proveniente de la argumentación práctico-moral, la cual, en cuestiones de índole institucional resulta ser jurídica. En Colombia el estamento que realiza dicho procedimiento es la Corte Constitucional, dado que expresa a

¹⁵² El concepto de mayoría como idea democrática ha sido significativamente criticado por DWORKIN, op. Cit., 2008; ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, y CORTINA, Adela. *Las raíces éticas de la democracia*. Universidad de Valencia (España), 2010

¹⁵³ *Ibid.*, p. 166.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 168.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 169.

través de su producción jurídica, constantes reparos, controles, salvaguardas y mecanismos de control con miras a garantizar que los principios constitucionales, cargados de valor ético, sean luego asumidos por el ordenamiento jurídico, y protegidos por el poder político de las instituciones.

Este es un carácter de responsabilidad que se imprime a la institucionalidad legislativa de un Estado, dado que entre mayor sea el número de sentencias de la Corte Constitucional que obliguen a la derogación de proyectos de ley o que exhorten al ordenamiento jurídico a proteger derechos fundamentales de minorías o de colectividades, tales como los que en los últimos años se han producido a través de las sentencias C-239 de 1997(eutanasia), C-431 de 2000 (medio ambiente), C-355 de 2006 (aborto), y C-577 de 2011 (matrimonio igualitario), entre otras, implica que el poder legislativo no está teniendo en cuenta el alcance necesario que en materia legal y ética deben tener derechos fundamentales de las mayorías o colectividades, y menos también el de libertades individuales.

Ello representa en términos sistémicos un desbalance en el modo en que se opera el poder desde el legislativo y las corporaciones que tienen bajo su operatividad garantizar los derechos a las esferas del mundo de la vida y la sociedad civil, lo cual suscita a su vez un cuestionamiento de las bases argumentativas y de justificación que en la administración de justicia y el poder legislativo generan consenso y no disenso. No radica dicho cuestionamiento en la fuerza argumentativa de los discursos práctico-morales de justificación de las normas, sino en la posición personal que toman los detentadores del poder legal y/o político en Colombia, quienes tienen bajo su jurisdicción la capacidad de tomar decisiones de interés general. En este sentido, Habermas afirma que: “(...) la fuerza legitimadora que tiene su asiento en la racionalidad de los procedimientos jurídicos, no sólo se comunica a la dominación legal a través de las normas procedimentales de la administración de justicia, sino en mayor grado aún a través de los procedimientos del poder legislativo democrático¹⁵⁶”.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 170.

Es necesario así considerar como un deber más que legal, político, el hecho de que el poder legislativo opere bajo criterios de imparcialidad que, contrario a como ha sucedido en Colombia en los últimos años, no redunde en beneficios para minorías que ni siquiera están reconocidas por la Constitución, sino que se han establecido desde hace muchos años fundadas en poder terrateniente, industrial y político, que a pesar de influir, podría decirse que “desde la sombra”, han sido causantes de gran parte de las decisiones que en materia social y económica sobre todo se han tomado desde el legislativo. La sospecha de que lograr la imparcialidad de dichos procedimientos racionales es muy difícil¹⁵⁷, no deslegitima al derecho que en todo caso ordena el deber ser, el cual sólo a través del poder político puede llegar a ser garantizado en todas las esferas de la vida en un Estado.

De esta manera, el carácter de incondicionalidad que el derecho desde la modernidad se ha autoimpuesto a través de una moral procedimental de carácter consensual, tiende cada vez a estabilizar el poder político con el fin de lograr una correcta y armoniosa relación entre el mundo de la vida, la sociedad civil y el Estado: “Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y para la administración de justicia garantizan una formación imparcial del juicio y la voluntad común y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético”¹⁵⁸.

La necesidad de que el derecho esté revestido de autonomía es algo que si Habermas previó como un logro aún pendiente para Europa, en Colombia constituye una meta que la actual inseguridad social y jurídica obliga a observar en lontananza. Pero es una responsabilidad de la academia buscar alternativas de comprensión para luego actuar, y por ello en este capítulo se pretendió mostrar cómo la moral ingresa al sistema jurídico con la finalidad de dotar a éste de un

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 172.

reflejo desde el cual analizar la legitimidad de sus normas, permitiendo que el derecho en sí mismo obtenga legitimidad.

Ahora es necesario en la tercera parte de este trabajo, ver cómo el poder ejercido por la práctica política constituye la demostración de esta relación de fundamentación entre la ética, el derecho y la política. Una relación que debe ser no sólo formal sino sustancial, ya que, como acabamos de ver, el papel preponderante del orden social que es el derecho, se reviste en una democracia del carácter legitimador en sí del poder político. La dificultad será observar en el capítulo siguiente cómo y bajo qué presupuestos esto es posible.

3. EL DERECHO COMO DEBER SER DE LA PRÁCTICA POLÍTICA

Es importante considerar previamente que en el primer capítulo se argumentó respecto al hecho de que la conveniencia social, la imparcialidad de las discusiones políticas y el carácter de los debates jurídicos deberían estar determinados por la ética y no por la moral. No significó ello separar absolutamente el concepto de moral y el de ética (cosa que parecería a todas luces un contrasentido), sino interpretar que el concepto de ética permite en términos morales llevar los debates a discusiones de interés público sobre cuál es la mejor forma de vida que deseamos como sociedad.

Ello permitió luego observar en el segundo capítulo que la ética dentro del derecho termina convirtiéndose en una fuerza legitimadora de las normas que han de ser acatadas por la sociedad en conjunto, por lo cual el carácter de privacidad que ostenta la moral queda subordinada a la objetividad que la ética reviste para el derecho, lo que sin embargo únicamente puede ser garantizado por un ordenamiento jurídico positivo y con capacidad vinculante y coercitiva.

Ahora, en este capítulo será necesario demostrar cómo una concepción deontológica de la práctica política demuestra la conveniencia de observar la supremacía de esta relación trilemática entre ética, derecho y política. Dicha visión relevante de estas tres esferas de la vida social, atiende al hecho de que los principios constitucionales en Colombia establecidos en la carta política de 1991, exhortan tanto a las autoridades políticas como a los ciudadanos a trabajar en pro del interés general, lo cual sin duda representa un condicionamiento que debe ser respetado y garantizado por todos los actores de la vida nacional.

3.1 ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS DE LAS PRÁCTICAS POLÍTICAS?

Como podrá haber advertido ya el lector, este trabajo ha pretendido hasta ahora una comprensión de la fundamentación deontológica de la ética en relación con el derecho, asumiendo una distinción entre las actitudes y compromisos morales de los ciudadanos, y lo que representa una posición ética transversal en los asuntos de interés público. De ahí que llegados a este punto, sea necesario reiterar explícitamente la tesis de que es el trasfondo de los intereses sociales y políticos la posibilidad de que dicha distinción se dé, y sobre todo, de que sea determinante para el derecho como orden social.

En este contexto, el concepto de política no puede darse sin asumir la relación entre ética, derecho y política como la garantía del Estado social de derecho sobre bases justas, esto es, la legitimidad del derecho. Para ello, es preciso ahora abordar un aspecto de la discusión que observe la actitud de los ciudadanos no solamente en tanto individuos pertenecientes a un orden colectivo, quienes de acuerdo a su profesión deben asumir determinados roles que afectan el interés general, sino cómo se evidencia esta demanda de la ética pública al afirmar que si se observan las tendencias políticas actuales, inmersas en prácticas corruptas y con predilección en intereses privados y económicos, necesario será considerar que dichos desafíos fácticos deben ser asumidos no moralmente, sino bajo la categorización de una *ética pública* como garante de la articulación social entre derecho y política.

