

universidad  
Verdad

A stylized graphic of a scale of justice, rendered in white lines on a dark purple background. The top part consists of four vertical bars of varying heights, connected at the top by a horizontal line. The bottom part consists of four vertical bars of varying heights, connected at the bottom by a horizontal line. The two horizontal lines are parallel to each other, forming the pans of the scale.

Nº 26

---

ETICA Y DERECHO

---

UNIVERSIDAD DEL AZUAY



UNIVERSIDAD-VERDAD



REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Nº26

Marzo de 2002

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Dr. Mario Jaramillo Paredes**

RECTOR

**Ing. Francisco Salgado Arteaga**

VICERRECTOR

**Econ. Carlos Cordero Díaz**

DECANO GENERAL ADMINISTRATIVO

**Ing. Jacinto Guillén García**

DECANO DE INVESTIGACIONES

**Dr. Patricio Cordero Ordóñez**

DECANO DE CIENCIAS JURÍDICAS

**UNIVERSIDAD - VERDAD**

Revista de la Universidad del Azuay

Director

**Dr. Claudio Malo González**

Consejo Editorial

**Dr. Napoleón Almeida Durán**

**Dr. Oswaldo Encalada Vásquez**

**Arq. Diego Jaramillo Paredes**

Este número ha sido preparado por el Dr. Juan Morales Ordóñez, Director de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

La responsabilidad por las ideas expuestas en esta revista corresponde exclusivamente a sus autores.

Se autoriza la reproducción del material de esta revista y se pide citar la fuente.

Canjes y donaciones: Biblioteca "Hernán Malo González" de la Universidad del Azuay

Av. 24 de Mayo 7-77 y Hernán Malo

Apartado Postal 981

Teléfono 881333

Cuenca-Ecuador

## CONTENIDO

Nota de los Editores	7
<b>ÉTICA Y DERECHO</b>	<b>9</b>
REFLEXIONES SOBRE LA ÉTICA Dr. José Serrano González	11
LA LIBERTAD Y EL DERECHO, EL ARBITRIO Y LA FUERZA Dr. Tarquino Orellana	21
ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LA ÉTICA EN LAS RELACIONES SOCIALES DEL ECUADOR Dr. Juan Morales Ordoñez.	31
LA PAZ Y LAS IDEOLOGÍAS Oscar Terán Terán	39
ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA ÉTICA JURÍDICA Juan Camilo Salas Cardona	57
ACTUALIDAD URGENTE DE LA TEORÍA POLÍTICA DE RAWLS Javier Flax	71
LA ÉTICA DE LA INFORMACIÓN Y LAS EMPRESAS GENÓMICAS (GENOMICS COMPANIES) Luz María Restrepo	105
TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA, ÉTICA DEL DISCURSO Y SOBERANÍA POPULAR Moral, política y derecho en el pensamiento de Jürgen Habermas Oscar Mejía Quintana	123

¿EXISTE EL DERECHO NATURAL ENTRE LOS HOMBRES? LA REALIDAD EN AFGANISTÁN PARECE INDICAR LO CONTRARIO Silvana C. Tapia	177
EL DERECHO Y LA RELIGIÓN COMO CREACIONES HUMANAS Fausto Carvallo	183
<b>TEMAS JURÍDICOS</b>	<b>199</b>
LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y LAS INDEMNIZACIONESLABORALES EN EL ECUADOR Guillermo Ochoa Andrade	201
LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUENCA Jorge Moreno	213
EL HEREDERO ¿SUCESOR EN LA PERSONA O SUCESOR EN LOS BIENES? Luis Alberto Lozano	225
PROBLEMA DE LA COMERCIALIZACIÓN DE DERIVADOS DE PETRÓLEO EN EL ECUADOR María de Lourdes Ordoñez	235

## **NOTA DE LOS EDITORES**

La Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay se fundó en el año de 1990 con la intención de llegar a ser un medio que recoja el pensamiento jurídico y social de quienes hacemos esta instancia universitaria. Se publicaron durante este lapso seis números con las valiosas colaboraciones de profesores y estudiantes. En esta ocasión, la Revista se difunde en Universidad Verdad, publicación de la Universidad del Azuay, gracias al apoyo del señor Rector y del señor Director de la misma. Es intención de la Facultad de Ciencias Jurídicas, volver a publicar independientemente la Revista, para fortalecerla y proyectarla al futuro.

Este número está dedicado esencialmente a la reflexión sobre Ética y Derecho. Profesores y alumnos de la Facultad, y profesores de universidades ecuatorianas y latinoamericanas, han contribuido generosamente con la Revista, con sus artículos sobre este tema de la mayor trascendencia.

El trabajo teórico sobre la cuestión social sirve para orientar y condicionar el desarrollo de las sociedades. Los referentes conceptuales deben ser conocidos y estudiados con profundidad para llegar a definiciones apropiadas. La relación entre la teoría y la práctica debe profundizarse.

La cuestión ética es vital. La reflexión sobre los valores y principios es una temática tratada por los hombres en todos los tiempos. Este análisis no es gratuito ni banal, constituye el camino de toda la humanidad para lograr una adecuada convivencia social y la consecución de la perpetuación de la especie. Los valores no son recomendaciones gratuitas, más o menos inspiradas, que tienen como recompensa una mejor vida en un plano diferente. Los valores constituyen el mecanismo humano para lograr la supervivencia.

En la época contemporánea las posibilidades de desarrollo que se presentan son inmensas, la ciencia y la tecnología

definen al mundo y conducen a la humanidad hacia instancias nuevas. Es preciso que la reflexión filosófica sobre el hombre y su entorno, sobre el hombre y su futuro, tengan el nivel de influencia suficiente para que en esta incontenible carrera, no dejemos de lado al sujeto por excelencia de todo este quehacer... el hombre.

Quiero agradecer a todos los estudiantes y profesores que han colaborado con el presente número de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, así como a las autoridades de la Universidad del Azuay, por permitirnos publicar este número bajo la amable hospitalidad de Universidad-Verdad.

**Juan Morales Ordóñez**  
**Director de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas**

# ÉTICA Y DERECHO



## **REFLEXIONES SOBRE LA ÉTICA**

*Dr. José Serrano González*

Profesor de Ciencia Política, Historia del Derecho y Filosofía del  
Derecho Universidad del Azuay



En términos generales, la filosofía estudia la naturaleza fundamental de la existencia, del hombre, y de la relación entre el hombre y la existencia. Tiene dos ramas principales: la metafísica y la epistemología. La primera es el estudio de la existencia como tal, que responde a las preguntas básicas: ¿en dónde estoy? ¿En qué universo existo?

La epistemología es la teoría del conocimiento; estudia la forma o medios de conocimiento del hombre de ese universo y de sí mismo; responde a la pregunta: ¿cómo puedo yo saberlo? Dependiendo de las respuestas que el hombre haya dado a estos interrogantes, actúa, es decir adopta una ética, que es la tercera rama de la filosofía. La ética es la praxis de la existencia, fundamentada en la metafísica y en la epistemología. La ética que adopte determina en el hombre su carácter, sus acciones, sus valores, sus relaciones con la existencia. La ética define un código de valores que guía al hombre en sus elecciones y acciones, las que a su vez determinan el curso de vida. Cuando el hombre no elige su ética de una manera racional, queda un espacio vacío en su mente, que es el que da respaldo y cimientos a su conducta. Entonces ese vacío será llenado por la moda, por la propaganda, o por los -llamémoslo así- principios que estén en boga en su época. Y, como en todos los tiempos, para justificar o aminorar las críticas que sobre el grupo que prepondero han caído, se esgrime como manido argumento la frase: "Era un ser humano", aplicando el concepto de "humano" a lo insensato, lo mentiroso, lo fraudulento, lo cobarde eliminando, a su vez, de lo "humano", lo heroico, lo virtuoso, lo valeroso, lo puro.

El hombre que rehúsa juzgar, que nunca está de acuerdo, pero que tampoco disiente, el hombre moderado, es también el culpable de la crisis moral que nos afecta.

El mundo actual se encuentra fuera de control. Estamos viajando sobre un avión guiado por un piloto automático que acelera continuamente su velocidad, pero no tiene ninguna meta.

Los acontecimientos de los últimos años nos alertan sobre graves riesgos y peligros.

Una de las causas más graves es el deseo de conseguir la mayor abundancia de bienes materiales rápidamente y a cualquier precio. Esta auto gratificación barata desemboca en la canalización de la existencia, en el menosprecio de los valores espirituales y en un progresivo vaciamiento interior. La televisión, que sustituye hoy a la familia, a la escuela, y a la iglesia, dominada por la cultura hedonista, la violencia y el sexo, despierta continuamente nuevas expectativas.

El enriquecimiento material a toda costa, es el emblema del sueño americano, por eso el país que ha derrotado a los dictadores de las utopías coercitivas podrá asumir un liderazgo mundial económico, político y militar, pero no ético. Los Estados Unidos ejercen una inmensa influencia mediante el 80 por ciento de sus transmisiones televisivas y el 50 por ciento de sus películas que afectan a infectan la cultura de las masas de todo el mundo. Símbolo de libertad y eficiencia, son objeto de admiración e imitación, pero también de resentimiento junto a otros países del Primer Mundo en los cuales la exacción ha extendido sus tentáculos.

Frente a la quinta parte de la población mundial que consume el 80 por ciento de los recursos naturales, los pueblos del Tercer mundo no pueden permanecer indiferentes, han recobrado su independencia política, pero no la posibilidad de tener acceso a la cultura, de luchar en contra de las enfermedades, de saciar su hambre. El despilfarro de Occidente, sus atentados contra la naturaleza son conocidos fácilmente por todos. De ahí la desesperación y el odio.

Esta situación conflictiva se hace más grave por la explosión demográfica, el desempleo, el creciente empobrecimiento y endurecimiento económico.

Un mundo con desigualdades e injusticias tan marcadas, es fácilmente vulnerable a la inestabilidad y a nuevos espasmos violentos de una política irracional. En la arena de la historia se puede determinar un choque entre los consumidores insaciables y los espectadores hambrientos, a menos que intervenga la

instauración de un sistema global más justo basado en nuestros valores. El mundo es un volcán de aspiraciones reprimidas. Los despreocupados habitantes del Primer Mundo deben replantearse de sus relaciones consigo mismo y con la sociedad.

Lo expresado en forma somera en líneas anteriores, nos lleva a una serie de reflexiones sobre la ética:

"Cualquier hombre es la versión en sombras de un gran rey herido en su costado", nos decía con su característica profundidad, Rosario Castellanos.

Cada época ha tenido su ética. Su forma de valorar la relación con la propia conciencia, con el otro, con el mundo, con Dios. La prevalecía es uno de estos términos, o el soslayo de alguno de ellos, diferencia una época de otra. Un ser humano de otro.

No caben dudas de que la modernidad nace cuando el hombre centra su reflexión sobre su propia subjetividad, cuando su reflexión se vuelve su propio reflejo. Subjetividad que ira identificando, cada vez, con nuestra conciencia. Una conciencia frente y enfrentada a todo lo que no sea ella. Subjetividad en cuanto a un yo consciente de sí mismo, que pasara de ser la nota distintiva de nuestra humanidad. Una humanidad que ha comenzado a dudar de sí misma, una humanidad que nos aparece cada vez más como una raza retirada.

Creciente y absorbente primacía del yo cuyo resultado será la reducción de todo lo diferente a lo idéntico, la transmutación de todo lo otro en yo. La consecuencia, el fruto amargo de esta raíz, será la xenofobia o la guerra ante el otro, la devastación ecológica frente al mundo, la negación o domesticación racional de Dios..., el aislamiento y la soledad del yo vencedor.

Cabría mirar la realidad desde otro lugar, desde el lugar donde podría dar un viraje nuestro yo: verla desde el otro.

Desde el tú. Pero no como un tu frente a un yo, sino más bien como un tu constituido y fundativo del yo. Adentrémonos en esta posibilidad.

Sentirse solo tiene en el hombre una doble significación: por un parte consiste en tener conciencia de sí, pero por otro lado es la experiencia de un sí mismo que se siente solo, inacabado, que no encuentra en él aquello de lo que carece y anhela. Aquello que lo remite a lo que él no es: el otro.

El otro me es asignado antes de lo que yo haya elegido. Está inscrito en mi mismidad, inscripción en el hueco que es mi soledad. Si nombrando la realidad el hombre encuentra su vocación, este mismo hombre busca a su vez quien le nombre, quien le diga su valor, busca en tu que lo realice un yo. La existencia de ese su yo no radica en la relación consigo mismo sino en la relación con un tú. El hombre busca quien realice en él la epifanía de su propio rostro, quien le instaure en su humanidad, quien lo acoja en su comunidad. Busca decirse: entregarse. Entregarse y sentirse respondido: acogido. Busca acoger lo que venga o habitar su soledad, al que la pueble, a aquel que la transfigure en intimidad.

En lo más hondo de mí, en el hueco que aún no llené, en la sed del otro por mí de la que aún no bebí, busco ser yo pero en otro, diferente pero mutuo.

Esta sed por el otro, esta inscripción del otro en mí, es el llamado al reconocimiento del otro como otro: es el llamado ético inscrito en la irreductibilidad de todo tú. La irreductibilidad que constituye su misma alteridad. Que constituye al otro como absoluto de mi yo.

La identidad humana no está cerrada sobre sí misma, no es clausura sino apertura. Una apertura que no es neutra, no es una ventana que es ventana por el mero hecho de abrirse en un muro, es sed, deseo, intencionalidad. Deseo e intencionalidad encarnados en mi sensibilidad, en mi exposición a los otros. Proximidad al otro y, en tanto que tal, vulnerabilidad. Sed del otro como hueco en mí, su reclamo no a mí, sino de mí. Su clamor por mí que resuena en mi interioridad, en el espacio abierto hacia él, el espacio, el hueco, que me constituye como posibilidad de ser más allá de mí.

Así, mi subjetividad contiene más de lo que soy, contiene mi propio desborde: la sed de ser en otro. Eclósión de mi

interioridad que es responsabilidad por el otro: ser en otro haciéndolo ser a él, dándole mi ser y, en ese darme, ser, completarme; desear que el otro sea. La presencia del otro, su llamado, el llamado que es su presencia, despierta en mi respuesta, mi responder; mi responsabilidad. Despierta en mi lo que soy como posibilidad de serlo, de serlo en otro. Lo que yo ya tenía pero no lo hubiese sido si el otro no me lo hubiese pedido.

Si el otro me es asignado antes de que yo lo haya elegido, mi respuesta a él mi responsabilidad por él, es anterior a misma libertad, es su origen y su destino. Así el yo se manifiesta como constitutivamente dependiente del otro y, en ello, manifiesta al otro como anterior a mí mismo en mí. Mi subjetividad me destina al otro, y en mi respuesta en mi responsabilidad, en mi decisión ética, culmino mi ser hacia el otro en ser para el otro: abriéndome. Completando mí ser en la trascendencia en el otro: olvidándome de mí.

Mi subjetividad irreductible a sí misma, a su propia inmanencia, se abre a la alteridad, a la irreductibilidad del otro a mi mismidad. El otro, para ser él, para ser otro, esta y debe permanecer fuera de la órbita de mi poder y hasta de mi libertad. Reducirlo, hacer del otro yo es agregar sala mi sed. Volver a quedarme solo bebiéndola, duplicar su hueco en el espejo de mi yo.

Hay un lugar donde la invocación del otro se hace insoslayable, se grita: en la debilidad. En su necesidad encarnada o más aún, en carne viva: el pobre. Pobre material, social o espiritual -enfermo o discapacitado, extranjero o marginado-, lo otro del otro parece anudarse, clamar y reclamar, reclamarnos en él. Manifestarse con toda su fuerza: con toda su debilidad.

Debilidad impostada y encarnada en el pobre que me llama y llamándome me revela: revelación de quien soy: el responsable de él. Revelación y juicio de lo que debo ser, sobre mi responsabilidad hacia él. El pobre, su indigencia, cuestiona mi libertad, mi posibilidad ética: es la vergüenza de mi satisfacción. Su realización será la subordinación de mi libertad a su necesidad, a su realización: el sacrificio como paradoja

abrazada, asumida. El sacrificio como condición de posibilidad de mi realización.

A través del otro como pobre, del que lleva marcado en su cuerpo, en su historia, la carencia que es ser, se manifiesta en toda su magnitud el llamado a mi responsabilidad. El otro, la manifestación de su debilidad, es el límite de mi poder. El límite o la transfiguración de mi poder en solidaridad: mi yo en el tú. El límite en el cual termino, me repliego o el límite desde el cual me extendiendo, me abro, me entrego.

En el pobre, por el pobre soy tocado. O, más que tocada, mi sensibilidad es herida. Herida que es apertura. Apertura por la que salgo de la clausura de mi yo: el otro, el pobre, me salva. Me redime de mi yo: en ese salir, en ese éxodo, voy siendo. Voy siendo lo que soy mientras lo conjugo tiempo, vida: pertenencia de mí mismo en el movimiento de la entrega al otro.

La debilidad se opone al poder, lo vence con esa misteriosa fuerza con que el perdón de la víctima vence al poder del verdugo. La debilidad sacude, despierta un sentimiento: la solidaridad. Solidaridad, compasión, que no es el sentimiento de quien tiene hacia quien carece, sino el que reconoce en la creencia del otro la manifestación de la propia pobreza, la debilidad que somos: la que nos reúne.

Ante la debilidad de mi sed de otro, mi ser, revela su contenido: no es la búsqueda de mí mismo en él, es la búsqueda del otro por el otro, es mi reverencia hacia su debilidad, hacia la huella del misterio de su propia nada, la que es la mía. En el otro y por el otro, gracias su debilidad manifiesta que suscita mi compasión y no mi defensa -la defensa que suscita el poder-, mi sed se revela bondad. Bondad encarnada: solidaridad.

Algo del mundo empieza en mí, algo de ese mismo mundo termina en mí. Lo que yo hago, o lo que omito, nadie lo puede hacer por mí. Algo del otro depende solo de mí. Omitirlo es ser la deuda de lo que debí ser. Ante mí soy mi propia falta, ante el otro soy la deuda de lo que debí dar. De lo que no di y, por no hacerlo, no lo fui.

Es lo evidente, por ser vida, porque podría no vivir, porque vivimos del mismo préstamo, por su insoslayable finitud, que nos convoca a la reverencia, la que nos eleva cada vez que nos inclinamos ante el abismo de la debilidad. Ante la plantita que nace del intersticio de dos adoquines o ante el niño con hambre: ante la revelación del dolor. Somos débiles, esa es nuestra realidad, nuestra responsabilidad. Esa, nuestra dignidad, la de nuestra finitud: no nos necesitamos porque somos débiles, lo somos para necesitarnos. Para trascendemos.

Otras épocas erigieron la justicia de los dioses, a Dios mismo a la luz de la razón como fundamento ético. Hoy esos valores no dispensan vida, ya no parecen tener la fuerza para valorizar la existencia humana. Nos han guiado en otras épocas, nos trajeron hasta la nuestra, quizás la más débil y, en eso, la que pueda llegar a ser la más humana. Nunca, quizás el hombre se sintió más solo, nunca supo tanto de la necesidad que tiene de su semejante. La época, por esto mismo, que puede hacer de la debilidad de otro, de su dolor, la medida de todas las cosas hacer de esa medida una nueva verdad.

Quizás esta reverencia, esta piedad, sea la más débil, y por débil, flexible y abierta base sobre la que podemos edificar una nueva ética: la de la debilidad que nos hermana. La debilidad que nos llama a cada uno más allá de uno, la que nos convoca a todos hacia lo único que nos queda: el otro. La hermandad que nos desarma, que nos abre los puños, que nos desnuda las manos.

El precio es la vulnerabilidad, exponerse: dejarse de herir. El premio es la libertad, la de arrancar la corteza que nos aprisiona, la de librarnos de una piel sin sensibilidad, un pecho sin herida, una vida sin su hueco.

El hueco de cada uno por el otro, la entrada de todos en todos, en la celebración de lo abierto: la transparencia de cada hueco, el abismal exceso que algunos se atreven a llamar Dios.



**LA LIBERTAD Y EL DERECHO,  
EL ÁRBITRIO Y LA FUERZA**

*Dr. Tarquino Orellana*

Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo  
Especial Universidad del Azuay



La reflexión que enseguida proponemos quiere arriesgarse en la ventaja paradójica de una lectura deconstructiva del derecho, de los conceptos que lo animan, del discurso que construye y el poder que postula. Pretende, en estos tiempos de incertidumbre, hacerse cargo de las antinomias para trabajar con ellas. Si bien nuestra reflexión no tiene la ventaja de las conclusiones definitivas, prefiere poner al descubierto unos postulados, enunciados y principios que, mirados en la tensión de la paradoja, provoquen la obligatoria comprensión de los conflictos que el derecho debe solucionar en su proposición fundante, como disciplina de conocimiento autónomo.

La comprensión de estos sentidos no tiene otro propósito que enfrentamos, audaz y dramáticamente, con los postulados y principios que organizan el derecho en su autofundamentación, para que, en el riesgo y la aventura que toda comprensión precisa, vuelva a enfrentar orden con libertad, arbitrio y fuerza, poder ordenado y libertad regulada. Tenemos la convicción de que, en el riesgo que supone enfrentar deconstructiva y genealógicamente estos conceptos, podremos devolver o proponer, crear y fundar, una práctica jurídica que nos aleje del rutinario e interesado empirismo que le subordina a la norma expresa.

Esta es la oportunidad para que el derecho vuelva a hacerse cargo de la ética, sin moralismos falsos que utilizan los valores como justificación de la norma; o aquella otra práctica que ignora el valor bajo el supuesto de una autosuficiencia normativa. Las dos formas de ignorar los valores bien pueden cuestionarse desde la perspectiva que proponemos, proyectando y reinsertando los conceptos originales de libertad y fuerza en los compromisos concretos y sentidos que debe desarrollar y fundar, crear y realizar, la práctica jurídica.

## DEFINIR EL DERECHO

Si bien el mundo está poblado de normas y las mismas tienen diversas categorías por su variedad y multiplicidad, nos importa distinguir las normas jurídicas de las morales, religiosas, éticas, culturales, las de costumbre, etiqueta, etc. Aunque todas las normas están orientadas y su cualidad propia consiste precisamente en influir e incidir en la conducta de los individuos, debemos inquirir qué es lo que hace a una norma adquirir la sustancialidad de lo jurídico.

Siguiendo a Bobbio<sup>1</sup>, reconocemos al menos dos teorías fundamentales del derecho, bien sea se conciba la norma jurídica como institución o como relación.

La norma jurídica mirada como **institución** tiene el mérito de haber puesto en evidencia que el concepto de derecho debe incorporar, como sustento de su construcción conceptual, la noción de sociedad, en el sentido de que lo que no abandona la esfera individual no constituye todavía derecho, pues tal noción sólo cabe en la visión de un orden de perspectiva general que pone límite al arbitrio individual. El concepto de sociedad ordenada en el derecho, obliga a pensar el mismo derecho en sentido de organización y estructura. Sociedad, orden y organización dan la pauta para pensar el derecho, siendo la norma jurídica aquella que precisamente muestra la cualidad de organizar un orden social o, lo que es lo mismo: posibilita la organización de una sociedad, que es tal como ente ordenado.

A la teoría que hemos referido le cabe el mérito de supuestamente haber ampliado el horizonte del derecho más allá del Estado, pues, según su versión, tiene la cualidad de norma aquella operación de obligatoriedad que las sociedades que no son estado construyen para sus asociados, incluyendo las sociedades para delinquir. Sin embargo, esta supuesta ampliación no es aplicable o resulta falsa para pensar el Estado de Derecho, que precisamente en su desarrollo ha corrido paralelo con el proceso de absorción y constitución de un centro

---

<sup>1</sup> Bobbio Norberto: "Teoría General del Derecho"; Editorial Debate S. A., Madrid, España, 1991.

monopólico del cual emergen las normas que merecen el respaldo de la fuerza para su validez eficaz.

Ciertamente, en el orden analítico, no cabe identificar Sociedad con Estado, tal como importa evidenciar al mostrar la tensión que subsiste entre la sociedad natural, pre social y pre política, comunal y gregaria, cultural en el mejor de los casos, y la sociedad civil, posterior al pacto fundacional, organización civilizadora y civilizatoria, ordenada en la norma. Pero, no es menos cierto, que el Derecho y Estado en el Estado Moderno se identifican; tal como pensara Hegel, la racionalidad jurídica construye la Razón misma del Estado o, dicho de otro modo: **la Razón del Estado es la Razón Jurídica**. En esta lógica, el Estado de Derecho consagra una identidad absoluta, una simbiosis y fusión completa entre Estado y Derecho, entre Sociedad y Poder, simbiosis y fusión que no han dejado de compartir, tanto la perversidad de los estados totalitarios y la llamada democracia formal, que por distintos caminos comparten similares mitologías: una fusión entre sociedad nacional y estado en el totalitarismo nazi; una fusión entre razón de un sujeto social y el estado, en la llamada dictadura del proletariado; una identidad entre Estado constituido y racionalidad jurídica, el derecho como la ratio del Estado en la democracia moderna.

Visto como **relación intersubjetiva**, siendo la teoría más antigua, el derecho tal vez encuentra su mejor expresión en la célebre definición kantiana según la cual es: "el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad."

El derecho así concebido se objetiva en la relación práctica externa entre dos sujetos, entre dos arbitrios, entre dos libertades. Desde esta perspectiva no cabe hablar de derecho en una relación entre quien tiene derechos y deberes con aquel que sólo tiene derechos y no deberes (Dios); tampoco es de derecho la relación entre quien tiene derechos y deberes con quien sólo tiene deberes (el esclavo); menos es jurídica la relación entre quien tiene derechos y deberes y aquello que carece de derechos y deberes (los animales y las cosas); y, por lo tanto, sólo es de derecho la relación entre quienes tienen deberes y derechos recíprocos (las personas). Giorgio del

Vechio parte del mismo principio ético de libertad como supuesto de la existencia de normas, caracterizando la norma jurídica por la bilateralidad, la contraprestación, el contrato. Si bien este acento en la forma de la expresión, el contrato, tiene como supuesto la libertad, el arbitrio, la relación intersubjetiva, fundadora de la norma.

La teoría de la relación, si bien no menciona al Estado en su definición, tiene el mérito de mostrar el otro de la oposición poder derecho, esto es, la necesidad de reconocer y hacer surgir el derecho, no de la razón jurídica que impone el Estado, sino del ejercicio de las libertades de los asociados. Si bien tampoco hace mención a la asociación o a la sociedad como entorno que contiene a los individuos, tal mención no resulta necesaria, pues está supuesto como origen de la relación jurídica, el vínculo que se crea para su nacimiento.

Pese a no ser social en el sentido institucional, el derecho provoca el brote de la socialidad en el vínculo recíproco que crea entre los asociados.

**La visión del derecho como relación, nos coloca frente a ese supuesto ideal y lógico de la sociedad natural, de absoluta libertad, pero de competencia por los beneficios, de desconfianza y de inseguridad, que demanda al mismo tiempo e impone como necesidad al Derecho y al Estado, para combatir el arbitrio con el orden, la competencia con el control e intervención, la inseguridad con la fuerza llamada legítima.**

## **ASUMIR EL DERECHO**

La presentación de los dos extremos de la juridicidad no excluye desde luego el que el Derecho sea concebido como norma, esto es como regla de relación entre individuos al interior de una sociedad que se organiza también normativamente a través del Estado, garante de la obligatoriedad de esa misma norma. **Las dos visiones, entonces, contribuyen a trazar de modo complementario la cualidad misma de la juridicidad, mostrando, sin embargo, la insuficiencia y la tensión de las dos visiones. Insuficiencia si el derecho sólo se concibe**

**como relación entre individuos; tensión pues el derecho es él mismo expresión de un poder o una asociación del poder que impone una regla como obligatoria.**

En ambos supuestos, bien sea una relación intersubjetiva o bien una institucionalidad que soporta la relación, el Estado ante la sociedad se manifiesta en una tensión que debe ser resuelta y que se resuelve de modo permanente a través de las reglas que se imponen, sin que por ello tales normas deba excluir el ejercicio de la libertad. **Libertad contra Poder, Poder contra arbitrio, tal la lógica en la que se construye la norma jurídica como forma instrumental de resolver la oposición y paradoja entre arbitrio y derecho, entre libertad y fuerza.**

Nos hemos permitido poner de relieve la paradoja para contrastar precisamente aquel horizonte tan vago como equívoco, tan simple como falso y que se consuela con definir (no con pensar) el derecho solamente en términos de relaciones entre individuos, y aquel otro que sólo lo supone como derivando de la organización estatal o de la institucionalidad de la cual emana el orden. Visiones equívocas y falsas porque ignoran al derecho impuesto como ley en su acción formadora y su fuerza, o porque descuidan o se inhiben de pensar, reprimen reconocer a la ley en su ejercicio de fuerza, a la acción jurídica, como ejercicio mismo del poder.

Si en la sociedad natural nuestra libertad absoluta se consagra como fuerza y arbitrio que anula el concepto mismo de libertad, bien podemos decir que: el derecho establecido como norma que estatuye un orden para la relación ordenada de la libertad, surge precisamente en el momento en que el derecho como tal (libertad) ha sido puesto en riesgo. Dicho de otro modo: así como la palabra se enuncia creadora en el instante preciso en que la comunicación se interrumpe y, para reinstituir la, no como instinto y mirada sino como lenguaje, signo y símbolo, trabajo de comprensión y entendimiento, así, la norma, el precepto, la ley -que también es lenguaje-, instala su necesidad desde el suelo mismo de la libertad asfixiada por la fuerza, de una libertad que para existir renuncia a sí misma en ese pacto civilizatorio de libertad ordenada o libertad negada. **Si el lenguaje aparece donde termina la comunicación, la ley surge donde se ha interrumpido el derecho.** En matriz

freudiana bien podemos decir que eros se identifica con libertad y ley con thanatos. **Pero eros y thanatos, libertad y orden sólo existen en esa tensión, en esa lucha donde la muerte es necesaria para la vida, la ley imprescindible para la libertad.**

Las reflexiones que hemos venido construyendo nos llevan a sostener en principio la dificultad y paradoja que opone al derecho como ordenación de la libertad y garantía de ella y la naturaleza misma de esa construcción y ejercicio como normas de derecho privado y derecho público.

Los postulados sobre la naturaleza de la norma jurídica que hacen recaer la sustancia de su definición en el ejercicio de los arbitrios y los límites propios que tales arbitrios se prodigan, presupone y calla, elude el recurso a la fuerza de la autoridad que garantiza su eficacia. Así el llamado derecho privado se construye sobre dos principios generales: libertad e igualdad, que se presuponen pero que sólo se garantizan y existen en su eficacia normativa como fuerza de ley, como recurso al tercero institucional, al arbitrio ordenado del poder jurisdiccional y su opinión, que para seguridad -horror a la incertidumbre-, prefiere llamarse "verdad obligatoria".

La visión institucional y también estatalista del derecho ha preferido un acento en la garantía que emana del orden que se establece por el imperio de la autoridad: el derecho como fuerza que organiza la libertad para su ejercicio como orden instituido por el derecho. Así los principios del consentimiento, del contrato y la libertad como origen se eluden u ocultan y se instaura el principio del orden derivado de la autoridad institucional que crea el Estado, el derecho como fuerza de la norma válida. Lo derecho resulta así de un postulado de subordinación y jerarquía, de imposición y sometimiento a la fuerza debida como derecho.

Conjugadas las versiones antes señaladas en el entramado doctrinario que opone la ley positiva a los llamados derechos naturales o los que, positivizados, se han llamado derechos fundamentales, hemos vuelto a recorrer un camino complejo que termina por juntar el derecho con la fuerza, la antinomia que en el lenguaje jurídico doctrinario se condensa en el postulado de la "fuerza de ley".

Jaques Derrida<sup>2</sup>, en un esfuerzo deconstructivo de este postulado, citando a Pascal y Montaigne, nos obliga a hacernos cargo de esta paradoja. En sus célebres y no siempre reconocidos en profundidad "Pensamientos", Pascal razona: "La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay malvados; la fuerza sin la justicia, es acusada. Por tanto, hay que poner juntas la justicia y la fuerza (...) Así, no pudiendo hacer que lo que es justo sea fuerte, hacemos que lo que es fuerte sea justo."

Esta la paradoja que se encuentra inscrita en el corazón del derecho: la justicia como un indecible que sólo se realiza en cada acto del hacer jurídico, justicia que no puede ser circunscrita, condensada, comprimida en la norma, que tampoco puede existir sólo como apología y discurso justificatorio, retórica ritual y subordinada a un interés o una fuerza que elude la exhibición de su valor. La paradoja en su tensión muestra el valor como fuerza, la fuerza justificándose como valor, el arbitrio tras la apología de la libertad, la fuerza escondida en los imperativos de la seguridad y el orden. La paradoja recrea y dispone que cada evento sea argumentado, que cada valor se instale en el torneo de su realización.

La paradoja nos tensa en la actitud de alerta, comunicación y escucha para una hermenéutica de la incertidumbre. El temple moral de la investigación y hacer jurídico, como de toda ciencia que se busque en la construcción de las verdades contra los dogmas, no puede ser sino escéptica: los valores no existen por sí mismos, se los crea y realiza, se lucha y se impone, su valía y su fuerza.

Los valores no existen en el derecho, o el derecho sólo se exhibe como valor, sino sólo a condición de trabajar y conducirse en una tarea que siempre recomienza, que se crea, trabaja, lucha e inventa. La justicia es un indecible, un lugar imposible que se juega en cada acto jurídico.

---

<sup>2</sup> Derrida Jaques: "Fuerza de Ley" El "fundamento místico de la autoridad"; Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1997.

No se trata, ni podemos reinstalar la ética como territorio o discurso ajeno o independiente del derecho. La paradoja nos impone el deber del construir argumental, dialógico, comprensivo, asertivo del valor y su fuerza. La ética como discurso independiente y autónomo del derecho o el derecho como ciencia autosuficiente, invalidan el valor y su fuerza. Restituir el discurso ético para otorgar un barniz justificatorio a la ley, ha sido la tarea de la culta y pedante retórica jurídica. Afirmar la torpeza rígida de la expresión escrita de la norma, bajo el supuesto de claridad formal, ha sido propia de la pereza y estupidez, mental y ética.

La paradoja en su tensión nos invita a hacernos cargo de la antinomia en el ejercicio mismo del derecho, realizando unos valores, proclamando la interpretación fundante, la acción creativa del derecho, su justicia como argumento y fuerza de un valor comunicativo y destructivo que se instala en la incertidumbre y juega con ella. Es tiempo de que el derecho, construyendo su madurez, renuncie al principio de verdad basado en la autoridad, pues el derecho no puede hacerse con quienes prefieren la cómoda seguridad de la norma, sino con quienes tienen en la norma el instrumento vivo de creación y acción de valores. Se trata de hacernos cargo del derecho como actividad creadora y fundadora de valores, este el primer imperativo ético que es consecuencia y derivación de hacernos cargo de la paradoja y la incertidumbre, el valor y la fuerza, el arbitrio y la ley, la constituyente de libertad y lo constituido de fuerza. Pensemos, asumamos el sentido del Estado de Derecho en esta tensión y paradoja, hagámonos cargo del derecho en su acción de ratio de los valores, en su ratio de poder creador, para que el derecho sea ciencia comprensiva, hermenéutica de valores, no disciplina formal, apenas instrumento de un valor que ignora o sobre valores a los que sirve sin cuestionar ni cuestionarse.

**ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LA ÉTICA EN  
LAS RELACIONES SOCIALES DEL ECUADOR**

*Dr. Juan Morales Ordoñez*

Profesor de Teoría General del Derecho Universidad del Azuay



La definición de la condición humana, que se encuentra en la base de toda creación teórica que orienta y dirige la vida de las personas, lleva en si la coexistencia de aspectos positivos y negativos. La definición de lo positivo y negativo en cuanto a comportamientos, puede intentarse partiendo de que las actitudes de preservación de los intereses de todos se encuentran en el lado de lo positivo; y, que las actitudes que tienen como fin la protección de intereses parciales, se encuentra en el lado de lo negativo. Esta consideración de base sobre la condición humana y su dualidad esencial, ha determinado el desarrollo de la Civilización. El filósofo inglés Hobbes, plantea la preeminencia del aspecto negativo o egocéntrico de los hombres, cuando habla del "horno hominis lupus". Rousseau en cambio cree en la bondad connatural del ser humano y en la degradación que genera en éste la vida en sociedad.

En el proceso vital de desarrollo de los hombres, se ha reflexionado sobre el ser humano y sus necesidades, llevando a la práctica criterios que en cada momento histórico y en cada lugar específico, se han considerado como válidos para lograr la supervivencia de las personas y de los grupos.

Cada agrupación humana ha generado una visión explicativa global de su existencia y de su futuro. Normalmente estas explicaciones contienen fuertes ingredientes egocentristas... los pueblos elegidos, los llamados a representar a la divinidad, los escogidos por el destino para esta tarea u otra. Esta afirmación de lo propio, representa una manifestación clara de un enfoque parcial y unilateral del fenómeno vital, que deja de lado los intereses de todos, de la humanidad considerada como especie.

El Cristianismo y la filosofía humanista occidental plantean una visión generalizadora. Hoy la ciencia a través de la explicación del genoma humano, llega a las mismas conclusiones. Todos los hombres tienen la misma condición. La Democracia como sistema de gobierno o ejercicio del poder, parte igualmente de esta base conceptual. Toda la humanidad

debe ser considerada como sujeto de los mismos derechos fundamentales. Pero esta afirmación teórica si bien es comprendida y compartida, es contradicha en la práctica por muchos elementos o evidencias. La vida en las sociedades está basada en la búsqueda de intereses individuales y grupales. La Ética y los principios morales y religiosos orientan a la sociedad, sin llegar a la determinación de la realidad sociológica. El ser humano vive la permanente contradicción entre lo que el discurso social dice y lo que sucede en la práctica. Así es. Las diferencias cada vez mayores entre los países desarrollados y los otros es una muestra. La distribución de la riqueza en los países pobres evidencia también con claridad el alejamiento entre el discurso y la realidad objetiva.

La Ética tiene que ver con el análisis y la práctica de comportamientos adecuados y beneficiosos para los otros y para nosotros. No puede haber beneficio personal o grupal que se lo alcance en detrimento de los niveles de vida de los otros. Si es que nos quedamos en la comprensión excluyente del grupo, generamos una visión relativa. El planteamiento ético tiene que ser abordado a nivel general, a nivel de especie. Desde este punto de vista deben ser analizados los fenómenos individuales y sociales. La Ética debe ser practicada. El análisis ético debe ser el escenario indispensable del quehacer social, a nivel de Estado, de empresas o corporaciones, o de individuos. Sin embargo esto no acontece.

En las relaciones sociales contemporáneas prima el interés económico y utilitario de aquellos que lo pueden alcanzar. Se afirma que la posibilidad de acceder a la riqueza es en sí un valor y se lo defiende y se lucha por su vigencia, se lo lleva a la condición de norma jurídica. ¿Qué pasa con el que no tiene la capacidad de generar o alcanzar esos niveles de enriquecimiento? No pasa nada, más allá de un ligero remordimiento que se plasma con algunos planes de apoyo y colaboración con los miserables del planeta. La Ética y sus conclusiones más profundas no entran en este nivel de vida... incomodan y se la estigmatiza como no productiva y retrógrada, llega al nivel de herejía simplona e intrascendente en este mundo unidimensional. La teoría de la Ética es transgredida permanentemente. No se ve lo vital de su cumplimiento. No internalizamos los resultados exterminadores de su no

cumplimiento. Tenemos una visión simple y de corto plazo. Nos cuesta dejar de lado ese indomable lado negativo de nuestra condición humana, que nos ha llevado, nos lleva y quizás nos llevará en el futuro a acciones parciales y de interés limitado, con consecuencias nefastas previsibles. Se valida aquello que tiene que ver con los resultados, con la generación de la riqueza, con la competitividad y se deja de lado la reflexión sobre el bien común porque no es conveniente a los intereses del libre mercado. Los vaticinios de "El Mundo Feliz" de Huxley, y de "1984" de Orwell, se han cumplido con largueza, pero no nos damos por enterados. El poder actual, con todos los recursos tecnológicos contemporáneos, manejo de la imagen y del mensaje, crea la realidad, la define y la transmite, y todos contentos. Pocos levantan su voz. La intelectualidad sirve a la inmensa creación de la realidad. Creación que no considera el hereje y subalterno criterio de la Ética como única forma de supervivencia. Lo virtual toma el lugar de lo objetivo. Y así vivimos.

Debemos preocuparnos por orientar la reflexión hacia lo ético y su coherencia con lo social y lo jurídico. El Derecho recoge, en principio, o debe recoger el interés común para normar la convivencia de las personas, de las organizaciones y del Estado. En este nivel del análisis, la formulación del Derecho toma, por supuesto, aquello que interesa al sistema, y estos intereses, los intereses del poder vigente, prescinden de la reflexión ética, y así, pasan a ser normas obligatorias. Todos debemos cumplir. El Estado garantiza su cumplimiento. Pero, la propia formulación jurídica está basada en ausencias y en omisiones. Ausencia del criterio del bien común. Omisión del pensamiento global y de políticas generales de beneficio común para todos.

En América Latina el tema de la Ética, de lo jurídico y de las relaciones sociales, merece un análisis específico. Los sistemas jurídicos que rigen la vida de los diferentes Estados de esta parte del mundo han sido, generalmente, importados. Se han tomado cuerpos de leyes de otros países y se los ha adaptado... a veces; y, en otras la adopción ha sido total y sin remilgos. Esta forma de proceder contradice el sentido jurídico que plantea que las normas deben ser el producto del análisis de las situaciones por parte de los habitantes de un territorio determinado. Los

habitantes con su propia visión del mundo, deben generar normas para regir sus vidas. Las instituciones jurídicas de los diferentes códigos adoptados en América Latina, corresponden a formas de pensamiento específicas, europeas esencialmente. El domicilio, la familia, la personalidad, los contratos, son conceptos, ficciones y dogmas jurídicos generados por una larga evolución de las culturas europeas. Grecia ha aportado todo su conocimiento filosófico y estético. Roma aportó toda la teorización y sistematización jurídica sobre la vida en sociedad. Los otros pueblos europeos contemporáneos aportaron y aportan también su propia experiencia y su visión cultural. No tiene sentido práctico el que ese enfoque, plasmado en los cuerpos legales europeos, tenga validez total en culturas diferentes. La organización familiar de las culturas prehispánicas, la forma de distribución de la tierra, el matrimonio, y otras instituciones jurídicas tienen un enfoque propio de los pueblos de América Latina. Y, eso no ha sido considerado. Se trata de una burda colonización. Colonización del pensamiento y de la estructura normativa de la vida en sociedad. Quizás esta situación es uno de los factores importantes que permitirían explicar el tradicional alejamiento de la población latinoamericana del cumplimiento estricto de la Ley. Quizás esta evidencia se encuentra en la base misma del incumplimiento ético y jurídico de nuestros pueblos.

América Latina vive niveles altos de corrupción. La situación en Colombia es muy grave con el involucramiento en todos los órdenes del convivir social de la guerrilla y sus tentáculos de narcotráfico. En Perú la situación es grave. Las secuelas de todos los años del gobierno de Fujimori y Montesinos son lamentables. El latrocinio convertido en forma de ejercer el poder. En Venezuela la situación es delicada con las tentativas totalitarias y populistas de Chávez.

El Ecuador en este contexto, es uno de los países con mayores niveles de corrupción de la región. El ex Presidente Alarcón preso en un momento determinado por situaciones de corrupción durante su gobierno. El ex Presidente Mahuad fuera del País, huido para no enfrentar los problemas de su mal manejo gubernamental. El ex Presidente Bucaram en Panamá, también prófugo de la justicia ecuatoriana, controlando a su partido político, fuerza importante en el quehacer político del

Ecuador, y orientándolo a la búsqueda despiadada y virulenta del beneficio económico a toda costa. Y todos ellos, y otros de igual condición, son todavía referentes de pensamiento y opinión. Son consultados por medios de prensa y su pensamiento tiene peso. En el Ecuador de hoy esto se ve y se vive diariamente. La honestidad, honorabilidad y pulcritud de vida, son características de menor valor y de menor peso. El cinismo y la falta de pudor convertidos en forma de acción política.

Por otro lado, la quiebra del sistema financiero y el salvataje bancario con todas sus implicaciones de corrupción y aprovechamiento personal. La población en este panorama absorta y perjudicada, manejada por los que controlan el Estado. Y, lo más grave... la población en todos los niveles viviendo de la misma manera, repitiendo el modelo de vida de sus gobernantes. El provecho personal a cualquier precio se evidencia en todas las relaciones sociales, en la compraventa de productos básicos en los mercados, en el pago del transporte, en el nivel educativo, en el nivel de producción. En todos los espacios sociales los comportamientos de aprovechamiento individual a ultranza priman. En las relaciones del gobierno con la población del país se evidencia esta actitud. Los niveles de autoridad normalmente están contaminados por la búsqueda del beneficio personal o grupal. El desprestigio de todos los poderes del Estado: Ejecutivo, Judicial, Legislativo, y otras instancias gubernamentales es grande. La sociedad no cree ya en nada ni en nadie.

En las relaciones empresariales el escenario es el mismo.

Es necesario trabajar profundamente con los grupos que conforman empresas u otras organizaciones, sobre el tema del respeto a los principios éticos, que conlleva naturalmente el respeto a la norma jurídica. Es necesario trabajar en todos los frentes para que el bienestar común sea la búsqueda fundamental en todo el diario quehacer social del Ecuador. La educación es un camino. La educación en todos los niveles. La acción del discurso reflexivo y profundo. La aprehensión de ese discurso por parte de los involucrados es el frente de acción que debe ser tratado con urgencia. En este contexto el rol de las Universidades y de ciertos entes es fundamental. La

Universidad debe interactuar con la sociedad para que el conocimiento elaborado del pensamiento social llegue a la práctica. El mundo de las empresas o corporaciones debe ser influenciado por el conocimiento social. La reflexión académica sobre la condición del hombre debe relacionarse también y de manera directa con las empresas, grupos humanos contemporáneos en donde se puede ver con mayor claridad al ser humano como individuo y como integrante de una sociedad determinada. Los resultados de esta relación serán beneficiosos para la sociedad ecuatoriana.

# **LA PAZ Y LAS IDEOLOGÍAS**

*Oscar Terán Terán*

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica del Ecuador  
Maestría de la Universidad San Francisco de Quito



El presente trabajo se fundamenta en el pensamiento del autocontemporáneo Karl Popper. Es un austriaco-británico que me fue referido por mi dilecto amigo cuencano, Dr. Juan Morales Ordóñez. Antes de esa referencia yo había oído o leído su nombre, pero no había conocido su pensamiento. Hoy, me resulta un referente intelectual básico.

La metodología escogida consiste en: comentar una conferencia pronunciada por Karl Popper titulada "LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO Y EL PROBLEMA DE LA PAZ"; y, hacer cortas alusiones a problemas ecuatorianos relacionados a los temas tratados en dicha conferencia.

Siendo este trabajo una referencia al pensamiento de alguien, lo primero que debo es empezar por presentarlo:

## **VIDA Y PENSAMIENTO**

Karl Popper nació en Austria, en 1902. Estudió en la Universidad de Viena y se graduó con una tesis sobre "El método en la psicología del pensar" en 1928. Fue catedrático de esa universidad hasta 1934, año en el que, -por ser judío-, decide emigrar. También publica "Logik der Forschung". (Lógica de la Investigación). Fue profesor de lógica y de metodología de las ciencias en Nueva Zelanda y en Londres. Profesor invitado en Estados Unidos, Austria, Japón, Australia. Fue miembro de número u honorario en 12 academias. Murió en 1994, a los 92 años de edad.

Voluminosa es la obra de Popper. En ella atiende diversos aspectos.

Comienza por la epistemología o teoría del conocimiento. Incursiona en la ética. Razona sobre la praxis en general (política). A lo largo de su vida se definió como falibilista (de falible), racionalista crítico, agnóstico, evolucionista, demócrata liberal, humanista. Apela a la razón para la solución de

problemas y en este sentido es un pionero de lo que en la actualidad es la solución de conflictos o la negociación. Pone énfasis en la relación interpersonal y en la comunicación, contando con la argumentación como instrumento, como vías para llegar a la razón.

Califica al pensamiento platónico como "pseudoracional" en el sentido de que apelar a la propia razón, considerada como superior a la de los demás, y sin que sea sometida a crítica, lleva necesariamente a situaciones autoritarias. Él piensa que el racionalismo, el verdadero racionalismo, hay que practicarlo a partir de Sócrates, que es consciente de sus propias limitaciones y por eso parte del conocerse a sí mismo. En el primer caso hay arrogancia intelectual; en el segundo una gran dosis de humildad.

Parte de su vida la dedica a explicar los inconvenientes de los totalitarismos, particularmente del soviético y del alemán, entre otras razones por haber sido víctima de los mismos. Es muy consciente del daño que a la humanidad le han causado los totalitarismos y es temeroso que pudieran repetirse por una propensión del ser humano a asumir ideas como verdades. A enarbolar dogmas, defenderlos y atacar a quien piense diverso. Ese temor no le viene únicamente de los dolorosos testimonios que la historia tiene, sino además, porque descubre que: en el ser humano esa propensión -a aferrarse a dogmas- tiene raíces biológicas y lingüísticas.

Dos de sus libros más importantes son: "La sociedad abierta y sus enemigos" y "La miseria del historicismo". Sostiene que es deber de la praxis social evitar el sufrimiento, no hacer la felicidad. Si alguien quiere hacer felices a los demás, esa intención devendrá, fatalmente, en autoritarismo. Porque quien lo haga, impondrá sus propias valoraciones de felicidad a los demás. La mayor parte de los problemas que nos causan los gobiernos no se originan en la perversidad humana sino en el deseo de mejorar. Se trata de un "amor mal dirigido."

¿Cómo discernir si una decisión es la correcta o la equivocada? Hay que mirar a sus consecuencias, es lo que aconseja Popper. Esta sociedad no es la mejor posible, pero es la mejor que hemos tenido a lo largo de la humanidad. Sostiene

que los males deben ser evitados y los que ya estén producidos subsanados, pero no ir a una ingeniería social, porque se cae en el totalitarismo. En el campo político es partidario de la libertad de expresión, de la necesidad de la oposición y de una democracia que se fundamente en una especie de juicio sobre el gobierno que esté por terminar, en lugar de los procesos electorales.

Hasta aquí algo de la vida y pensamiento de Karl Popper. Ahora conviene enfocar el tema específico: La Teoría del Conocimiento y el Problema de la Paz.

Entrando al tema sobre la teoría del conocimiento y el problema de la paz, conferencia dictada por Karl Popper en Zúrich en Agosto de 1985, ante un auditorio compuesto fundamentalmente por jóvenes, él, un hombre de 83 años empieza confesándose como "el hombre más feliz que conozco". Esto, a pesar de su edad, a pesar que eran días convulsionados en el mundo de la política internacional, -de la cual era muy conocedor-, y que la guerra fría estaba en su máximo esplendor. Su confesión es aún más llamativa porque la vida que a él le tocó vivir no fue, de manera alguna, una de bienestar. Al contrario, fue perseguido por el régimen Nazi. Tuvo que expatriarse. No sólo eso, sino que 16 de sus familiares más próximos fueron víctimas de Hitler, bien porque padecieron o perecieron en campos de concentración, o porque en el suicidio encontraron el atajo hacia la muerte.

Es sorprendente, por lo menos a mí me parece, encontrarse con un viejo feliz, después de una vida trágica. Si la vejez misma es triste. Pero, además se confiesa como un optimista en el presente y en el futuro. Menciona que ser optimista él considera su deber. Y, a lo largo de la conferencia da razones para ser feliz en lugar de justificaciones para el pesimismo.

Comienza con una advertencia a su joven audiencia: "No se dejen sugestionar nada por mí. ¡No me crean, por favor, ninguna palabra! Ya sé que esto es exigir demasiado, pues sólo quiero decir la verdad, tan bien como la conozco. Pero les advierto: no sé nada, o casi nada. Todos nosotros no sabemos nada o casi nada. Esto es, como yo supongo, un hecho

fundamental de nuestra vida. No sabemos nada, sólo podemos suponer, conjeturamos."

Advertencia rara, para quien espera ser escuchado, más aún cuando pide la activa colaboración de los estudiantes para la comprensión de lo que tiene que decirles.

En su introducción se refiere a que los intelectuales contemporáneos están convencidos de la maldad del mundo. Tanto que la maldad -en occidente- parecería una nueva religión. Una especie de falsa religión. Se han sugestionado y sugestionan sobre todo lo malo, sin tomar en consideración lo positivo, en búsqueda de un balance racional. Deliberadamente, omiten la realidad al desconocer que la actual época, en cuanto a condiciones de vida, especialmente de mujeres y niños, es la mejor en toda la historia. "La vida mejora el entorno para la vida. Lo ha hecho desde hace millones de años, y nosotros somos los felices herederos."

De aquí parte su tesis: "Los seres humanos están terriblemente necesitados de sugestión", y esa peligrosa necesidad de sugestión de los seres humanos les ha llevado a los intelectuales a convertirse en los profetas o en los sacerdotes de una falsa religión en la que impera el pesimismo. Para Popper ser crítico no es ser pesimista. Ser crítico es ser optimista porque es búsqueda constante de mejoramiento. El pasado no lo podemos cambiar pero al futuro podemos mejorarlo, hoy.

El texto en comentario lo divide en autor en 4 partes: la primera, más extensa, árida y difícil, sobre la teoría del conocimiento; la segunda se refiere a la teoría del lenguaje; la tercera a la necesidad de sugestión; y, por último al problema de la paz.

Los tres primeros temas vienen a ser los ingredientes necesarios para su conclusión que aparece en el cuarto capítulo. Es decir, aunque pudieran ser asuntos aislados, Karl Popper descubre relación entre ellos. A continuación una reseña de los mismos, con la esperanza de ser claro y no distanciarme del pensamiento del autor.

## 1. TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

Arranca con una premisa y su correspondiente crítica: lo que sabemos, ¿realmente lo sabemos o solamente creemos saberlo? ¿Lo sabemos a ciencia cierta? ¿Tenemos un saber garantizado sobre ello?

Lo que nosotros creemos que es conocimiento, no es conocimiento, es apenas suposición. Si yo digo que hoy es martes, eso es lo que yo supongo, pero sobre eso no puedo tener un saber seguro. En el mejor de los casos es una conjetura. Porque puedo estar equivocado. Puede ser miércoles. O puede no haber días de la semana. Las personas que el 11 de Septiembre pasado fueron a sus oficinas sabían que tendrían un normal día de trabajo, pero resultó que eso no fue conocimiento seguro, fue apenas una suposición; y, por lo demás, suposición equivocada.

Ni siquiera el saber de las ciencias del que estamos tan orgullosos porque en los últimos 2.500 años nos ha permitido avances que la imaginación no alcanzaba a vislumbrar, es un saber seguro. La verdad de la ciencia es apenas una hipótesis. La ciencia enseñaba que la tierra era plana, pero no fue así, es redonda; enseñaba que el sol giraba alrededor de la tierra, pero no fue así. Lo que en la actualidad tenemos como verdades científicas, son apenas hipótesis. Hipótesis que son verdad, mientras no se demuestre lo contrario. Cuando una hipótesis es desmentida, aparece otra hipótesis, no otra verdad. La finalidad de la ciencia es la búsqueda de la verdad, no es la verdad misma. De tal modo que, aún en las ciencias, las verdades sirven sólo por un tiempo, es decir no han sido verdades.

Los seres humanos no sabemos nada o casi nada. Si no sabemos nada, o casi nada, lo que hacemos es conjeturar, de modo que no hay saber seguro, garantizado. Lo que hay es un saber conjetural, en el mejor de los casos. A nuestras suposiciones les damos la categoría de saber.

Siendo el saber, el saber seguro, tan limitado, los seres humanos nos enfrentamos a la incertidumbre. Pero la vida, para el ser humano, los animales o las plantas, sería muy complicada

sin certezas. Imaginemos si nos levantamos y tenemos la incertidumbre si habrá agua en la ducha, si calentará la estufa, si se prenderá el auto, si nuestro lugar de trabajo todavía estará allí... Viene entonces la necesidad de sugestión. Porque es difícil vivir sin seguridad, sin certeza, sin autoridad, sin un guía. Es como que todos los seres humanos fuésemos niños, necesitados de los demás. Vivir es un constante acto de fe en que lo que esperamos que ocurra, ocurrirá.

Usted, amigo lector, que con paciencia y quizá hasta con interés supone que está leyendo este trabajo, ¿podría saber con absoluta seguridad que es eso lo que está haciendo? ¿No será que es un sueño? ¿Podría apostar a que es verdad si las personas que le rodean y otras a quienes Usted consulta, le dicen lo contrario? Persistiendo en su conjetura, ¿podría buscar el criterio de un tercero independiente y experto, es decir un perito, para enfrentar su suposición a las suposiciones de los otros? Cuando el perito les dé la razón a los demás... ¿no dudaría de su saber?

Antes se dijo que la ciencia natural es, entre las ciencias, la que aporta mayor saber conjetural, pero la ciencia no es seguridad, no es garantía definitiva de nada. Para profundizar el asunto vale la pena revisar cómo trabaja la ciencia, cuál es su método.

Cualquier organismo vivo, así como el científico de un laboratorio, trabajan con el mismo método: ensayo-error. Cuando es un vegetal o un animal quien está experimentando, el ensayo (que viene a ser el acierto) es la eliminación del error y en consecuencia la solución de un problema. El error provoca la evolución de la especie o la eliminación del organismo. En la ciencia, el error, "consiste en la eliminación de hipótesis o teoría." En el caso de animales y plantas el error elimina al organismo, en el caso de la ciencia elimina a la hipótesis o la teoría. De tal manera que el método de ensayo-error sigue un proceso de selección natural. Sólo los más aptos subsisten.

Si es que organismos (vegetales o animales) así como los científicos siguen el mismo método de ensayo-error, el autor se pregunta ¿a qué equivale, con qué se puede comparar, el saber de la ciencia (hipótesis o suposición) respecto de vegetales y

animales? Y se responde: con la expectativa. Y explica que la expectativa es, para el reino vegetal o animal, "un estado del organismo en el que éste se prepara para un cambio en su entorno (o también para que nada cambie)" Ilustra con un ejemplo: "Cuando llegan las flores esperan, en ese sentido, tiempo primaveral: tienen la hipótesis, han construido la teoría, de que la temperatura se volverá más templada. Muy a menudo esa teoría es falsa y las flores se hielan." Esta expectativa también ocurre con los seres humanos. Un niño recién nacido espera que lo alimenten y lo protejan. Las flores y el niño no solamente que esperan, es decir que tienen sus respectivas expectativas, sino que necesitan que se cumplan esas expectativas. Esas expectativas son necesidades innatas y las necesidades innatas vienen a ser teorías innatas.

La vida, para el ser humano y para los demás organismos, es una constante investigación. Con el método de ensayo-error experimentan su entorno, en búsqueda de mejores condiciones. La mejor condición de vida viene dada por el ensayo de nuevas posibilidades y la consecuente eliminación de las equivocaciones. La vida tiende a la vida. La vida mejora las condiciones de la vida. Pero en esta constante experimentar - obviamente- se producen una gran cantidad de errores. Los errores traen problemas cuando hay valoraciones.

La ciencia resuelve los problemas por medio de teorías. Pueden aparecer teorías diversas, audaces, inverosímiles. De éstas algunas pueden ser descartadas por erróneas y con las que queden es que el científico empezará a trabajar. El objetivo del trabajo científico será demostrar, mediante la crítica, el error de la teoría. De modo que con la corrección de errores se hace la ciencia.

¿En dónde se encuentra la diferencia entre los errores científicos y los errores de la naturaleza? ¿Dónde está la diferencia entre la ameba y Einstein? Respuesta: la ameba será eliminada si comete un error. Si tiene conciencia, tendrá miedo de sus errores. Einstein busca errores. Puede hacerlo porque su teoría no es una parte de sí mismo, sino un objeto que él puede investigar y criticar conscientemente. Einstein tiene que agradecer esto al lenguaje específicamente humano, y en parte también a su hija, a la escritura humana. Einstein dijo en alguna

parte: «Mi lápiz es más inteligente de lo que yo soy» Aquello que se expresa o, mejor aún, que se pone por escrito, se convierte en un objeto que podemos criticar y cuyas faltas podemos investigar. Así, la teoría formulada lingüísticamente se convierte en algo semejante, pero, por otra parte, completamente distinto a las expectativas vegetales o animales implantadas en los organismos."

Resumiendo:

No existe, ni siquiera en las ciencias naturales, un saber seguro, un saber garantizado. Apenas existe un saber conjetural, basado en suposiciones. A esas suposiciones se les quiere dar la categoría de saber seguro porque los seres humanos buscamos seguridad. Nos resulta muy difícil vivir en incertidumbre.

La ciencia no es búsqueda de la seguridad. Es búsqueda de la verdad. Para esa búsqueda utiliza el método del ensayo error. También los organismos como plantas o animales, utilizan ese método. Para el científico el ensayo es la solución de un problema, es el apareamiento de otra hipótesis, mientras que para ciertos organismos es su subsistencia. El error en la ciencia es la eliminación de la hipótesis. En el reino animal la corrección del error puede ser su evolución y la persistencia en el error su desaparición.

El saber humano corresponde a la expectativa en el reino vegetal o animal. La expectativa es saber innato. El saber innato es necesidad innata. Las necesidades innatas son teorías innatas.

La vida mejora la vida en base al método de ensayo-error. Así como hay muchos aciertos hay muchos errores. Los errores se convierten en problemas cuando hay valores de por medio.

La ciencia consiste en la permanente búsqueda de errores y soluciones. Gracias al lenguaje el ser humano puede hacer teorías. Esas teorías son distintas al ser humano que las ideó. Por eso es que puede criticar su teoría, analizarla, rechazarla, mejorarla. Porque su teoría no es él. En el caso del reino vegetal o animal, sus teorías innatas, no pueden ser criticadas

porque carecen de la función representativa del lenguaje humano. No pueden -animales y plantas- criticar sus propias teorías innatas.

"El método de la ciencia natural consiste en la búsqueda consciente de errores y en la corrección de los mismos por medio de la crítica consciente. Esta crítica debería ser -en un caso ideal- impersonal y dirigirse sólo a las teorías o hipótesis formuladas."

## **2. TEORÍA DEL LENGUAJE**

Arranca el análisis haciendo referencia a un esquema del psicólogo Karl Buhler, quien distingue en el lenguaje 3 funciones: expresiva, informativa y representativa.

La expresiva consiste en movimientos, ruidos o mímica, que expresan algo que está ocurriendo en el interior del organismo. Es una suerte de síntoma o de efecto de algo. En el caso de los animales, puede tratarse del movimiento de la cola, de gritos o aullidos. Esta función tiene detractores. Estos detractores son quienes pertenecen a las escuelas "behaviorista" y materialista. Para ellos no hay ningún motivo interior. Se trata únicamente del comportamiento externo. El autor contradice a estas escuelas con el siguiente ejemplo: Un termómetro que sube o baja la temperatura está, desde luego, indicando lo que ocurre con la temperatura exterior; pero, también está demostrando lo que ocurre en su interior con las moléculas que se expanden o se contraen, según sea el caso.

La segunda función del lenguaje es la informativa. Esta es una extensión de la expresiva. Es decir, si un animal hace un movimiento o mímica y otro organismo reacciona ante ello. El otro cae en cuenta y "se da por notificado". En ese momento ha entrado en vigor la función informativa. Pero, hay más: cuando se obtiene reciprocidad de otro u otros animales, hemos llegado a la comunicación entre animales.

Estas funciones, expresiva e informativa, corresponden a los animales y a los humanos. Los bebés cuando lloran o ríen, están expresándose, están en la primera función. Cuando han

logrado tener la atención de otro bebé o de un adulto que reacciona ante ello, estamos en la función informativa.

La tercera función, que es la más avanzada, corresponde en forma exclusiva a los seres humanos. Se trata de la función representativa o de representación. En esta función del lenguaje se describen situaciones del entorno o estados de las cosas. Esta función siempre va acompañada de las funciones antes comentadas.

La descripción del estado de las cosas, característica exclusiva del lenguaje humano, se hace a través de proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas. De esta manera se logra la objetivación de lo dicho y entonces puede hacerse una crítica imparcial. "La crítica es crítica racional sólo cuando trata de la verdad o falsedad de las proposiciones o teorías".

Karl Popper agrega a estas 3 funciones del lenguaje una cuarta que es la crítica. Esta función crítica consiste en la discusión crítica sobre la verdad o la falsedad de las proposiciones. Para llegar a la función crítica es necesario que exista lo que el autor denomina un escalón dogmático antes del escalón crítico. Es decir que, para que haya crítica, es necesario que exista un marco referencial al cual se pueda criticar. Ese requisito para la crítica es el dogma. Dogma que una vez criticado puede derivar en otro dogma.

Para resumir el asunto: hay 4 funciones del lenguaje. La expresiva y la informativa la tenemos los seres humanos y los animales. La representativa es una función que está limitada a los seres humanos. Por último, la más avanzada de todas es la función crítica que debe estar precedida de un eslabón dogmático.

### **3. TEORÍA DE LA NECESIDAD DE SUGESTIÓN**

En esta parte de su conferencia Karl Popper engarza las dos primeras teorías con la peligrosa necesidad de sugestión de los seres humanos.

"Los lenguajes animales, incluidos los lenguajes humanos, presuponen muchas necesidades innatas; por ejemplo la necesidad de expresarse activamente, la necesidad de entran en comunicación con otros, y la necesidad de aprender en estas cosas por medio del ensayo-error. Sin semejantes necesidades innatas y sin el aprender activo por medio del ensayo error (el correr de un lado al otro para los gatos jóvenes sería un buen ejemplo) no les sería posible sobrevivir a los animales superiores."

La base para el aprender innato y para el aprender adquirido son las expectativas. Cuando las expectativas no se cumplen estamos ante problemas. A esos problemas hay que superarlos por el sistema del ensayo-error. Es decir a través de la investigación.

Pero ese aprender activo implica sugestión. Existe una necesidad innata de coincidir con la especie. Cuando eso no ocurre se produce en la persona una "disonancia cognoscitiva", es decir una molestia interna por pensar distinto al resto. Y se busca entonces igualarse a los demás.

El lenguaje empata con esa necesidad innata de sugestión a través de la comunicación. Es necesidad innata la comunicación y el medio para que eso ocurra de la mejor manera es aprender un idioma que pueda servir para hablarlo, representarlo, compartirlo. Como tenemos la necesidad de aprender de nuestro entorno el idioma viene a ser el medio para asociarnos y para explicarnos lo que desconocemos. Como tenemos la necesidad de seguridad, nos sostenemos en los demás. Pero esa asociación requiere una argamasa que junte, unos valores a los que se adhiera. Es ahí donde aparece el dogma. Que nos ofrece seguridad y confianza. Como se teme a la inseguridad, hay que aferrarse, entre todos, al dogma.

En este punto del trabajo, Karl Popper hace una disquisición respecto al arte moderno. Sobre el arte sin adjetivos, sostiene que no cabe duda que la expresión más importante con que cuenta la humanidad es el arte religioso: "la capilla Sixtina, la Pasión según San Mateo, las misas de Mozart, de Beethoven, de Schubert.". Dice que su religión es la de la libertad y creatividad de los seres humanos y la de preocuparse por

socorrer a quienes sufren. De evitar para el futuro tantos sufrimientos de los que la historia nos da muestras.

Pero el actual arte moderno parte de una falsa religión. Que el mundo es un verdadero infierno, por lo menos en cuanto a la parte social. Presentando como que vivir en Suiza, Inglaterra, Alemania o Estados Unidos fuera un infierno. Influyendo y persuadiendo sobre todo a los jóvenes para lograr de ellos que se sugestionen con que esto es así. Pero, ¿cuál es la consecuencia de esto?

En el mundo occidental el dogma de que vivimos mal, con su secuela de desconsuelo y malestar; en la Unión Soviética (antes de la caída del muro) en cambio el dogma de que se vive bien. La cortina de hierro para evitar que entren al paraíso, no para evitar que salgan de él.

Los niños de la Unión Soviética eran más felices que los de Occidente. Pura sugestión.

Finalmente en este aspecto de la peligrosa tendencia a la sugestión que tenemos los seres humanos, hace una invocación al optimismo cuando se parte de una actitud positiva y sincera de buscar la verdad. La verdad a veces se opone a la sugestión. La sugestión confiere un gran poder. Pero también la verdad, si se lucha por ella, confiere poder.

#### **4. EL PROBLEMA DE LA PAZ**

"En lo precedente quería intentar mostrar las raíces gnoseológicas, biológicas y teórico-lingüísticas de nuestra peligrosa propensión a las ideologías y dogmas. Y una de las raíces de esa propensión es lisa y llanamente, la cobardía."

Para unir el rompecabezas que Popper nos ha presentado y volver sobre lo mismo pero desde otra perspectiva porque ya se tiene el panorama completo, podríamos decir que:

Parece de la mayor importancia la primera tesis de Popper: el ser humano es propenso a la ideología, al dogma, porque busca salir de la inseguridad. Es difícil vivir en la inseguridad.

Es mejor cuando podemos tener fe en el conocimiento del médico, en la instrucción que imparte el profesor, en el consejo que nos da el amigo. Desgraciadamente, pueden fallar. Eliminar de nuestras vidas la incertidumbre, ese es el motivo por el que nos aferramos a un dogma: "es necesario creer en algo".

Además, no solamente que el ser humano tiene propensión de aceptar tales o cuales cosas como verdad sino que necesita compartir esas creencias con los demás. La base para la asociación es la coincidencia y esta coincidencia puede ocurrir cuando se comparten valores comunes con el resto. Cuando coincidimos con el grupo como que nos confortamos. Ganamos seguridad. Adquirimos confianza.

Otra necesidad del ser humano es la comunicación que se la puede efectuar por medio del lenguaje. Nos comunicamos para socializar. Y socializamos para comunicar. Todo ello través del lenguaje. Para que esa comunicación sea factible, a más del idioma que es el medio, es necesario contar con un marco teórico que es el dogma. En este sentido el dogma es como un telón de fondo que al ser humano le sirve para sugestionarse con él, pero, a veces, también para criticarlo, para descartarlo. Descartado el anterior, aparece otro telón de fondo, que es apenas una hipótesis y que sin embargo el ser humano la asume como verdad eterna que no necesita demostración. De tal modo que también el lenguaje y su utilización, es otro ingrediente para el dogma, producto de la necesidad de sugestión que tiene el ser humano.

Ese ser humano tiene necesidades innatas de creer, de compartir valores y de ser aceptado en el grupo. Y es la sugestión la que juega en favor de todo ello.