En efecto, el panorama político actual parece tender a seguir la economía como la regla que determina las decisiones políticas¹⁵⁹. Así lo expresa Guy Sorman

¹⁵⁹ Así lo señala el periodista de prestigio internacional Guy Sorman, cuando afirma que el objeto de la economía es “distinguir entre las buenas y las malas políticas”, así como “lo único que importa son las buenas decisiones en materia de política económica y esta es una comprobación absolutamente reciente”. La economía no miente. Traducción de Alcira Bixio. Buenos Aires: Suramericana, 2008. pp. 7-8. Ver también, acerca de las amenazas y el socavamiento del Estado y su capacidad de hacer prevalecer sus principios, DE VEGA, GARCÍA, Pedro. Mundialización y

cuando afirma que: “Los gobiernos se adaptan a regañadientes a estas nuevas normas que no suprimen la necesidad del Estado de derecho, pero modifican profundamente los modelos de intervención. El poder político retrocede; el poder económico progresa; la distinción de funciones persiste, pero la frontera se ha desplazado”¹⁶⁰.

Esta concepción de las prácticas políticas supone un desafío al derecho de las actuales democracias, si es que no se logra explicar suficientemente que no hay contradicción entre los intereses del orden económico, y los planteamientos éticos que el derecho ostenta.

Teniendo en cuenta las apremiantes condiciones en que los valores institucionales en Colombia se han visto menguados por una constante e impune transgresión de la ley, por parte, incluso, de quienes detentan el poder político, administrativo y corporativo¹⁶¹, es preeminente considerar la justificación teórica de que la salida al Estado fallido en términos de legitimidad y gubernamentalidad al que parece estar abocada Colombia, es el reconocimiento público de la ética como la base de un consenso sobre los fines del Estado, sin implicaciones radicales de la moralidad, esto es, relativa a las posiciones subjetivas, a las creencias o a las taras de la tradición presentes en decisiones jurídicas y políticas.

Es este contexto la ética significa el rechazo de toda pretensión de totalitarismos ideológicos tanto en la creación como en la aplicación del derecho. Ello le ha causado un gran daño a la vida nacional casi desde la misma fundación del Estado colombiano en el siglo XIX. Basta ver el origen de nuestras primeras guerras civiles. El único totalitarismo o dogmatismo válido del derecho en su fundamentación ética debe ser la garantía de los derechos, las libertades

derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) No 100, Abril-Junio 1998, Madrid (España).

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶¹ El material periodístico que revela la gran cantidad de escándalos en Colombia por corrupción es inconmensurable. Ver algunos ejemplos, entre otros, en REVISTA SEMANA. *Se están robando el país; En las entrañas del monstruo; La otra cara*; DUZÁN, María Jimena. *La moñona de los Nule*. No. 1505, marzo 7 a 14 de 2011, Bogotá, 2011, Pág. 24-31; *Tolemaida Resort*. No. 1509, 4-11 de abril de 2011, Bogotá, 2011, Pág. 30-36. *Los tres tenores*. No. 1510, abril 11-18 de 2011, Bogotá, 2011, Pág. 26-28; DUZÁN, María Jimena. *Los abogados de los Nule*. Pág. 44.

individuales y los principios constitucionales que proclaman el interés general como vocación del Estado. De ahí que la legitimidad del derecho deba rechazar toda forma de corrupción, favorecimiento o imposición de credos y visiones del mundo diferentes a las que sobre bases razonables pueden ser para todos los ciudadanos desde la aspiración de la convivencia y la calidad de vida.

En términos de teoría jurídica, incluso en el planteamiento de Kelsen, distinguir el derecho de la moral y la ciencia jurídica de la ética¹⁶², se da precisamente por la asunción de una moral con pretensiones de ser absoluta y “exclusivamente válida”, que, como vimos en el primer capítulo a propósito del planteamiento de Ferrajoli, se identifica con los sistemas religiosos, por demás totalitarios. Esa relatividad del carácter de la moral es entre otras cosas algo que en *¿Qué es la justicia?*, lleva a Kelsen a rechazar el concepto de *lo justo* como algo que realmente exista y pueda definirse en términos jurídicos, ya que en la medida de que existen varios órdenes morales así también han de existir varias concepciones de lo bueno o lo justo. Pero ello no implica que el derecho no pueda subordinarse al concepto del bien, y el concepto del bien, afirma Kelsen, “no puede ser considerado sino como lo debido”¹⁶³, es decir, de forma deóntica.

De manera más radical afirma Kelsen que la *Teoría pura del derecho* rechaza la tesis de la legitimación del derecho por una moral absoluta, dado que ello, en su aplicación, se prestaría a una adaptación del derecho en un determinado tiempo y en una determinada comunidad de manera acrítica¹⁶⁴. Así, cualquier orden coactivo se podría legitimar políticamente si satisface los criterios de la democracia o si no lo hace, así como si se protege o no la propiedad privada, por

¹⁶² Op. Cit., 1995. p. 81.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 79. No obstante difiero en su planteamiento de que si se asume que lo bueno es lo debido, lo debido es norma, y que si el derecho es norma, luego entonces lo que es conforme a derecho es bueno. Esa especie de asunción de presupuestos silogísticos para determinar aspectos de “lo bueno” conforme a derecho, deja mucho que desear teniendo en cuenta el trasfondo de las discusiones y cuestiones a resolver en el derecho.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 81-82.

lo cual, pese a su “insuficiencia lógica”¹⁶⁵, la legitimación del derecho por la moral puede aportar únicamente alguna utilidad al debate político¹⁶⁶, que es sobre el cual hablamos aquí.

En este sentido, Kelsen rechaza de alguna manera el mismo concepto de moral que se ha distinguido aquí de la ética, cuando se la identifica con una moral abstracta y absoluta. Rechaza, sin embargo, la identidad de la ética con los hechos descritos por la norma jurídica, pero lo hace por razones diferentes a las que son discutidas aquí, es decir, por la fundamentación epistémica del derecho a través de la lógica.

Con todo lo anterior, cabe considerar que el plano deontológico en el que presento la política no es más que la asunción de la justicia como ideal que sólo es posible a través de la legitimidad del derecho, pero que requiere realizarse fácticamente a través del poder político e institucional. Tal legitimidad del derecho no proviene de la asunción de valores morales supremos que *sean* para una minoría, para una corriente de pensamiento o para una orden religiosa, sino para todo un Estado en la construcción de su propia identidad, en el reconocimiento de lo público y de la autoridad de la Constitución, asumiendo que ella es la representación del acuerdo intersubjetivo entre los representantes del pueblo, que han intentado plasmar en ella el querer de los ciudadanos en perspectiva y prospectiva. En este sentido, Kelsen plantea que “Si la democracia es una forma de gobierno justa, lo es en cuanto significa libertad y libertad quiere decir tolerancia”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Esta es en cierta medida la misma discusión que establece Geiger cuando afirma que es injusta la crítica que se le hace a la Escuela de Uppsala con el calificativo de “nihilismo axiológico”, ya que: “Los valores son calificados como ilusiones y las valoraciones como *teóricamente* sin sentido, pero no como carentes de importancia. Pertenecen a la esfera práctica de la vida. Si carece de validez teórica, ello no significa de ninguna manera, que carezcan de justificación práctica”¹⁶⁵. Recordar que un rechazo similar ostenta la tesis de Wittgenstein en su *Conferencia de ética* cuando afirma que los principios morales, si bien pueden ser deseables, no son reales desde el punto de vista de los hechos descritos por el lenguaje. Op. Cit., 2010.

¹⁶⁶ KELSEN, Op. Cit., 1995. p. 82.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 81.

Consecuentemente, una legitimidad así entendida no puede darse a través de la intolerancia y la opresión estatal operada desde sus instituciones. De ahí que Kelsen al final de su *¿Qué es la justicia?* reconozca la posibilidad de aceptación no de una justicia absoluta pero sí relativa, relatividad que se da no tanto de manera sustantiva por lo que es en sí la moral y el derecho, sino por lo que significa justicia consuetudinariamente en las diferentes culturas: “Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección pueda florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”¹⁶⁸.

Así pues, no se establece aquí la relación trilemática entre ética, derecho y política siguiendo criterios conceptuales que excedan los presupuestos mismos del ordenamiento jurídico colombiano. Por el contrario, el marco de los principios constitucionales y las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido a propósito del control constitucional de los derechos, los valores y los principios que la Constitución de 1991 ha proclamado como garantes del interés general y la convivencia pacífica, justifican lo anterior, ya que, siguiendo a Hernán Olano, el precepto constitucional se entiende como un servicio que se presta a la comunidad y resulta ser “(...) el parámetro de nuestras decisiones políticas”¹⁶⁹.

Este mismo carácter de la positivación no sólo del “ser” sino del “deber ser” del derecho como satisfacción de derechos sociales, es lo que Ferrajoli¹⁷⁰ resalta de la democracia constitucional, lo cual implica que esta idea ubica a Colombia en una dimensión constitucional avanzada en comparación con la realidad fáctica que demuestra en el orden social y político.

¹⁶⁸ Op. Cit., 2011. p. 83.

¹⁶⁹ Op. Cit., p. XV.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

En el estado actual de cosas en que se desenvuelve el panorama político y social en Colombia, no es utópico ni idealista afirmar que Colombia requiere urgentemente asumir desde la misma ciudadanía y todas las instituciones públicas el carácter deontológico (cuyo sentido es cumplirse) del derecho. No es posible, desde ningún punto de vista, ni siquiera desde el nihilismo axiológico, aceptar que el ritmo actual de la economía y del mercado ha llevado a la política a convertirse en un instrumento más de un supuesto verdadero poder que está por encima de cualquier interés y control nacional, tal y como lo sugiere Saskia Sassen¹⁷¹ en el sentido de que la globalización económica ha venido desplazando, entre otro conjunto de prácticas, la de la soberanía nacional. Ello sería renunciar definitivamente a la idea de la práctica política vista como la vocación por el servicio a la comunidad y por llevar los ideales del derecho y del Estado a su grado de realización más deseable.

Por otra parte, Luigi Ferrajoli¹⁷² asume desde una perspectiva garantista que el Estado de derecho se encuentra actualmente en crisis, lo cual se evidencia en que las instituciones jurídicas lentamente van siendo menguadas y debilitadas no solamente por la economía, sino también por estrategias “antisociales” que al interior del sistema político, pretenden contradecir los presupuestos mismos del Estado de derecho. En efecto, Ferrajoli señala algunos elementos a partir de los cuales es evidenciable este debilitamiento de las prestaciones sociales del Estado de derecho, como son: “(...) incremento de la *ilegalidad* del sistema político, en el desarrollo vigoroso del *secreto* en el aparato estatal y en la creciente *irresponsabilidad* de la clase gobernante”¹⁷³. Es así que frente a la ineficacia de los sistemas jurídicos por lograr el respeto de los derechos, Ferrajoli afirma: “lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la

¹⁷¹ SASSEN, Saskia. Territorio, Autoridad y Derechos: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Traducción de María Victoria Rodil. Argentina: Katz, 2010. P. 495.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 71-72.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 72.

determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer”¹⁷⁴.

Sin lo anterior, es imposible afirmar con Nagel que “El ideal puro de la legitimidad política consiste en hacer posible que el uso del poder del Estado sea autorizado por cada ciudadano”¹⁷⁵, ya que si los intereses del Estado y la sociedad se lesionan desde aparatos oscuros amparados en la legalidad que los grandes gremios y el poder financiero ostentan ante la opinión pública, entonces, no obstante a que se posea la personería de ciudadano en un Estado social de derecho, la inseguridad del mismo convierte la idea del Estado en un contrasentido jurídico y fáctico.

Esta característica implica, que si se asume como presupuesto que el fin del arte de gobernar es lograr el bienestar para la mayoría de ciudadanos posible, el derecho tiene como finalidad no sólo fundamentar deontológicamente este principio y las normas que a partir de allí se derivan, sino garantizar que estos presupuestos se cumplan en la mayoría de los casos. Esta finalidad del Estado, es, según Dworkin, una aspiración política, que se expresa a modo de principios: “Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición “(...) de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, es un principio”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 52. En esta referencia parece haber alguna mención al dilema positivista acerca de que del *ser* no se deriva el *deber ser*. Al respecto afirma Kelsen: “(...) el enunciado que afirma que algo es tiene un sentido enteramente distinto del enunciado que afirma que algo deba, o no deba ser, así como de que algo sea debido, no se sigue que algo sea, o no sea —en esto consiste el dualismo lógico entre ser y deber (...)” KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. México: Porrúa, 1995, p. 32. Sobre otra manera de observar el dilema o la dialéctica entre el ser y el deber ser, diametralmente distinta por cuanto constituye la defensa de la identificación entre derecho y Moral, Ver LAUN, Rudolf. Derecho y moral. Traducción por Juan José Bremer. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1959. Ver otra alusión a esta dicotomía en DWORKIN, Ronald. Op. Cit., 2007. p. 18.

¹⁷⁵ NAGEL, Op. Cit., p. 15.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel. 2000.

Se observa así que necesariamente la defensa de una tesis vinculante entre ética y derecho, implica un cuestionamiento de la moralidad política, por cuanto ella representa los principios que hacen parte también del ordenamiento jurídico. En Colombia, la constitución de 1991 asume no la promesa de la felicidad, pero sí la posibilidad de que a través de un ejercicio de la institucionalidad fundado en la legitimidad, se proteja el principio constitucional de consagrar el Estado a la prevalencia del interés general. En este sentido, la profesora Cristina Motta afirma: “El interés común, identificado con el bien común, es decir, ya no con la racionalidad estratégica propia de un cálculo egoísta, sino con la racionalidad moral atenta a los fines universalizables, se erige en el referente que adjudica moralidad a los actos y normas y legitimidad al poder”¹⁷⁷.

En efecto, la legitimidad que le otorga este principio al poder es la posición contrafáctica a la tesis hobbesiana que sostenía no a la ley sino a la autoridad como la posibilidad de ser del derecho y la política misma¹⁷⁸. De ahí que Motta afirme que es la ética la salvaguarda de ese conflicto entre fines impuestos por la razón instrumental y el interés general que se suponía base de la política.

La imparcialidad de las decisiones políticas provista por la vocación estatal a la prevalencia del interés general, imprime al poder ese sello de legitimidad que trasciende la legalidad, ya que logra acoger no sólo los presupuestos del arte de gobernar y dirigir una comunidad política, sino las aspiraciones universales de un orden justo, equitativo y basado en la idea de un desarrollo sustentable como vínculo armónico entre la economía y la conservación de los recursos naturales, por ejemplo¹⁷⁹.

¹⁷⁷ MOTTA, Cristina. “Intereses y Derechos”, En *Ética y conflicto: lecturas para una transición democrática*. MOTTA, Cristina. Bogotá: Tercer Mundo, 1995. p. 207.

¹⁷⁸ Citado por BOBBIO, Norberto. *El filósofo y la política (Antología)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.p. 149.

¹⁷⁹ SANCHEZ PEREZ, German. *Desarrollo y medio ambiente: una mirada a Colombia*. En *Economía y Desarrollo*. Vol. 1, No. 1, Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2002. p. 80-81.

De igual forma, estos no son únicamente presupuestos de la filosofía política, sino que están presentes en marcos de referencia del buen gobierno en el mundo, como lo demuestran los *Indicadores de Gobernabilidad* del Banco Mundial, en donde se afirma y se reitera a través de diversos estudios de reconocido prestigio internacional, que el asunto del gobierno debe incluir políticas que favorezcan a la población, y en esa medida, que obren con transparencia y en una explícita lucha contra cualquier forma de corrupción. Así pues, vincular el ejercicio del buen gobierno con el crecimiento económico y con el desarrollo social, debería significar para nosotros una señal importante de que la esencia de la política debería incluir dicho fin, además de muchos otros aspectos de interés general.