Pero esa capacidad para sugestionarse es sumamente peligrosa. Cuántas veces, a lo largo de la historia, esa voluntad de sugestión de la gente ha sido utilizada para la muerte y la destrucción de otros seres humanos. Esa sugestión son las "verdades" por las cuales los seres humanos son capaces de dar la vida..., más frecuentemente, de arrebatarla a los demás. Ni Stalin, ni Hitler hubieran podido hacerse del poder y ejercerlo sin dogma. Alemania, nación culta, cuna de grandes filósofos, no habría admitido el liderazgo de Hitler si es que no hubiera estado

necesitada de sugestión, aferrada al dogma de la raza aria y del tercer Reich. Stalin tampoco hubiera podido llevar a cabo las barbaridades contra sus propios agricultores de no haber sido por el dogma de la industrialización.

Las religiones, muchas veces, han servido para masacres, persecuciones y todo género de actos contrarios a la humanidad. Bin Laden y sus conmiltones, empeñados en una lucha santa, religiosa, "a finish" contra Occidente, pero particularmente contra Estados Unidos. Esos talibanes, que estudian el Corán al pie de la letra, quieren imponer al mundo un sistema político teocrático. Se acabaría, si por ellos fuera, la separación de la iglesia y el estado. La secularización que ha tenido que pagar un precio muy alto, se ve seriamente amenazada por ese integrismo interpretado por fundamentalistas musulmanes. Todo eso se explica, desde luego sin justificación racional posible, por la necesidad de sugestión, por el dogma como punto de inicio y destino de la vida.

Popper plantea una tesis revolucionaria para 1985, cuando la guerra fría estaba en su apogeo, que desde luego él la llama hipótesis "sin ideología, ninguna guerra."

Para que esto pudiera ocurrir hace un llamado sincero a sus colegas intelectuales. Que nadie se crea dueño de la verdad. Que nadie crea que mediante una nueva ideología, una nueva institución, es posible alcanzar la felicidad y la paz. Que nadie intente asumir el papel de guía. Que tengan modestia intelectual.

Los gobiernos y las instituciones, generalmente, no están conducidos por perversos que pretenden destruirnos, es más, generalmente cuentan con las mejores intenciones. Pero el resultado muchas veces es el opuesto al planteado. Obtienen el efecto contrario del que se buscan. En nuestro País, Mahuad y sus consejeros, los organismos internacionales, con el feriado bancario y la congelación de los fondos, seguramente no habrán querido empobrecer a los ecuatorianos, disminuir el PIB a la mitad, dejar al Estado (que se justifica por el bien común) como un ladrón de fondos del público. Sin embargo, eso fue lo que pasó. En su campaña electoral el slogan decía: "Yo sé qué hacer y cómo hacerlo". Así es como piensan intelectuales o

tecnócratas que pretenden aplicar recetas producidas en lejanos laboratorios para otras realidades. Para esto el consejo de Popper es más modestia intelectual, asumamos que no sabemos nada o que sabemos muy poco.

Para el análisis del caso ecuatoriano, y más recientemente del caso argentino, con el autor deberíamos repetir: "Los intelectuales no saben nada. Y su inmodestia, su arrogancia, constituye el mayor impedimento para la paz sobre la tierra. La mayor esperanza reside en que, si bien son arrogantes, no son tontos para no darse cuenta de ello."

Termina su conferencia diciendo:

"Quisiera acabar pidiéndoles de nuevo que no me crean una sola palabra."

"Sólo quería demostrarles los grandes peligros que se esconden en las ideologías, y llamar la atención sobre la peligrosa necesidad de saber, de creencia y de sugestión recíproca, que parece ocultarse en nuestra biología evolutiva y en nuestra estructura gnoseológica y en nuestro lenguaje."

Para concluir este artículo, permítaseme un comentario final:

La ciencia y cualquier otro conocimiento vienen dado por la práctica. Utilizar lo que ha dado antes resultado, descartar lo que no. Aprender de la experiencia ajena. Tener en cuenta que ninguna doctrina, ninguna ideología puede acertar en todo. Y en lo que se equivoca el daño puede ser irreparable. La teoría puede sugestionarnos indebidamente. Creo que fue Goethe quien dijo: "la teoría es árida, pero el árbol de la vida es verde".

Fernando Savater, filósofo contemporáneo, dice que verdad y razón son recíprocas en el sentido de que me sirven a mí pero también sirven a todos. Y, sobre la actitud que debemos tener en la vida hay un verso de Antonio Machado que dice lo siguiente:

"Tu verdad, no: la Verdad  
Y ven conmigo a buscarla.  
La tuya, guárdatela."



**ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA LA  
ELABORACIÓN DE UNA ÉTICA JURÍDICA**

*Juan Camilo Salas Cardona*

Abogado  
Universidad Militar Nueva Granada. Colombia



Pensar la relación entre ética y derecho ha sido un asunto que a lo largo de la historia ha tenido una amplia gama de matices, unos de evidente cercanía e identificación y otros de clara distinción y separación. Desde la total identidad entre ética y política en el contexto de la Grecia clásica, hasta el rechazo de la relación entre moral y derecho en la perspectiva kelseniana<sup>3</sup>. En medio de toda esta variedad de enfoques y percepciones acerca de lo que debe ser la ética del derecho, una constatación permanece evidente, y tal vez hoy más que antaño: el ejercicio del derecho, en sus diferentes campos de aplicación (administración de justicia, litigio jurídico, administración pública, política etc.) requiere de una reflexión ética que lo fortalezca en su fin primordial de hacer prevalecer la justicia.

El sentido de las siguientes reflexiones es el de ser un modesto aporte a esta ingente tarea de establecer un diálogo abierto entre la ciencia jurídica y sus referentes éticos.

## **I. ¿Cuáles son los principales problemas que ha tenido en los últimos tiempos la reflexión ética sobre el derecho?**

La respuesta a esta cuestión fundamental, obliga a hacer una distinción entre la elaboración teórica de una ética jurídica y la aplicación de dicha ética en lo que podríamos llamar la "cotidianidad del ejercicio del derecho", o en términos más exactos la praxis del derecho.

Es evidente el hecho de que en el ámbito teórico, esto es en el campo de la filosofía del derecho, la filosofía política y la ética jurídica, es decir sobre el papel, no se ha percibido un vacío en la reflexión ética; desde la República de Platón y la Política de Aristóteles, pasando por el Tratado de la Ley de Santo Tomás, hasta la Teoría de la justicia de John Rawls no se ha experimentado la ausencia de una reflexión que plantee y

---

<sup>3</sup> Cf. KAUFMANN, Arthur. "Filosofía del derecho". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. Pag.50.

problemática el ser de la ley y del derecho en un contexto político. Este hecho contrasta con los abismales déficits de una ética jurídica, los cuales se perciben entre otras partes en la mala reputación, que en algunos sectores de la población tiene el gremio de los abogados litigantes, en la corrupción de la administración pública por la ineficacia de algunos mecanismos jurídicos y en la falta de unidad interna de muchas de nuestras legislaciones en las que se percibe una mezcla evidente de instituciones jurídicas que dificultan una política judicial y administrativa, y desacreditan el principio de la seguridad jurídica.

El establecer un puente eficaz entre la teoría (filosofía del derecho, filosofía política y ética jurídica) y la praxis de los abogados, legisladores y juristas, es evidentemente el fin pretendido por una docencia de la ética jurídica y una reflexión sobre la ética del derecho. Este intento pasa evidentemente por el filtro de las prácticas pedagógicas del derecho, las cuales se constituyen en los espacios más aptos para que fundamentar críticamente el ejercicio del derecho. Algunos de los núcleos problemáticos que emergen en este contexto son:

## **1. La falta de una adecuada distinción entre ética y moral**

Si bien es cierto que en su origen los términos ética (del griego *éthos*: carácter social, político) y moral (del latín *mos-moris*: costumbre) aparecen como sinónimos y fueron tratados como tales en varios períodos de la historia, no es menos cierto que la tradición ética contemporánea ha hecho consenso en torno de su distinción y especificidad para una mejor reflexión y pedagogía de las mismas. A este respecto es claro que el término moral hace referencia a unos valores subjetivos, anclados en una realidad particular (religión, cultura, tradición, ideales personales etc.), dicha subjetividad se pone de manifiesto ante la constatación de que los valores morales de un musulmán o un indígena, no son en gran medida los mismos de un occidental tradicional, esto sin entrar a dar la discusión de la existencia o no de valores universales. Así mismo, es evidente que la moral tiene un evidente sentido determinístico en la medida en que precisa de manera concreta la prohibición o el mandato, por esto en la teoría tradicional del derecho, se

ubicaba la moral como una de las fuentes del derecho, teniendo en cuenta, que en muchas sociedades, las normas morales son positivizadas en normas de derecho.

En la tradición de las éticas civiles, dialógicas o comunicativas, la moral ocupa el lugar de los valores máximos o las grandes aspiraciones que posee un individuo o grupo humano, las cuales en la mayoría de los casos no son compartidas por todos los individuos o grupos sociales.<sup>4</sup>

Por su parte, la ética es básicamente una reflexión crítica sobre la acción, la cual está encaminada a brindar elementos de reflexión (valores, principios, criterios etc.) que le sirvan al individuo como herramientas para la toma de una más adecuada decisión. Desde este punto de vista, la ética no hace referencia a formas directas de acción, no le dice al individuo de manera concreta cómo debe actuar, sino que le ofrece criterios de reflexión sobre su actuar.

Si se quisiera apelar a la sabiduría popular, tendríamos que decir que "la moral da los peces", en tanto que "la ética enseña a pescar". La moral tendría así un sentido más práctico, concreto, motivacional y propiciador de unos modelos particulares de individuo, institución y sociedad, en tanto que la ética tendría un sentido más reflexivo, más crítico y más teórico, con una evidente pretensión de validez universal al no fundamentarse en sistemas de valores particulares.

En el estado actual de las cosas, y según el sentido contemporáneo de los términos, entre la ética y la moral, no hay una relación de oposición sino de complementación, invitando al individuo a no imponer sus valores subjetivos e ideales a los demás, a respetar un sano pluralismo y a reconocer las diferencias valorativas, todo sobre el supuesto de una reflexión crítica sobre los propios valores y los ajenos, en orden a hallar un sistema básico de valores que permita una convivencia

---

<sup>4</sup> Para una mayor profundización sobre las relaciones entre ética y moral, y sobre la propuesta de una ética de mínimos, véanse la obras de Adela Cortina, "Ética sin moral" 1986, "Ética aplicada y democracia radical" 1993 publicadas en Editorial tecnos de Madrid y "Ética civil y religión" PPC Madrid 1995.

armónica y pacífica. Históricamente los radicalismos morales que han intentado desconocer el valor de las posiciones diversas no han dejado sino experiencias negativas de atropello a la dignidad humana<sup>5</sup>, hecho ratificado en los recientes acontecimientos de orden internacional.

## **2. La reducción de la clase de ética a un ejercicio moralizante o a un espacio teórico no vinculado con "el mundo de la vida" del ejercicio del derecho.**

Dos extremos igualmente problemáticos han dificultado en los ambientes pedagógicos la vinculación entre la teoría ético-jurídica y la praxis del derecho. Por un lado el reducir la formación ética a un espacio de moralización determinista en que se le dice al estudiante de derecho o al abogado en ejercicio qué está bien y qué está mal, qué es lo que es lo que debe hacer y qué es lo que debe evitar. Esta perspectiva encuentra sus límites en el hecho de que el aparato motivacional no está direccionado básicamente por la acumulación de datos, en otras palabras, el saber qué se debe hacer no implica necesariamente que eso sea lo que efectivamente se haga; por otro lado, la diferencia ambiental y contextual entre el aula y la cotidianidad marcan el hecho de que no se aplique en el ámbito moral lo que se aprendió, porque los determinantes motivacionales son evidentemente distintos.

Esta situación, que podríamos denominar como un inductivismo moral, se ve incentivada por el hecho del desconocimiento del sentido ético del currículo, situación que redundante en que las diferentes disciplinas del derecho se autoentienden exentas de un correlato ético, dejando la cuestión de la ética sólo al espacio de la "clase de ética".

En el otro extremo encontramos una formación ético jurídica, que se queda en el plano de la ética política, de la filosofía del derecho o de la filosofía pura, realizando excelentes disquisiciones teóricas, pero que por el nivel comprensivo del auditorio y por las expectativas del mismo, no desciende al nivel

---

<sup>5</sup> Cf. CORTINA, Adela. "Ciudadanos del Mundo", Alianza editorial, Madrid 1999. Pág. 177ss.

de la interpelación personal y de la crítica a la praxis misma del derecho.

## **II. ¿Qué núcleos podrían ayudar a una mejor articulación de una propuesta de una ética jurídica?**

Partiendo del supuesto evidente de que no existen fórmulas mágicas universales, y que toda propuesta debe ser reflexionada desde una hermenéutica entendida en su sentido ético, esto es recuperando el valor de la realidad particular como camino y método para hallar las propias soluciones, en válido capitalizar ciertas experiencias y consensos de sentido que pueden ayudar a iluminar tan sentida problemática, entre otras podrían estar las siguientes:

### **1. Recuperar el sentido de básico de lo que significa una "Ética jurídica".**

Si la ética es fundamentalmente una reflexión crítica sobre la acción, como ya se anotó, una ética jurídica deberá ser precisamente un ejercicio de reflexión sistemática sobre el derecho en todos sus sentidos. Desde este supuesto, el objeto de la crítica serán las concreciones mismas del derecho: litigio, administración de justicia, praxis de la justicia, etc., teniendo como mediaciones (herramientas críticas para hacer esta reflexión) las fuentes mismas del derecho y los subsidios tradicionales de toda reflexión ética: la filosofía del derecho, las tradiciones éticas, la filosofía política etc., pero también las ciencias y disciplinas que nos pueden nutrir de realidad: el periodismo, la sociología, la economía, la psicología social etc.

No se tratará entonces de hacer un discurso intra sistémico, sino pluridisciplinar, interdisciplinar y multidisciplinar, todo en una perspectiva de considerar el derecho dentro del amplio espectro del "mundo de la vida". ¿Qué le dice la realidad política, económica y social al derecho?, ¿Qué relaciones proactivas pueden darse entre cultura y derecho? Y ¿Cuál debe ser el papel del abogado frente al desarrollo social de su comunidad?, estos son algunos ejemplos de los múltiples polos de reflexión, que al ser iluminados por el aporte de las ciencias, podrán

ayudar a consolidar un criterio más depurado en el abogado que redunde en una mayor calidad de su servicio a la sociedad.<sup>6</sup>

Sin recaer en la casuística, cuyas falencias son de todos conocidas, se trataría de ejercitar la reflexión del estudiante mediante el estudio reflexivo de situaciones concretas, cuya solución no deberá considerarse como paradigmática ni definitiva.

En el fondo se trata de ensayar la respuesta a la pregunta ¿qué significa leer jurídicamente la realidad? a propósito de una situación determinada, pero ampliando el margen del simple estudio de los casos jurídicos a la reflexión sobre "sentido jurídico" de muchos eventos en los que el derecho tiene un inaplazable papel.

El espacio de la ética, intentará ejercitar en la reflexión crítica en la búsqueda de criterios de referencia, a fin de dotar al estudiante de un sistema cosmovisional, que le permita hacer una lectura deontológica de la realidad, encaminada a la prevalencia de la justicia y de la dignidad humana. En estos tiempos recientes en que los avances de la ciencia y de la biotecnología, abren horizontes tan complejos como la clonación, el trasplante de órganos, la colonización del espacio, el desarrollo de las telecomunicaciones, el jurista deberá tener la suficiente capacidad para hacer una lectura ético jurídica de aquellos fenómenos, ante los cuales las tradicionales categorías del derecho se muestran, en no pocos casos, manifiestamente insuficientes.

El sentido y reflexivo y crítico que se debe desarrollar en el espacio de la ética, deberá conducir a que el ejercicio del abogado trascienda los sentidos tradicionales de su ejercicio profesional, abriendo el espacio para posicionar un sentido educativo de la comunidad mediante la práctica jurídica (en la persona del juez, del abogado litigante, del funcionario auxiliar de la justicia, del legislador etc.), en función de valores como la

---

<sup>6</sup> Para una reflexión ejemplificada del cómo puede ampliarse el horizonte de la reflexión crítica del derecho, léase ética, véase la excelente obra de Ramón Soriano sobre Sociología del derecho. Ariel Barcelona. 1997.

tolerancia, el respeto al otro, la resolución pacífica de diferendos etc.

Ante el desempleo y el subempleo en el que la súper producción de abogados ha sumido al gremio, la consideración de un ejercicio ético del derecho se postula como un camino seguro de desarrollo de la profesión.

Al recuperar el sentido originario de vinculación entre ética y derecho, como en la tradición griega<sup>7</sup>, se abre un enorme campo para el ejercicio del abogado, en la medida en que su actividad deja de ser solo negativa (reivindicatoria de derechos, punitiva, litigiosa etc.) y se abre a un campo más positivo y proactivo (preventiva, educativa, conciliadora etc.) En este sentido no habría que disociar la efectividad y el éxito profesional del abogado de su sentido ético.

## **2. Recuperar la dimensión ética del currículo**

El fenómeno ya anotado de "relegar" todo el peso de la formación ética en el profesor o en el espacio de la ética, tiene sus raíces en el desarrollo epistemológico de la modernidad, en el que la multiplicación de las ciencias y disciplinas, y su cada vez más significativa profundización, hicieron que las perspectivas de totalidad se disiparan. En el campo del derecho, la oposición al naturalismo jurídico tanto medieval como ilustrado, desembocó en el positivismo jurídico kelseniano. Una lectura descontextualizada de la obra del Kelsen, ha llevado a frecuentes, y en no pocas oportunidades agudas críticas, a su posición epistemológica jurídica. La búsqueda de un derecho "puro", no contaminado por referentes de tipo moral, estructurado de una forma racional kantiana, tenía como telón de fondo su interés de preservar el derecho de las influencias del Nacional socialismo, perspectiva muy explicable en su momento, pero que al ser descontextualizada y asumida sin la adecuada hermenéutica, ha llevado a que el derecho se piense en términos de una ciencia natural y con una perspectiva estrictamente lógica, desde el concepto de una lógica deductiva aristotélica.

---

<sup>7</sup> Cf. KAUFMANN, Artur. Op. Cit. Pág. 64 ss.

Las consecuencias de esta situación han sido entre otras, el especializar y tecnificar excesivamente el derecho, perdiendo de vista una noción sistémica e integral del mismo, al margen de los desarrollos sociales y los contextos particulares en que se desarrolla cada sistema jurídico. En el ámbito de la ética jurídica, esta especialización significó, que la ética jurídica fuese pensada en términos de eficacia procedimental, dejando al margen la interpelación al derecho por parte de situaciones calificadas como "extrajurídicas", es aquí en donde se operó una desafortunada identificación entre la clase de ética y la de filosofía política. En la cotidianidad de la enseñanza del derecho, este fenómeno se tradujo en que cada disciplina jurídica se encerró sobre sí misma, sin la posibilidad de una auto crítica no procedimental o de un diálogo con los referentes y los problemas cotidianos del derecho, en términos de sabiduría popular el "zapatero a tus zapatos", implicó, que el tema de la ética no se tocara en los espacios específicamente disciplinares.

Ante esta situación, y ante la constatación de las dificultades de un curso de ética jurídica separada del currículo, encuentra sentido un llamado a la unidad de las disciplinas jurídicas de cara al carácter sistemático y unitario del derecho. Si se recupera el sentido ético de un currículo del derecho, cada disciplina deberá explicitar su sentido ético y articular sus desarrollos en torno de una ética no sinónima de un moralismo, sino responsable de unos valores que se armonizan y explicitan al unísono con el discurso jurídico. No es posible pensar el derecho de hoy (informático, bioderecho, de la globalización etc.) al margen de un sentido ético de estas realidades.<sup>8</sup>

### **3. Redimensionar el significado de una hermenéutica jurídica**

El término hermenéutica, originado en el nombre del Hermes, personaje de la mitología griega encargado de comunicar los mensajes de los dioses, ha sido asumido de manera especial por

---

<sup>8</sup> Para una aproximación ampliada, diversificada y crítica de la justicia en un mundo secular, véase el magnífico trabajo de Paul Ricoeur "Lo Justo", en el que abre el horizonte de la justicia en una abierta crítica a los formalismos jurídicos. Caparrós Editores. Madrid 1999.

la teología y por el derecho, para referirse a su carácter de ciencias históricas enraizadas en tradiciones y principios que deben ser interpretados. Desafortunadamente en muchos ambientes jurídicos, éste término ha sido asumido en un sentido restringido que desfigura su esencia y carácter, reduciéndolo al simple fenómeno de realización de un silogismo lógico deductivo, en la pretensión de aplicar la ley a un caso concreto, o de precisar el sentido de un pronunciamiento legal o doctrinal.

Desde el aporte inicial de Dilthey, pasando por Husserl y Heidegger y desembocando en Hans George Gadamer, la hermenéutica se funda en la categoría de la historicidad del ser<sup>9</sup>, fenómeno del cual se desprende, que tanto el texto interpretado como el intérprete, son fruto de un contexto histórico. En el contexto del texto existen unos determinantes y se dan unos presupuestos que él no enuncia y sin los cuales no es posible su comprensión cabal, en el plano del intérprete, su acto de comprender está determinado por unas precomprensiones y por unas mediaciones contextuales<sup>10</sup>. Todo este acto comprensivo está directamente orientado hacia una praxis, en términos gadamerianos intervención, la cual dependerá de la forma y contenido de la comprensión.

Una constatación primaria que no requiere de mucha argumentación, nos enfrenta al hecho de que la gran mayoría de nuestras legislaciones, son en mayor o menor medida un ensamble de instituciones jurídicas de muy diverso orden, las cuales al operar en la cotidianidad del derecho conducen a un legalismo formalista, a una pérdida de la seguridad jurídica y, en

---

<sup>9</sup> La obra cumbre de Heidegger "Ser y tiempo", es precisamente aquella en la que esclarece para la filosofía de occidente que no es posible una ontología fuera de la historia, que no existe ser sin tiempo. Una recuperación ontológica de la unidad de la realidad necesariamente debe pasar por estas reflexiones. Véase la edición del Fondo de Cultura Económica de México de 1993, impresa en Bogotá.

<sup>10</sup> Para una comprensión sintética de la propuesta Gadameriana véase Hans George Gadamer ¿Qué es la verdad? En verdad y Método II, Pág. 51 ss. Ediciones Sígueme Salamanca 1992. Para una aproximación completa a la propuesta de Gadamer, véase la misma obra en sus dos volúmenes en la misma editorial.

no pocos casos, a un desprestigio del aparato jurisdiccional del estado.

Redimensionar la hermenéutica jurídica con un sentido ético, significa que el derecho debe ser consciente de que su responsabilidad fundamental de propiciar la justicia es un hecho histórico, y por lo tanto contextualizado en un tiempo y un espacio específicos. En este mismo sentido, se trata de comprender la tradición jurídica en su propio contexto histórico, para hacer de ella un instrumento de iluminación de los propios desarrollos jurídicos y no una fuente de "respuestas mágicas", so pretexto de que una figura jurídica que ha sido eficaz en otro contexto, debe serlo en los mismos términos en cualquier otro.

Evidentemente no se trata "de volver a inventar la rueda", produciendo un derecho absolutamente original al margen de los desarrollos jurídicos de occidente, sino de tener una visión crítica de las instituciones jurídicas que se quieren asumir, en orden a ensamblar un cuerpo legal coherente y eficaz. Esta adecuada comprensión-interpretación de las fuentes jurídicas, tiene un profundo sentido ético, en el sentido de que al ser consecuente con el contexto y coherente en su conjunto, puede ser más responsable de la realidad histórica a la cual debe responder en orden a la justicia.

En no pocos casos, la historia de las instituciones jurídicas en América Latina, ha sido la importación acrítica y desarticulada de principios, instituciones y cuerpos legales de otros contextos, que aunque valiosos en sí mismos, no han sido suficientemente articulados e interpretados de manera responsable con la absoluta particularidad de cada estado, sociedad y problemática particular. Es evidente que la presencia de marcos jurídicos naturalistas, en el sentido menos afortunado del término y de un extremado formalismo jurídico, fruto de una comprensión parcial del positivismo jurídico, están en la base de un derecho articulado de espaldas a la realidad. Esta situación, convoca de manera apremiante a comprender la ética jurídica en función de su responsabilidad histórica de propiciar la justicia para una comunidad concreta situada en un tiempo y en un espacio precisos.

En conclusión, la ética jurídica, debe ser primariamente reconocida no como un apéndice del mundo del derecho sino como una forma de comprender el quehacer jurídico, este ejercicio implicará una clarificación de su especificidad y relaciones con la moral en el sentido consensuado por la tradición ética contemporánea. Desde el supuesto de un entendimiento de la ética jurídica como una reflexión crítica sobre el ser y quehacer del abogado y del derecho en función de la justicia, la formación ética deberá conducir a que el profesional del derecho maneje unos referentes (principios, criterios, valores, etc.), que le permitan una más cualificada toma de decisiones en el mundo de la vida.

Todo intento de hacer de la ética una manera de comprender el derecho, deberá redundar en que cada una de las disciplinas jurídicas se comprenda a sí misma en su sentido ético; este propósito, que se verá notoriamente beneficiado, en la medida en que el derecho se reconozca desde una perspectiva hermenéutica, que asumiendo críticamente la tradición, sea más consciente y responsable de su contexto particular de gestión a fin de propiciar la justicia en su sentido más puramente antropológico y político.



# **ACTUALIDAD URGENTE DE LA TEORÍA POLÍTICA DE RAWLS**

*Javier Flax*

Profesor de Filosofía del Derecho y Ética Pública de la  
Universidad Nacional de General Sarmiento y de Metodología de  
las Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires



A la memoria de Enrique Marí,  
maestro y amigo.

## **1. Introducción: la validez y pertinencia de la teoría Rawls como concepción política**

### **1.1. La tensión entre liberalismo y democracia**

Lejos de proporcionar el final, la solución racional al problema de la justicia -que en la democracia moderna está condenada a permanecer como una pregunta permanente y sin resolver-, la justicia como equidad es sólo una de las posibles interpretaciones de los principios de igualdad y libertad. Por cierto que es una interpretación progresista y que en el contexto de la reafirmación agresiva del neoliberalismo y sus ataques a los derechos del bienestar y a la ampliación del campo de la igualdad, las intenciones de Rawls son encomiables. Pero deben verse como una intervención en un debate en curso y no pueden aspirar a un estatus privilegiado con respecto a otras interpretaciones más o menos radicales.<sup>1</sup>

Antes de comenzar una indagación sobre la pertinencia del pensamiento rawlsiano, uno debería preguntarse si aún tiene sentido preguntarse por los principios que fundaron la democracia moderna y posibilitaron el acceso de los pueblos del mundo a mayores niveles de bienestar. Libertad, igualdad, fraternidad son las denominaciones que la primera etapa de la Revolución Francesa le dio a lo que actualmente se denominan derechos de primera, segunda y tercera generación. Lamentablemente, los derechos de segunda generación -los derechos sociales- están en franco retroceso, hasta el punto de poner en peligro los derechos de primera generación. Sin una equidad elemental no es posible ejercer la libertad; con toda claridad lo plantearon Rousseau y Alexis de Tocqueville. Precisamente, de Tocqueville en La democracia en América se pregunta de manera profética:

¿Sería acaso sensato creer que un movimiento social que nos viene de tan atrás podría ser interrumpido por el esfuerzo de una generación? ¿Es que después de haber destruido el feudalismo y vencido a los reyes retrocederá la democracia ante los burgueses y los ricos?<sup>2</sup>

Como es sabido, de Tocqueville confiaba en el avance incontenible del igualitarismo democrático y su preocupación era que el avance de la igualdad condujera al sometimiento de las libertades y el consecuente despotismo. Sin embargo, el propio de Tocqueville previó el fenómeno de polarización social que puede acompañar a la industrialización:

A medida que la masa de la nación se inclina hacia la democracia, la clase particular que se ocupa de la industria se vuelve más aristocrática (...) Las pequeñas sociedades aristocráticas que forman ciertas industrias en medio de la inmensa democracia de nuestros días, albergan en su seno, igual que las grandes sociedades aristocráticas de los tiempos antiguos, algunos potentados y una multitud de hombres pobres.<sup>3</sup>

De este modo, Alexis de Tocqueville preveía el conflicto que podría producirse entre la democracia y el capitalismo.<sup>4</sup> Esa tensión se acentúa actualmente con el avance irrefrenable del proceso de globalización, en la medida en que las nuevas formas de acumulación y las nuevas tecnologías conducen a una creciente exclusión, revirtiendo la tendencia histórica hacia una mayor justicia que lograron los movimientos sociales de los últimos 150 años. En este contexto, parece claro que se requieren instancias jurídicas sustantivas que protejan a los que quedan excluidos, sean persona, regiones o países. A treinta años de la publicación de su Teoría de la justicia, la concepción de la justicia como imparcialidad de John Rawls se vuelve una construcción teórica fecunda para sustentar reglas de compensación que garanticen a las personas el acceso a igual libertad y posibiliten, a la vez, la estabilidad social, ambos en situación de riesgo.

Como punto de partida, presentaremos algunas líneas de la lectura que realiza Chantal Mouffe de la teoría de la justicia de Rawls, a la cual califica como filosofía política sin política.

Atribuye a la concepción de Rawls asumir la pretensión de "autofundación" de la Ilustración, sin la ambición de la "autoafirmación".<sup>5</sup> Desde esta perspectiva, la concepción de Rawls tendría pretensiones meramente epistemológicas carentes de la efectividad política que se expresa en el ejercicio de la voluntad que decide. En otras palabras, la concepción de Rawls pecaría del intelectualismo que cae en la ilusión de suponer que el acceso intelectual a las ideas es suficiente para orientar la práctica. Rawls estaría abandonando la dimensión política marcada por la conflictividad antagonica.

Chantal Mouffe, sin embargo, valora positivamente el pluralismo democrático de Rawls, en tanto prioriza el marco normativo del derecho sobre la afirmación de tal o cual concepción del bien. Pero hay un límite a ese pluralismo y ese límite es el que distingue al amigo del enemigo, es decir, el que instala la distinción política fundamental que Mouffe recupera de Carl Schmitt.<sup>6</sup> Es en ese sentido que Mouffe pretende volver a delimitar el campo para marcar una línea política clara que divida las aguas entre quienes pretenden seguir sosteniendo la democracia y los valores que supone y quienes se convierten en sus enemigos. De un lado de la línea está la democracia y un pluralismo que incluye como adversarios a quienes piensan diferente, pero excluye como enemigos a quienes sostienen prácticas o concepciones que conducen deliberadamente al aumento de las desigualdades y de la marginación social.

Cada vez se hace más evidente que la conjunción entre el liberalismo y democracia padece de un desbalance. Para Mouffe hay que trazar la línea política para recrear la identidad democrática en el contexto de un estado liberal que "aumenta la marginación de grupos enteros que se sienten cada vez más excluidos de la comunidad política."<sup>7</sup>

## **1.2.Hacia una supralegalidad construida**

Lo que no expresa explícitamente Chantal Mouffe es que esa línea demarcatoria se traza precisamente a través de principios normativos. Al objetar la supuesta reducción que haría Rawls de lo político a lo jurídico, su planteo -aunque desde la izquierda democrática- corre el riesgo de incurrir en el mismo exceso de

Schmitt: reducir lo jurídico a lo político, sosteniendo así un positivismo decisionista.

No debemos perder de vista las limitaciones que presenta el derecho positivo en sus versiones más difundidas: el positivismo normativista y el positivismo decisionista. Para ambos la validez de las normas depende de que hayan sido puestas o sancionadas por una instancia autorizada. El formalismo jurídico no se hace cargo de los contenidos normativos o aspectos sustantivos de las normas. Es en este punto que se requiere el establecimiento de derechos fundamentales que sustenten la estructura normativa fundamental de una sociedad y valgan, a la vez, como criterios últimos para dirimir los conflictos normativos que habitualmente se expresan políticamente. La mera legalidad formal -fundada en instancias últimas hipotéticas, ficticias o decididas- es insuficiente y puede avalar las peores injusticias si no se apoya en instancias supralegales. Prueba de ello es que alguna vez la esclavitud fue legal y hubo dictaduras sangrientas que accedieron legalmente al poder.

En estos tiempos de exclusión y de retirada del Estado, cotidianamente se producen situaciones conflictivas en las cuales los sectores dominantes pretenden poner de su lado al aparato estatal para aumentar la concentración económica o para reprimir sus consecuencias. Se pretende, por ejemplo, que el Estado recurra a la violencia para reprimir las manifestaciones no violentas de aquellos que perdieron todo y cortan las calles para hacerse escuchar.

Esta realidad exige que esté muy clara la supra legalidad que sustenta la estructura básica de la sociedad y sus instituciones fundamentales. Exige también que los principios de justicia estén suficientemente aclarados y presentes en la memoria colectiva. En este contexto, la teoría de la justicia de Rawls brinda un aporte que merece ser tenido en cuenta seriamente. En ese sentido, los debates académicos deben exceder los juegos retóricos para atender los intereses generalizables.

La supralegalidad no puede sostenerse ya en principios últimos intuitivos o creídos. Caídos los fundamentos, la racionalidad deductiva no puede fundamentar los principios,

porque como tales no son deducibles. Cuando la racionalidad deductiva tiene esa pretensión incurre en el Trilema de Fries, también llamado Trilema de Münchhausen por Hans Albert en su Tratado sobre la razón práctica. Este trilema expresa que cuando se trata de principios, o bien se incurre en una fundamentación circular, o bien se produce un regreso al infinito en la cadena deductiva, o bien se detiene la cadena en una instancia decidida. Frente a estas dificultades de la racionalidad arquimédico –deductiva- que busca un punto de apoyo en el cual sostener el universo normativo, se abre el camino de las concepciones constructivistas e institucionalistas que posibilitan la construcción de principios de justicia sin incurrir en fundamentos pseudointuidos ni en falacias naturalistas. Estas concepciones posibilitan, a la vez, el reconocimiento intersubjetiva -en el sentido de su libre aceptación- de los principios que sostienen una sociedad justa y libre.

El aporte a la discusión que intentaremos pasar por realizar una lectura del pensamiento de Rawls ligándolo a aquellos autores clásicos que reconoce como antecedente: Rousseau, Hume y Kant. Rousseau constituye el antecedente de la construcción reflexiva de un contrato normativo hipotético que pone límites a la desigualdad. Hume, por su parte, permite comprender que las leyes fundamentales de una teoría de la justicia son el resultado de la reconstrucción reflexiva de lo construido empíricamente en la interacción social en el ámbito de la cultura pública. Pero las ni las instituciones construidas en las prácticas sociales ni el contrato social son suficientes. Se requiere buscar la coherencia del conjunto a través de un equilibrio reflexivo que vincule el contrato normativo con los juicios formales y materiales de la cultura pública. El principio de publicidad kantiano servirá para articular los diferentes momentos de la construcción normativa.

El objetivo será exhibir la coherencia, validez y pertinencia de la metodología, mediante la cual se traza una línea divisoria de aguas entre aquellos bienes o valores aceptables desde los principios de justicia y aquellos valores que quedan afuera. Desde esta perspectiva, Rawls traza una demarcación con efectividad práctica y, en ese sentido, su teoría de la justicia es política, no metafísica, ni meramente epistemológica.

## **2. Rousseau, antecedente de Rawls**

En este apartado nos referiremos a algunos elementos de la teoría política de Jean Jaques Rousseau, porque nos parecen relevantes para la comprensión de la teoría de la justicia de Rawls, quien se refiere a Rousseau como uno de sus más importantes antecedentes.<sup>8</sup> Por supuesto, Rawls no sigue a Rousseau al pie de la letra, en la medida en que pretende conjugar la libertad de los antiguos -o autonomía política- con el liberalismo -o autonomía del individuo-. De todos modos, es indudable que el concepto de contrato social, tal cual es elaborado por Rousseau, la crítica a la construcción arbitraria del estado de naturaleza por parte de los autores iusnaturalistas, el concepto de voluntad general, el método mediante el cual deben tomarse las decisiones legislativas, la función de la economía política, etc., etc. son retomados y perfeccionados por Rawls, aunque éste no lo explicita.

### **2.1.El estado de naturaleza como construcción conceptual hipotética**

En primer lugar, Rousseau pone de manifiesto que el estado de naturaleza es una construcción conceptual hipotética. Es un crítico del contractualismo iusnaturalista precedente en la medida en que pone de manifiesto el abuso conceptual que supone describir un estado de naturaleza a la medida de sus necesidades teóricas e ideológicas. Hobbes necesita asimilar el estado de naturaleza al estado de guerra para poder justificar un pacto de sujeción. Locke describe al estado de naturaleza como un estado en el cual los sujetos gozan ya del derecho de propiedad y realizan contratos comerciales para poder fundamentar una teoría de la propiedad absoluta. Rousseau, en cambio, procede de acuerdo a una metodología rigurosa.<sup>9</sup>

Todos los filósofos que han examinado los fundamentos de la sociedad han sentido la necesidad de elevarse hasta el estado de naturaleza, pero ninguno de ellos ha llegado hasta él (...) Hablando todos sin cesar de necesidad, avaricia, opresión, deseos y orgullo, han llevado al estado de naturaleza ideas que habían tomado en la sociedad. Hablaban del hombre salvaje y

describían al hombre civil (...) " (Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, Preámbulo)

El concepto rawlsiano de "la posición original" se vuelve más abstracto y se desvincula del concepto de estado de naturaleza, pero Rousseau también construye el estado de naturaleza como una ficción:

No es preciso tomar las investigaciones en que se puede entrar a este propósito por verdades históricas, sino solamente por razonamientos hipotéticos y condicionales, más a propósito para aclarar la naturaleza de las cosas que para enseñar el verdadero origen, como lo hacen todos los días nuestros físicos acerca de la formación del mundo (Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, preámbulo.)

## **2.2. Del pacto inválido al contrato social**

Las críticas de Rousseau al contractualismo ius naturalista tienen como blanco privilegiado a la teoría política hobbesiana, sustentadora del decisionismo absolutista. Las críticas de Rousseau a Hobbes, ponen de manifiesto que si es necesaria una instancia final para dirimir la conflictividad social, ésta no puede ser la de un personaje que ejerza el poder de un modo concentrado. Por eso denuncia el pacto inválido, concebido como pacto histórico y realizado como instrumento de dominación.

"Si seguimos el progreso de la desigualdad en estas diferentes evoluciones, -dice Rousseau- hallaremos que (...) la condición de rico o pobre fue autorizada por la primera época; la de poderoso o débil por la segunda; y por la tercera, la de señor y esclavo, que es el último grado de la desigualdad y término a que llegan los demás, hasta que nuevas revoluciones disuelvan de repente el gobierno o le aproximen a la institución legítima" (Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres.)

Como vemos, el segundo Discurso ya prevé otro tipo de contrato, un contrato ideal que servirá como criterio de legitimidad de las leyes y de los gobiernos. Este contrato es el gran invento del Contrato social o principios del derecho político.

Por este contrato ideal, el poder debe subordinarse al derecho y el gobernante a las leyes.

El resultado de este contrato será el cuerpo político, el yo común, cuya voluntad general constituye su soberanía (cf. L.I. cap. VI.) De esta manera, la obligación no se funda en el principio despótico del temor, sino en la autonomía: no obedezco como súbdito sino lo que yo mismo legislo como soberano mediante la voluntad general. ¿Y cuál es el objeto de la voluntad general? El interés general, la libertad y la igualdad de todos los miembros de la comunidad. El principio o motor de la República es la virtud y ser virtuoso significa buscar el interés general para reparar las injusticias:

Si se indaga -dice Rousseau- en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, el cual debe constituir el fin de todo sistema de legislación, se encontrará que se reduce a dos objetos principales: la libertad y la igualdad. La libertad, porque toda dependencia particular es fuerza que se resta al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella.

### **2.3. De la desigualdad artificial a las políticas compensatorias**

Rousseau comprende que el progreso en las artes y las ciencias, el crecimiento económico, el comercio y la consecuente desigualdad social son procesos irreversibles. Es por ello que la política debe tener por objeto equilibrar los efectos indeseables del progreso. "Ningún ciudadano debe ser lo bastante pobre como para verse obligado a venderse" (Contrato. L. II, cap. XI). El objetivo del legislador y del gobierno debe ser atemperar la desigualdad:

Esta igualdad, dicen, es una quimera especulativa que no puede existir en la práctica. Pero si el abuso es inevitable, ¿quiere decir que no se deba reglamentarlo? Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe tender a mantenerla." (Contrato, L. II, cap. XI.)

Será en el "Discurso sobre la economía política", artículo anterior al Contrato, escrito para la Enciclopedia, donde establecerá Rousseau -siguiendo en esto nuevamente a Montesquieu- cómo es posible lograr que no haya ricos tan ricos, ni pobres tan pobres. La solución la hallará en la limitación del derecho de propiedad mediante lo que hoy denominamos impuestos progresivos a la renta. No serán muy diferentes las intenciones que conducen a Rawls a sostener el "principio de la diferencia" en su Teoría de la justicia.<sup>10</sup>

## **2.4. La imparcialidad en Rousseau**

Quiero, por último, plantear uno de los tantos problemas relevantes para los propósitos de este trabajo que aparecen en la teoría política rousseauiana. Se trata de su concepción de la imparcialidad y de los partidos. Si la voluntad general es formal, resulta un problema determinar el contenido normativo de las leyes. Para Rousseau este contenido es determinado por la votación, pero no por una simple regla de la mayoría. En la votación no se pregunta al votante si esa ley le conviene o no, lo cual sería apelar a su interés particular, sino que se le pregunta si esa ley es acorde con el interés general.<sup>11</sup> La voluntad general es la voluntad que quiere el interés general. Cada uno la expresa en la medida en que procura el interés general en detrimento de intereses particulares. Rousseau introduce la diferencia actitudinal del ciudadano respecto del burgués. Para asumir la perspectiva del ciudadano, propone un método sobre el cual se inspiró sin duda "el velo de la ignorancia" con el que John Rawls pretende hallar los principios de justicia. El procedimiento de Rousseau es el siguiente:

Sí, cuando el pueblo, suficientemente informado, delibera, no tuvieran los ciudadanos ninguna comunicación entre ellos, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general, y la deliberación sería siempre buena. (Contrato L. II, cap. III.)

Pero cuando se forman facciones, asociaciones parciales a expensas de la grande, la voluntad de cada una de esas asociaciones resulta general con relación a sus miembros, y particular con relación al Estado. (Contrato, L. II cap. III.)

Por supuesto, uno puede preguntarse si las facciones en la asamblea surgen exclusivamente por la defensa de intereses sectoriales, y si las diferencias no pueden aparecer también por discrepancias en la comprensión de cuál sea la voluntad general, que al fin y al cabo es formal e intencional. Hay que reconocer que Rousseau posibilita esa lectura autoritaria.<sup>12</sup> Pero el propio Rousseau deja abierta la puerta a la teoría política de pluralismo democrático, para la cual la conflictividad política no es un sinónimo de la destrucción de la República, sino la realidad del equilibrio inestable de las democracias a gran escala.

Para tener el verdadero enunciado de la voluntad general, importa que no haya sociedad particular dentro del Estado, y que cada ciudadano opine por sí mismo. Tal fue la única y sublime institución del gran Licurgo. [Pero] Si hay tales asociaciones particulares, es preciso multiplicar su número y evitar su desigualdad, como hicieron Salón, Numa y Servio. (Contrato, L. II, cap. III.)

Este será el camino que seguirán las democracias a gran escala o poliárquías, sobre las cuales se ocupará de Tocqueville en La democracia en América: sólo el juego político de las asociaciones entre sí podrá afianzar la igualdad. Sólo la fortaleza de las asociaciones podrá garantizar la libertad frente al despotismo de los Estados autoritarios. No es casual, entonces, que Robert Dahl comience Los dilemas del pluralismo democrático. (Autonomía versus control) con sendos epígrafes de Rousseau y de Tocqueville.<sup>13</sup> La teoría de la justicia de Rawls, como veremos, se orienta en el mismo sentido y afronta los problemas que plantea la teoría política rousseauiana: conjugar la imparcialidad de la voluntad general con el pluralismo, con el objeto de garantizar la libertad y la igualdad.

### **3. Primera instancia del método rawlsiano: la construcción de los principios de justicia en la posición original**

Siguiendo la tradición iniciada por Rousseau y seguida por Kant, para Rawls la obligación política sólo puede sostenerse en la medida en que tenga su origen en la autonomía política. La obediencia no es la obediencia a una voluntad que se impone

por su poder, sino que es la obediencia a las leyes autoimpuestas. Es por eso que si se requiere un uso coercitivo del poder político, este se justifica si se realiza de acuerdo con una Constitución,<sup>14</sup> pero la Constitución no puede ser meramente el resultado de un compromiso fruto de una negociación en la que se sostienen intereses no públicos. Esto supone una imposición de aquel que se halla en mejores condiciones para negociar y esto genera una Constitución frágil e inestable, en la medida en que la obligación resultante será desobedecida cuando cambien las condiciones de fuerza. Ese orden será un orden inestable que dependerá de los vaivenes políticos o de la capacidad que tenga la mayoría para ejercer la coerción en una sociedad dividida.

El único modo de instalar una convivencia estable es mediante el establecimiento de un orden basado en una asociación política fundada sobre principios fuertes, cuya fundamentación sea aceptable por todos los participantes. En ese sentido, tampoco el positivismo decisionista reivindicado por Chantal Mouffe resulta adecuado. En otras palabras, se requiere como fundamento estable de la obligación una razón compartida públicamente, a la manera de la imaginada por Rousseau en El contrato social. Este neocontractualismo de Rawls intentará no ya explicar la institución del Estado, sino se propondrá la construcción de los principios básicos de justicia que constituyen la estructura básica constitucional. Para ello recurrirá a la ficción de la posición original que se distingue claramente de un punto de partida arquimédico-deductivo:

El acuerdo entre las partes en la posición original no es una de esas llamadas elecciones "radicales": esto es, una elección no basada en razones, una elección que simplemente fija, mediante un puro fiat, por así decirlo, el esquema de razones que, como ciudadanos hemos de reconocer, al menos hasta que se haya hecho otra elección. La noción de elección radical, corrientemente asociada a Nietzsche y a los existencialistas, no tiene lugar alguno en la concepción de la justicia como equidad.<sup>15</sup>

Desde que se publicó la Teoría de la justicia se abrió un intenso debate sobre la construcción del contrato mediante el recurso a la posición original que dio lugar a infinidad de

discusiones y publicaciones referidas, incluso, a la necesidad o no de la posición original dentro de la teoría. Pero en la medida en que consideramos que la metodología a la que recurre Rawls requiere del ajuste recíproco mediante el equilibrio reflexivo, consideramos que la construcción del contrato en la posición original, en tanto instancia crítica de la razón pública, es un elemento necesario de la teoría.<sup>16</sup>

No realizaremos una exposición pormenorizada de la posición original ni expondremos los ajustes realizados por Rawls a través del tiempo, sino que apuntaremos a algunas cuestiones relevantes para nuestra argumentación, especialmente, veremos cómo las decisiones en la posición original, a pesar del "velo de ignorancia", suponen criterios o juicios que requieren ser justificados. Esto, que suscita tantas críticas, se explicará mediante el recurso a los juicios bien madurados de la cultura pública. Lejos de incurrir en un círculo lógico, Rawls construirá un ensamble recíproco mediante en el equilibrio reflexivo entre la construcción contractual de la posición original y la reconstrucción de los juicios de la cultura pública.

Como sabemos, en la construcción del contrato en la posición original, Rawls recurre a la teoría de los juegos para la toma básica de decisiones. Pero mediante el recurso al "velo de ignorancia" limita la información disponible en cuanto al posicionamiento de los actores en el juego social. En ese sentido, ese déficit de información garantiza la imparcialidad de quien decide en tanto su decisión se realiza bajo la incertidumbre mencionada. Otra condición es que la elección de las reglas fundamentales del juego social se realice de manera unánime, para evitar la formación de grupos o lobbies que persigan privilegios.

Los actores son concebidos como egoístas limitados para escapar a las antropologías que conciben al hombre como un ser codicioso o como un ser naturalmente social. Estos hombres buscan una cooperación en la cual las cargas y las ventajas de la asociación estén equitativamente distribuidas. Para ello realizarán una distribución de los bienes primarios a través de la elección unánime de los principios de justicia, de manera tal que

cada uno pueda posteriormente buscar sus propios fines, respetando las reglas básicas de justicia.

Para elegir los principios de justicia, Rawls realiza un relevamiento exhaustivo de principios posibles, recurriendo a los principios propuestos por concepciones utilitaristas e intuicionistas. Pero, a la vez, establece que estos principios deben cumplir con cinco condiciones formales, dadas por supuestas, que requerirán ser explicadas:

1. Deben ser generales por su forma.
2. Deben ser universalmente aplicados.
3. Deben ser públicamente conocidos.
4. Deben regular las pretensiones competitivas.
5. Deben constituir una instancia última de apelación.

La determinación de estos juicios bien meditados formales como criterio para la elección de los principios elimina aquellos principios que no satisfacen esas condiciones.

Rawls agrega otro criterio que permitirá distinguir los principios válidos: la regla mediante la cual se tomará la decisión sobre la distribución de los bienes primarios será la regla maximin que prescribe minimizar los inconvenientes de la situación más desfavorable, en tanto la elección constitucional es una decisión bajo incertidumbre.<sup>17</sup> Esta regla permite garantizar un mínimo más elevado de bienes primarios a aquellos miembros de la sociedad que estén peor posicionados. El resultado será la formulación de los principios de justicia.

Los principios de justicia que establecen las reglas de la estructura básica de la sociedad tienen varias enunciaciones en la propia Teoría de la justicia.<sup>18</sup> Un enunciado general que los incluye expresa:

Todos los bienes sociales primarios -libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo-, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados.<sup>19</sup>

Posteriormente, fueron reformulados y dieron lugar a un diálogo enriquecedor sobre qué bienes deben considerarse primarios, sobre si el segundo principio o principio de la diferencia debe considerarse una esencia constitucional o no, etc. Estas discusiones merecen un detenido examen que nos apartaría de nuestro objetivo. Sencillamente nos haremos eco de algunas objeciones metodológicas sobre los supuestos de la elección de los principios de justicia en la posición originaria.

Entre las objeciones que se realizan a la original position, nos interesa aquellas referidas a las insuficiencias de la fundamentación rawlsiana. Entre ellas, las hay de diferentes tipos. Las referidas a juicios bien meditados formales y las referidas a juicios bien meditados materiales. Las primeras se refieren a las condiciones formales, las cuales valen como criterios de validez de los principios, pero no están a su vez justificadas. En ese sentido, serían irracionales desde una perspectiva deductivista. Entre las segundas se hallaría, por ejemplo, la que se refiere a la elección de la regla maximin y las consecuencias que se siguen de la misma.

Frente a esto hay dos posiciones extremas que ponen el acento o bien en los juicios ponderados materiales, o bien en los formales.<sup>20</sup> En el primer caso, toda la construcción de la posición original es considerada una táctica para justificar los juicios ponderados materiales y en ese sentido, se trataría de una construcción ideológica.

La otra alternativa supone interpretar la construcción de la posición original desde una justicia procedimental pura en la cual sólo tuvieran lugar las condiciones formales. De acuerdo con ésta, la cualidad normativa del procedimiento elegido se traslada al resultado. Por lo tanto la corrección de los principios se sustentará en la corrección del procedimiento. Podemos adelantar que ambas posiciones son visiones unilaterales de la concepción de Rawls, y en consecuencia son incorrectas. En consecuencia, habría que preguntarse cómo se llega efectivamente a la posición original sin caer en el intuitivismo o en un vacío formalismo. Para ello recurriremos al método complementario del equilibrio reflexivo.

#### **4. La segunda instancia del método rawlsiano: la coherencia del universo normativo a través del equilibrio reflexivo entre la posición original y los juicios bien meditados**

La respuesta ya se puede entrever en la misma Teoría de la justicia cuando Rawls enuncia la metodología del equilibrio reflexivo. Ante una mirada desatenta, puede parecer que los principios de justicia -en tanto no se deducen de intuiciones evidentes y son el resultado de una construcción- obtienen su validez del mero procedimiento. Pero el procedimiento ya supone algunas elecciones. Y estas elecciones, entonces, requieren ser justificadas.<sup>21</sup> Desde una perspectiva deductivista, esto significaría incurrir en una argumentación circular. Pero más bien se trata de un ensamble en el cual unos elementos apuntalan a los restantes.

El equilibrio reflexivo es aquel que surgiría al confrontar los principios hallados en la posición original con los juicios sostenidos actualmente, especialmente con aquellas convicciones bien meditadas. También considera Rawls la posibilidad de ampliar este equilibrio confrontando los principios con los juicios de las diferentes concepciones filosóficas.

De lo que se trata, entonces, es de encontrar la coherencia de conjunto confrontando los principios con los juicios bien madurados de las concepciones de nuestra cultura, pero en la medida en que ello no ocurre hay que proceder a sucesivos ajustes.

Una concepción de la justicia no puede ser deducida de premisas evidentes o de condiciones sobre principios; por el contrario, su justificación es cuestión del mutuo apoyo de muchas consideraciones y de que todo se ajuste conjuntamente en una visión coherente.<sup>22</sup>

Es un dato el hecho de que tenemos juicios morales.<sup>23</sup> Pero debemos distinguir nuestros juicios cotidianos de aquellos que Rawls denomina *considered judgements* o juicios bien meditados. Estos son aquellos no guiados por intereses personales, no emitidos en estado de agitación y que poseen firmeza. Sin embargo, aun estos juicios pueden ser erróneos, de

allí la necesidad de someterlos a la reflexión crítica. Algunos resistirán, otros deberán ser revisados o descartados.

Ahora bien, entre los considered judgements los hay materiales y formales. Mientras los materiales son valorativos de acciones, situaciones o instituciones, los formales son aquellos que más arriba denominamos "condiciones formales", y consisten en propiedades de los juicios materiales, por ejemplo, la universalidad o la publicidad. Se supone que son las condiciones formales las que fijan los procedimientos en la posición original, y de ella surgirán los principios básicos que permitirán revisar nuestros considered judgements materiales. La construcción de la posición original posibilita un modo de establecer una metodología compartida para la reflexión crítica, aunque no se pretende exclusiva. El problema es que no se trata de una especie de ecuación donde hay una variable fija, sino que todas las variables son susceptibles de modificación. Entonces no hay elementos que permitan establecer desde dónde realizar el ajuste del conjunto, en tanto no hay cómo determinar los "puntos fijos" porque no hay fundamentos inamovibles, sino fundamentos falibles resultantes del propio equilibrio reflexivo. Es por ello que Rawls admite que se trata de un equilibrio inestable. Prueba de ello es la dificultad para alcanzar un acuerdo sobre la justicia distributiva.

## **5. Reconstructivismo y constructivismo: la acción recíproca entre la cultura pública y el contrato**

Será en obras anteriores y posteriores a la Teoría de la justicia donde hallaremos una reivindicación explícita del constructivismo, el cual es en gran medida un reconstructivismo, en tanto la construcción deberá concebirse como una reconstrucción de aquellos juicios bien considerados formales y materiales inscriptos en la cultura pública.

El procedimiento que supone la posición original, especialmente la imparcialidad en la toma de decisiones que apareja el "velo de la ignorancia", no supone una creación ex nihilo, sino que se parte de elementos construidos previamente en el contexto de la cultura política del pluralismo democrático. Esto ya resulta absolutamente claro en la Nota 14 de "Justice as

Fairness, Political not Metaphysical" donde Rawls admite que en la Teoría de la justicia no se aclaró que las ideas básicas de la justicia como equidad se hallan implícitas en la cultura pública.

Si bien en "El constructivismo kantiano en teoría moral" se ocupa de aclarar que su concepción es kantiana por la prioridad de lo recto sobre lo bueno y parla concepción de autonomía moral de la persona, ello no significa que suscriba la epistemología kantiana, ni la metafísica supuesta en su concepción de persona, ni seguramente el apriorismo en general. Es por ello que sugiere en la Nota 2 de "Justice as Fairness, Political, not Metaphysical" que su artículo se hubiera prestado a menos confusiones si se hubiera denominado "Kantian Constructivism in Political Philosophy". Ahora bien, sostener que las ideas básicas de la justicia como equidad se hallan implícitas en la cultura no debe confundirse con una tesis psicológica, sociológica o histórica. Creo entender que con esta afirmación Rawls quiere significar que por el hecho de hallarse implícitas en la cultura no deben ser relativizadas. Pero, también afirma en diferentes lugares que no corresponden a principios evidentes captados intuitivamente y meramente reconocidos en la cultura. Creo que si esta cuestión tiene alguna respuesta es en la propia concepción sostenida por Rawls antes de su Teoría de la justicia en "Two Concepts of Rules", donde la obligación es fundamentada de una manera claramente humeana. Sin embargo, en la Teoría de la justicia pueden observarse elementos claramente humeanos, cuando Rawls se refiere al desarrollo del sentido de justicia o cuando afirma que:

Es obviamente imposible desarrollar una teoría sustantiva de la justicia que se funde únicamente en verdades de la lógica y en definiciones. El análisis de los conceptos morales y el concepto a priori, por más que sean entendidos tradicionalmente, son una base demasiado restringida. La teoría moral debe tener libertad de utilizar, a su gusto, supuestos contingentes y hechos generales. No hay otra manera de dar una explicación a nuestros juicios meditados en el equilibrio reflexivo.<sup>24</sup>

En otras palabras, los considered judgement materiales e incluso los considered judgement formales en la posición original pueden considerarse resultados del aprendizaje en la propia interacción social, con lo cual resulta innecesario incluir

intuiciones en el sentido de captaciones inmediatas evidentes. En todo caso, se trata del resultado de un aprendizaje en una interacción que pierde su contingencia en la medida en que los juicios bien meditados resultantes se convierten en reglas constitutivas de la propia interacción social.

## **6. El aporte humeano: la institución de las reglas de la estructura básica de la sociedad**

Como expusimos en un artículo anterior<sup>25</sup>, la teoría de la justicia de David Hume constituye precisamente un modo válido de fundamentar la obligación a partir de los hechos, aunque no de cualesquiera hechos, sino de aquellos que luego John Searle denominará "hechos institucionales" en Actos del habla o en "Cómo derivar el "debe" del "es"". El sistema de reglas humeano se funda en instituciones en tanto modelos de acciones a seguir, y los contratos, incluido el contrato social, suponen a las instituciones, primordialmente, a la institución de la promesa. Entre estas reglas como instituciones hay tres normas fundamentales necesarias para cualquier sociedad: la estabilización de las posesiones, la transferencia de la propiedad mediante el consentimiento y el cumplimiento de las promesas.<sup>26</sup> Las tres constituyen para Hume la condición de posibilidad de toda sociedad, pero lejos de ser anteriores a ella, se fueron constituyendo con la misma sociedad para enfrentar los inconvenientes que apareja la escasez y el autointerés. Es precisamente la construcción de estas reglas la que nos brinda la clave para comprender cómo se puede gestar la obligación sin necesidad de postular supuestos valores previos ni leyes naturales evidentes. En otras palabras, la comprensión de la génesis de estas reglas nos permite ver cómo el debe se puede derivar del es sin necesidad de suponer una premisa mayor normativa y sin incurrir en una falacia deductiva, ni en otras consecuencias mucho más indeseables y opresivas que la inconsistencia lógica. Si las reglas fundamentales son construidas mediante la interacción social como lo es el mismo lenguaje, lo que hace Hume es realizar una reconstrucción de ese proceso.

Hume constituye, sin dudas, un antecedente de Rawls. Esto puede observarse en "Two Concepts of Rules".<sup>27</sup> Allí los

conceptos humanos le servirán para separar la justificación de una acción particular -a la que apuntan las críticas antiutilitaristas- de la justificación de las reglas que posibilitan la coordinación social. Rawls distinguirá las reglas sumarias o generalizaciones (cuya validez se sustenta más en la vigencia contingente de la experiencia) de las reglas en tanto prácticas, constitutivas de los juegos sociales. Estas reglas se generan originariamente en actividades que sedimentan como prácticas que definen esas reglas. El propio concepto de práctica exhibe cómo de la descripción de una acción se pasa a la definición de una regla y a la puesta en vigor de su obligatoriedad, en la medida en que define un sistema sin el cual sería imposible coordinar los movimientos de los actores.<sup>28</sup> Las normas fundamentales de la teoría de la justicia de Hume son un claro ejemplo de esta concepción de reglas constitutivas. Por supuesto, el otro tipo de reglas tiene lugar en la concepción humana. Pero mientras unas definen el sistema de justicia como una suerte de metanormas, las otras le otorgan el contenido normativo con la especificidad cultural de cada caso. De todos modos, la influencia de Hume también alcanza a la concepción rawlsiana de la justicia, como lo expone claramente Samuel Freeman.<sup>29</sup>

En "Justice as Fairness, Political not Metaphysical" resulta interesante el desarrollo del concepto claramente humano de cooperación.<sup>30</sup> Allí Rawls distingue la actividad meramente coordinada, como puede serlo aquella dispuesta mediante las órdenes emanadas de una autoridad, de la acción cooperativa. La cooperación supone compartir una razón pública traducida en referencias públicamente reconocidas y prácticas culturalmente compartidas, debido a las cuales la acción social se halla motivada de una manera autónoma. Siguiendo a Hume, podríamos decir que la acción social no requiere una autoridad que obligue, sino que la obligación surge de las mismas prácticas sociales. Es, como también piensa Hume, en esas prácticas donde se constituyen las reglas sociales y en las cuales se aprende también la reciprocidad, de acuerdo con la cual todos los miembros de la sociedad tienen que cumplir con su parte del acuerdo. Es humana, incluso, la idea de ventaja racional que supone la cooperación.

Resulta claro que los términos de la cooperación no surgen de una captación intuitiva de verdades intemporales. El orden moral no es previo a la relación asociativa, sino que surge de las mismas motivaciones que impulsan la asociación, a saber, poder lograr cada cual su ideal de bien (ámbito de lo racional), para lo cual entra en la relación cooperativa con todas las ventajas que ella trae aparejadas (ámbito de lo razonable) para poder así alcanzar las condiciones para realizar el bien.<sup>31</sup>

Para el liberal Hume, las instituciones se van modelando espontáneamente en las prácticas sociales que sedimentan en la cultura pública, sin necesidad de un contrato normativo. Las tres leyes fundamentales de su teoría de la justicia son el resultado de una reconstrucción reflexiva de lo construido empíricamente en la interacción social. Para el igualitarista Rousseau, la sociedad conduce a una desigualdad cada vez más pronunciada si no se establece un contrato normativo que ponga límites a la desigualdad. Se requiere, entonces, la construcción reflexiva de un contrato hipotético compatible con objetivos empíricos que sostenga la libertad y la igualdad como ideal regulativo. Rawls articula ambas tradiciones y recupera la idea rousseauiana del contrato, en tanto las instituciones no son necesariamente justas. Por ello se requiere un contrato normativo que sirva como criterio de legitimidad de la estructura básica de la sociedad. En el caso de Rawls, la posición original y el recurso al "velo de la ignorancia" apuntan a recrear el pacto normativo rousseauiano. Frente a las dificultades metodológicas, se sostiene la intención fundamental de la imparcialidad bajo el ideal de un uso público de la razón.

## **7. La publicidad como condición formal de una teoría de la justicia**

Vimos que en su Teoría de la justicia, Rawls enumera las condiciones formales que deben tenerse en cuenta para la definición de los principios de justicia en la posición original. La pregunta era entonces, ¿de dónde surgen los criterios formales y materiales a los que se recurre en la posición original? La respuesta es que estas condiciones, en realidad, se generan en las prácticas sociales de una cultura determinada, lo cual no les resta validez porque se trata de reglas constitutivas. De este

modo vamos realizando el camino de ida y vuelta que significa complementar el método de la posición original con el equilibrio reflexivo del conjunto, incluidos los juicios formales y materiales bien meditados, sedimentados en la cultura pública.

Esas condiciones establecen que los principios de justicia deben ser generales, es decir, no deben referirse a sujetos particulares ni asociaciones. Deben ser universales en su aplicación, deben establecer una ordenación o prioridades a las conflictivas demandas sociales, deben ser definitivos en el sentido de tribunal supremo e inapelable una vez establecidos y, por supuesto, deben ser públicos.<sup>32</sup> Todas estas condiciones son necesarias y solidarias entre sí. Pero a los efectos de nuestra argumentación, nos interesa ahora ocuparnos de la condición de publicidad, en tanto posibilita la aceptación universal de los principios. Es esta aceptabilidad, como resultado de la publicidad, una condición de la obediencia. A la inversa, la no aceptabilidad conduce a la desobediencia y a la inestabilidad política.

### **7.1.La publicidad en Kant**

Esta condición de publicidad remite directamente a Kant. Rawls se refiere por ello a varios textos kantianos en los cuales se ocupa de la publicidad. Entre ellos se encuentra el parágrafo 43 de La metafísica de las costumbres, referido al derecho público:

El conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico, es el derecho público. Este es, por tanto, un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en una relación de influencia mutua, necesitan un estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, bajo una constitución (constitutio), para participar de aquello que es de derecho.<sup>33</sup>

Pero es en La paz perpetua donde Kant pone de manifiesto la importancia de la publicidad: "Son injustas aquellas acciones cuyos principios no soportan ser publicados" [apéndice 2]. Lo cual no significa otra cosa que una especie de criterio según el

cual el ocultamiento o el secreto son un índice de injusticia con la consiguiente inaceptabilidad por parte de los ciudadanos. Precisamente, uno de los rasgos fundamentales de una sociedad bien ordenada es que se halla regulada por una concepción pública de la justicia, es decir, por una concepción de lo recto y la justicia que todos aceptan y saben, además, que los otros aceptan.<sup>34</sup>

## **7.2.Los tres niveles de la publicidad**

En "El constructivismo kantiano en teoría moral" Rawls distingue tres niveles de publicidad. El primer nivel es el referido a la publicidad como condición de aceptabilidad de los principios. Pero este primer nivel parece depender de un segundo nivel. Este otro nivel se refiere a las creencias generales de una sociedad, las cuales pueden sostenerse mediante métodos de indagación y formas de razonamiento públicamente compartidos por el sentido común. Son ellos los que permiten evaluar la aceptabilidad de los principios. Pero hay un tercer nivel de la publicidad se refiere a la justificación completa de la concepción de la justicia en un sentido reflexivo, por eso sólo cuando se da este tercer nivel puede hablarse de una condición de publicidad plena.<sup>35</sup> Este tercer nivel evidentemente se refiere a la aplicación reflexiva de una metodología como la que supone el equilibrio reflexivo. La publicidad plena no es otra cosa que la meta propia de la filosofía política en tanto pretende "articular y hacer explícitas aquellas nociones y principios compartidos que se piensa que están latentes en el sentido común", el cual es vacilante e inseguro y requiere autoclarificarse.<sup>36</sup>

## **7.3.Las cuatro etapas de la justicia y la publicidad**

En la Teoría de la justicia Rawls señala una secuencia de cuatro etapas en la aplicación de la teoría de la justicia y las cuatro involucran un uso público de la razón, pero la información varía en cada etapa. En su exposición, Rawls va desde lo más concreto a lo más abstracto, es decir, desde las políticas reales hacia los principios que deben sustentarlas. En primer lugar, hay un uso público de la razón cuando los ciudadanos juzgan la corrección de la legislación y de las políticas sociales. En esa

instancia debe existir la máxima información posible. Ahora bien, como estas políticas son opinables y dan lugar a controversias, se requiere tener procedimientos constitucionales para la toma de decisiones. Pero el diseño de estas instituciones supone también la discusión pública en tanto existen alternativas contrapuestas. "Así -dice Rawls- una concepción completa de la justicia no sólo será capaz de evaluar leyes y programas políticos sino que puede también jerarquizar procedimientos para decidir qué opinión ha de ser promulgada como ley."<sup>37</sup> Se determina, entonces, como procedimiento la regla de la mayoría, pero ésta -como sabemos- necesita ser limitada sobre la base de derechos fundamentales. Así estamos en un tercer nivel que a su vez nos remite al cuarto nivel: el de los principios de justicia en la posición original, en la cual debe reducirse la información a un mínimo para garantizar la imparcialidad mediante el "velo de la ignorancia".<sup>38</sup> Si establecemos la secuencia desde los principios de justicia, tenemos luego el nivel constitucional con los derechos fundamentales y la estructura de los poderes gubernativos, las decisiones dentro de las distintas esferas de gobierno según los procedimientos de decisión establecidos y la discusión pública de las diferentes alternativas de políticas y legislación. Estas últimas no deben encontrarse en contradicción con los principios de justicia, lo cual no resulta tan difícil de decidir con relación a la violación de las libertades básicas contenidas en el primer principio de justicia rawlsiano. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las políticas económicas y sociales que guardan relación con el otro principio básico de justicia de Rawls, el principio de la diferencia. Si ello es así, no es sólo porque se requeriría una cantidad enorme de información muy difícil de procesar, sino porque además se hallan involucradas teorías sociales alternativas, no decidibles cognitivamente.<sup>39</sup>

Si atendemos a la posición que Rawls asume al respecto en *Political liberalism* nos encontramos con que si bien debe considerarse como esencia constitucional cubrir un mínimo de las necesidades básicas, el "principio de la diferencia" ya ni siquiera es sostenido como esencia constitucional.<sup>40</sup> Ahora bien, aunque no se eleve a esencia constitucional, sigue siendo para Rawls una cuestión de justicia básica, y debe decidirse apelando a valores políticos de la razón pública.

## **8. El consenso superpuesto y la reivindicación del igualitarismo**

Estamos en condiciones de afirmar que las concepciones básicas implícitas en la cultura pública fueron construidas en prácticas intersubjetivas de cooperación, mediante las cuales se trascendió desde la experiencia cotidiana hacia las condiciones de posibilidad de la cooperación social en una sociedad bien ordenada. Esto puede verse en "Justice as Fairness, Political not Metaphysical", donde queda claro que se trata de alcanzar un acuerdo público que permita autoclarificar las ideas implícitas en la cultura pública de una sociedad democrática. Ahora bien, por eso mismo se trata de una concepción política y no metafísica o epistemológica. No busca captar intuitivamente una verdad, sino que busca construir un acuerdo sobre la base de los consensos subyacentes a las prácticas de esta sociedad.<sup>41</sup> De este modo, la posición original se distingue de un mero consensualismo.