En cierta medida, afirmar que la institucionalidad pública representa el modo en que el Estado ejecuta sus políticas, implica que en la conveniencia y efectividad del manejo de las políticas institucionales, radica buena parte de la suerte social, el progreso y el bienestar común, como se reitera en importantes investigaciones a nivel mundial¹⁸⁰.

Este principio político no puede estar separado de un compromiso por parte de las altas esferas del poder público en garantizar a través de su labor la posibilidad de que los demás ciudadanos trabajen en favor de sus proyectos de vida y sean responsables de ella, cuestión que por ejemplo para Dworkin, se constituye en el segundo principio de la dignidad humana¹⁸¹, en cuya aceptación podría establecerse la consecución de un debate realmente democrático, independiente de las creencias morales, religiosas e ideológicas.

En efecto, cuando Dworkin en *La justicia con toga* expresa en contra de los neopragmatistas jueces norteamericanos la idea de una “alabanza de la teoría” como forma refinada del pensamiento jurídico, está expresando la idea de una

¹⁸⁰ Ver, además de los estudios del Banco Mundial, la obra de STRAUB, S. *Empirical Determinants of Good Institutions: Do we know anything?* Banco Interamericano de Desarrollo, Working paper, No 423, 2000.

¹⁸¹ Op. Cit., 2008. P. 24-25. Nagel también considera que la dignidad humana es la exigencia de todo acuerdo social. Op. Cit., p. 20.

filosofía del derecho que debe servir de marco común para tomar buenas decisiones jurídicas, que para el pensador norteamericano, sin duda, implican también decisiones políticas sobre la forma de vida que queremos vivir.

Entonces, aceptar los mínimos éticos desde los cuales la ciudadanía pueda observar en el Estado una creación legítima de la cultura y las costumbres, significa, en primera instancia, un punto de vista moral que ya ha sido establecido por el derecho a través de la Constitución, e incluso, me atrevería a decir, de las leyes orgánicas, normativas y reglamentarias que operan en la institucionalidad desde la sociedad civil hasta el mundo de la vida. En segunda medida representa una actitud cognitiva y comprensiva por parte de todos los ciudadanos, incluyendo a los funcionarios públicos, acerca de cuáles son los fines del Estado teniendo en cuenta las dimensiones culturales, económicas, sociales y políticas que desde el punto de vista de la justicia, la equidad y la libertad han de buscar garantizar la prevalencia del interés general. Y tercero, significa la necesidad de que todos los actores y miembros de la sociedad, desde el mundo de la vida hasta el Estado, asuman como un compromiso vital poner por encima de sus intereses personales el marco de referencia que supone la convivencia y la justicia social. En esta perspectiva, Nagel afirma: “La ética y la teoría política empiezan cuando desde una posición impersonal atendemos a los datos no elaborados suministrados por los deseos de los individuos, los intereses, los proyectos, los vínculos, las lealtades y los planes de vida que defienden los puntos de vista personales de toda la multiplicidad de diferentes individuos, incluidos nosotros”¹⁸².

Así pues, la legitimidad del derecho no puede más que representar consuetudinariamente esta aspiración, no ya de las leyes o de las ideas políticas, sino de la vida misma y propia de los ciudadanos, por lo cual la pretensión de legitimidad trasciende lo formal y llega a lo material y a lo sustancial de lo fáctico social.

¹⁸² Op. Cit., p. 17-18.

Ahora bien, desde un punto de vista conceptual, el modo en que esa legitimidad del derecho dota a su vez de legitimidad al poder político, se da en el marco de unas normas que de manera aspiracional intentan representar los intereses de la mayoría de las personas en una sociedad. Personalmente considero que los principios y los artículos que la Constitución Política de 1991 busca promover a través del derecho son loables desde este punto de vista¹⁸³, pero han carecido de la fuerza cultural para ser realizados en todas las esferas de la vida social. Son taras consuetudinarias en algo que Nagel supone necesario para la democracia: “Pero si la teoría ética o política se propone decir a la gente cómo debería vivir, debe vérselas con esta yuxtaposición de puntos de vista, y debe tratar de ofrecer una respuesta que sea válida *en general*, y que cada uno pueda reconocer que así es”¹⁸⁴.

Estos presupuestos permiten identificar las tesis planteadas en este trabajo acerca de lo que se considera justicia, ya que la fundamentación deontológica de la práctica política que se da a través del derecho, supone un reconocimiento de la institucionalidad que en todo caso debe servir para mejorar la vida de las personas. Cuando afirmo esto no me refiero a programas asistencialistas ni a respuestas contrafácticas de demandas sociales complejas, sino simple y exclusivamente a la búsqueda de realización de los principios constitucionales que suponen los fines del Estado: “Las instituciones políticas pueden ser consideradas en parte como respuesta a una demanda ética: la demanda para la creación de un contexto en el que sea posible que cada uno viva digna e integradamente”¹⁸⁵.

De alguna manera, Dworkin parece ver el problema de la legitimidad en este orden cuando afirma que ésta radica en “(...) una cuestión de igual consideración hacia las personas, no de consideración hacia alguna estadística abstracta”¹⁸⁶. Y es que en Colombia el poder público ha caído en desórdenes e ignominias de un tamaño

¹⁸³ DWORKIN, Op. Cit., 2008, observa a su vez que la Constitución nos permite tener un debate público mediante “(...) el disciplinado lenguaje de los principios legales y por tanto políticos”. p. 195

¹⁸⁴ NAGEL, Op. Cit., p. 21.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 23.

¹⁸⁶ DWORKIN, Op. Cit., 2008. p. 154.

tal, que la vida de los ciudadanos cada día se ve mayormente afectada por las decisiones y acciones de funcionarios elegidos bien sea por voto popular (en cuya legitimidad y legalidad es difícil creer)¹⁸⁷, o por nombramientos burocráticos cuya idoneidad y meritoria es poco confiable. Esto impide, por supuesto, observar de manera esperanzada la posibilidad de una legitimidad política que implique la imparcialidad en decisiones y actuaciones por parte de los altos cargos públicos. De hecho, Dworkin¹⁸⁸ va más allá, y observa que cuando por ejemplo las leyes no tienen una igual consideración por los pobres, se ve comprometida la posibilidad de toda legitimidad democrática, y la “degradada vida política” constituye el principal fracaso de la democracia, ya que de no ser así, afirma el autor de *Los derechos en serio*, se podría tener la esperanza de hacer las cosas mejor si la política a su vez lo hiciera.

Valgan estas referencias para aclarar que lo que aquí se ha mencionado inicialmente como felicidad en tanto fin del arte de gobernar, no es otra cosa que la posibilidad que tengan los ciudadanos de trabajar en pro de sus proyectos de vida; es decir, la posibilidad institucional, social y jurídica de que a través de la prestación eficiente y equitativa de derechos fundamentales como la educación, la salud y el trabajo, puedan todos los ciudadanos ser responsables de sus propias vidas, lo cual deben hacer por supuesto, siguiendo en sus actuaciones privadas y públicas un respeto por las leyes, sin lo cual sería imposible una vivencia de valores democráticos en la búsqueda de una convivencia pacífica y encaminada al progreso social.

¹⁸⁷ Así lo demuestran la gran cantidad de denuncias e investigaciones que en Colombia se abren por compra de votos en cada evento “democrático”. Para una muestra ver Por supuesta compra de votos abren indagación contra tres congresistas. En El Espectador, Edición del 23 de marzo de 2011. Recuperado desde Internet el 13-10-2013 en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-258685-supuesta-compra-de-votos-abren-indagacion-contra-tres-congresist>. Esto, sin contar con el problema cultural que supone el hecho de que las personas, por ignorancia o convicciones personales, no siempre votan de manera razonable e informada. Dworkin, frente a la alienación del voto del ciudadano, afirma lo siguiente: “Exigimos que no se deniegue o comprometa el voto de nadie por razones que sean inconsistentes con el reconocimiento de su igual importancia y de la responsabilidad que tiene sobre su vida”. Op. Cit., 2008. p. 185.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 185.