A pesar de existir opiniones contrapuestas, es posible confluir en un consenso superpuesto con relación a la estructura básica de la sociedad, aun cuando existan matices en relación con la prioridad de los principios de justicia, o, por ejemplo, al rango constitucional o no del principio de diferencia. Esto, a juicio de Rawls, no es meramente el resultado de un cálculo consecuencialista, porque en este consenso superpuesto las diferentes doctrinas sostienen de diferentes modos la aceptación de los principios de la justicia como equidad, a la par que sostienen diferentes concepciones del bien en una sociedad pluralista y respetuosa. De esta manera, al sostener la prioridad de la teoría política de la justicia sobre las diferentes concepciones del bien, Rawls continúa sosteniendo la prioridad del derecho sobre el bien. Pero acepta que en la fundamentación de esta teoría de la justicia aparezcan consideraciones evaluativas, las cuales pueden ser de diferente índole, religiosas, filosóficas o morales.<sup>42</sup>

En "The Idea of Public Reason" se recupera la orientación rousseauiana y kantiana. Allí se brinda un interesante ejemplo de este consenso superpuesto como un juego entre la razón pública y la razón no pública. Rawls sostiene que en una

sociedad bien ordenada en la cual ya hay una cultura política consolidada es suficiente el recurso a la razón pública para la solución de los conflictos. En cambio, en sociedades aun no bien ordenadas, donde la cooperación social se halla obstaculizada y existen conflictos graves, la inclusión de la razón no pública, representada por las convicciones filosóficas o religiosas de asociaciones particulares puede aportar elementos relevantes a la razón pública, siempre y cuando no signifiquen una perspectiva sectaria, sino más bien sean un aporte superador desde la teoría democrática.<sup>43</sup> Por eso denomina a la primera "razón pública exclusiva" y a la segunda "razón pública inclusiva", y considera entonces que los límites de la razón pública varían con los contextos históricos.<sup>44</sup> En el ejemplo que brinda Rawls de la guerra civil norteamericana por la abolición de la esclavitud, se observa cómo las convicciones religiosas sostenidas por los abolicionistas para apuntalar el ideal de libertad e igualdad tuvieron un papel decisivo para la construcción de un nuevo consenso públicamente compartido. Ahora bien, lo que en realidad se consiguió con la enmienda constitucional correspondiente no significó modificar los principios básicos de justicia, sino ajustar la constitución a ellos al reconocer y dar coherencia a los principios de justicia implícitos en la cultura pública, imperfectamente implementados. Lo mismo ocurrió con el movimiento por los derechos civiles de Martín Luther King. A juicio de Rawls, es un hecho que aunque persisten secuelas de la esclavitud, nadie está dispuesto a defenderlas públicamente.<sup>45</sup> Así como en las situaciones conflictivas puede ocurrir que desde la razón no pública se aporten elementos para la clarificación o el ajuste de la razón pública, también puede ocurrir que en una sociedad bien ordenada el uso público de la razón de lugar a respuestas diferentes por combinarse de un modo diferente las valoraciones en juego. Claro ejemplo de ello son las discusiones sobre las condiciones referidas a la igualdad de oportunidades, el principio de la diferencia o los impuestos.

Resulta claro que sus principios de justicia son construcciones provisionarias y falibles, pero que tienen enorme valor como ideales regulativos. De todos modos, el contenido sustantivo de los principios es discutible y ello es admitido por Rawls, en tanto admite la posibilidad de diferentes liberalismos en la medida en que los valores públicos se combinen de

diferentes formas.<sup>46</sup> Lo que no está dispuesto a admitir Rawls es que se le atribuya haber renunciado a su igualitarismo político. Más aún, acepta que "el primer principio de justicia, que abarca los derechos y libertades iguales para todos, bien puede ir precedido de un principio que anteceda a su formulación, el cual exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que su satisfacción es necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y esas libertades."<sup>47</sup> No puede afirmarse, entonces, que en Rawls el campo de lo políticamente aceptable no esté delimitado. Otra cuestión es que resulte suficiente establecer un criterio de demarcación entre amigos y enemigos de los principios de justicia para alcanzar la equidad. Sobre ese respecto, sugiero pensar -junto a los representantes de la Teoría Crítica del Derecho- en el concepto de función paradójica del derecho. Cuando promete la igualdad, oculta la efectiva desigualdad, pero instala un lugar para el reclamo de la igualdad. Si como discurso jurídico el derecho promete lo que no otorga, en las situaciones de crisis, cuando los conflictos se acentúan, ese discurso se convierte en una imprescindible herramienta transformadora.<sup>48</sup>

---

## NOTAS

1. MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político. Paidós, Barcelona, 1999, p. 81.
2. DE TOCQUEVILLE, Alexis. La democracia en América, Madrid, Sarpe, 1984, vol. 1, p. 28.
3. DE TOCQUEVILLE, Alexis Op. cit. p. 138.
4. Sobre la complejidad del planteo de su concepción de la democracia y los problemas que presenta nos referimos en "Alexis de Tocqueville: la transición hacia una democracia participativa", Páginas de Filosofía N<sup>o</sup>2, Universidad Nacional del Comahue, 1992, pp. 22-38.
5. MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político. Paidós, Barcelona, 1999, p. 66.
6. El jurista autoritario presenta esta idea en El concepto de lo político y en su Teoría de la Constitución.
7. MOUFFE, Chantal Op. cit. p. 18
8. Cf. RAWLS, John. Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica, México, 1993. p. 28  
Cf. RAWLS, John "Justice as Fairness, Political not Metaphysik", Philosophy & Public Affairs, vol.14, N<sup>o</sup>3, 1978, II. En "La idea de la razón pública", por ejemplo, exhibe al Contrato social, Libro IV, Cap. II, párrafo 8 como un claro ejemplo de la exigencia de civilidad - como expresión de la razón pública- en la votación, frente a aquellas actitudes que sostienen un interés privado o una regla de la mayoría dogmática o arbitraria: "Al primer punto de vista lo guían nuestras preferencias e intereses; al segundo, Jo que consideramos toda la verdad. En cambio, la razón pública, con su deber de civilidad, proporciona la perspectiva de votar sobre cuestiones fundamentales en algunas formas que nos recuerdan el Contrato social de Rousseau. Él vio el voto como un acto que expresa idealmente nuestra opinión en cuanto a cuál de las opciones promueven mejor el bien común." En Liberalismo político, UNAM, México, 1995, p. 210.
9. Al respecto nos referimos en "Rousseau, crítico de Hobbes: el estado de naturaleza", Boletín de la Asociación de Estudios Hobbesianos N<sup>o</sup>13, Buenos Aires, 1996.

10. Al respecto nos referimos "Rousseau, propiedad y desigualdad" en COSTA, Margarita (comp.) Teorías filosóficas de la propiedad, Universidad de Buenos Aires, 1997.
11. ROUSSEAU, Jean Jaques. Contrato social, Libro IV, cap. 2, párrafo 8. Precisamente, el que menciona Rawls.
12. El jacobinismo es la prueba. Sin embargo, se puede matizar la lectura unilateral que en ese sentido realizan, entre otros, James BUCHANAN y Gordon. TULLOCK en El cálculo del consenso, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 360.
13. Cf. DAHL Robert. Los dilemas del pluralismo democrático. México, Alianza, 1991, pp. 94-95.
14. Cf. RAWLS, John. "La idea de razón pública" en Liberalismo Político, pp. 207-208.
15. RAWLS, John. "El constructivismo kantiano en teoría moral", en Justicia como equidad y otros ensayos, Madrid, Tecnos, 1989, p. 183.
16. En uno de los libros más recientes referidos a la cuestión, Teorías de la justicia, Brian Barry exhibe cómo es posible llegar a los principios de justicia sin pasar por la posición original. No podemos dejar de recordar, al respecto, que ya en uno de sus primeros escritos "Esbozos para un procedimiento de decisión en teoría moral" (1951) Rawls ensayaba otro método que garantizara la imparcialidad, y no lo consideraba en absoluto excluyente. Además, el propio Rawls denominó a su obra Una teoría de la justicia (A Theory of Justice) y no La teoría de la justicia. Por supuesto, la reconstrucción de ese debate sobre las restricciones metodológicas que Rawls impone a la posición original excede el propósito de ese trabajo. Cf. BARRY, Brian Teorías de la justicia, Barcelona, Gedisa, 1995, cf.cap.6.
17. Los juegos bajo certeza tienen una única regla de decisión: maximizar las utilidades. Los juegos bajo riesgo también tienen una sola regla posible: maximizar las expectativas de utilidad. En este contexto es posible recurrir a diferentes reglas, entre ellas, la regla maximum que prescribe maximizar las utilidades de la situación más favorable.

18. Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.  
Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. Teoría de la justicia, p. 82.  
Este último, es enunciado más adelante del siguiente modo:  
Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto (a) para proporcionar la mayor expectativa de beneficio a los menos aventajados, como (b) para estar ligadas a cargos y posiciones asequibles a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades. Teoría de la justicia, p. 105.
19. Teoría de la justicia, p. 341.
20. SCHMIDT, Johannes realiza un exhaustivo estudio de la cuestión en "La original position y el equilibrio reflexivo", en Lucian KERN y Hans Peter Müller (comps.) La justicia: ¿discurso o mercado? Barcelona, Gedisa, 1992. cf. pp. 100-101.
21. La teoría de la justicia rawlsiana supone establecer una prioridad del derecho sobre el bien, o, dicho en otros términos rawlsianos, la prioridad de lo razonable sobre lo racional o verdadero. De esta manera, lo que se estaría logrando es garantizar la coexistencia pacífica y tolerante de las plurales concepciones del bien, en la medida en que la cooperación social en términos equitativos establecería las condiciones para la realización de las concepciones del bien o de los intereses particulares. Ahora bien, esta separación entre lo deontológico y lo valorativo parece verse cuestionada si atendemos a los inconvenientes señalados más arriba acerca del status constitucional o no del principio de la diferencia. Lo que ocurre, como veremos, es que no resulta tan sencillo mantener esa separación). En FREEMAN, Samuel "Utilitarianism, Deontology and the Priority of Right", Philosophy & Public Affairs vol. 23, 1994, pueden verse las dificultades de la separación entre el teleologismo y el deontologismo. Allí discute con el artículo de Kymlicka "Rawls on Teleology and Deontology", Philosophy & Public Affairs, vol. 17, 1988. Mientras para Kymlicka en Rawls se desvanece la separación entre lo teleológico y lo deontológico (cf. pp. 317 y 320), Freeman considera indispensable sostenerla distinción en tanto posibilita a su vez señalar la diferencia entre aquellas concepciones teleológicas que sostienen un bien racional único y aquellas que posibilitan el pluralismo (cf. p. 349).

22. RAWLS, John. Teoría de la justicia p. 39
23. Como vemos, sigue la forma de razonar de Emanuel Kant en la Fundamentación de la crítica de las costumbres.
24. RAWLS, John Teoría de la justicia. pp. 70-71
25. En el trabajo mencionado exponemos cómo David Hume -a quien se le atribuye haber planteado la imposibilidad del deber desde él es- muestra cómo se derivan las leyes fundamentales de su teoría de la justicia desde el ámbito de los hechos: FLAX, Javier, "La institución de la obligación en oposición a la "Ley de Hume"" en La razón y el minotauro, MALIANDI, Ricardo (comp.), Buenos Aires, Almagedo, 1998.
26. Como dice Brian BARRY en su Teorías de la justicia, "la parte más importante del legado de Hume no es el contenido sustantivo de su segunda teoría de la justicia sino las premisas a partir de las cuales se derivaron aquellas conclusiones sustantivas. De acuerdo con esta concepción, lo que importa más es la idea de una vinculación entre la moralidad y la imparcialidad, y la idea de que el motivo moral es el deseo de ser capaces de defender las acciones propias ante el tribunal de la evaluación imparcial." Op. cit. p. 193
27. RAWLS, John. "Two Concepts of Rules", Philosophical Review, vol.64, 1955, nota 3.
28. En "Justicia como equidad" Rawls continúa utilizando el concepto de "práctica" como fundamental en su concepción. En la nota 2 dice: "En todo momento empleo la palabra "práctica" [practica] como una suerte de término técnico para significar toda forma de actividad especificada por un sistema de reglas que define cargos, papeles, jugadas, castigos, defensas, y así sucesivamente, y que da a esa actividad la estructura que tiene. Como ejemplos puede pensarse en los juegos y los rituales, los juicios y los parlamentos, los mercados y los sistemas de propiedad. He intentado un análisis parcial de la noción de práctica en mi artículo "Two concepts of Rules", Philosophical Review, LXIV, pp. 3-32." RAWLS, John "Justicia como equidad", en Justicia como equidad y otros escritos, Madrid, Tecnos, 1989, p. 18
29. Cf. FREEMAN, Samuel, "Property as an Institutional Convention in Hume's Account of Justice", Archiv für Geschichte der Philosophie, 73 Band 1991, Heft 1.

30. Cf. Ob. cit. III
31. RAWLS, John. "Justice as Fairness, Political not Metaphysical", cf. III y IV.
32. Tomadas en su conjunto estas condiciones de las concepciones de lo justo se resumen así: una concepción de lo justo es un conjunto de principios, de forma general y universal en su aplicación, que han de ser públicamente reconocidos como tribunal final de apelación para jerarquizar las demandas conflictivas de las personas morales. "RAWLS, John Teoría de la justicia. p. 162
33. KANT, Emanuel. La metafísica de las costumbres. Madrid, Tecnos, 1989. pp. 139-140
34. Cf. RAWLS, John. "El constructivismo kantiano en teoría moral", en Justicia como equidad y otros ensayos. Madrid, Tecnos, 1989, p. 142.
35. Cf. RAWLS, John. "El constructivismo kantiano en teoría moral". pp. 156-157
36. Cf. RAWLS, John. "Op. cit." p. 139
37. RAWLS, John. Teoría de la justicia p. 228
38. En su Teorías de la justicia, Brian Barry llama la atención sobre el cambio que existe en el velo de la ignorancia desde la Teoría de la justicia. Allí los ciudadanos sufren de una amnesia generalizada. En escritos posteriores son representantes que sólo desconocen la identidad de sus representados y pocas cosas más. cf. Op. cit. p. 199
39. Cf. RAWLS, John. Teoría de la justicia p. 231
40. "Though a social minimum providing for the basic needs of all citizens is also an essential, what I have called the "difference principle" is more demanding and is not". RAWLS, John Political Liberalism, pp. 228-229
41. Cf. RAWLS, John. "Justice as Fairness, Political not Metaphysical", cf. II.
42. RAWLS, John. "Justice as Fairness, Political not Metaphysical" cf. VII

43. Entre estas instancias incluye desde asociaciones religiosas hasta las Universidades.
44. RAWLS, John. Political Liberalism "The Idea of Public Reason" §8.3 pp. 249-251
45. RAWLS, John. Cf. Political Liberalism, Lecture 1, §1.
46. RAWLS, John. Political Liberalism, "The Idea of Public Reason", Lecture VI, §4.1
47. RAWLS, John. Political Liberalism, Lecture 1, §1. En este punto acepta la idea de un principio precedente propuesto por Rodney Peffer en *Marxism, Morality and Social Justice*, Princeton University Press, 1989, p. 14. Pero difiere en que ello requiera una forma socialista de organización económica. Cf. Nota 7. En el mismo sentido, rechaza en "Repley to Habermas" que los principios de justicia sean de índole iusnaturalista. Los principios de justicia son revisables en el equilibrio reflexivo como cualquiera de las cuatro etapas de la justicia como equidad. No existen derechos liberales básicos (autonomía del individuo) que limiten la voluntad popular (autonomía política) como podrían plantear Locke o Kant. Cf. "Repley to Habermas", *The Journal of Philosophy*, vol. XCII, N<sup>o</sup>3, 1995, pp. 158-159. Las críticas de Habermas se publicaron en el mismo número del *Journal* bajo el título de "Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalisms".
48. Cf. CÁRCOVA, Carlos María. "Acerca de las funciones del derecho", en Enrique MARÍ et al. *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

**LA ÉTICA DE LA INFORMACIÓN Y LAS  
EMPRESAS GENÓMICAS  
(GENOMICS COMPANIES)**

*Luz María Restrepo Mejía*

Profesora Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
de la Universidad de Antioquia en Medellín Colombia



*"Los dioses hicieron de barro a los primeros Mayas-quiches. Poco duraron. Eran blandos, sin fuerzas; se desmoronaron antes de caminar. Luego probaron con la madera. Los muñecos de palo hablaron y anduvieron, pero eran secos: no tenían sangre ni sustancia, memoria ni rumbo. No sabían hablar con los dioses, o no encontraban nada que decirles. Entonces los dioses hicieron de maíz a las madres y a los padres. Con maíz amarillo y maíz blanco amasaron su carne. Las mujeres y los hombres de maíz veían tanto como los dioses. Su mirada se extendía sobre el mundo entero. Los dioses echaron un vaho y les dejaron los ojos nublados para siempre, porque no querían que las personas vieran más allá del horizonte"<sup>1</sup>.*

Eduardo Galeano

## **Abstract:**

En esta comunicación pretendo hacer una breve síntesis de la aparición de las empresas genómicas y de la forma como están avasallando campos vitales al hombre como la alimentación y la salud, valiéndose de algunas herramientas jurídicas, especialmente las patentes, sin que los ciudadanos puedan impedirlo porque las informaciones que se tienen al respecto funcionan en el terreno de lo fantasioso e increíble. Concluyo reclamando que la ética se aplique tanto a la propiedad intelectual como derecho instrumental que concede determinadas prerrogativas a los investigadores y creadores como en el campo de la información, para que los ciudadanos puedan ejercer control sobre los productos y servicios que resultan de los avances biotecnológicos.

## **Introducción**

Desde que la burguesía triunfante en la Revolución Francesa percibió que la falta de información dejaba indefenso al ciudadano frente a los abusos del poder, la cultura jurídica cuenta como uno de sus principios más caros el de la

información que fue incluido en todas las constituciones de Occidente al mismo tiempo que la libertad de opinión y de expresión. Pese a ello casi todas las discusiones que se presentan hoy en día sobre los nuevos desarrollos de la biotecnología y en especial sobre la manipulación genética provienen de las escandalosas y poco fundamentadas de la mayoría de las noticias que en este campo proporcionan los medios de información masivos.

Esta situación se ha visto agravada por la vigencia en los círculos científicos, sobretodo en las nuevas empresas genómicas (Genomics Companies)<sup>2</sup> del imperativo tecnológico que inspirado en la idea de la imparcialidad de la ciencia, ha buscado ampliar los horizontes del conocimiento humano considerándolos como fines en sí mismos, sin ningún respeto ni responsabilidad por la vida del hombre en la tierra.

La modernidad -que se extendió desde la aparición de la ciencia en el Renacimiento y que llegó según algunos hasta la Segunda Guerra Mundial- nos dejó como legado la creencia de que la ciencia era intocable y su pretendida neutralidad ética al considerarla tan sólo una descripción objetiva del mundo no susceptible de ningún cuestionamiento.

Fue a partir de la Segunda Guerra que los hechos demostraron que no se podían dejar las nuevas técnicas y su aplicación al querer de un grupo de científicos, o de un Estado; las fuerzas que la ciencia estaba desencadenando requerían de un control mayor por encima de los individuos y de las naciones individuales.

## **1. La biotecnología**

Las empresas que se ocupan hoy de la manipulación genética tienen en común la aplicación del antiguo y hoy renovado arte de utilizar microorganismos o cultivos de tejidos de células animales o vegetales para lograr resultados determinados con antelación. A partir de 1970 este conjunto de procedimientos sobre la materia biológica recibe el nombre de biotecnología y ha despertado inusitado interés no sólo científico y económico; también político, social y ético.

La Decisión 391 del Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos del 2 de julio de 1996 de la hoy Comunidad Andina, define en su Art. 1º la biotecnología como "toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos u organismos vivos, partes de ellos o sus derivados, para la creación o modificación de productos o proceso...".<sup>3</sup>

Como consecuencia de los nuevos desarrollos se han metamorfoseado las hoy llamadas Compañías Genómicas, es decir las antiguas proveedoras de productos químicos y farmacéuticos: Bayer, Hoechst y Basf de Alemania, Du Pont, Eli Lilly, Upjohn, Novartis, Delta and Pine Land y Monsanto de Estados Unidos, Novartis y Hoffman-La Roche de Suiza, la Rhône -Poulenc de Francia y Astra Zeneca de Gran Bretaña<sup>4</sup> que se actualizaron, estableciendo alianzas estratégicas con empresas y universidades norteamericanas que habían iniciado el camino de la manipulación genética, para dedicarse conjuntamente a la experimentación y fabricación de productos biotecnológicos.<sup>5</sup>

Se ha visto entonces una conjunción de técnicas, capital, conocimiento y alianzas estratégicas, cuando no absorciones, estimuladas en gran parte por los nuevos desarrollos que han impulsado entre otros el Proyecto Genoma Humano y personalizados en estas nuevas industrias, las empresas genómicas que han desarrollado una plataforma tecnológica y pueden extender sus aplicaciones a la mayoría de los sectores de la economía, en especial a la producción de bienes farmacéuticos, alimenticios, agrícolas, químicos, y de lucha contra la contaminación.

De acuerdo con Jeremy Rifkin (1999), quien cita una nota de Los Ángeles Times del 27 de abril de 1997 "hay ya 1.300 empresas biotécnicas sólo en Estados Unidos con un total de casi 13.000 millones de dólares de ingresos anuales y más de 100.000 empleados".<sup>6</sup>

Para el Centro de Investigación Médica de Inglaterra el costo de introducir una nueva droga en el mercado oscila entre 250 y 350 millones de dólares<sup>7</sup>, lo que trae como consecuencia que el proceso de invención se haya transformado y los patrocinadores

busquen proteger su inversión por todos los medios que el derecho pone a su disposición, entre ellos las patentes.

Si las patentes de invención fueron un premio a la creación, hoy en día tan sólo los conglomerados con elevada inversión de capital -económico o humano- están en capacidad de realizar investigaciones de punta utilizando nuevas tecnologías e instrumentos que van apareciendo paralelos al crecimiento de la biotecnología.

## **2. Las Empresas Genómicas en la alimentación**

En el campo de la agricultura y la ganadería se encuentran las mismas empresas genómicas aludidas dedicadas a la elaboración de agroquímicos, y productos veterinarios y sobre todo semillas, es así como Groupe Limagrain de Francia, Agribiotech de los Estados Unidos, Astra Zeneca del Reino Unido y Suiza; y Sakata de Japón junto a las ya mencionadas Novartis, Monsanto, DuPont y Delta and Pine Land manejan la casi totalidad de la producción de semillas en el mundo teniendo ventas de 4.500 millones de dólares al año por este renglón<sup>8</sup> y están explotando varias de las patentes en biotecnología obtenidas por las universidades norteamericanas.<sup>9</sup>

Estas empresas ya lograron el control absoluto sobre la alimentación mundial, desconociendo lo que hicieron por siglos desde el comienzo de la revolución neolítica los agricultores de todo el mundo: mejoraron por medio de sucesivas generaciones las semillas silvestres de su hábitat natural sin pedir nada a cambio. A estas semillas las empresas comerciales les aplican procedimientos de manipulación genética para conferirles resistencia a un virus o un depredador natural y las sacan del libre intercambio imponiendo a los consumidores impuestos en su exclusivo beneficio económico.

Como otra cara de este floreciente negocio, las comunidades campesinas e indígenas de América Latina y algunas ONGs que las acompañan, no se han cansado de alegar el manejo inequitativo de los recursos naturales de tipo biológico por las naciones adelantadas; recursos que se repite, sus antiguos dueños, (los primitivos habitantes y sus descendientes) han ido

mejorando por siglos como un conocimiento y herencia ancestral, sometidos por los nuevos usurpadores a técnicas de biotecnología, para luego revendérselos en forma de semillas mejoradas pero estériles, perdiendo no sólo la propiedad ancestral sino uno de los derechos más caros a los agricultores de todo el mundo, reconocido por acuerdos internacionales como la UPOV de 1978<sup>10</sup>, denominado "el privilegio del agricultor" que consiste en que éste pueda guardar como semilla para la resiembra parte de la cosecha obtenida.<sup>11</sup>

Tal es el caso famoso y cuestionado en todo el mundo del algodón Graceus, cuya explotación exclusiva fue concedida a la multinacional W. R. Grace por medio de la patente No. 5.159.135 del 27 de octubre de 1992 de Estados Unidos y la Patente Europea EP 0 289 479 B1 donde se protege un método para inducir la transformación genética de plantas y líneas de algodón y que a largo plazo perjudicará a los países productores de algodón o de textiles como son los países en desarrollo que deberán pagar a un empresario extranjero por realizar las mismas actividades que para el caso de Colombia ya ejecutaban las tribus Muiscas de la Sabana de Bogotá antes de la llegada del conquistador español Don. Gonzalo Jiménez de Quesada en 1538, es decir cultivar el algodón, cosecharlo, juntar las hebras en telares de madera y confeccionar prendas con el tejido allí resultante.

Más grave que las restricciones de explotación exclusiva establecidas por el derecho de propiedad industrial al titular de una patente, es el objeto mismo de protección contenido en la patente N°. 5.723.765 de la empresa estadounidense Delta & Pine Land Ca hoy propiedad de Monsanto y del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA), sobre una técnica que incapacita genéticamente las semillas para germinar y que puede abarcar a todos los cultivos. El Director de Investigaciones de RAFI<sup>12</sup>, Hope Shand, ha bautizado esta característica como "Tecnología Exterminador", más conocida como Terminator. Esta patente acabará con una tradición de más de 12.000 años de los agricultores de todo el mundo: reservar lo mejor de la cosecha para la siguiente siembra; el "privilegio del agricultor" al que me vengo refiriendo.

En ese mismo campo Novartis ha patentado plantas en las cuales se han desactivado los genes que le protegen contra enfermedades virales y bacterianas; sólo la aplicación de un regulador químico que venderá la misma transnacional permite que estos genes vuelvan a funcionar y Astra Zeneca ha patentado tecnologías que vinculan el crecimiento y la germinación de la planta a la aplicación de sustancias químicas específicas, tecnologías que ha bautizado la misma RAFI como Traitor (tecnologías de rasgos negativos). Ellas son una amenaza para el medio ambiente y la seguridad alimentaria a largo plazo.

Si bien la Directiva 98/44/CE de la Unión Europea consagra en su artículo 11 esta excepción o privilegio del agricultor, la tecnología ha ido más adelante por cuanto el agricultor podrá guardar su semilla pero será estéril. Requerirá entonces el agricultor recurrir a la empresa genómica para que le venda el insumo químico que le permitirá la reproducción de la misma. Esta nueva situación cambiará también el tipo de relación existente entre el agricultor y la semilla: dejará de ser propietario de la misma para entrar en otra relación jurídica, ya no se estará en el campo de los derechos reales, pasará a ser usuario, arrendatario, mero tenedor, o tal vez entrará dentro de los contratos atípicos que nos han llegado a través de la economía norteamericana. Acaso un leasing, donde el campesino recibirá la semilla de su dueño, la compañía genómica; la usará y a la cosecha siguiente deberá negociar nuevamente otra semilla con la misma compañía, o el producto químico, para que la semilla que reservó fertilice y de fruto.

Ante estas prácticas monopolísticas surgen preguntas tales como ¿qué pasará con el resto de productos que cultivan nuestras comunidades indígenas y campesinas, poco publicitadas pero que tienen un valor terapéutico o alimenticio importante? Todo parece indicar que terminaremos pagando precios exorbitantes por algo que hasta ayer fue de libre uso para todos. ¿Qué implicará para las economías de los países propietarios del germoplasma original a los que ni siquiera en el nombre se les reconoce su participación, el pagar por sembrar esas mismas semillas? Sin tener en cuenta el riesgo de ser desplazados del mercado por cuanto se están produciendo los

mismo bienes en forma más económica a partir de los mismos genes originarios.<sup>13</sup>

Amén que motivos de justicia elemental deberían obligar a estos nuevos colonizadores a participar sus utilidades a los propietarios originales del gen que hoy han codificado, existen razones prácticas para oponerse a estas conductas monopólicas: como lo saben los agricultores la variedad de las semillas es lo que permite protegerse del ataque de las distintas plagas, es la biodiversidad de los productos de la tierra, la que impide que algunas plantas se extingan definitivamente. Pero forma parte de las políticas de estas compañías imponer al mundo el uso exclusivo de su producto mejorado sin preguntarse siquiera qué pasará cuando desaparezcan las semillas silvestres.

No existe uniformidad en las políticas de los Estados ante esta situación; si consideramos que uno de los objetivos más importantes del Convenio de Diversidad Biológica CDB fue adoptar un Protocolo de Bioseguridad para controlar los riesgos e impactos en el hombre y su entorno por la transferencia y liberación de organismos genéticamente modificados (OGM). Luego de encarnizadas disputas durante 6 años el Protocolo se firmó en mayo de 2000 en Nairobi. Pese a la proclamada victoria alegada por un primer grupo que se denominó Países que Piensan Parecido (PPP), conformado por más de 100 Estados africanos, latinoamericanos y asiáticos con el auxilio del denominado Grupo Intermedio, conformado por la Comunidad Europea, algunos países del Este, Brasil y Japón (que son exportadores e importadores de OGM), lograron la inclusión del Principio de Precaución (PP) que comprende un protocolo con normas de evaluación de riesgos con criterios científicos, frente al querer del Grupo de Miami encabezado por los Estados Unidos, Canadá, Australia y tres países latinoamericanos (Argentina, Chile y Uruguay), que representando menos del 1% de los delegados controlan el 94% del mercado mundial exportador de productos transgénicos<sup>14</sup>, interesados en el menor número de barreras al comercio internacional de OGM. Digo que fue sólo una proclamada victoria porque los primeros no lograron establecer la obligatoriedad de identificar los productos genéticamente modificados; estos figurarán en los documentos

de embarque con la leyenda "pueden contener Organismos Genéticamente Modificados".

Sólo unas cuantas ONG's internacionales<sup>15</sup> parecen preocuparse por lo que ocurrirá cuando todas estas mercancías circulen por el mundo imponiendo un único tipo de papa, de arroz, de trigo, de maíz para todos.

Este último producto, el maíz, el *Zea mays*, -el mayor aporte de América a la alimentación mundial- se cultivó desde tiempos inmemoriales entre los valles del Misisipi y los vastos imperios maya, azteca e inca en el centro y sur del continente.<sup>16</sup> El maíz ha sido objeto de la atención de los empresarios de las semillas que impusieron en Estados Unidos una variedad híbrida que casi desapareció tras el ataque de un moho en 1970 haciendo tambalear la llamada revolución verde de los años cincuenta del milenio anterior. Poniendo de presente que la uniformidad genética de las semillas que induce a una productividad mayor en las cosechas, y ata al agricultor a las empresas genómicas y les alienta a abandonar las otras semillas y más aún las especies silvestres, podría impedir la conservación de los recursos genéticos de las plantas y por ende la biodiversidad.<sup>17</sup>

Esa uniformidad en la alimentación donde nuestros pueblos desechan todos los tipos de maíz que conocieron por siglos para producir el denominado harinoso de granos con abundante cantidad de almidón, harina que les permite fabricar su pan de maíz, la tortilla de maíz cocido que comen los pobres de toda Latinoamérica y que el taco mejicano y la arepa de choclo o maíz tierno, han popularizado como plato principal y acompañamiento de muchas comidas, esta tortilla es casi la única comida que perdura del recetario a base de maíz que encontraron los colonizadores.<sup>18</sup>

La globalización impone de la mano de las multinacionales, la uniformidad donde el mundo entero come el mismo tipo de comida rápida y se viste de la misma forma (los jeans, los tenis y la camiseta blanca), para no hablar de una sola forma de vivir la vida en el consumo; esta homogenización está siendo liderada de una manera peligrosa para el futuro de la alimentación mundial por las prácticas ya descritas de las compañías genómicas.

Más allá de cuestionamientos comerciales, la ética de la sociedad civil ha de tener una posición unificada en defensa de una cuestión vital para la humanidad como es su alimentación. Y no se trata de hacer aspavientos periodísticos, el derecho a la información permite interrogarnos sobre lo que puede ocurrir a multitudes de seres humanos de los países pobres si se permite que las compañías genómicas hagan no más lo que les interesa: dinero para sus accionistas.

Pareciera de entrada que estuviera dicho todo con la consagración del derecho a la información y a la libre expresión, amén de todos los otros derechos que protegen la propiedad privada incluidos los derechos que la propiedad intelectual concede a quien es titular de una patente de invención. Pero no. Basta examinar las patentes concedidas sobre el árbol neen de la India o el bejuco sagrado, el yagué, del Amazonas o de la línea celular que contiene el ADN inmodificado de una indígena Guaymi de Panamá para concluir que las Oficinas de Patentes, especialmente la de Estados Unidos conceden tales derechos sin averiguar a qué otro pueblo se está despojando con el nuevo título de explotación exclusiva que conceden.<sup>19</sup>

### **3. La ética de la información como una forma de defensa de la sociedad civil**

Las distintas Constituciones Políticas establecen el derecho a la información, la que implica el derecho a ser informado, derecho conectado con la cultura como: si no soy informado no adquiero conocimiento.

No basta con exigir consagraciones constitucionales o legales de los derechos, al menos la Constitución Política de Colombia consagra como derechos fundamentales los mismos que de acuerdo con la Constitución española son esenciales al hombre. Entonces no es normatividad lo que falta, pero es evidente que sólo con ellas no se pueden impedir las acciones de aquellos que actúan movidos por sus intereses personales, aun cuando siempre dentro de la ley.

Aunque las normativas están dadas para proteger al hombre y su hábitat, el repasar algunas de las actividades de las empresas genómicas cuando aprovechan productos de valor para las comunidades humanas en su único beneficio y al patentarlos sin ningún respeto por estas, nos demuestra que no es suficiente con una mera reglamentación. Las empresas genómicas están actuando dentro de la ley al patentar sus desarrollos; están escogiendo uno de los instrumentos que el derecho les concede para proteger sus propiedades, en este caso la propiedad industrial.

El compromiso con la continuidad de la vida en la tierra supone una conciencia previa de todos con sus responsabilidades, un consenso básico mínimo, y este solo lo puede proporcionar la ética al exigir el respeto total a la libertad de información de los medios de comunicación para la búsqueda y expresión de la verdad, pero implica a la vez el convencimiento de las empresas dedicadas a la información de que ellas tampoco están por encima de la moral y no pueden desfigurar la realidad ni manipular la opinión pública persiguiendo el interés en las ventas de sus patrocinadores comerciales. Todos además de una dignidad inalienable, también tenemos una obligación irrenunciable con la humanidad.

Pero tampoco está dado todo para las empresas genómicas, ellas también pueden perder mercados cuando el 52% de la soya y el 30% del maíz que se consume en la actualidad proviene de semillas tratadas, sin descontar el temor que surge del uso y comercio de los organismos genéticamente modificados (OGM), comercio que se estima para el año 2000 en 8.000 millones de dólares.<sup>20</sup>

Sólo una protesta con argumentos éticos por parte de la sociedad civil ha hecho suspender estos intentos toscos de apropiación de bienes que pertenecen a todos, las patentes del árbol neen, del yagué, del ADN de la indígena panameña, fueron anuladas o abandonadas por sus nuevos propietarios cuando la crítica se hizo común; era inmoral que se privara a sus legítimos dueños a favor de un recién llegado. La tecnología terminator no se ha expandido en el comercio por las denuncias públicas, no se puede acabar con una tradición milenaria como es el privilegio del agricultor con una simple decisión de una oficina de

patentes. A esa conciencia común se llegó a partir de una ética de la información que nos permitió conocer a todos, incluso a las empresas genómicas el atropello cometido. Es hora entonces que esa misma sociedad civil se una por medio de una organización a ejemplo de los comités de ética que funcionan en el campo de la salud para autorizar la producción, y comercialización de todo nuevo producto.