3.2 PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL DEBER SER DE LA POLÍTICA

Llegados a esta parte final del presente trabajo, cabe argumentar que teniendo en cuenta todo lo afirmado hasta ahora, no es posible desligar la producción del derecho de un compromiso moral por parte de los legisladores. Ahora bien, el activismo jurídico que pueda surgir de las sentencias de control constitucional de la Corte, según he sostenido, no es más que la identificación de los principios constitucionales más relevantes en pro de garantizar un bien mayor desde el punto de vista social para Colombia. No veo en ello otra cosa más allá de un compromiso que supera la simple fundamentación moral de los legisladores y magistrados, y que en la medida de que es consciente de las implicaciones sociales y públicas de las decisiones judiciales, se convierten a su vez en decisiones políticas.

No obstante, la trascendencia de ello radica en la complementariedad fáctica del ejercicio de la *praxis* política, ya que es allí en donde se ha de materializar y llevar a término efectivo la vocación pública y social de toda producción jurídica. De hecho, ¿qué sentido de ser tendría el derecho que no fuese la búsqueda de este fin? Así pues, en el razonamiento jurídico, como afirma Dworkin¹⁸⁹ juegan una amplia gama de principios derivados del derecho o de la moralidad política. Este es para el autor norteamericano una muestra del “enfoque teorizado”. Según esto, todo razonamiento en derecho no sólo hace referencia a una mirada interna del ordenamiento jurídico, sino que tiene siempre esa amplia y a la vez compromisoria implicación externa. Sin embargo, ve Dworkin en el marco de las respuestas jurídicas a problemas de diferente índole, otra posible respuesta, y es que toda decisión jurídica no se basa en el conjunto de teorías que desde una mirada interna o externa del derecho producen los jueces, sino que lo que Dworkin llama “enfoque práctico”, es un activismo menos jurídico que político por parte de jueces y abogados, que todo lo tienen que resolver teniendo en cuenta las implicaciones políticas del momento. Ello, como afirmará Dworkin, en sí no tiene nada de

¹⁸⁹ DWORKIN, Op. Cit., 2007. p. 64.

práctico, razón por la cual, argumentará a favor de una concepción del derecho que tenga en cuenta el enfoque teórico, que es en donde han de desenvolverse las posiciones filosóficas y políticas sobre cuál es el tipo de vida que queremos.

Concibe así Dworkin¹⁹⁰ que la moralidad política hace parte del conjunto de conocimientos del derecho, y que por lo tanto, si la comunidad le exige al juez que resuelva en conformidad con la interpretación de la Constitución, no le está exigiendo otra cosa sino que sus actuaciones tengan en cuenta un compromiso con la moralidad política¹⁹¹. Ello quiere decir que ir a lo que dice la constitución es ir a lo que dice el derecho, lo cual representa el bien para la comunidad y por tanto, tiene que ser la regla general, en primera instancia, considerada como fundamental de toda decisión judicial, en sí misma es política al afectar el interés de la sociedad.

De ahí el carácter supremo de la Corte Constitucional, ya que de sus sentencias depende en buena medida la interpretación de lo que según el texto constitucional, el Estado desea garantizar para el interés general. En los últimos años, por ejemplo Ferrajoli ha establecido una teorización supremamente rica acerca de la relación democracia y constitucionalismo. En efecto, considera el italiano que el constitucionalismo ha manifestado en los últimos años una evolución del derecho que implica la implementación de unos ciertos códigos de derechos fundamentales, y por ende, axiológicos, lo cual implica que: “Cambia, finalmente, y como consecuencia de todo ello, la relación entre la política y el derecho, dado que ya no es el derecho el que se subordina a la política como instrumento, sino la política la que se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales (...)”¹⁹².

De esta manera, el derecho asentado en principios constitucionales se convierte así en un marco de referencia obligatorio para el poder político. Ferrajoli entiende

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 70.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 71.

¹⁹² FERRAJOLI, Op. Cit. 2008.

por esta relación una función eminentemente garantista que trasciende incluso en la forma de derecho internacional, dado que el poder político requiere de contrapesos, y esos contrapesos están dados principalmente por esa incondicionalidad que representan las leyes, incondicionalidad que según recordábamos a propósito de Aristóteles, está representada en la ley que contrario al alma de los hombres, no adolece de pasiones.

Pero justamente, y como el mismo Ferrajoli afirma¹⁹³, el constitucionalismo actual adolece de falta de garantías cuando no hay compromiso político por lograr que la constitución (cuyos principios y valores si bien no siempre son del todo realizables, requieren de una democracia sólida, entendida como aquella en la cual los derechos fundamentales y las libertades sean protegidas desde el aparato estatal como una prioridad) se cumpla.

Ello implica, en cierta concordancia con el concepto de constitución que maneja el italiano Ricardo Guastini, asumir que la Constitución es norma de normas, es decir, que la ley que expresa se traduce en ley fundamental, sin asumir por ésta, afirma Guastini, un juicio de valor, sino que, retomando el concepto originario que consta en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos Humanos en Francia (1789): “En este contexto, claro está, el término “Constitución” denota no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. La constitución es concebida aquí como límite al poder político”¹⁹⁴.

Así pues, el carácter fundamental de la constitución en un Estado social de derecho como el colombiano no puede ser tomado como un asunto de mera asunción de valores y principios axiológico o moralistas, sino como una exigencia misma de la naturaleza del derecho, que según se ha planteado a través de este trabajo, reclama un lugar preponderante en la vida pública, porque es él mismo el

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ GUASTINI, Ricardo. Sobre el concepto de Constitución. Traducción de Miguel Carbonell. *En Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No 1, Julio - Diciembre 1999.

garante de su existencia en términos de razonabilidad, equidad y respeto como posibilidad de diálogo social, esto es, democracia.

Entender que no sólo la rama judicial sino también las otras ramas del poder público, se deben fundamentalmente al derecho, a su idea de legitimidad y a los principios constitucionales, significa que el sentido dworkiniano de tomarse los *derechos en serio* no es un asunto que pueda resolverse desde un cálculo utilitarista o desde una fórmula positivista, dogmática o realista, puesto que lo que hay allí en juego es algo más que el propio derecho entendido como norma. Es decir, en cuestiones jurídicas cuyas consecuencias son políticas, se juega la democracia, y con ello, la calidad de vida de las personas. Así, negar que el derecho pueda ofrecer soluciones correctas a las complejidades de la vida social, significa suprimir la esencia misma de la ley, que en respuesta a situaciones difíciles, no puede ser ella misma una cuestión de fácil comprensión y manejo.

Ello era lo que Dworkin¹⁹⁵ alegaba con relación al utilitarismo, pragmatismo y relativismo jurídico, que si bien pueden tener buenas intenciones desde el punto de vista operativo, resultan perjudiciales e incomprensibles a la hora de una teoría del derecho y la política¹⁹⁶ que pretenda responder a las demandas sociales.

De manera similar en dicha perspectiva se expresa Prieto Sanchiz¹⁹⁷, cuando en su análisis de interpretación constitucional, concibe una relación fundamental entre preceptos constitucionales y problemas políticos. La normatividad de la constitución, afirma, se expresan de una manera más general y abstracta que las reglas, lo cual implica de suyo una razonabilidad y unos criterios de optimización en la interpretación de la Constitución que son relevantes si se tiene en cuenta

¹⁹⁵ DWORKIN, Op. Cit., 2007.

¹⁹⁶ La idea de Dworkin de que ante casos difíciles los jueces operan en cierta medida con relación a “teorías políticas” la expresa también TEUBNER, Gunter. La fuerza del derecho. Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

¹⁹⁷ PRIETO SANCHIZ, Luis. Notas sobre la interpretación constitucional. En Revista de Estudios Constitucionales. No. 9. Mayo-agosto 1991. España.

que la norma constitucional es más principio que regla, y en esa medida demanda una interpretación correcta dado que lo contrario puede tener repercusiones de orden político y económico, en suma, social. En esa medida, considera Sanchiz, la idea positivista de una resolución lógica de los problemas del derecho es sencillamente una idea ingenua, razonamiento que según habrá notado el lector, se ha compartido durante este trabajo.

El planteamiento de Ronald Dworkin es una forma de interpretar el derecho como algo que hay que tomar en serio, y ello, más que endilgarle problemas a la interpretación jurídica y su papel en el Estado en tanto orden social, lo que implica es un llamado a la *razonabilidad vs racionalidad*, esto es, recordando a Rawls, el criterio a través del cual salimos de un simple cálculo egoísta acerca de las implicaciones de nuestras decisiones, e intentamos comprender mejor la situación en conflicto, considerando todas las perspectivas y consecuencias. Para argumentar que la teoría moral y la posición moral de las personas no pueden significar —como lo pretendía el juez Posner— cosas diferentes, Dworkin hace uso de un análisis de lo que denomina pensamiento reflexivo:

La gente reflexiva quiere convencerse a sí misma. También quiere convencer de que actúan íntegramente y movidos por una convicción que ha sido objeto de análisis a otras personas cuyos intereses se ven afectados por lo que hacen, de modo que intentan explicar sus convicciones de un modo que refleje sinceridad, reflexión y coherencia, incluso en los casos en los que no tienen ninguna esperanza de que los demás pasen a compartir sus opiniones¹⁹⁸.

Lo anterior constituye el sentido y la necesidad misma de considerar que los principios deontológicos de la práctica política representados en el derecho no son más que la idea misma de legitimidad jurídica, e indirectamente, política.

Podría, quizás, considerarse que es demasiado presuntuoso considerar que es una idea acabada el hecho de reducir la legitimidad del derecho en los fundamentos deontológicos de la práctica política que a través de un proceso de

¹⁹⁸ DWORKIN, Op. Cit., 2007. p. 95.

regulación en el orden estatal realiza. Sin embargo, cuando se observa en el derecho una creación del hombre y para el hombre, únicamente sujeto a una racionalidad que precisa de una creación siempre atenta a la complejidad humana y social, cabe asumir entonces que el derecho en tanto orden, sistema o marco de referencia para la acción y control social, nace de una necesidad absolutamente pertinente, y es la de llevar la búsqueda del hombre de unas condiciones de vida mejor hasta las esferas de una macroestructura de poder que pueda diseñar y ejecutar dicho proyecto, cual es el Estado.

En dichos términos, la relación entre ética, derecho y política, podría considerarse implica no una tensión entre facultades o entre marcos epistemológicos, mucho menos de acción, sino más bien la existencia de la necesaria interdisciplinariedad que el hombre está llamado y capacitado a comprender si es que desea superar de la mejor manera las taras que presentan sus *habitus* y acciones sobre la vida y la sociedad.

Cuando se aprecia, por ejemplo el pequeño y a la vez valiosísimo “manual” de Carnelutti¹⁹⁹, no deja de apreciarse una idea que atraviesa casi que la historia misma del derecho, y esta es que es un poder contrafáctico para evitar que las pasiones humanas, esto es, sus tendencias e intereses le arruinen en su estado de ciudadano, de líder, en suma, de sujeto social, lo cual se establece, estabiliza y adquiere predominio en la macroestructura que supone la organización política.

El mismo Dworkin nos sugiere esta idea en los siguientes términos: “Cuando su responsabilidad es particularmente grande (lo cual es el caso de las autoridades públicas), bien pueden pensar que resulte apropiado confrontar sus reflexiones con los planteamientos más comprehensivos y desarrollados de otras personas

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1989.

que han dedicado mucho tiempo a preocuparse por lo asuntos de que se trata, incluyendo a filósofos morales y del derecho”²⁰⁰.

Así pues, asumir la necesidad de defender una idea de derecho comprensivo y no sólo explicativo, se basa en la fuerza de una tradición que reclama un concepto que sea válido y legítimo, si bien difícilmente para todos los ciudadanos en sentido universal, al menos para una mayoría no entendida desde el cálculo numérico, sino desde la realización más recurrente, lograda y visible de los principios democráticos asentados en la constitución política de un Estado.

En lo anterior ha de radicar la idea de democracia desde sus bases éticas, las cuales, según mi planteamiento, adquieren fuerza normativa y social a través del derecho, para volver luego, de manera transversal, a la política, similar a una relación de *in put* y *out put*, en donde el derecho, ciertamente, aparece como eje sistémico, aunque debiendo su solidez argumental a la ética y su sentido a los presupuestos mismos de la ciencia política.

Para ello he justificado que existe una relación fundamental entre la ética, el derecho y la política. Fundamental en este sentido, significa *esencial, determinante e imprescindible*. En ello ha radicado mi tesis a la luz de un panorama que se ha expuesto de la manera más completa posible, sin haber pretendido ser específico ni rigurosa acerca de una corriente especial o de un autor que permita demostrarla. Después de todo, la pregunta que surge en medio de este panorama es si en el derecho haya algo demostrable. Tal vez la respuesta sea definitivamente que no, si asumimos que el derecho que decide principalmente sobre asuntos que habrán de tener repercusiones en la vida humana, no depende únicamente del aspecto formal del derecho, expresado a modo de normas, reglas y procedimientos, sino que siempre y de manera especial, ha de requerir un compromiso moral y político, el cual no puede entenderse desligado de una observancia de la teoría y de la razonabilidad jurídica

²⁰⁰ Op.Cit., 2007. p. 95.

de los funcionarios de la rama judicial, legislativa, y por supuesto, ejecutiva, quienes siempre deberían tener una reverencia por el derecho como lo primero en las directrices políticas, y sólo a ello llegaremos cuando, como se mostró en el segundo capítulo de este trabajo, el derecho representa efectivamente un deber ser normativo, es decir, ético.

CONCLUSIONES

- Desde el inicio de este trabajo se observó que, contrario a las posturas más radicales del dogmatismo, el positivismo y el realismo jurídico, el derecho y la ciencia política no pueden ser separados conceptualmente; mucho menos, que el ámbito de la ética no sólo como filosofía moral sino como dimensión práctica de los funcionarios públicos, los gobernantes y por supuesto, de los ciudadanos, aparezca desligada de dicha relación, lo cual, a juzgar por la cantidad y la calidad de trabajos y estudios que en materia jurídica y política se han producido desde la modernidad, indica que estamos en un lugar confiable de la interpretación del derecho como orden social.

Ahora bien, dicha interpretación, observábamos en las múltiples referencias de la introducción, aparece siempre ligada a conceptos como justicia, política, social, público, igualdad, libertad, ética, ley; categorías que al parecer y a juzgar por los resultados de este trabajo, no pueden desligarse. Por el contrario, parecen interactuar cuando se pretende comprender la ética como una base en la formación del carácter necesario para vivir en democracia; el derecho como un orden social con poder vinculante y argumentativo, y a la ciencia y praxis política como el marco institucional en donde cabe reconocer la posibilidad de realizar los dos anteriores.

Lo anterior, si bien obedece a una forma de analizar el orden social denominado derecho que es determinada por los objetivos de este trabajo, no implica contradicciones ni expectativas conceptuales que excedan la idea misma de derecho y política que desde la modernidad hasta nuestros días se puede observar en las principales obras de filosofía del derecho, incluso las del positivismo jurídico, como se mostró a la luz de algunos apartes de la obra de Hans Kelsen, por ejemplo. La razón de lo anterior es que desde un principio se informó que nuestro análisis versaría sobre una relación conceptual desde una

mirada externa del derecho en términos de ciencia política, y no desde la lingüística, la semántica o la lógica.