Una sociedad civil bien informada podrá hacer frente con los medios a su alcance a esta nueva colonización que nos afecta a todos pero especialmente a los países del sur que dependemos de estas compañías para la alimentación y la salud como que debemos comprarles las semillas, las medicinas, y los productos veterinarios y agroquímicos.<sup>21</sup>

#### **4. Propuestas**

Una visión de corte humanista, que tiene como norte las tesis de la responsabilidad social, la salvaguarda y protección de los seres más débiles y de una manera mediata la defensa de la especie humana y de la materia viva en general. Superando la frontera de lo conocido y manteniendo a los seres humanos como fines y no como medios permitirá cambiar esta situación.

La ética de la información está en posibilidad de señalar un nuevo camino comprometiéndose en un trabajo de concientización en varios sentidos y con distinto contenido así:

1. Llevando al conocimiento de la sociedad civil el verdadero objeto y aplicación de estas tecnologías por medio de una intensa labor de difusión y explicación de los desarrollos obtenidos.
2. Insistiendo ante los comunicadores sociales y medios periodísticos sobre su deber de informar sin hacer alarmismo ni especulaciones descabelladas sin asidero con la realidad.
3. Haciendo conscientes a los investigadores, y a las compañías genómicas, de su verdadera responsabilidad cuando la ciencia ha llegado a un punto de no regreso donde confluyen el imperativo tecnológico que los obliga a ir

siempre más adelante en la investigación y aplicación de sus conquistas y el de la responsabilidad que les pone de presente los riesgos en que puede ponerse todo lo viviente.

4. Promoviendo el diálogo entre todos los entes involucrados: sociedad civil, empresas genómicas, comunicadores e investigadores; por medio de las éticas de la comunicación que propenden un acuerdo racional a través del intercambio de argumentos sin coacciones entre los distintos grupos y conforme al cual se convenga la constitución de grupos interdisciplinarios como Comités u Organizaciones no Gubernamentales (ONG's) que ejerzan algún tipo de control tanto de empresas genómicas y los medios de comunicación, pero cuya labor principal estará en la concientización de todos de que sólo una decisión razonada por el imperativo de la responsabilidad solidaria permitirá la continuidad de la vida en la tierra.

## NOTAS

1. Galeano, Eduardo. 1995, Memoria del fuego (1) Los nacimientos. (Tercer Mundo, Bogotá), pp. 32 y 33.
2. Por Genomics se ha entendido el estudio de cómo los genes y la información genética se organizan dentro del genoma y cómo esta organización determina sus funciones. Ángel Pestaña las denomina industrias genómicas: "Economía Política de la biotecnología", Genes en el laboratorio y en la fábrica. Coordinadores Alicia Durán y Jorge Riechmann, (Editorial Trotta S.A., Madrid), p. 35 y ss.
3. En idénticos términos es definida en New Developments in Biotechnology, Patenting Life, 1989 (Office of Technology Assessment. USA. Congress), p. 121.
4. Además de las citadas se conocen también Amgen, Organogenesis, Genzyme, Calgene, Mycogen, Myriad, y Agribiotech de los Estados Unidos, Groupe Limagrain de Francia, Astra Zeneca del Reino Unido y Suiza; y Sakata de Japón, sin olvidar la multitud de empresas que están naciendo en cada país para entrar en este mercado en expansión.
5. Las alianzas entre las grandes empresas productoras y las instituciones académicas se están dando alrededor del mundo. Novartis de Suiza, que resultó de la fusión en más de 27.000 millones de dólares de la farmacéutica Sandoz y la agroquímica Giba-Geigy, ha establecido convenios con la Universidad de Berkeley en California por US 500 millones, y ha creado la Novartis Agricultural Discovery Institute Inc., (NADII) en La Jolla California. Y en Inglaterra The John Innes Centre and Sainsbury Laboratory efectuó alianzas en investigación con Du Pont y la empresa Zeneca en el campo de la agricultura. Igualmente The Max -Planck- Institut für Züchtungsforschung de Alemania ha negociado investigaciones con un consorcio liderado por la empresa Agr Evo de Alemania. También se han unido el Institute of Molecular Agrobiology de Singapur y la empresa Rhône-Poulenc de Francia. Millennium Pharmaceuticals, se ha aliado con Monsanto en Cereon Genomics (USA) y ha sido contratada por Bayer en proyectos de investigación farmacéutica por casi US 500 millones de dólares. Cfr. Pongor, et al.: 1999, "Bioinformatics and the developing world", Biotechnology and Development Monitor 40. p. 10. Cfr. Rifkin, Jeremy: 1999 El siglo de la biotecnología. (Crítica, Barcelona). Cfr. Bijman, Jos: 1999, "Life science companies Can they combine seeds,

- agrochemicals and pharmaceuticals?" *Biotechnology and Development Monitor* 40, p. 14.
6. Rifkin, Jeremy: 1999, pp. 19 - 43. Dedicar el capítulo 3 a examinar los capitales financieros con que cuentan hoy estas transnacionales y su concentración de poder.
  7. Solleiros, José Luis: 1996, "Propiedad Intelectual: Promotor de la innovación o barrera de entrada". Ponencia para el Seminario de Gestión de la Propiedad Intelectual en Biotecnología. Cali Colombia. Debe advertirse que en estas sumas debe estar incluido el costo de las iniciativas fracasadas. Se estima que de cada 10.000 nuevas sustancias producidas sólo se llega a comercializar una; las otras se quedan en los alrededores de 10 años de experimentación de laboratorio e investigaciones clínicas que requieren las oficinas de control de medicamentos del mundo.
  8. *Comunique*: march-april 1999, Rural Advancement Foundation International, RAFI. *The gene giants: Master of the universe?*, p. 6. Ver Rifkin Op. cit. p. 99.
  9. Las universidades norteamericanas lideran la tenencia de patentes de biotecnología en el mundo. En 1980 el Congreso de Estados Unidos aprobó la ley 96-517 conocida como Bayh-Dole Act, para estimular la economía. Tal ley permite a estas universidades ser propietarias de los inventos obtenidos a partir de las investigaciones realizadas con fondos federales. Ello ha propiciado además que entren a comercializar su propiedad intelectual, bien sea otorgando licencias sobre las patentes, o constituyendo empresas para la explotación de sus inventos.
  10. En 1961 se celebró, a instancias de Francia y otros países europeos, el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales constituyéndose la Unión del mismo nombre (UPOV), para proteger las nuevas variedades de plantas como categoría taxonómica menor dentro de un género o especie vegetal. El Convenio fue enmendado el 10 de noviembre de 1972, revisado el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991. Colombia adhirió al Convenio UPOV de 1978.
  11. Esta excepción a favor del agricultor había sido consagrada como la "farmer's exemption" en la ley de patentes de plantas de los Estados Unidos de América. Ley 35 U.S.C. 161 de 1930.
  12. *Semillas en la economía campesina* 13, 1999. pp. 27 y ss. Sección Panorama Internacional.

13. "La vainilla es el sazonzador más difundido en Estados Unidos. La tercera parte de los helados que se venden allí son de vainilla. Pero es cara producirla. La planta se poliniza a mano y requiere una atención cuando se cosecha y cura. Ahora, gracias a las nuevas técnicas del empalme génico, los investigadores pueden producir volúmenes comerciales de vainilla en cubas de laboratorio -mediante el aislamiento del gen que codifica la ruta molecular metabólica que crea el sabor de vainilla y su desarrollo en un baño bacteriano- y eliminar semilla, planta, tierra, cultivo, cosecha y agricultor". Rifkin: (1999) p. 34. Al hablar de las ventajas de estas nuevas tecnologías no se menciona a los pequeños productores de vainilla de las islas -Estados del Océano Índico como Comore y Madagascar-, los primeros productores de vainilla del mundo, que tienen su principal actividad y por ende su modo de vida sujeto a este tipo de producción.
14. Estados Unidos con un 74% de su superficie total dedicada al cultivo de transgénicos, seguido por Argentina que dedica el 15% de su territorio a cultivos de trigo de semillas modificadas son hoy los mayores productores de organismos genéticamente modificados.
15. Como Rural advancement Foundation International (RAFI), del Canada, la fundación Swissaid, The Faculty of Social and Behavioural Sciences, Department of Political Science of the Universiteit van Amsterdam, The Swedish International Development Cooperation Agency (SIDA), the International Development Research Centre (IDRC) también conocido en español como CIID, de Canada, Australian Center for international Agricultural Research ACIAR y International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI) de Italia, entre otros.
16. Restos fósiles de maíz doméstico de 4.000 años de antigüedad han sido hallados en las vastas fronteras entre México y Estados Unidos.
17. Cfr. Suzuki, David y Knudtson, Peter: 1991, Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos. (Tecnos, Madrid). p. 257 y ss. Ver en estos autores la explicación de la epidemia de helmintosporiosis, un moho patógeno que acabó con la variedad de maíz híbrido que se había impuesto en Estados Unidos.
18. Los otros tipos de Zea Mays que todavía se cultivan son el reventón, cuya propiedad de explotar a altas temperaturas y adquirir una agradable forma le permite ser vendido con el nombre de

palomitas de maíz, el maíz dulce y el dentado consumidos sobre todo en Estados Unidos y Europa, el primero cocinado en su mazorca o desgranado como parte de una ensalada y el segundo utilizado para alimentación animal.

19. El árbol neen conocido por sus propiedades como insecticida, bactericida y desinfectante por el pueblo de la India que lo ha considerado sagrado y utilizado por siglos para diversos usos de medicina preventiva y del cual W. C. Grace aisló con una técnica que ya era conocida por los científicos indios, el ingrediente más potente la azadiractina, y lo patentó. También se concedió patente sobre el yagé, planta sagrada de los indígenas del Amazonas, la que tuvo que ser cancelada por la misma Oficina de Patentes de USA (USPA) a instancias de más de 400 culturas que habitan la cuenca amazónica. En 1995, la US Patent concedió una patente a la NIH de una línea celular conteniendo un DNA inmodificado de una indígena guaymi panameña de 26 años, lo que causó un revuelo en el ámbito de las comunidades indígenas que lo vieron como un saqueo y una forma de colonización. El escándalo obligó a la NIH a abandonar la solicitud de patente.
20. El gigante de comidas preparadas Mac Cains´s de Canadá anunció que ha dejado de comprar papas genéticamente alteradas por la pobre aceptación entre consumidores, lo que perjudicará a los granjeros de ese país. El Colombiano: enero 27 de 2000, página 10 A. (Medellín). Una encuesta hecha por la BBC de Londres mostró que el 83% de los británicos evitaría comprar y consumir alimentos derivados de productos transgénicos. Semillas en la economía campesina: 13, (Santafé de Bogotá, septiembre de 1999).
21. No me voy a referir a ello pero son de actualidad las disputas de la compañía Roche con Sudáfrica y Brasil para la producción y venta del Nelfinavir una droga contra el sida, que ya es una pandemia que azota estos países.

**Palabras Clave:** Compañías genómicas, biotecnología, bioética, ética de la información, tecnología "terminator", patentes, medios de comunicación.

**TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA, ÉTICA  
DEL DISCURSO Y SOBERANÍA POPULAR**  
**Moral, política y derecho en el pensamiento de  
Jürgen Habermas**

*Oscar Mejía Quintana*

Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas  
y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia  
Profesor de Teoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Los Andes



## Introducción

El pensamiento de Habermas puede interpretarse como una propuesta integral de filosofía política en tres direcciones que, a su vez, constituyen tres etapas en el desarrollo del mismo. En una primera etapa, Habermas propugna por redefinir los nuevos términos de la problemática filosófico-política en el capitalismo tardío, derivando de ello un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico así como asignándole a la filosofía un papel específico en el contexto de ello.

En una segunda etapa, su reflexión se centra en la fundamentación de una teoría de la acción comunicativa como estrategia central de relegitimación de la sociedad capitalista, a partir de un agudo e implacable diagnóstico de la colonización que sobre el mundo de la vida ha ejercido el derecho, generando un proceso de desintegración acelerada a su interior. Estrategia que Habermas complementa con la concepción de su ética discursiva, inmediatamente después.

Ante las críticas de Robert Alexy en cuanto que la propuesta habermasiana no podía seguir ignorando en su estrategia de solución el derecho como instrumento, Habermas inicia lo que puede denominarse el giro jurídico hacia la reconsideración proactiva del estado de derecho, que, en un primer momento, lo lanza hacia el iuspositivismo y cuya tensión entre legalidad y legitimidad resuelve con la procedimentalización de la soberanía popular.

En el marco de este giro, Habermas desarrolla, en la tercera etapa de su monumental reflexión, una teoría del derecho y la democracia que, de una parte, profundiza sus reflexiones tempranas sobre la legitimación en el capitalismo tardío que le permite replantear y complementar su propia teoría de la acción comunicativa y, de otra, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas, socio-jurídicas, teórico-jurídicas y filosófico-políticas contemporáneas, proponer un nuevo paradigma jurídico-político, el discursivo-procedimental, cuyo objetivo es

superar la crisis de las sociedades contemporáneas a través de la reconstrucción normativa de la legitimidad fracturada, conciliando la dicotomía entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo a través de un modelo de democracia deliberativa como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública.

El programa de investigación habermasiano se consolida con su propuesta de una reconstrucción del materialismo histórico, ya no como un procedimiento heurístico, es decir, como un procedimiento de investigación, sino como una teoría de evolución social bajo una condición de tipo reflexivo. Lo que entiende por reconstrucción de materialismo histórico no es otra cosa que el desmontamiento de dicha teoría y una recomposición de la misma de manera que permita alcanzar la meta fijada. Desde esta perspectiva se propone analizar los conceptos y supuestos fundamentales del materialismo histórico para encontrar así sus dificultades más inmediatas.<sup>1</sup>

Habermas hace referencia a dos supuestos fundamentales del materialismo histórico: primero, el teorema de la superestructura y, segundo, la dialéctica entre fuerzas de producción y relaciones de producción. El teorema habla de una estructura fundamental sobre las que se erigen unas superestructuras jurídico-políticas e ideológicas. Tal estructura está constituida por un sentido económico en el que se conjugan las relaciones de producción con las fuerzas productivas, condicionando las relaciones políticas, sociales, legales y espirituales que conforman el tejido derivado de las relaciones superestructurales.

Una versión económica del teorema plantea una jerarquización social a través de sistemas parciales (o locales) según el nivel de complejidad. De esta manera "el sistema económico determina en última instancia, como dice Engels, el ámbito de los procesos posibles de los otros sistemas parciales".<sup>2</sup> Sin embargo, para no caer en un reduccionismo, es importante reconocer que el vínculo entre estructura y superestructura le corresponde un carácter contextual histórico. Eso quiere decir que la lectura que puede hacerse de Marx no sólo se limita a lo económico sino que permite un reconocimiento

de la dinámica que se establece en cada momento histórico en donde se representan de diferente manera ambos elementos.

En este sentido, la autogeneración de cada sociedad se da en términos de su base estructural buscando responder a una problemática originada desde su propio interior. En las sociedades capitalistas es claro que la base o estructura es coincidente con el sistema económico en el que las relaciones de producción regulan tanto la distribución de la riqueza social como el acceso a los medios de producción: el mercado es el ámbito en el que se realizan las diferentes transacciones o relaciones entre los estamentos e individuos de la sociedad.

Las relaciones de producción se difunden y fortalecen en los diferentes ámbitos, moldeando de tal manera una "cierta forma de integración social... el afianzamiento de la unidad de un mundo vital social entorno a los valores y las normas".<sup>3</sup> Cuando no existe concordancia entre la forma de integración social y la respuesta a las problemáticas del sistema, la identidad social peligra.

En segundo lugar, la crisis en la que entra el sistema se halla en la contradicción entre fuerzas de producción y relaciones de producción. Estas últimas son obstáculos para las fuerzas de producción, que se superan en la revolución social, buscando el cambio de la base económica y que afectan consecuentemente toda la superestructura derivada de aquella. La dialéctica entre fuerzas de producción y relaciones de producción puede tener un sentido tecnicista que el teorema supera al plantear las técnicas de producción no sólo en un ámbito de fuerzas de producción organizadas y movilizadas, sino en términos de unas relaciones de producción coherentes con un sentido social del trabajo.

Habermas propone separar la esfera de la acción comunicativa de la esfera de la acción instrumental. Con esta distinción el teorema puede entenderse como el reconocimiento de un proceso endógeno de aprendizaje que cuida del desarrollo del conocimiento, técnica y organizativamente, y permite la transformación de tal conocimiento en fuerzas productivas. Esto llevaría, según Godelier, a un modo de producción que podría

equilibrarse si existiera correspondencia estructural entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción.

En ese contexto, las formas de integración que surgen de los procesos revolucionarios tienen un carácter práctico-moral más que técnico-valorativo, determinado por reglas de acción instrumental y estratégica que se materializan en la interacción social.

En este orden, los problemas sistémicos se resolverían directamente desde la base económica de la sociedad, originándose las soluciones desde allí y materializando, en un núcleo institucional nuevo, la acumulación de potenciales cognoscitivos que posibilitarían la superación de los problemas críticos del sistema, apoyados en la expansión de fuerzas productivas y un nuevo contexto de integración social e institucional.

La pregunta decisiva en este punto, para el materialismo histórico, es si la solución de problemas sistémicos se logra a través de la dinámica del conflicto social, es decir, de la revolución, o si es posible lograrlo por medio de una estrategia de integración social alternativa que garantice el desarrollo económico y al tiempo reconstruya el lazo social fracturado. Habermas propone no sólo un aprendizaje de lo técnico-valorable que afecta a las fuerzas productivas, sino una ampliación hacia la conciencia práctico-moral que fortalezca una dinámica propia e interactiva.

La consideración de los seis modos de producción (asiático, primitivo, antiguo, feudal, capitalista y socialista) como parte de una lógica de desarrollo, choca con los diversos matices que se detectan en la sociedad ya que en muy escasas ocasiones la estructura económica de una sociedad coincide con un solo modo de producción. La delimitación histórico-económica de cada periodo histórico se hace compleja ya que se constituye de diversos elementos o bien, en otros casos, la estructura económica no es el factor fundamental que determina el proceso del desarrollo social, como es claro en las concepciones mitológico-cosmológicas de los indios o chinos, que afectan de manera evidente sus procesos sociales.

El concepto de modo de producción no alcanza una proyección universal en el desarrollo social porque remite a unas relaciones bien delimitadas que no permiten el reconocimiento de otros elementos. Tal ampliación supondría principios más amplios y abstractos, principios sociales de organización derivados de procesos de aprendizaje según la lógica del desarrollo, institucionalizando nuevos niveles de aprendizaje. Estos principios mostrarían otras posibilidades de transformación dentro de las estructuras, nuevas capacidades productivas y de expansión, así como otra perspectiva sobre la complejidad del sistema.

Habermas plantea, entonces, una ontogénesis de la competencia de acción, fundamentado en tres etapas de la comunicación, que permitirá una reubicación del carácter interpretativo del materialismo histórico. Tales etapas son, primera, la de la interacción simbólica donde el símbolo se enlaza con la acción de una actividad comunicativa; segunda, la del discurso prepositivo diferenciado, donde se separan por primera vez el hablar y el obrar y se da un intercambio de experiencias intersubjetivas; y, tercera, la del discurso argumentativo, donde existe una consideración de las normas y roles establecidos para dar razón de las acciones realizadas.

Desde esta perspectiva sería posible realizar una nueva valoración que comprenda más claramente el desarrollo social ligado al acto comunicativo, en una interpretación que da paso al reconocimiento de los diferentes matices que puede adquirir la evolución social a través de su desarrollo. Ello supondrá, en un primer momento, una reflexión sobre el tipo de crisis que afecta al capitalismo tardío, definiendo el carácter particular asumido por la misma, y, segundo, las estrategias, en este caso comunicacionales, que permitirían dar salida a la misma. Tal es el marco desde donde debe comprenderse la propuesta de la acción comunicativa y de la ética del discurso de Habermas.

En lo que sigue se hará una reconstrucción del pensamiento de Habermas en torno a su propuesta de una acción comunicativa y una ética discursiva, definiendo las dimensiones del problema de la legitimación y las diferencias entre sistema y mundo de vida (1), para comprender el diagnóstico inicial que hace Habermas sobre el derecho y su tesis de la colonización

interna que este ejerce como instrumento de dominación sistémica sobre el mundo de la vida (2).

Posteriormente, se explora la primera estrategia teórica asumida por Habermas de reconstrucción normativa de la legitimidad a través de la acción comunicativa y la ética del discurso (3), si bien esta solución inicial da paso, casi enseguida, al reconocimiento del derecho y los procedimientos jurídicos como un instrumento complementario de la acción comunicativa en la sociedad que permite reconstruir la legitimidad del lazo social desintegrado (4), lo que lo conducirá, desde la publicación de *Facticidad y Validez* (1992), a un estudio sistemático del derecho y la democracia, en lo que constituye una segunda y última estrategia teórica de su desarrollo intelectual.

## **1. Crisis y Legitimidad**

### **1.1. Sistema y mundo de vida**

Habermas parte desde muy temprano de una diferenciación muy interesante y decisiva entre sistema y mundo de vida. Sin duda recuperando el sentido de la teoría sistémica de Parsons<sup>4</sup>, uno de sus grandes contradictores pero también maestro, Habermas pretenderá fundamentar un concepto de crisis social introduciendo una diferenciación entre lo que denomina sistema y mundo de vida<sup>5</sup>, como dos instancias distintas de una misma totalidad social cuyas contradicciones y conflictos determinan la tipología de las crisis que se presentan al interior de la sociedad capitalista.

En la línea de Parsons, Habermas propone "...un concepto de crisis delineado según la teoría de sistemas. Las crisis surgen cuando la estructura de un sistema sociedad admite menos posibilidades de resolver problemas que las requeridas para su conservación"<sup>6</sup>, entendiendo por "sistema sociedad", "... un sistema de sistemas sociales"<sup>7</sup> compuesto por el subsistema económico (instituciones económicas), el subsistema político-administrativo (instituciones políticas) y el subsistema socio-cultural, este último incluyendo, en lo fundamental, las diferentes formas y expresiones subculturales que conforman lo que se denomina mundo de vida:

Bajo el aspecto del mundo-de-vida tematizamos, en una sociedad, las estructuras normativas (valores e instituciones). Analizamos acontecimientos y estados en su dependencia respecto de funciones de la integración social... Cuando concebimos un sistema social como mundo-de-vida, ignoramos su aspecto de autogobierno; si entendemos una sociedad como sistema, dejamos sin considerar el aspecto de validez...".<sup>8</sup>

En este punto, la crisis parece expresarse, al interior de un sistema social, en una contradicción entre el subsistema económico y político-administrativo, cuyo objetivo sustancial es la funcionalidad del sistema, y el subsistema socio-cultural, cuya característica esencial es la justificación normativa de las correspondientes formas de vida y del sistema en general.

Existen, entonces, dos dimensiones de la dinámica social: una integración sistémica orientada a garantizar la funcionalidad del sistema y el equilibrio social a través de mecanismos impersonales, independientes de cualquier consenso normativo; y una integración social fundamentada en consensos normativos a partir de procesos comunicativo-vitales sobre el marco institucional en que se desenvuelven las diferentes formas de vida existentes al interior de una sociedad.<sup>9</sup>

Como es de suponer, cada uno de estos tipos de integración social corresponde a un tipo de sociedad determinada: el sistémico a la sociedad capitalista y el social a la sociedad tradicional. En el primero, la integración queda supeditada al mercado y el subsistema administrativo-político mientras que en el segundo la integración queda subordinada al marco institucional y los consensos normativos del mundo de la vida.

Pero más allá de ser tipos ideales de modelos de sociedades determinadas, ambas dimensiones coexisten al interior de las sociedades capitalistas y las sociedades tradicionales en transición estructural. Esa coexistencia se manifiesta en un conflicto entre dos principios de organización social opuestos: una integración sistémica cuyo principio de orden es el control; y una integración social cuyo principio de orden es el consenso.

Conflicto que se manifiesta en la necesidad del subsistema socio-cultural por legitimarse a sí mismo y legitimar el sistema como tal y el rechazo de los subsistemas económico y político-administrativo por reconocer otro tipo de legitimación diferente a la auto legitimación funcional del sistema mismo. Ello produce un déficit de legitimación normativa del sistema que la auto legitimación funcional del mismo no parece alcanzar a resolver, convirtiéndose así el problema de la legitimación en la principal expresión de crisis del sistema que, en todo caso, este se ve forzado a resolver.

De aquí se deriva la distinción analítica entre sistema y mundo de vida, como dos aspectos diferentes, cuando no antagonicos, de la integración de una sociedad: el primero orientado a la concepción de mecanismos de intercambio y poder; el segundo orientado a la concepción de mecanismos que posibiliten la formación de consensos.

El diagnóstico habermasiano del análisis de ambas dimensiones apuntaba ya desde entonces, y así lo enfatizaría más tarde<sup>10</sup>, a mostrar que este conflicto se resolvía momentáneamente en un desacoplamiento entre sistema y mundo de vida, es decir, un desacoplamiento entre integración social e integración sistémica, propiciado por la división del trabajo, en lo cual la primera quedaba supeditada a la segunda a través de la consolidación de subsistemas sociales que no requieren directamente consensos normativos del mundo de la vida para garantizar su funcionalidad.

Ello genera un cuadro de consecuencias de enorme significado para el desarrollo de las sociedades capitalista o en transición estructural: una sustitución del lenguaje vital por medios objetivos de coordinación social (dinero, poder, por ejemplo); un aumento del control técnico y organizativo sobre la sociedad; y, finalmente, un desequilibrio entre ambos niveles de integración de la sociedad que deforma su proceso histórico de racionalización social.

## **1.2. Desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida**

Una reconstrucción histórica del proceso de racionalización social permitiría precisar tres momentos diferentes: un primer momento donde la integración sistémica se identifica con el marco institucional, es decir, que los procesos funcionales que garantizan la producción y reproducción de la sociedad se encuentran mediados por el marco institucional de la misma o, en otras palabras, por el acervo de símbolos, valores y tradiciones socio-culturales que lo legitiman. No hay diferenciación entre sistema y mundo de vida: los componentes estructurales del sistema social, a saber, sociedad cultura y personalidad, se encuentran adheridos entre sí.

En un segundo momento, como resultado del proceso de racionalización capitalista, se produce la separación entre los componentes estructurales de la integración social, abandonando la sociedad los esquemas interpretativos tradicionales para la coordinación de la acción, la cual intenta rehacer a través de esfuerzos comunicativos. Ello aumenta la posibilidad de disenso y descoordinación de la acción entre los hombres y potencializa la necesidad de asumir medios de organización que eviten las discrepancias y garanticen la funcionalidad social.

Esto desemboca en un tercer momento donde surge definitivamente una sociedad diferenciada en la cual sistema y mundo de vida no solo han dejado de coincidir sino que la primera determina a la segunda, es decir, la integración sistémica prima sobre la integración social, y el mundo de la vida queda sometido a los imperativos de organización tecnocrática, desechando los medios lingüísticos e inter subjetivos para garantizar la producción y reproducción social y, en consecuencia, reemplazando la búsqueda de acuerdos y consensos normativos por mecanismos impersonales de articulación sistémica.<sup>11</sup>

El primer momento definiría un tipo de sociedad tradicional mientras que el segundo momento coincidiría con lo que se ha definido antes como sociedad tradicional en transición estructural y el tercero con sociedad industrial capitalista y/o poscapitalista.

Este proceso cuyo momento culminante, aunque no necesario, es el de la sociedad diferenciada, tiene como consecuencia el surgimiento de una serie de patologías sociales, que más tarde serán analizadas con mayor profundidad, en especial a lo que el derecho se refiere, una de las cuales, sin duda de importancia cardinal, es la sustitución de la legitimación tradicional por una legitimación procedimental, primero, y funcional, después, que al no requerir mediaciones ínter subjetivas, desechan tanto el lenguaje como la búsqueda de consensos como medios de coordinación social.

La integración social queda anclada a procesos sistémicos o procedimentales impersonales y cuasi automáticos y el mundo de la vida ve reducida y sometida su dinámica a los imperativos tecno-funcionales del sistema. En estos procesos funcionales, las conexiones sistémicas se concretan a través de procedimientos jurídico-legales con lo cual del derecho deviene el instrumento de consolidación de los subsistemas económico y político-administrativo frente al subsistema socio-cultural que representa al mundo de la vida.<sup>12</sup>

### **1.3. Tipología de las crisis y legitimidad**

En el libro anotado<sup>13</sup> y a partir de los conceptos y diagnóstico expuestos, Habermas sugiere una tipología de las crisis que afectan a las sociedades capitalistas tardías y un intento de interpretación a partir del problema de la legitimidad que sin duda será uno de los ejes de reflexión determinantes durante toda su obra.<sup>14</sup>

Habermas concibe el sistema social como compuesto por tres subsistemas: el subsistema económico, el político-administrativo y el socio-cultural, a cada uno de los cuales corresponden determinadas estructuras y sus correspondientes funciones sociales: al subsistema económico, las instituciones económicas y las relaciones de producción, cuya principal función es la distribución del poder económico y la disponibilidad de las fuerzas productivas; al político-administrativo corresponde las instituciones políticas, cuyas funciones esenciales son la organización de la racionalidad administrativa y la distribución legítima del poder; y, por último, al socio-cultural corresponden

las diversas formas de vida cuya función reside en la distribución de recompensas y el desarrollo de capacidades de disposición.<sup>15</sup>

A cada uno de estos subsistemas corresponden diferentes tipos de crisis estructurales e insuficiencias estructural-funcionales: al subsistema económico corresponde una crisis económica, caracterizada por la incapacidad del estado por continuar siendo agente planificador del monopolio extranjero y órgano ejecutor espontáneo de la ley del valor. Al subsistema político-administrativo corresponden dos tipos de crisis diferentes: una crisis de racionalidad, cuando la organización administrativa es desbordada por intereses individuales contrapuestos y empieza a ser horadada por la generación de estructuras pseudo institucionales paralelas; y una crisis de legitimación cuando el estado se ve obligado a intervenir administrativamente en la tradición socio-cultural para reducir el déficit de legitimación existente, originando con ello el surgimiento de efectos secundarios no programados por sus límites sistémicos. Y, por último, al subsistema socio-cultural corresponde una crisis de motivación por la erosión de las tradiciones pertinentes para conservar el sistema y la insuficiencia del sistema para satisfacer el sistema universal de valores a que se ve expuesto el mundo de la vida como producto de la globalización.<sup>16</sup>

Cada una de estas crisis supone una interpretación diferente: la crisis económica, se origina en la intervención del estado para remediar disfunciones del mercado y la acumulación del capital a través de compromisos cuasi-políticos; la crisis de racionalidad se origina en el desplazamiento de la crisis económica al sistema político-administrativo, lo cual transforma pero no supera el conflicto económico; la crisis de legitimación se debe a que la intervención del estado en la economía agudiza la necesidad de legitimidad estatal si bien las formas tradicionales de legitimación han sido horadas por su propia acción; y la crisis de motivación de origina en este déficit de legitimación que pretende vanamente ser cubierto por la participación electoral pero que solo ocasiona el refugio del individuo en su vida privada y su indiferencia política.

Estas crisis estructurales pueden derivar en crisis sistémicas que erosionen gravemente o, incluso, propicien una

desintegración social, según el tipo de binomio en que coyunturalmente se expresen. En un primer momento, la crisis económica y la crisis de racionalidad se pueden manifestar en una crisis sistémica de autogobierno debido a que, como se dijo, el desplazamiento de la crisis económica al aparato administrativo no resuelve la insuficiencia estructural-funcional económica sino que la transforma en una crisis fiscal cuyo origen inmediato es la socialización de gastos frente a la privatización de las ganancias.

Pero lo interesante en la interpretación habermasiana es su afirmación de que este nivel sistémico de la crisis en las sociedades capitalistas nunca se produce porque la crisis, sin abandonar el subsistema político-administrativo, se desplaza a los límites de este con el subsistema socio-cultural, transformando las crisis de legitimación y motivación de aquellos en una crisis no sistémica de identidad debido a que el estado, de una parte, si bien se descarga de su exigencia de legitimación no logra que el mercado se auto legitime por no poder este autorregularse equitativamente y, de otra, al participar en el proceso de producción y distribución lo obliga a tener que legitimarse como cualquier estado patriarcal de una sociedad tradicional.<sup>17</sup>

De cualquier manera, como es claro, el conjunto de crisis potenciales de carácter estructural y/o sistémico conducen a un mismo punto: el déficit de legitimación en el que todas las demás insuficiencias estructural-funcionales descargan sus respectivas crisis y que hacen del problema de la legitimidad en el estado capitalista, como en el estado patrimonialista, la principal y permanente fuente de conflicto de las sociedades moderna y tradicional.

Al unirse las crisis de legitimidad y motivación en los límites de los subsistemas político-administrativos y socio-cultural se produce una crisis de legitimación, la cual se expresa como crisis no sistémica de identidad, evitando así, gracias a ese desplazamiento, el derrumbamiento total del sistema. La crisis se desplaza de las estructuras económicas y administrativas a las estructuras normativas de la ínter subjetividad de los agentes sociales lo que impone la necesidad de una reconstrucción

normativa de la legitimidad por la insuficiencia sistémica de la sociedad de auto legitimarse funcionalmente.<sup>18</sup>

## **2. Derecho y Colonización Interna**

### **2.1. Racionalización del derecho**

En el primer tomo de su libro *Teoría de la Acción Comunicativa*<sup>19</sup>, Habermas acomete la reconstrucción de la teoría weberiana sobre el proceso de racionalización occidental, en el marco de la cual aborda, en particular, el papel racionalizador jugado por el derecho<sup>20</sup>, en un estudio excepcional de sociología jurídica inadvertido por muchos jurisconsultos, del que se deriva un primer diagnóstico sistemático sobre esta disciplina con puntuales connotaciones tanto para las sociedades capitalistas convencionales como para las sociedades tradicionales o en transición estructural.

Habermas recupera el análisis weberiano desde la perspectiva de la teoría crítica marxista, en la línea de Georg Lukács y de la primera Escuela de Frankfurt (Horkheimer, Adorno, Marcuse, entre otros), para mostrar que el proceso que lleva a la consolidación de la sociedad capitalista está determinado por dos momentos estructurales diferentes, complementarios e interrelacionados. Es interesante observar, como lo señala Habermas en contra del mismo Weber, que este proceso de racionalización capitalista tiene un carácter universal, pese a las eventuales diferencias que se presentan en cada sociedad y región particular, en una afirmación que recuerda sustancialmente el análisis trotskista sobre la proyección planetaria del capitalismo y la imposibilidad de concebir formaciones económico-sociales precapitalistas o poscapitalistas aisladas en el marco de un sistema hegemónico mundial.<sup>21</sup>

El proceso de racionalización occidental viene, pues, determinado por dos momentos: un primer momento lo constituye el desencantamiento de las imágenes metafísicas del mundo, en palabras de Habermas, y un segundo momento viene definido por la racionalización del derecho. Ambos momentos se encuentran histórica y estructuralmente relacionados pero deben ser diferenciados analíticamente para su interpretación integral.

El primer momento determina el paso de las estructuras simbólicas tradicionales a las estructuras simbólicas modernas, así como de la comprensión tradicional-unitaria del mundo, propia de la sociedad medieval, a una comprensión moderna, propia de la sociedad capitalista.<sup>22</sup>

En efecto, la sociedad medieval-tradicional se legitimaba a partir de un tipo de pensamiento mítico el cual se caracteriza por concebir el mundo como la emanación de un orden mágico-religioso a través de una visión unitaria de sus expresiones simbólicas. En otras palabras, el orden social es concebido en el marco de un orden cosmológico cuyo contenido religioso lo hace invariable, lo cual es justificado por una serie de expresiones culturales (filosofía, arte, literatura, política, religión, etc.), denominadas imágenes tradicionales del mundo, que unitariamente refuerzan y legitiman tanto la visión cosmológica total como la sociedad de la que son manifestaciones simbólicas. Estas imágenes del mundo van acompañadas por una fe piadosa y una ética religiosa, expresiones que en conjunto apuntalan la unidad de la visión cosmológica.<sup>23</sup>

Estas imágenes tradicionales del mundo empiezan a ser horadas en su núcleo por el humanismo renacentista del siglo XV, pero es la Reforma protestante y el surgimiento del protestantismo el que ocasionará la transformación sustancial del pensamiento mítico, abriendo las puertas a un pensamiento moderno cuyo resultado será la desaparición del primero y la reestructuración de la sociedad tradicional en una sociedad capitalista.