- Conforme a las múltiples referencias de la tradición política y la filosofía del derecho que desde la discusión introductiva fueron visibles, se mostró que la relación entre ética, derecho y política, a pesar de que hacen parte de la mayoría del estado del arte y de la literatura reconocida académicamente, no se observa ni se aborda desde los mismos términos, lo cual implica que este trabajo constituyó sólo una manera más de interpretar y comprender el problema, pero cuyos resultados no representan en sí una respuesta definitiva a la preguntas ¿qué es la ética? o ¿qué es el derecho? Más bien, la única verdad que surge de ello es que es más rica y profunda la literatura que liga en cierta medida la moral y el derecho, así como el derecho y la política, que aquella que aunque con rigor científico, pretende justificar lo contrario.

- Respecto a la pregunta por la ética y la moral dentro del derecho, se observa que en la mayoría de autores referidos en este estudio, existe la idea de su tratamiento dentro de una misma fenomenología que se encuadra en lo sociológico. Sin embargo, es necesario reconocer que los principales autores y obras de filosofía del derecho referidas, a menudo asumen la relación entre derecho y moral, y de derecho y política en términos diferentes, lo cual, a pesar de que pudo representar dificultades interpretativas, se resolvió en la medida de que todo el material, las lecturas y los apartados seleccionados de cada obra, obedecieron a una mirada externa del derecho, independientemente a que en algunos momentos pudiese mencionarse el derecho desde el derecho en sí. Esto permite concluir que la pretendida relación fundamental entre la ética, el derecho y la política, sólo es posible en un diálogo abierto y desde una perspectiva externa del derecho. Este trabajo, sin lugar a dudas, nunca pretendió exceder esos presupuestos.

- Por otra parte, es importante considerar que en el primer capítulo la diferencia entre moral y ética demostró que no es posible ni tampoco necesario separar ambas categorías, sino más bien diferenciarlas gradualmente en el impacto que ambas pueden llegar a representar en determinadas esferas de la vida humana. Como el objeto de estudio de este trabajo fue una perspectiva externa del derecho, esto es, político-social, fue posible definir que las discusiones que afectan lo público no pueden ser mediadas por razones morales, que sobre todo en Ferrajoli, son asumidas en concordancia con la hipótesis sostenida aquí, en cuya consideración, las discusiones jurídicas y políticas acerca de la vida que como sociedad pretendemos, sólo pueden argumentarse sólidamente respecto a intereses comunes o el bien común, para lo cual es necesario desligar el derecho de la moral. Si bien es posible que esto sea en última instancia una negación misma de las tesis expresadas aquí, es necesario recalcar que una apuesta teórica de este trabajo fue asumir que la separación del derecho y la moral que algunos filósofos de reconocida autoridad han argumentado, y toda la ambigüedad consecuente, puede obedecer precisamente al hecho de entender la moral en las discusiones jurídicas y políticas bajo un rasero que puede llegar a ser incómodo, y éste es asumir que la moral y la ética son lo mismo, lo cual, en el ámbito de lo público, no puede aceptarse.

- En concordancia con lo anterior, la respuesta entonces a cuál es la diferencia entre moral y ética en términos de derecho y política, es que la diferencia no puede ser absoluta, sino que la ética supone un estado más general, amplio y argumentativo de la moral, lo cual suscita a propósito que tampoco la ética es única y sencillamente una filosofía moral, sino más bien, una realización de virtudes morales que en términos de razonabilidad, permiten que una democracia como la propuesta por la Constitución Política de 1991 en Colombia, pueda realizarse. Así pues, la idea de ética desarrollada aquí en su relación de fundamentación con el derecho y la política es algo más sustantivo y menos formal, así como algo más exigente y más desarrollado, aspecto para lo cual

Colombia, a juzgar por nuestra situación política y social, lamentablemente, aún no está preparada.

- La posibilidad de asumir si la versión de ética asumida aquí podía ser considerada como fundamentación deontológica del derecho, fue abordada en el segundo capítulo de la manera más consecuente con las ideas expresadas en el primer capítulo, aunque según pudo notar el lector, en el primer capítulo se analizó la diferencia entre ética y moral en términos de un debate más actual, mientras que en el segundo capítulo se presentó un análisis referido sobre todo a la obra habermasiana, especialmente desde *Escritos sobre moralidad y eticidad*, en cuyo abordaje el autor alemán vuelve sobre el concepto de derecho moderno, hasta llegar a la idea misma del Estado republicano contemporáneo, desarrollada sobre todo en *Facticidad y validez*.

Los resultados presentados allí podrían ser resumidos como sigue. En primer lugar, la idea de moralidad asociada al derecho proviene de la necesidad misma de legitimación del poder en la modernidad. Ahora bien, dicha moralidad por supuesto que se presentó de una manera heterónoma, representada por los Estados nacientes a la manera de constructos ideológicos que a través de la codificación del derecho demandaban la necesidad de vincular el poder con una asunción racional por parte de los ciudadanos. La consecuencia de ello es considerar entonces que la moral como parte del derecho en tanto fenómeno moderno se presentó al unísono de la necesidad de integrar los conceptos de racionalidad tanto en el derecho como en la política, sobre todo preparando el terreno para que el derecho pudiera responder a las complejidades sociales, a la vez atravesadas por la economía.

En segundo lugar, la codificación del derecho, esto es, su sistematización normativa y procedimental, significó una manera de racionalización que permitió empoderar al Estado de condiciones jurídicas para el establecimiento del poder. Sin embargo, la codificación, sin importar los presupuestos normativos para la

realización de la moral política, impediría la función integradora del derecho que a Habermas le permite bosquejar una idea de derecho y democracia en términos de ética procedimental y acción comunicativa.

Así pues, la idea de un derecho fundamentado deontológicamente por la moral en la consolidación del Estado, no es sólo su integración con la estructura misma de éste, sino la posibilidad de preparar los cimientos del poder conforme a derecho y al ideal de justicia, equidad, imparcialidad y libertad que debe imperar en la construcción democrática de las sociedades actuales.

De esta manera, la legitimidad a través de la legalidad del Estado, fue una idea que a partir de las ideas habermasianas, principalmente, permitieron admitir que el carácter vinculante del derecho a través de la institucionalización del Estado, si carece de principios éticos, quedaría falto de legalidad, y en esa medida, el poder político a su vez perdería fuerza vinculante en términos de racionalidad.

- Finalmente, era necesario presentar cómo la conceptualización del derecho fundamentado deontológicamente por la ética, podía obtener una correspondencia con los presupuestos de la ciencia política contemporánea. Así fue como se presentó en el tercer capítulo esta relación, argumentando principalmente que hay conceptos que pertenecen a la ética y son parte a la vez del derecho y la ciencia política. Entre estos se identificaron: justicia, interés general, bien común, democracia, público y social, categorías que en revisión de los principios constitucionales vigentes del Estado colombiano, resultan imperativos en la pretensión de legitimar no sólo el Estado de Derecho, sino la estructura social y fundamental del mismo.

Por esta razón, toda la conceptualización que en torno a la idea de ética, derecho y política representa la Constitución Política de Colombia de 1991, no es más que una manera de interpretar los desafíos sociales que para nuestro país representa vivir de manera efectiva los principios del derecho. Ello, a la vez, se inserta en una

línea hermenéutica que pretende comprender el derecho en su función de integrador de lo social con el Estado, como un esfuerzo de las democracias actuales por garantizar un contrapeso normativo a los intereses que desde el comercio, el derecho privado y la globalización se vuelvan sobre el Estado, la política, y por ende, la suerte social.

En este sentido, la interpretación del derecho giró en el tercer capítulo en torno a la idea de un derecho comprensivo, de base teórica y cuya realización como factor de regulación social demanda de la fuerza de los mejores argumentos y del peso de tomar la idea misma de derecho como algo que trasciende la norma, la regla y el procedimiento legal como técnica.

A partir de un autor como Ronald Dworkin, principalmente, se pudo defender entonces que la apuesta de este trabajo por consolidar una comprensión del derecho en su relación de fundamentación respecto de la ética y la política, es, de una manera no presuntuosa, posible. Independientemente a que un análisis riguroso del derecho busque su independencia teórica respecto del objeto del estudio del derecho que es la norma, y que ello se debe a un objetivo en sí mismo bueno y es ofrecer seguridad y estabilidad jurídica a la vida social y política, es necesario que el derecho no pierda de vista que en tanto orden social, representa dentro del Estado un papel fundamental, ya que él actúa desde y para la vida humana, y ello, si se tienen en cuenta las complejas circunstancias que envuelven a las actuales sociedades, sobre todo a la nuestra colombiana, tendría que darle, por lo menos inicialmente, el crédito a la idea que observa en la legitimidad jurídica, la necesidad de la ética como base, y a *posteriori*, la necesidad de legitimidad política como resultado. En último término, es en el poder político en donde nace una idea y la otra, y con mayor rigor, es el escenario en donde son posibles.

RECOMENDACIONES

El énfasis filosófico que este trabajo tuvo, no permitió un acercamiento más detallado a la Constitución Política de Colombia de 1991, lo cual hubiese sido deseable con el fin de establecer concretamente cuáles articulados y normativas establecen principios éticos para la práctica política. Consecuentemente, sería interesante que otro trabajo pudiera abordar un planteamiento similar pero haciendo énfasis en dichos términos.

De igual forma, considero importante observar, como afirmé en la metodología, que otro trabajo abordara un problema semejante al mío, pero entonces bajo la idea de lo que Roberto Hernández Sampieri llama enfoque multimodal o mixto, incluyendo por ejemplo, algún análisis cuantitativo de las sentencias que en Colombia las Altas Cortes han fallado en materia de aquellos principios que en este trabajo se abordaron de una manera muy somera en términos jurídicos.

En este mismo sentido, sería importante observar el nivel de cumplimiento de los principios constitucionales que buscan garantizar el Estado Social de Derecho en Colombia, es decir, la eficacia misma que tiene la Constitución en materia de “control político” de las decisiones de interés general. Ello sería de alguna manera una continuación y complementación de mis planteamientos, ya que abordaría de manera concreta la actuación de las diferentes instituciones que en Colombia, directa e indirectamente tienen bajo su misión dicho control. No estoy seguro que dichos estudios abarquen de manera específica los problemas de la Filosofía del Derecho, pero sin duda en Derecho y Ciencias Políticas ofrecería una valiosa perspectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. Gran Ética. Traducción de Francisco de Samaranch. Aguilar: Buenos Aires, 1961.

..... Política. Traducción de Julián Marías. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1981.

..... La política. México: Porrúa, 1989.

..... Ética Nicomáquea. Traducción de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1998.

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre derecho y moral. En Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo. VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). Barcelona: Gedisa, 1998.

..... Teoría de los derechos fundamentales. 3ra. Ed. Traducción de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 y Derecho y razón práctica. México: Fontamara, 2002.

ARENT, Hannah. La esfera pública y la privada. En La condición Humana, 3ra. Edición. 1998.

ARHENS, Enrique. Historia del Derecho. Traducción de Francisco Giner y Augusto G. de Linares. Argentina: Impulso, 1945.

BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno, Sociedad. Traducción de Luisa Sánchez García. Barcelona: Plaza & Janés, 1987.

..... Igualdad y libertad. Barcelona: Paidós, 1993.

..... El filósofo y la política (Antología). México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Cómo nace el derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1989.

CASTORIADIS, Cornelius. Democracia y relativismo: debate con el MAUSS. Traducción de Margarita Díaz. Madrid: Trotta, 2007.

CORTINA, Adela. Las raíces éticas de la democracia. Universidad de Valencia (España), 2010.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Martha Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

.... El imperio de la ley. Traducción de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988.

..... La justicia con toga. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007.

..... La democracia posible: principios para un nuevo debate político. Traducción de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio. Historia de la filosofía del derecho. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosh, 1960.

ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar. Filosofía del Derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia. 2da edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1999. pp. 168-171.

ETZIONI, Amitai. La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Barcelona: Paidós, 1999.

FERNANDEZ-GALIANO, Antonio. Filosofía del derecho. Las concepciones jurídicas a través de la historia. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

..... Los fundamentos de los derechos fundamentales. Traducción de Perfecto Andrés et. al. Madrid: Trotta, 2001.

..... Democracia y garantismo. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

FOUCAULT, Michel. Estrategias de poder (Obras esenciales), vol. II. Barcelona: Paidós, 2000.

..... Nacimiento de la biopolítica. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: F.C.E., 2007.

..... Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones. Traducción de Miguel Morey. Madrid: Alianza, 2007.

GUASTINI, Ricardo. Sobre el concepto de Constitución. Traducción de Miguel Carbonell. En Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No 1, Julio - Diciembre 1999.

HABERMAS, Jurgen. Escritos sobre moralidad y eticidad. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Paidós: Barcelona, 1991.

..... Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 3 ed. Madrid: Trotta, 2001.

..... La ética del discurso y la cuestión de la verdad. Traducción de Patrick Savidan. Barcelona: Paidós, 2001.

HARDT, Michel y NEGRI, Antonio. Multitud. Barcelona: Debate, 2004.

HOBBS, Thomas. Leviatán. México: F.C.E., cáp. XIV, p. 108.

KANT, Emmanuel. Crítica de la razón práctica. Traducción de Rovira, Armengol, J. 4ta Ed. Buenos Aires: Losada, 1981.

..... Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción de Manuel García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1946.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Trad. de Roberto J. Vernengo. México: Porrúa, 1995.

..... ¿Qué es la justicia? Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Vigésima cuarta ed. México: Fontamara, 2011.

LAUN, Rudolf. Derecho y Moral. Traducción de Juan José Bremer. México: UNAM, 1959.

NAGEL, Thomas. Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política. Traducción de José Francisco Álvarez Álvarez. Barcelona: Paidós, 1996.

PEKZENIK, Aleksander. Dimensiones morales del derecho. Traducción de Juan A. Pérez Lledó. En Revista virtual "Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho" (Doxa), No. 8, 1990. Disponible desde Internet en www.revistadoxa.com, con acceso el (17-03-2012).

PIEPER, Annemarie. Ética y moral, una introducción a la filosofía práctica. Traducción de Gustav Muñoz. Barcelona: Crítica, 1991.

PRIETO SANCHIZ, Luis. Notas sobre la interpretación constitucional. En Revista de Estudios Constitucionales. No. 9. Mayo-agosto 1991. España.

RAWLS, John. Teoría de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

RICOEUR, Paul. Caminos del reconocimiento. Traducción de Agustín Neira. México: F.C.E., 2006.

SANCHEZ PEREZ, German. Desarrollo y medio ambiente: una mirada a Colombia. En Economía y Desarrollo. Vol. 1, No. 1, Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2002.

SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y Democracia. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México: F.C.E., 1993.

..... La ética de la autenticidad. Traducción de Pablo Carbajosa Pérez. Barcelona: Paidós, 1994.

..... Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna. Barcelona: Paidós, 1996.

SORMAN, Guy. La economía no miente. Traducción de Alcira Bixio. Buenos Aires: Suramericana, 2008.

WEBER. Max. Estructuras de poder. Traducción de Rufino Arar. Buenos Aires: La Pléyade, 1975.

WEBGRAFÍA

CORTINA, Adela. La justificación ética del derecho como una tarea urgente de la filosofía política: una discusión desde John Rawls. En Revista virtual "Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho" (Doxa). I.S.S.N.: 1138-9877. Disponible desde Internet en: www.revistadoxa.com, con acceso

PARDO, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En Persona y Bioética, Vol. 10, No 1, (2006). Bogotá: Universidad de la Sabana. Extraído desde internet el 27-06-2013 en: <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/928>.