El pensamiento moderno se caracteriza por una crítica reflexiva que elimina la generalización del pensamiento mítico-medieval lo que origina un proceso de racionalización y posterior desencantamiento de las imágenes tradicionales del mundo, así como una progresiva profanación de la vida cotidiana tradicional que ve reemplazada la fe piadosa y la ética religiosa por una ética de la intención y del éxito.<sup>24</sup>

El protestantismo, en especial en su versión calvinista, se constituye en el aliento que inspira al espíritu capitalista porque su doctrina de la predestinación genera en el protestante una

angustia por la salvación que solo puede ser aliviada por el trabajo y los productos de su labor en la medida en que a través de ellos, es decir, en la constatación objetiva de los productos de su trabajo, puede considerarse uno de los elegidos por la "Gracia de Dios" y suponer que habrá de salvarse.

De allí por qué el protestantismo se convierta en una ética de la responsabilidad y el trabajo, según la tesis de Weber que Habermas retoma parcialmente, insuflándole al capitalismo el espíritu de "sacrificio material" y cálculo racional que el catolicismo no le había dado ni parecía poder darle.<sup>25</sup>

¿Pero, a dónde conduce este proceso y cuál es su importancia estructural para la desaparición de la sociedad tradicional y el surgimiento de la sociedad moderna? Conduce a la generalización de una nueva actitud individual ante el mundo, de una nueva manera de concebirlo y abordarlo, a una nueva manera de existir y de ser ante la naturaleza y la sociedad que Habermas, con Weber, sintetiza en el concepto de acción racional con arreglo a fines.

El protestantismo institucionaliza en el conjunto de individuos de la naciente sociedad capitalista, a través del pensamiento crítico que en sí mismo materializaba contra el orden tradicional-religioso, así como de su nueva doctrina teológica y de la ética de la responsabilidad y el trabajo que ello originaba, una actitud diametralmente opuesta a la actitud pasiva convencional de la sociedad tradicional-medieval, una actitud de explotación racional de la naturaleza a través de un sentido de planeación instrumental que busca optimizar sus recursos y lograr cada vez mejores resultados de producción porque sólo así el creyente protestante puede llegar a considerar plausible su salvación.

El resultado de este primer momento de la racionalización occidental es, entonces, la consolidación, en un lapso de tres siglos, entre el XV y el XVII aproximadamente, de un nuevo tipo de acción social: la acción racional con arreglo a fines, que reemplaza la acción tradicional motivada por tradición, costumbre o autoridad propia de la sociedad medieval.<sup>26</sup>

Pero sin duda lo interesante de la interpretación de Habermas no es sólo que reconstruye y reorganiza la

perspectiva weberiana sobre lo anterior sino que, como se verá enseguida, muestra que el proceso de racionalización occidental no sólo estuvo definido por este primer momento, cuyo nivel de análisis simbólico-individual ha hecho afirmar a muchos estudiosos, incluyendo al mismo Weber, la imposibilidad de concebirlo como tipo-ideal para otras latitudes, sino que la efectiva institucionalización de este nuevo modo de ser social vendría determinada por un proceso de racionalización paralelo: el de la racionalización del derecho.<sup>27</sup>

El segundo momento estructural viene así definido, según Habermas, por la racionalización del derecho.<sup>28</sup> Mientras que el protestantismo y, en general, el pensamiento moderno, posibilitaron el horadamiento y progresiva desaparición del pensamiento mítico-unitario de la sociedad medieval, a través de una transformación sustancial de las estructuras simbólicas individuales, generando así en el individuo un nuevo tipo de acción social de carácter racional-teleológico, el proceso de racionalización jurídica permitirá que a través del derecho este tipo de acción social que de manera general se presentaba en los individuos se vea consolidado estructuralmente a través de sistemas de acción racional con arreglo a fines que garantizan su cobertura social y el carácter racional-formal del proceso.

Para Habermas este proceso, a través del cual se materializa la nueva racionalidad cognitivo-instrumental, viene definido, en primer lugar, por la desacralización del derecho, es decir, el desencantamiento de las vías jurídicas que permite superar el procedimentalismo material por un procedimentalismo formal-racional con base en pruebas y testigos. Este desacralización del derecho, paralelo al proceso de desencantamiento de las imágenes tradicionales del mundo, tiene como resultados la institucionalización vinculante de ámbitos de acción estratégica así como la funcionalidad sistémica del derecho, el cual deja de responder, justificar y justificarse frente a la estructura unitaria tradicional y empieza a derivar su sentido legitimatorio de la positividad, la legalidad y el formalismo de los procedimientos, contenidos y productos jurídicos que el derecho, en tanto instrumento, auto genera.

El derecho deviene, de esta manera, el medio organizativo de la racionalización social capitalista y el instrumento de la

generalización de la acción racional con arreglo a fines a través de la institucionalización de sistemas de acción racional con arreglo a fines. Este nuevo carácter determina un tipo de legitimación procedimental opuesta a la legitimación tradicional por fundamentación y supone una profesionalización y sistematización de los preceptos y manejo jurídicos e igualmente determina una separación de la acción racional con arreglo a fines de sus fundamentos práctico-morales.<sup>29</sup>

A través del derecho las tres esferas estructurales de la racionalidad social, la cognitivo-instrumental (ciencia, economía, estado), la estético-expresiva (arte, crítica de arte, estilo de vida) y la práctico-moral (ética, política, derecho), se disocian en la pluralidad de sus expresiones particulares, destruyendo así el carácter unitario de la cultura tradicional-medieval y orientando a la sociedad en su conjunto hacia un modelo de organización inspirado en el cálculo racional.<sup>30</sup>

El desencantamiento de las imágenes tradicionales del mundo y de las vías jurídicas genera un proceso simultáneo de racionalización cultural y de racionalización social con órdenes de consecuencias diferentes en lo que hace referencia al diagnóstico de la modernidad que el análisis weberiano sugiere. La racionalización cultural se manifiesta en una diferenciación de esferas culturales de valor autónomo, producto de la ruptura de la unidad de las imágenes tradicionales y su fundamentación de sentido por la progresiva racionalización de los sistemas de símbolos, lo cual produce un patrón de conflictos entre las diferentes esferas de acción cognitivo-instrumentales, práctico-morales y estético-expresivas.

La racionalización social, por su parte, conduce a la sistematización y autonomización de la acción racional con arreglo a fines, la cual se desliga de sus fundamentos práctico-morales y estético-expresivos, sometiendo a los subsistemas sociedad/personalidad/cultura a los imperativos de funcionalidad y éxito de la empresa capitalista, poniendo en cuestión la capacidad integradora de la sociedad y, a través del derecho, someténdola a una dominación legal no cuestionada que deviene dominación política.

De esto se deriva el diagnóstico de la modernidad que Weber plantea: la racionalización cultural desemboca en una pérdida de sentido y la racionalización social en una pérdida de libertad<sup>31</sup>, en un espectro de patologías que coinciden sustancialmente con los análisis sobre la enajenación en el joven Lukács, la razón instrumental en Horkheimer, la desviación del proyecto ilustrado en Adorno y la instauración de una sociedad unidimensional en Marcuse.<sup>32</sup>

La pérdida de sentido se manifiesta en una dicotomía radical entre la razón subjetiva y la razón objetiva, al perder la primera los referentes convencionales de reconocimiento social tales como valores, símbolos y tradiciones compartidas. La razón se refugia en la razón subjetiva, al ser horadado su marco institucional común por el proceso de racionalización capitalista. Ello posibilita la prolongación espontánea de la razón instrumental al carecer la razón de instancias críticas que permitan asumir posiciones contestatarias debido a la progresiva irracionalización en que caen el arte, la moral y la filosofía ante el avance del mercantilismo y sus expresiones mellizas, tales como el fanatismo y el tradicionalismo a ultranza que surgen por el proceso de descomposición social.

De otra parte se produce una pérdida de libertad la cual se expresa en una atrofia de la individualidad debido al proceso de sometimiento de la conciencia individual a los imperativos de planificación social del sistema, lo que desemboca no solo en un rígido control del comportamiento para garantizar las metas de planeación colectiva sino en un cambio severo en el carácter de la libertad que se ve constreñida a esa administración racional de la dominación a través de procedimientos jurídicos, fundamentalmente.

La dominación convencional, de tipo tradicional-carismático, se ve reemplazada por una dominación legal, abstracta y despersonalizada, sin otra legitimación que su efectividad sistémico-funcional, desconociendo e ignorando todo intento de justificación normativa de la misma por no ser necesario, de manera inmediata, para la producción y reproducción de la sociedad. Es, según Habermas, el problemático concepto weberiano de "fe en la legalidad"<sup>33</sup>, que no hace desaparecer la necesidad de legitimación del derecho.<sup>34</sup>

Si la legitimidad del nuevo orden no puede ya derivarse de la tradición, ni de la creencia afectiva, ni de la relación carismática, sólo puede hacerlo, según Weber, de la fe en la legalidad cuya fuerza fundamentadora pretende desprenderse, por un lado, en virtud de un "pacto de interesados" cuyo acuerdo racional-instrumental le confiere legitimidad coyuntural a las leyes en la medida en que estas expresan los intereses específicos -no universales- de los mismos, y, por otro, en virtud del "reconocimiento y sometimiento a la autoridad instituida" lo que desemboca, de nuevo, en un acuerdo de los interesados sobre los procedimientos de elección y la autoridad elegida a través de ellos.

Estos acuerdos sobre las leyes y sobre la autoridad, cuya legitimidad viene mediada por la satisfacción de los intereses individuales de los interesados, fundamentan, según Weber, la "democracia plebiscitaria del líder" propia de las sociedades occidentales avanzadas.<sup>35</sup> Pero esta fundamentación parcial, en cuanto cubre sólo a los interesados y por tanto no es universal, e instrumental, en cuanto sólo busca la satisfacción de sus intereses "citoyens", no puede ser fuente de legitimidad normativa.<sup>36</sup>

La racionalización social se materializa por intermedio del derecho como instrumento institucionalizador de la acción racional con arreglo a fines. Esto produce el horadamiento de las estructuras tradicionales y su reemplazo por sistemas de acción racional con arreglo a fines lo cual no elimina sino que replantea el problema de la legitimidad de las nuevas estructuras racionales modernas. La fórmula weberiana de "fe en la legalidad" no explica suficientemente de donde extrae la legalidad su legitimidad normativa, a no ser de los acuerdos coyunturales y parciales que le confieren funcionalidad instrumental al orden jurídico y político. La reconstrucción normativa de la legitimidad, con carácter universal, sigue siendo por lo tanto, hasta este punto, un imperativo por definir de la sociedad moderna.

## **2.2. Horadamiento de la sociedad tradicional**

Es claro hasta aquí que los pilares de la sociedad moderna se levantan sobre estos dos procesos de racionalización cultural y racionalización social y en qué sentido la racionalización del derecho se constituye en el factor determinante de ambos en cuanto consolida la acción racional con arreglo a fines de tipo individual a través de sistemas de acción racional con arreglo a fines que le proporcionan a la primera un marco institucional adecuado a sus propósitos de planificación racional.

Este proceso no se produce de manera lineal, sin generar resistencias y conflictos. Habermas estudia este paso intermedio entre ambos tipos de sociedades en un escrito anterior<sup>37</sup>, de particular relevancia para las sociedades tradicionales en transición estructural como la andina y, en general, la latinoamericana.

El proceso de racionalización occidental se revela como un conflicto de ámbitos socio-culturales o, en otras palabras, como un choque de sociedades. Por un lado se encuentra la sociedad tradicional, caracterizada por una economía agrícola, un estado centralizado, una técnica incipiente, una cosmovisión unitaria y un tipo de legitimación fundamentada en un marco institucional compuesto por el conjunto de normas, valores y tradiciones que orientan las interacciones lingüísticamente mediadas de la comunidad.

El ámbito socio-cultural determinante en este tipo de sociedad es el lenguaje, en la medida que la producción y reproducción espontánea de la formación económico-social depende de interacciones lingüísticamente mediadas en el marco de la comunicación cotidiana. De aquí se deriva el marco institucional de normas, valores y tradiciones cuya red ínter subjetiva proporciona el fundamento de legitimidad al orden establecido. De allí que en este tipo de sociedad, el aprendizaje de reglas de comportamiento, intronizadas sobre las estructuras de la personalidad, sea el objetivo cardinal que permita asegurar la legitimación social y su consecuente producción y reproducción económica.<sup>38</sup>

Por el contrario, la sociedad moderna, caracterizada por una economía capitalista, una innovación científico-tecnológica institucionalizada, una dominación político-legal asegurada por la dinámica de la producción económica misma y una legitimación procedimental anclada en el modelo de cálculo racional de la empresa capitalista y mediada por el derecho y su red de procedimientos jurídicos funcionales, abstractos y despersonalizados, tiene como ámbito socio-cultural determinante el trabajo por medio del cual se articulan, simultánea y espontáneamente, la acción racional con arreglo a fines y los sistemas de acción racional con arreglo a fines.

De allí que para su producción y reproducción, garantizada en forma automática por el mismo proceso productivo, se requiera mejor el aprendizaje de reglas de acción racional que desarrollen disciplinas y habilidades en los sujetos, considerados funcionalmente, y las cuales garanticen la elección racional adecuada que la acción y los modelos de acción instrumental requieren para la integración del sistema.<sup>39</sup>

Pero el desarrollo capitalista global y su penetración en el espacio geográfico de una sociedad tradicional generan dos tendencias de racionalización que horadan de manera progresiva la totalidad de estructuras de la sociedad tradicional.<sup>40</sup>

La descomposición de la sociedad tradicional que con ello se genera, debido a esta doble tendencia de racionalización que penetra los ámbitos de la sociedad (cognoscitivo-instrumental, estético-expresivo y práctico-moral), origina un cambio cualitativo en el carácter de la misma, el cual se expresa en dos transformaciones sistémicas a su interior.

De una parte, en el hundimiento del estado interventor lo cual conlleva a que el estado desregule dominios no estratégicos de la vida económica, dejándolos en manos de los particulares; la repolitización del marco institucional, en términos de una resolución tecnocrática de los problemas sociales, sin participación efectiva de la comunidad; y una nueva legitimación del dominio político, sin recurrir a la presión represiva ni apelando a las antiguas tradiciones político-culturales disueltas.

D, otra, en la consolidación de una ideología científico-tecnológica, la cual impone una lógica del progreso técnico a la sociedad; la disociación de su auto comprensión convencional, a partir de la deslegitimación de sus sistemas de referencia comunicativa (tradiciones vinculantes) y sus conceptos de interacción simbólicamente mediados (valores y símbolos constitutivos); y, por último, la fundamentación de la legitimidad en una conciencia tecnocrática, la cual se presenta como neutra y no-ideológica ni politizada, "garantizando" así la pureza racional-estratégica del proceso técnico de planeación social, sobre el que la comunidad no puede tener ninguna incidencia efectiva.<sup>41</sup>

Ambos cambios suponen una radical transformación del marco institucional de la legitimación tradicional.<sup>42</sup>

La resolución técnica de las necesidades políticas remite de nuevo, subrepticamente, al derecho y los procedimientos jurídico administrativos que despliega para ello, los cuales no tienen otra fuente de legitimación que su efectividad resolutoria misma, por un lado, y su deslegitimación de facto de las necesidades prácticas concretas del mundo de la vida que ya no logran traducirse a través de la nueva forma política.<sup>43</sup>

El derecho desarrolla su tarea racionalizadora en tres pliegues sistémico-procesales diferentes de la sociedad en transición: Primero, es el instrumento organizativo de racionalización formal-capitalista, a nivel individual y sistémico; Segundo, es el medio racionalizador de penetración, horadamiento y disolución del mundo de la vida tradicional es decir, de los diferentes ámbitos socio-culturales que componen la sociedad tradicional; y, Tercero, es la condición de posibilidad de la autolegitimación procedimental del sistema, dándole piso inclusive, a través de su andamiaje procedimental-administrativo, a otras manifestaciones legitimatorias como la ciencia y la tecnología.<sup>44</sup>

### **2.3. Colonización del mundo de la vida**

La tesis central de Habermas sobre el derecho se resume en su planteamiento de la colonización interna del mundo de la vida

que se efectúa a través de los procedimientos jurídicos. Una vez que la sociedad tradicional se encuentra en proceso de disolución y comienzan a consolidarse los sistemas de acción racional con arreglo a fines de la sociedad capitalista moderna, el derecho se convierte en el instrumento de los subsistemas económico y político-administrativo para someter al subsistema restante, el socio-cultural, es decir, al mundo de la vida, a los imperativos sistémicos del que aquel es medio organizador y que requieren realizarse para lograr la integración funcional del sistema. La integración social es reemplazada de esa manera por una integración sistémica.

Habermas retoma el hilo de esta problemática<sup>45</sup> una vez ha mostrado el desarrollo sistémico que sufre el capitalismo avanzado y del cual el estructuralismo funcional de Talcott Parsons y, posteriormente, el funcionalismo estructural de Niklas Luhmann<sup>46</sup> son expresiones teóricas de significativa relevancia para su adecuada comprensión.<sup>47</sup>

En efecto, la hipótesis global es que la racionalización del mundo de la vida produce su desacoplamiento frente a los ámbitos sistémicos, sometiéndolo a la dependencia estructural y funcional de aquellos. Esta dependencia provoca perturbaciones en la reproducción simbólica del mundo de la vida, lo cual se manifiesta en los fenómenos de frialdad y deshumanización, entre otros, que la sociedad percibe como patologías insalvables del proceso de modernización.<sup>48</sup>

Habermas reinterpreta el análisis weberiano y sistémico, tanto de Parsons como de Luhmann, y analiza el fenómeno de la burocratización y sus consecuencias de la pérdida de sentido y libertad, desde la perspectiva marxista-lukacsiana de la colonización del mundo de la vida.<sup>49</sup>

Cosificación (o colonización) que se ejerce en las sociedades modernas funcionalmente a través de los subsistemas económico y político-administrativo, sustituyendo las formas e instituciones socio-culturales sobrevivientes de la sociedad tradicional por el orden económico de la propiedad privada y político de la dominación legal, a través y en la forma de derecho positivo.

El proceso de burocratización se revela como un proceso de enajenación frente a las instituciones económicas, jurídico-políticas y sociales y de cosificación de las relaciones personales e ínter subjetivas de la sociedad en general. La realidad objetivizada se apodera de los contextos comunicativos del mundo de la vida y el derecho reemplaza paulatinamente a la ética como marco normativo de la acción social.<sup>50</sup>

Una serie de patologías se desprenden de este proceso, las cuales no deben confundirse con el proceso mismo de burocratización. En primer lugar, la integración social confunde la esfera privada y la esfera pública, y el intercambio entre sistema y mundo de la vida discurre a través del medio sujeto-consumidor y el sujeto-ciudadano, los cuales operan como poleas despersonalizadas entre el subsistema socio-cultural y los subsistemas económicos y político administrativo.

En segundo lugar, frente al espacio de la opinión pública política, el individuo pierde capacidad de dar orientación unitaria a su vida, surgiendo un espectro de problemas de legitimación, de los que han sido expulsados los elementos morales por los imperativos sistémicos, y que cuestionan la legalidad de las decisiones y la observancia de los procedimientos. Es decir que cuestionan, según las categorías de Luhmann<sup>51</sup>, la procesualidad sistémica sobre la que se autolegitima el sistema como tal.

Esto evidencia, en tercer lugar, la forma en que el proceso de burocratización deriva, en el capitalismo avanzado, en una codificación sistémicamente inducida que enfrenta la dinámica evolutiva (mundo de la vida) con la lógica evolutiva (sistema) de la integración social<sup>52</sup>. Es en este contexto donde adquiere pleno sentido la tesis de Marx y Lukács sobre la reedificación de los ámbitos de acción socialmente integrados en términos de la colonización interna que el sistema, a través del derecho, ejerce sobre el mundo de la vida.<sup>53</sup>

Esta colonización reduce las relaciones de intercambio entre ambas esferas, es decir, entre el ser humano y las instituciones o sistemas creados por la humanidad para su autosatisfacción, a una subrepticia relación de dominio en cuyos límites y a través de la cual los sujetos sociales se ven obligados a asumir una

pseudorrelación con el sistema en los términos que la lógica del sistema le impone en contra de sus propias necesidades, aspiraciones y proyectos alternos y sin posibilidades efectivas de enfrentarse a ello y originar cambios estratégicos sustanciales en la dinámica autorreferente de aquel.

Habermas plantea tres tipos de relaciones básicas de intercambio entre sistema y mundo de la vida en las sociedades capitalistas avanzadas que, pese a las apariencias contrarias, están determinadas por la dinámica del sistema antes que por los influjos del mundo de la vida.<sup>54</sup>

En primer lugar, el intervencionismo estatal, el cual garantiza el influjo del estado sobre la actividad económica, la seguridad militar y jurídico-institucional y una política infraestructural tendiente a mantener el capital. En segundo lugar, la democracia de masas, que no es otra cosa que la legitimación del sistema por procedimientos democráticos.

En tercer lugar, el estado social que se convierte, por gracia del conflicto entre sistema y mundo de la vida, en el contenido político de la democracia de masas, con un abanico de efectos dosificadores que desplaza la alienación del plano productivo a la acción comunicativa en la medida en que la participación política queda vacía de contenidos participatorios y la legitimidad y la lealtad se amalgaman sin posibilidad de análisis objetivos.<sup>55</sup>

Esto desemboca en una fragmentación de la conciencia cotidiana, la máxima expresión de la cosificación producida por la colonización sistémica ejercida sobre el mundo de la vida, que se manifiesta en una cultura escéptica y desencantada, fenómenos de frustración y un saber intersubjetiva que permanece difuso y sometido a una falsa conciencia respaldada por una cultura de expertos igualmente enajenada de los ámbitos mundo-vitales.<sup>56</sup>

La colonización del mundo de la vida puede analizarse tanto desde una perspectiva histórica como estructural. Históricamente responde a lo que Habermas denomina hornadas de juridización, es decir, las macroestructuras institucionales que a lo largo de la edad moderna han penetrado y racionalizado a la sociedad occidental y, en general, al mundo entero.

Ese aumento del derecho positivo, que no es otra cosa que la sustitución progresiva de la integración social por la integración sistémica, se manifiesta en dos fenómenos que caracterizan el proceso mismo de racionalización del derecho: el adensamiento y la extensión del derecho positivo y los procedimientos jurídicos.<sup>57</sup>

Habermas define las siguientes cuatro hornadas de juridización a partir del siglo XVI, a través de las cuales se han ido expresado y agudizando estos fenómenos<sup>58</sup>:

*a. Estado burgués:*

El orden jurídico formal está caracterizado por los conceptos de ley (como expresión del derecho desacralizado) y persona jurídica. El derecho público sanciona al estado como fuente única de dominación legal y le reserva el monopolio de la violencia. La sociedad civil se consolida en el marco de un predominio "de facto" del derecho privado y el estado se orienta a garantizar los dispositivos jurídicos necesarios para la institucionalización del poder y el dinero como medios de relación social.

*b. Estado burgués de derecho:*

La juridicidad se orienta a garantizar la funcionalidad del Estado, lo cual se logra a través de la normación jurídico-institucional del poder público. Se constituye el concepto de ciudadanía como expresión del derecho subjetivo-público garantizado legalmente ante el estado. El estado de derecho se consolida a través del principio de legalidad e imperio de la ley y cobran rango de garantía constitucional moralmente justificadas la protección de la vida, la libertad y la propiedad.

*c. Estado democrático de derecho:*

En él se da forma jurídico-constitucional a la idea de libertad, quedando los ciudadanos provistos de derechos de participación

política. Las leyes son sólo válidas si expresan intereses generales democráticamente sustentados. La justificación del proceso de legitimación se da en forma de derecho de voto universal e igual y de organización y pertenencia a partidos políticos.

*d. Estado social y democrático de derecho:*

Es el estadio ulterior de desarrollo institucional cuyo objetivo es la garantía de la libertad y el freno a los desmanes del subsistema económico. En su fase de "estado interventor" se expresa un equilibrio de poder donde la normación jurídica restringe el dominio de una clase sobre otra y orienta al estado social hacia la plena garantía de la libertad.

En el anterior contexto, es claro como el derecho deviene no sólo el mecanismo de intercambio entre el sistema y el mundo de la vida sino el instrumento de colonización del uno sobre el otro y de qué manera la conexión entre ambos ámbitos depende de su capacidad funcional para producir y reproducir el marco institucional-sistémico, antes que el de interpretar los flujos mundo-vitales de la esfera socio-cultural.<sup>59</sup>

En este marco, el único tipo de legitimación aceptable es la autolegitimación procedimental del sistema, si bien eso genera un espectro de patologías sociales que solo logran poner en evidencia la necesidad de una reconstrucción normativa de la legitimidad a partir, no de los flujos sistémico-jurídicos, sino de los sujetos colectivos y los procesos del mundo de la vida. Los procedimientos sistémicos requieren, por tanto, ser legitimados a partir de un sistema universal de valores que permita fundamentar y justificar las normas y los procedimientos jurídicos locales.

En este punto se produce el dilema vertebral del Habermas frente al derecho: la reconstrucción normativa de la legitimidad no pasa por los procedimientos jurídicos sino que se nutre del mundo de la vida, es decir, de la acción comunicativa, para fundamentarla y "sitiar", si no someter directamente, a los subsistemas económico y jurídico administrativo sin ayuda del derecho y, más bien, en contra y por encima de este.

### **3. Reconstrucción Normativa de la Legitimidad**

#### **3.1. Teoría de la acción comunicativa**

Para Habermas, la reconstrucción normativa de la legitimidad se fundamenta en la apelación a razones y buenos argumentos y agota, en un primer momento, la reconstrucción racional del lenguaje. La legitimidad pasa en Habermas por la determinación de las condiciones formales para la elaboración comunicativa de un consenso racional.<sup>60</sup>

Esta reconstrucción racional del lenguaje se impone en la medida en que es el entendimiento, y no la razón, el núcleo normativo del discurso. El entendimiento es el telón del lenguaje y se apoya en pretensiones de validez del habla, mientras que el discurso es el medio racional del entendimiento y se sustenta en la fuerza del mejor argumento. Toda argumentación racional presupone una situación racional del habla que satisfice las pretensiones de validez y las funciones pragmáticas definidas por el concepto de pragmática universal en Habermas.

El lenguaje está compuesto por actos de habla y todo acto de habla o acto ilocutivo posee una fuerza ilocutiva que define su modo ilocucionario, es decir, una afirmación, una pregunta, una orden o un deseo, de donde se desprende un efecto perlocucionario orientado al éxito (imperativo sistémico) o al entendimiento (imperativo mundo vital).

La pragmática universal, condición de posibilidad para una reconstrucción racional del lenguaje, parte de la consideración de que el lenguaje racional debe cumplir unas pretensiones de validez y unas funciones pragmáticas del habla.

Las pretensiones de validez establecen que todo argumento debe cumplir una serie de requisitos: 1ro., de entendimiento, es decir, ser inteligible; 2do., de verdad, o sea, que su contenido sea cierto; 3ro., de veracidad, es decir, que sea sincero; y 4to, de corrección o rectitud moral del mismo. Ello permite satisfacer, de otra parte, las funciones pragmáticas del habla, a saber: la función de constatación o representativa (verdad), la función

expresiva (veracidad) y la función regulativa o interactiva (rectitud) fundamentales para nuestro modo de ser social en el mundo.

La situación ideal del habla constituye la condición de una argumentación plenamente racional y, según Habermas, permite encontrar el principio de legitimidad en el diálogo. Este principio es el mismo principio de la democracia, el cual se define por un principio dialogal de legitimación. El diálogo es, pues, lo que posibilita la reconstrucción normativa de la legitimidad y en tal medida esta se encuentra en la comunicación y argumentación libre de coacción externa, en el marco de unas condiciones que permitan el entendimiento, objetivo central del lenguaje.

En otras palabras, en la democracia los procedimientos adquieren fuerza legitimadora en la medida en que vienen mediados por un procedimiento de consensualización que ha definido previamente su dimensión normativa. Es gracias a esta comunicación no coaccionada que, a través del diálogo, llega a un entendimiento que se produce la formación discursiva de la voluntad colectiva. De aquí que la democracia se fundamente normativamente en un principio consensual de legitimación.

### **3.2. Ética del discurso**

La garantía de constitución de la voluntad colectiva será vista por Habermas en una ética procedimental del discurso práctico. Esta ética del discurso establecerá dos principios, el Principio U o principio de universalidad y el Principio Do principio de argumentación moral cuya satisfacción permite fundamentar el consenso racional normativo que caracteriza a la acción orientada al entendimiento, propia del mundo de la vida, diferenciándola de la acción orientada al éxito, propia de los subsistemas económico y político-administrativo y sus objetivos estratégico-instrumentales.<sup>61</sup>

El Principio U reza que

"... toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se derivan, previsiblemente, de su cumplimiento general para la satisfacción

de los intereses de cada particular, pueda ser aceptada libremente por cada afectado".<sup>62</sup>

La justificación de este principio de universalidad sólo puede llevarse a efecto dialógicamente a través de un principio de argumentación, el Principio D:

"... únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o pueden conseguir) la aprobación de todos los participantes de un discurso práctico".<sup>63</sup>

Estos principios no predeterminan ningún contenido normativo previo sino sólo establecen las condiciones dialógicas para la formación racional de la voluntad colectiva. Es la ética del discurso, expresada en tales principios, la que determina las condiciones de posibilidad de una racionalidad comunicativa democrática.

Se trata, en últimas, de diferenciar dos tipos de acción social: la acción social orientada al éxito y la acción social orientada al entendimiento. La acción social orientada al éxito define un tipo de acción instrumental o acción estratégica ambas determinadas por la observación de reglas de acción técnico-eficaz o reglas de elección racional. Por el contrario, la acción social orientada al entendimiento busca el entendimiento de los sujetos comprometidos en la acción a través de un proceso dialogal de consensualización.<sup>64</sup>

En efecto, para Habermas el modo original del lenguaje es el orientado al entendimiento y no al éxito. En el primero el lenguaje es utilizado para conciliar proyectos de acción mediante un entendimiento comunicativo mientras que en el segundo es utilizado solo para almacenar y transmitir información.

Esto se explica a partir de la teoría de los actos de habla de Austin y Searle.<sup>65</sup> El habla posee una doble estructura: por una parte, el sujeto se refiere a algo en el mundo y, por otra, de manera simultánea se establece una relación con el otro.

Los actos de habla están definidos por un acto locutivo que determina su contenido preposicional, de lo que se deriva su fuerza ilocutiva o modo ilocucionario el cual, a su vez, define el

modo de uso de su contenido. Estos modos de los actos de habla son la afirmación, la pregunta, la orden o el deseo. De aquí se produce un resultado que se denomina efecto perlocucionario.<sup>66</sup>

Cuando los efectos perlocucionarios desbordan el acto de habla para proyectarse a un contexto teleológico-instrumental, apoyándose en el manejo de disposiciones técnicas y no en el entendimiento intersubjetiva, el lenguaje se halla ante un uso estratégico de sí. Por el contrario, cuando los efectos perlocucionarios tienen por causa un entendimiento intersubjetiva, a partir de la fuerza ilocutiva del acto locutivo, el lenguaje se halla ante un uso comunicativo de sí.

En la acción orientada al entendimiento el lenguaje es utilizado para conciliar planes de acción mediante coordinación intersubjetiva. La función de coordinación propia de la acción comunicativa supone tres planos de reacción de un oyente frente a un acto locutivo: 1ro., el oyente entiende el significado; 2do., el oyente toma postura ante ello; y, 3ro., el oyente orienta su acción según su aceptación o rechazo.

Ante esto se plantean dos posibilidades: la primera, es que el hablante impone su propuesta mediante mecanismos de sanción preexistentes; la segunda, que acuda a pretensiones de validez respaldadas racionalmente. Sólo en esta segunda se accede a un entendimiento intersubjetivo que buscará refrendarse en la satisfacción de las pretensiones de validez (verdad, rectitud y corrección moral) anotadas antes.

De cumplirse estas en el marco de las funciones pragmáticas del habla (constativas, regulativas y expresivas) y reguladas por los principios de la ética del discurso, se sientan las condiciones comunicativas para lograr un entendimiento intersubjetivo y, por su intermedio, una fundamentación consensual desde la cual emprender la reconstrucción normativa de la legitimidad desde el mundo de la vida.<sup>67</sup>

### 3.3. Derecho y legitimidad

Los dos textos anotados, Teoría de la Acción Comunicativa (1981) y "Ética del Discurso" en Conciencia Moral y Acción Comunicativa (1983), constituyen el esfuerzo de Habermas, primero, por elaborar un diagnóstico sobre el derecho mostrando como deviene un instrumento de racionalización y colonización del mundo de la vida y, segundo, por plantear una teoría comunicativa y una ética procedimental del discurso que le permita a los espacios mundo-vitales resistirse a esa colonización y recuperar el dominio perdido a partir de una democratización de la opinión pública.<sup>68</sup>

Es claro hasta aquí que la fragmentación sufrida por la sociedad tradicional debido al proceso de racionalización cultural y social que rompe con las estructuras simbólicas convencionales y disocia las esferas de acción existentes tiene en el derecho el instrumento dual que desestructura el marco institucional de legitimación tradicional reemplazándolo por procedimientos jurídico-legales que se autolegitiman por funcionalidad y performatividad sistémicas.<sup>69</sup>

Este proceso origina en las sociedades tradicionales una eclosión de espacios, sujetos y subculturas con sus correspondientes discursos legitimadores, producto de la misma descomposición socio-cultural que la racionalización ocasiona, y que enfrenta al efecto organizador y legitimatorio que el derecho representa con la resistencia y legitimación de supervivencia que esos otros sujetos colectivos oponen a aquel para mantener o encontrar su lugar en la sociedad en transición.

Pero si ya el marco institucional que le brindaba legitimidad a la sociedad tradicional se ha resquebrajado y el derecho no parece conciliar la fragmentación que se ha producido, ¿de qué manera, piensa Habermas, puede reconstruirse normativamente la legitimidad de tal forma que la colonización del mundo de la vida oponga resistencia y se logre recuperar desde su reacción el dominio perdido sobre los ámbitos sistémicos?

La respuesta será, en ese momento para Habermas, a través de la acción comunicativa y una ética del discurso que, democratizando los procedimientos de conformación de la

voluntad pública, sitie al sistema y, ejerciendo una presión permanente desde y a través de los sujetos colectivos que conforman el mundo de la vida, relegitime en este mismo proceso comunicativo de democratización discursiva el lazo social desintegrado, haciendo retroceder a los procedimientos jurídico-sistémicos que colonizan los espacios mundo-vitales hasta donde la acción comunicativa colectiva lo haga necesario para garantizar la formación consensual-discursiva de su voluntad pública libre y autónoma.

Pero Habermas parecía estar subestimando dos elementos: primero, la fuerza colonizadora de los subsistemas económico y político-administrativo a través del derecho y su batería de procedimientos jurídico-planificadores y disciplinantes, en la línea de Foucault<sup>70</sup>; y, segundo, la incapacidad misma del conjunto de sujetos colectivos, disgregados por el efecto racionalizador y colonizador del derecho, para lograr una reconstrucción consensual de la legitimidad que le dé fuerza normativa a su reacción anticolonizadora y reintegre, a través de ello, el lazo social resquebrajado.

En el primer caso, el imperio de la ley se convierte en la hornada de colonización permanente que reduce toda la acción social a sus patrones jurídico-organizadores, sin permitir espacios mundo-vitales no normados por el "estado de derecho". Y, en el segundo, porque al no existir un marco institucional común, los sujetos colectivos a lo más que pueden llegar son a acuerdos de intereses coyunturales que no alcanzan a proporcionar una fundamentación normativo-consensual del lazo social reconstruido desde la que el mundo de la vida pueda oponerse con suficiente estabilidad y proyección a la acción sistémico-colonizadora del derecho.

La democratización discursiva del mundo de la vida no garantiza que la acción sistémica colonizadora, ejercida a través del derecho y por el derecho mismo como subsistema, se detenga ni que se pueda reconstruir por su intermedio normativamente el marco institucional de legitimidad social destruido por los procesos racionalizadores, precisamente porque carece de un elemento común de reintegración social que posea la misma fuerza unificadora que antaño tuvieron las imágenes cosmológicas unitarias de la sociedad tradicional.

Se requería, pues, otro instrumento para garantizar una resistencia efectiva del mundo de la vida sobre los procedimientos sistémicos que permitiera, de alguna manera, su democratización e igualmente que se constituyera en el elemento común desde el cual intentar la reconstrucción normativa de la legitimidad y la integración social.

Ya Alexy había hecho una anotación similar sobre esta clase de estrategia de la acción comunicativa y la ética del discurso, en el marco de una teoría de la argumentación de los discursos prácticos:

"... del hecho de que en el discurso puedan crearse intelecciones pero no siempre las correspondientes motivaciones, se sigue la necesidad de reglas dotadas de sanción y, con ello, la necesidad del derecho. Aquí se muestra, por primera vez, lo que habrá de confirmarse después: la teoría del discurso puede alcanzar importancia práctica sólo si se inserta en una teoría del derecho..."<sup>71</sup>

Como puede inferirse de lo anterior, las limitaciones de la acción comunicativa y la ética del discurso sólo podrían resolverse a través del derecho. Habermas parece caer en ese terrible dilema: ¿Cómo es posible que el instrumento de racionalización y colonización sistémica pueda convertirse en el medio más efectivo de resistencia sistémica y relegitimación normativa del lazo social? Esta disyuntiva mantendrá en tensión la perspectiva habermasiana sobre el derecho, originando, en un decisivo momento de su desarrollo teórico, el giro jurídico discursivo-procedimental que enseguida se abordará.

## **4. El Giro Jurídico Discursivo-procedimental**

### **4.1. La desjuridización del derecho**

En unos de los primeros escritos claves de este giro discursivo-procedimental<sup>72</sup>, alrededor de 1987, Habermas plantea su tesis de lograr una legitimidad por vía de la legalidad, teniendo en cuenta la racionalidad de los procedimientos institucionalizados<sup>73</sup>, donde se hace evidente la tensión entre la

legitimación legal weberiana y la legitimación desde la ética del discurso de su etapa inmediatamente anterior.

Después de una revisión del tipo de legitimación propia de las sociedades modernas occidentales desde la perspectiva weberiana<sup>74</sup>, donde retoma las características del derecho formal moderno, Habermas procede a actualizar este análisis a la luz de teorías jurídicas contemporáneas como las de Hart<sup>75</sup> y Dworkin<sup>76</sup>, con el objeto de demostrar

"... que los modernos sistemas jurídicos no consisten tan sólo de normas de comportamiento y de normas penales, sino también de normas secundarias: de reglas potestativas y de organización que sirven para institucionalizar los procedimientos de legislación, de la jurisprudencia y de la administración. De esta manera se regula mediante normas legales la producción de normas legales. A través de un procedimiento fijado procesalmente, pero que es indeterminado en cuanto a su contenido, se hace posible la producción dentro de un cierto término legal de decisiones obligatorias jurídicamente".<sup>77</sup>

Y desde aquí sostener su nueva hipótesis de que

"... la legitimación es posible mediante la legalidad en tanto los procedimientos para la producción de las normas jurídicas son practicados racionalmente también en el sentido de una racionalidad procedimental moral-práctica. La legitimidad de la legalidad se debe a una interconexión de procedimientos jurídicos con una argumentación moral, la cual obedece a su propia racionalidad procedimental".<sup>78</sup>

Habermas aborda enseguida lo que a su modo de ver es el principal problema jurídico contemporáneo: la deformalización del derecho, como paradójico producto de la excesiva juridificación en que ha caído<sup>79</sup>, y cuyas manifestaciones sustanciales son el derecho reflexivo o la delegación de la resolución de conflictos en el poder de negociación alterno a los procedimientos legales; la marginalización o "erosión normativa" sufrida por el derecho en el último cuarto de siglo que le resta progresivamente su fuerza coercitiva; la ultrapositivización del derecho que, en el enjambre de procedimientos y leyes, erosiona la propia eficacia autolegitimatoria del mismo; y, finalmente, la

funcionalidad sistémica que, a través del legislador político, instrumentaliza y somete al derecho a los imperativos sistémicos de la economía y el aparato político-administrativo.

Después de considerar el espectro de interpretaciones que la teoría jurídica ha desarrollado para comprender y solucionar esta progresiva deformalización, resultado patológico del proceso de racionalización capitalista, las cuales se han intentado desde el iusnaturalismo, el positivismo legal y la hermenéutica jurídica hasta la sociología del derecho en la línea sistémica de Luhmann, Habermas procede a desarrollar su tesis de entronque sobre la racionalidad de los procedimientos institucionalizados<sup>80</sup> en el sentido de que la autonomización del sistema jurídico, originada en el proceso de racionalización moderno, no pudo significar su desconexión con la moral y la política.

La pregunta es, entonces, ¿en dónde puede reconstruirse y fundamentarse la legitimidad de los procedimientos legales sin caer en las posiciones fundamentalistas del iusnaturalismo, en el procedimentalismo del positivismo legal y la sociología sistémica del derecho, ni en el voluntarismo monológico de la hermenéutica jurídica, sin enredarse tampoco en la fórmula weberiana de "fe en la legalidad"?

La respuesta se encuentra, para Habermas, en el reconocimiento de que el derecho comporta una racionalidad interna que le confiere fuerza legitimatoria a los procedimientos institucionalizados. Esta racionalidad no hace referencia, como en Weber, sólo a los rasgos formales del derecho moderno sino a la posibilidad de que los procedimientos jurídicos y los contenidos y productos que de ello se desprendan garanticen la imparcialidad argumentativa de los mismos.<sup>81</sup>

Es en este contexto que deben analizarse las propuestas de una teoría procedimental de la justicia como las planteadas por Rawls y Kohlberg<sup>82</sup> que, en su opinión, constituyen modelos procedimentales para la formación de una voluntad colectiva racional en la línea de la tradición kantiana, pese a las hondas diferencias que mantienen con la ética del discurso de Habermas y Apel.

## 4.2. Derecho y racionalidad procedimental

Habermas le apuesta así a una nueva relación entre derecho, política y moral que permita relegitimar al primero sin borrar los límites necesarios entre las tres esferas, en particular entre el derecho y la moral, lo que conduciría a un iusnaturalismo de carácter premoderno.<sup>83</sup> El punto de contacto se encuentra en la racionalidad de los procedimientos argumentativos que todas las esferas deben cumplir, en la perspectiva de realizar los fines correspondientes que a cada una de ella le fija la razón práctica: pragmáticos, éticos y morales.

Moral y derecho se complementan, antes que excluirse, por la falibilidad procedimental del primero y la necesidad de fundamentación del segundo. Entre ambos, la política proporciona el espacio dialogal donde el discurso moral se proyecta argumentativamente y desde el cual el derecho se fundamenta discursivamente.<sup>84</sup>

Así como Habermas no quiere caer en posiciones iusnaturalistas que identifiquen derecho, política y moral<sup>85</sup>, tampoco quiere caer en la legitimación procedimental de la teoría sistémica, en la línea de la sociología del derecho de Niklas Luhmann.<sup>86</sup> Para este, el carácter funcional de las normas positivas impone al derecho el autoengaño de legitimarse procedimentalmente como condición de estabilización del mismo, sin necesidad de recurrir a fundamentaciones de tipo consensual-normativo.

La discrecionalidad subjetiva de la sentencia queda oculta tras la apariencia de objetividad que le confiere el disfraz procedimental de los procesos y contenidos jurídicos, lo cual se requiere para que el sistema no se vea horadado por la tensión que le imponen los perdedores y ganadores de los conflictos legales. El consenso es desechado por la apariencia de aceptación general del sistema y sus procedimientos con lo cual se evitan los temas dilemáticos de trascendencia para el mundo de la vida.

Esto impone, para Luhmann, la capacidad sistémica del derecho de diferenciarse de la política y la moral, como un subsistema cerrado en sí mismo, y concebir la argumentación

jurídica como un fenómeno de autoilusión, refrendado sagazmente por toda la amplia batería de la dogmática jurídica. Con ello el código jurídico permanece aporoblemático y libre de interpretaciones externas que puedan amenazar su homogeneidad autopoética. La racionalidad del derecho deviene, así, un espejismo justificable en la medida en que le proporciona al subsistema derecho la posibilidad de autodelimitarse y autoestabilizarse sin necesidad de abrirse a la problematización pública.

El código jurídico sobrevive en la medida en que traduce y adapta los cuestionamientos de legitimidad del mundo de la vida a procesos sistémicos, ya sean estos procedimental-funcionales o ilusorios. Lo único importante es que cumplan con el imperativo cardinal del sistema de autoobservarse, autorregularse y autoadaptarse sin los costos funcionales de los procesos de consensualización intersubjetiva que, por lo mismo, no sólo se conciben como externos al sistema sino que, incluso, no existen como tales para el sistema en sí mismo.

La racionalidad procedimental del derecho en Habermas, por el contrario, asume como parte de sí el punto de interconexión con la racionalidad procedimental de la moral: la falibilidad de la segunda se complementa con la obligatoriedad del primero. Entre los dos opera, como totalidad mediadora, la política y sus procedimientos institucionalizados, cuya textura argumentativa se abre en ambos sentidos para fundamentar procedimental-discursivamente la legitimidad moral y jurídica de las dos esferas y de la totalidad social en general.<sup>87</sup>

El derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de los principios se remiten el uno al otro, sin borrar sus límites. La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que la juridicidad positiva se abra a la necesidad de justificación argumentativa del derecho. En este punto queda por lo menos clara la intención de Habermas de tomar distancia frente a la legitimación procedimental que parecería comportar el funcionalismo sistémico de Luhmann, si bien tal legitimación no es para él, en últimas, sino una ilusión del sistema para garantizar su consecuente autoadaptación.

Pero la radicalidad del giro de Habermas con respecto al derecho parece acercarlo a esa legitimidad procedimental de la que con tanto celo quisiera alejarse. La resistencia es obvia en la medida en que el camino contrario, es decir, someter la racionalidad del derecho a la racionalidad moral, lo conduciría directamente al iusnaturalismo de corte premoderno y a una nueva forma de derecho sacro superada históricamente<sup>88</sup> que, sin embargo, es un híbrido que se da en las sociedades tradicionales en transición como las de la región andina.

De allí que prefiera mantenerse en los cauces del estado de derecho y subsumir sus procedimientos institucionalizados que, al menos, han pasado por el rasero de la democracia representativa antes que caer en la aventura comunitarista de saltarse los procedimientos legales para "moralizar" toda la vida pública desde una perspectiva cosmológica exclusiva. Pero el costo de ello es, de nuevo, pretender reconstruir la legitimidad desde el reconocimiento a unos procedimientos institucionalizados que, no por ser los menos malos, son los más adecuados para lograr la reintegración del lazo social, en la medida que no han sido todavía justificados discursivamente por la gran mayoría de sujetos colectivos de la sociedad.

En este momento de su desarrollo, Habermas prefiere acercarse más a la sociología funcional-sistémica de Luhmann que dejarse seducir por la sociología neoconservadora de Daniel Bell y Arnold Gehlen, entre otros.<sup>89</sup> Pero ello lo coloca en el vórtice mismo de la dicotomía que quiere superar entre legalidad y legitimidad, sin que sea evidente hasta donde lo logra y hasta donde queda prisionero de las mismas contradicciones procedimentalistas de Weber y el positivismo legal.<sup>90</sup>

### **4.3. Soberanía popular y giro discursivo-procedimental**

El elemento definitivo que requería Habermas para superar la parcialidad de esas posiciones frente al derecho y al problema de la legitimidad, casi vislumbrado en las líneas finales del escrito anterior, lo encuentra en un corto pero sustancial texto<sup>91</sup> que le permite, además, conciliar la centenaria y radical postura de la teoría jurídica marxista frente al tema con las nuevas perspectivas jurídico-constitucionales.<sup>92</sup>

Habermas desarrolla una audaz reinterpretación de la revolución francesa que, en cierta manera, concilia también a otros dos antagonistas del socialismo del siglo XIX: Marx y Bakunin.<sup>93</sup> De ella se deduce un modelo de democracia radical que hoy en día cobra plena vigencia, como un esquema intermedio entre el modelo liberal, y su visión de un ciudadano pasivo y aislado en su privacidad, y el modelo republicano, y su concepción de un ciudadano activo cuya cosmovisión absolutizante busca permeear toda la vida pública en detrimento de otras minorías, proporcionándole al estado democrático de derecho actual un sentido normativo suprajurídico.<sup>94</sup>

La pregunta central es de qué forma conciliar el derecho de la mayoría con el derecho de la minoría, lo cual ya había sido visto por Rousseau y el mismo Kant, señala Habermas, de tal forma que la voluntad general excluya los intereses no generalizables sin excluir los intereses de los grupos minoritarios. Pero esta fórmula siempre pareció conducir, tras los ropajes del iusnaturalismo racional, a una dictadura de la mayoría a la exclusión sistemática de las perspectivas y puntos de vista minoritarios justificado en el presupuesto fáctico de que la voluntad mayoritaria se identificaba, de alguna manera, con la voluntad general.

De allí que las fórmulas contractualistas pequen por exceso y por defecto, en una contradicción que jamás pudieron superar hasta Rawls, en cuanto posibilitan y justifican el desbordamiento de la expresión mayoritaria y, al mismo tiempo, son incapaces de defender y garantizar la adecuada manifestación política de una minoría que consideran con pleno derecho para hacerlo. Habermas intenta superar esa dicotomía recurriendo, con Julius Fröbel (Sistema de Política Social, 1848), a una versión de la democracia que se fundamente, no solo en el concepto utilitarista de la mayoría, sino en el principio de la libre discusión como complemento del primero.<sup>95</sup>

Con esta fórmula Habermas intentará superar el concepto de legitimación procedimental que hunde sus raíces en el liberalismo decimonónico, mostrando que la reconstrucción normativa de la legitimidad está mediada por un proceso consensual de formación de la opinión pública autónoma que le

confiere contenido sustancial a los procesos jurídico-institucionales.

Esta formación consensual de la opinión pública, cuyos procedimientos discursivos se regirían por los principios sugeridos por la ética del discurso, integra en un sólo consenso mínimo normativo la opinión de los diferentes sujetos colectivos de la sociedad, superando así la dicotomía entre opinión mayoritaria y minoritaria en la medida en que aquel debe ser el producto del conjunto integral de perspectivas autónomas de la ciudadanía.<sup>96</sup>

Esta discusión se reproduce posteriormente en el siglo XIX, entre el liberalismo y la versión socialista de Marx, sin que el problema de la formación política de la voluntad popular sea abordada por los clásicos marxistas cuyo principal interés se centra, no en la crítica jurídica de la sociedad capitalista, sino en la crítica de su economía política. La democracia es una cuestión que el marxismo dejó de lado desde sus comienzos, por la suposición de que la revolución económica mejoraría automáticamente la superestructura jurídico-política de la sociedad.

De allí que fuera el anarquismo, en especial el de Bakunin, el que entre a mediar en esta contradicción entre soberanía popular y procedimientos institucionales. La propuesta anarquista de un sistema de organización social basado en la dinámica de las asociaciones espontáneas, antes que en la del mercado, constituiría la solución normativa a esa dicotomía insuperable del modelo liberal y la insuficiente crítica marxista en ese punto, pese a sus obvias limitaciones históricas.<sup>97</sup>

La soberanía popular no se limita a los procedimientos legales sugeridos por el modelo liberal ni puede ser reducida a una expresión ideológica de la sociedad capitalista como se desprendía de la crítica marxista: la soberanía popular es, antes que todo, la dinámica viva del conjunto de organizaciones sociales espontáneas que constituyen el todo social. No una entelequia jurídico-legal ni una mera figura ideológica de la dominación burguesa.

De ahí que, frente a la sobreestimación del soberano legislador de la sociedad liberal, cuya expresión estatal se enajena de la sociedad y se retrotrae sobre sí misma, reduciendo la democracia a una autoprogramación administrativa, a un preprograma de gobierno refrendado electoralmente y a una funcionalización de la legislación y la jurisprudencia que la optimizan, una reconstrucción normativa de la soberanía popular la conciba como un proceso simultáneo de producción comunicativa del poder legítimo y una obtención permanente de legitimación normativa del mismo, ambos sometidos a mecanismos de verificación discursiva.

La soberanía popular es, pues, el conjunto de perspectivas y voluntades particulares de los diferentes sujetos colectivos que componen la sociedad cuyas opiniones y posiciones convergen en lo que Habermas, con Hanna Arendt, denomina poder comunicativo del mundo de la vida. Poder comunicativo que, a través de la amplísima red de espacios y discursos colectivos, determina el consenso mínimo normativo del que los procedimientos institucionales deben partir para darle contenido a su respectiva producción jurídico-legal regulatoria del todo social.<sup>98</sup>

Con esto se superan no sólo las dicotomías enunciadas sino también la contradicción robespieriana entre revolución para la guerra y constitución para la paz. La constitución no es letra momificada: aunque permanezca invariable, su contenido se revoluciona permanentemente a la luz de las perspectivas renovadoras que se infieren de la praxis discursiva de los múltiples sujetos colectivos de la sociedad. El poder comunicativo le confiere sentido consensual-normativo a los procedimientos y productos jurídicos institucionales del poder administrativo. El derecho interpreta jurídicamente el conjunto de expresiones discursivas de la soberanía popular: el pueblo determina el contenido del derecho.<sup>99</sup>

En este punto es claro que Habermas ha definido la dirección, al menos, de su giro jurídico discursivo-procedimental, superando el carácter procedimentalista del positivismo legal y confiriéndole a los procesos comunicativo-discursivos de la opinión pública el contenido dinámico de la soberanía popular. Los procedimientos institucionalizados son subsumidos en la

medida en que ellos canalizan el discurso público de los diferentes sujetos colectivos, del cual se infieren los contenidos mínimos normativos de las leyes regulatorias de la vida social.<sup>100</sup>

## **Conclusión**

La teoría discursiva del derecho y la democracia de Habermas<sup>101</sup> constituirá el segundo momento culminante de su estrategia teórica frente al derecho, la cual no sólo redefine su posición frente al mismo sino que culmina su extensa reflexión sobre el tema de la legitimación, así como resuelve la dicotomía insuperable que siempre se había mantenido en su obra entre sistema y mundo de la vida.<sup>102</sup> El derecho se configura como un engranaje polifuncional que media entre todas estas dimensiones, mientras que la teoría del derecho concilia muchos de los planteamientos cardinales que habían inspirado la reflexión habermasiana sin encontrar el punto de convergencia que permitiera integrarlos.<sup>103</sup>

De tal forma se articula el planteamiento de la acción comunicativa y la ética del discurso con el programa inicial de Habermas de reconstrucción del materialismo histórico, primero, y de su teoría del derecho y la democracia, posteriormente. Aquel constituye, en esa cronología, un momento intermedio donde se proyecta en toda su extensión su proyecto de reconstrucción y cuyas debilidades se verán superadas en la última etapa de su desarrollo teórico.

La teoría de la acción comunicativa culmina una primera intuición del programa de reconstrucción del materialismo histórico, a saber, la necesidad de encontrar en una racionalidad comunicativa la posibilidad de superación posconvencional de los conflictos inherentes al proceso de racionalización moderno, en especial la instrumentalización codificadora de las relaciones sociales, ya denunciadas por el marxismo clásico, y la colonización sistémica, por medio del derecho, que se ha apoderado de la sociedad entera.

Pero la acción comunicativa y la ética del discurso, cuyo objetivo social, en últimas, es reconstruir la legitimidad discursivamente, no logra por sí sola revertir la poderosa

colonización sistémica que, a través del derecho, se ha venido dando durante toda la modernidad. Aquí se produce el giro jurídico de Habermas que, inicialmente, lo lleva a reconsiderar proactivamente el papel de los procedimientos jurídicos y democráticos en la figura del estado democrático de derecho y que, provisionalmente, lo coloca en una consideración prepositivista del imperativo de imparcialidad que debe caracterizarlos.

Esta tensión es superada con la categoría de soberanía popular como procedimiento que le permite a Habermas darle a los procesos democráticos una fundamentación moral, en la línea de la ética discursiva, sin identificarlos con la misma, y, al mismo tiempo, articularlos jurídicamente estableciendo de esa manera una nueva relación entre moral, política y derecho, posteriormente pulida en Facticidad y Validez. La acción comunicativa y la ética discursiva logran así, a través del estado democrático de derecho, sustentado en esa originalidad del derecho y la política propia de la modernidad, concretar la proyección que no lograban por sí solas.

El derecho sirve como una esclusa de doble vía para recibir los insumos del poder comunicativo de la periferia externa de la sociedad civil, convirtiéndolo en poder administrativo hacia ella misma, con lo cual la colonización sistémica queda moderada por una soberanía popular democráticamente articulada y ético-discursivamente fundamentada. El principio discursivo, como quedará explícito en su obra posterior, alienta, por un lado a la moral, como principio de argumentación moral, y, por el otro, a la política y el derecho, como principio democrático. Toda la arquitectura institucional del estado democrático de derecho es, de tal suerte, una derivación deliberativa de la soberanía popular, en tres direcciones: la pragmática, la ético-política y la moral, de donde se deriva la diferenciación discursiva de los tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Para terminar, simplemente es de anotar los giros de Habermas frente a la ética del discurso en sus últimos libros<sup>104</sup> que constituyen una vuelta a Kant y a su lectura universalista, como única alternativa para evitar las justificaciones discursivas en que han derivado los excesos nacionalistas de la última década del siglo, en el mundo entero.

## NOTAS

1. Jürgen HABERMAS, "La reconstrucción del materialismo histórico" en *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, Madrid: Taurus, 1992 (1976), pp. 131-167.
2. *Ibíd.*, p. 145.
3. *Ibíd.*, p. 146
4. Ver Talcott PARSONS, *El Sistema Social*, Madrid: Alianza, 1984.
5. Jürgen HABERMAS, "Sistema y mundo-de-vida" en *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Buenos Aires: Amorrortu, 1975, pp. 15-23.
6. *Ibíd.*, pp. 16-17.
7. *Ibíd.*
8. *Ibíd.*, p. 20.
9. Ver Enrique SERRANO, "Racionalización social y legitimación" en *Legitimación y Racionalización*, Barcelona/México: Anthropos/UAM, 1994, pp. 181-214.
10. Ver Jürgen HABERMAS, "El mundo de la vida como horizonte y trasfondo de la acción comunicativa" en *Teoría de la Acción Comunicativa (Tomo II)*, Madrid: Taurus, 1990, pp. 170-179; así como "Ciencia y técnica como ideología" en *Ciencia y Técnica como Ideología*, Madrid: Técnos, 1984, pp. 53-112.
11. Ver E. SERRANO, *Op. Cit.*, pp. 181-214.
12. Ver E. SERRANO, "Crítica de la razón funcionalista" en *Ibíd.*, pp. 257-267.
13. Jürgen HABERMAS, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Buenos Aires: Amorrortu, 1975.
14. Ver, por ejemplo, Jürgen HABERMAS, "Problemas de legitimación en el estado moderno" en *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*, Madrid: Taurus, 1981, pp. 243-272.

15. J. HABERMAS, Problemas de legitimación en el Capitalismo Tardío, pp. 42-49.
16. *Ibíd.*, pp. 49-69.
17. Ver E. SERRANO, *Op. Cit.*, pp. 224-248.
18. Ver, en general, William OUTHWAITE, "Social evolution and legitimation" en *Habermas: A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press, 1994, pp. 58-67.
19. Ver Jürgen HABERMAS, "La teoría de la racionalización de Max Weber" en *Teoría de la Acción Comunicativa (Tomo I)*, Buenos Aires: Taurus, 1989, pp. 197-350.
20. *Ibíd.*, pp. 330-350.
21. Ver "El contenido universalista del racionalismo occidental" en *Ibíd.*, pp. 241-249.
22. Ver J. HABERMAS, "Desencantamiento de las imágenes religioso-metafísicas del mundo y nacimiento de las estructuras de la conciencia moderna" en *Ibíd.*, pp. 249-285.
23. Ver, de nuevo, Enrique SERRANO, "Racionalización de las imágenes del mundo" en *Op. Cit.*, pp. 88-97.
24. Ver J. HABERMAS, "Desencantamiento y comprensión moderna del mundo" en *Ibíd.*, pp. 281-284.
25. Ver J. HABERMAS, "la modernización como racionalización social: "El papel de la ética protestante" en *Ibíd.*, pp. 285-292.
26. Ver a este respecto, W. OUTHWAITE, "Rational action and societal rationalization" en *Op. Cit.*, pp. 58-67.
27. Ver Max WEBER, "Las cualidades formales del derecho moderno" en *Economía y Sociedad*, México: F.C.E., 1987, pp. 648-660.
28. Ver J. HABERMAS, "Racionalización del derecho y diagnóstico de nuestro tiempo" en *Op. Cit.*, pp. 316-350.
29. *Ibíd.*, pp. 291-292.
30. *Ibíd.*, p. 316.
31. *Ibíd.*, p. 317 y ss.

32. Ver, precisamente, el paralelo final que Habermas hace entre la teoría Weberiana y las reflexiones de Georg Lukács y la primera Escuela de Frankfurt, en J. HABERMAS, "De Lukács a Adorno: la racionalización como cosificación" en *ibíd.*, pp. 433-508.
33. Ver "Fe en la legalidad" en *ibíd.*, pp. 342-346. 34.
34. *Ibíd.*, pp. 338-339.
35. Ver E. SERRANO, "Reconstrucción de la posición Weberiana" en *Op. Cit.*, pp. 97-111.
36. J. HABERMAS, *Op. Cit.*, pp. 344-346.
37. Jürgen HABERMAS, "Ciencia y técnica como ideología" en *Ciencia y Técnica como Ideología*, Madrid: Técnos, 1984, pp. 53-112.
38. *Ibíd.*, p. 73.
39. *Ibíd.*, p. 77.
40. *Ibíd.*, pp. 77-78.
41. Sobre los nuevos tipos de ideología en el capitalismo tardío ver también, Jürgen HABERMAS, "El concepto sistémico de ideología y la teoría de sistemas como nueva forma de ideología" en *La Lógica de las Ciencias Sociales*, Madrid: Técnos, 1988, pp. 380-402.
42. *Ibíd.*, p. 83.
43. Ver, igualmente, Thomas McCarthy, "Problemas de legitimación en el capitalismo avanzado" en *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, Madrid: Técnos, 1987, pp. 414-445.
44. Ver, en general, William OUTHWAITE, "Rational action and societal rationalization" en *Habermas: A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press, 1994, pp. 68-81.
45. Jürgen HABERMAS, "Consideraciones finales: de Parsons a Marx a través de Weber" en *Teoría de la Acción Comunicativa (Tomo II)*, Buenos Aires: Taurus, 1990, pp. 427-527.
46. Ver Talcott PARSONS, *El Sistema Social*, Madrid: Alianza, 1984; así como Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, Barcelona: Paidós, 1990, y *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, Madrid: Alianza, 1994.

47. Ver "Talcott Parsons: problemas de construcción de la teoría de la sociedad" en *Ibíd.*, pp. 281-425.
48. Ver "La tesis de Weber sobre la burocratización, traducida a conceptos de mundo de la vida y sistema" en *Ibíd.* , pp. 433-443.
49. *Ibíd.*, p. 470.
50. *Ibíd.*, p. 433.
51. Ver Niklas LUHMANN, "Sistema y función" (I-II) en *Sociedad y Sistema*, Barcelona: Paidós, 1990, pp. 41-107.
52. *Ibíd.*, pp. 435-436.
53. Ver "Marx y la tesis de la colonización interna" en *Ibíd.* , pp. 469-527.
54. Ver "El modelo de las relaciones de intercambio entre sistema y mundo de la vida" en *Ibíd.* , pp. 485-502.
55. *Ibíd.*, p. 495.
56. *Ibíd.*, pp. 500-501.
57. *Ibíd.*
58. Ver "Tendencias a la juridización" en *Ibíd.*, pp. 502-527.
59. Ver, también, William OUTHWAITE, "The colonization of the lifeworld" en *Habermas: A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press, 1994, pp. 82-108.
60. Ver, en general, E. SERRANO, "Legitimidad y racionalidad comunicativa" en *Op. Cit.*, pp. 137-214; igualmente, W. OUTHWAITE, "The theory of communicative action: an assessment" en *Op. Cit.*, pp. 109-120. Una perspectiva más amplia en Th. McCARTHY, "Fundamentos: una teoría de la comunicación" en *Op. Cit.*, pp. 315-413.
61. Ver Jürgen HABERMAS, "Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación" en *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Barcelona: Península, 1985, pp. 57-134.
62. *Ibíd.*

63. *Ibíd.*
64. Ver, igualmente, J. HABERMAS, "Racionalización vs. tecnificación del mundo de la vida" en *Teoría de la Acción Comunicativa (Tomo II)*, pp. 253-261.
65. Ver J. SEARLE, *Speech Acts*, London: University Press, 1969; y J.L. AUSTIN *How to Do Things with Words*, Oxford: Clarendon Press, 1962
66. Ver J. HABERMAS, "Excurso sobre las raíces de la acción comunicativa" en *Teoría de la Acción Comunicativa (Tomo II)*, pp. 91-111.
67. En general consultar Albrecht WELLMER, *Ética y Diálogo*, México/Barcelona: Universidad Autónoma Metropolitana/Anthropos, 1994.
68. Al respecto ver el temprano y magistral texto de Jürgen HABERMAS, *Historia y Crítica de la Opinión Pública*, Barcelona: Gustavo Gili, 1981.
69. Sobre la legitimación por performatividad ver Jean Francois LYOTARD, *La Condición Postmoderna*, México: REI, 1993, pp. 79-88.
70. Ver Michel FOUCAULT, "El panoptismo" en *Vigilar y Castigar*, México: Siglo XXI, 1980, pp. 199-212.
71. Ver Robert ALEXY, "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica" en *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, pp. 150-151.
72. Ver Jürgen HABERMAS, "Derecho y Moral" (Dos Lecciones: Cómo es posible la legitimidad por medio de la legalidad y Acerca de la idea del estado de derecho) en David SOBREVILLA (Comp.), *El Derecho, la Política y la Ética*, México: Siglo XXI, 1991, pp. 14-73; así como una versión complementaria de los dos anteriores, con el mismo título de la Primera Lección, "Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad" en *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Barcelona: Paidós, 1991, pp. 131-172.
73. Ver, en su orden, J. HABERMAS, "La concepción Weberiana de la racionalidad jurídica", "Deformalización del derecho" y "La racionalidad de los procedimientos jurídicamente institucionalizados" (Primera Lección) y "Autonomía sistémica del derecho", "Razón y positividad: acerca de la interconexión entre

derecho, política y moral" y "La sustitución del derecho natural por la idea del estado de derecho" (Segunda Lección) en David SOBREVILLA (Comp.), *El Derecho, la Política y la Ética*, México: Siglo XXI, 1991, pp. 14-45 y 45-73.

74. *Ibíd.*, pp. 16-26.
75. Ver H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961.
76. Ver Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Cambridge University Press, 1977.
77. J. HABERMAS, *Op. Cit.*, pp. 24-25.
78. *Ibíd.*, pp. 25-26.
79. *Ibíd.*, pp. 26-36.
80. *Ibíd.*, p. 37 y ss.
81. *Ibíd.*, p. 37.
82. Ver John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971; y L. KOHLBERG, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, 1981.
83. J. HABERMAS, "La racionalidad de los procedimientos jurídicamente institucionalizados" en *Op. Cit.*, pp. 37-45.
84. *Ibíd.*, pp. 39-40.
85. Ver "Razón y positividad: acerca de la interconexión entre derecho, política y moral" (Segunda Lección) en *Ibíd.*, pp. 55-65.
86. Ver J. HABERMAS, "Autonomía sistémica del derecho" (Segunda Lección) en *Ibíd.*, pp. 47-55.
87. Ver "La sustitución del derecho natural por la idea del estado del derecho" en *Ibíd.* p. 71.
88. Ver, en general, "La sustitución del derecho natural por la idea del estado del derecho" (Segunda Lección) en *Ibíd.*, pp. 65-73.
89. Ver el ilustrativo ensayo de Jürgen HABERMAS, "El criticismo neoconservador de la cultura en los Estados Unidos y en Alemania

Occidental: un movimiento intelectual en dos culturas políticas" en Habermas y la Modernidad, Madrid: Cátedra, 1991, pp. 127-152.

90. "La sustitución del derecho natural por la idea del estado del derecho" (Segunda Lección) en *Ibíd.*, pp. 72-73.
91. Ver Jürgen HABERMAS, "La soberanía popular como procedimiento" en *Revista Foro* (No. 12), Bogotá: Foro por Colombia, 1990, de donde se tomarán las notas de pie de página; o "Appendix I. Popular Sovereignty as Procedure (1988)" en *Between Facts and Norms*, Cambridge: MIT Press, 1996, pp. 463-490.
92. Ver, especialmente, José ESTEVEZ, "La constitución como proceso" en *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, Madrid: Editorial Trotta, 1994, pp. 41-90, donde se exponen algunos de los significativos giros de interpretación constitucional que se han operado a raíz de los trabajos de autores como John Hart Ely, Peter Häberle, Gunter Dürig, entre otros, además de Robert Alexy y J. Habermas.
93. Para un análisis de la Revolución Francesa desde la perspectiva de un historiador del anarquismo ver la excepcional obra de Daniel GUERIN, *La Lucha de Clases en el Apogeo de la Revolución Francesa 1793-1795*, Madrid: Alianza Editorial, 1973.
94. J. HABERMAS, "La soberanía popular como procedimiento» en *Revista Foro*, pp. 47-48.
95. *Ibíd.*, p. 50.
96. *Ibíd.*, pp. 50-51.
97. *Ibíd.*, pp. 52-53.
98. *Ibíd.*, pp. 55-56.
99. *Ibíd.*, pp. 57.
100. Ver Simone CHAMBERS, "Discourse and democratic practices" en Stephen WHITE (Edr.), *Habermas*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 233-259.
101. Ver Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Cambridge: MIT Press. 1996. Versión en castellano, *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998.

102. Sobre esta segunda estrategia, que no se abordará en este escrito, ver Oscar MEJIA QUINTANA, "La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a *Faktizitat und Geltung*" en Revista Ideas y Valores (No. 103), Bogotá: Departamento de Filosofía (Universidad Nacional), 1997.
103. Sobre la última obra de Habermas consultar, en castellano, a Guillermo HOYOS, "Ética discursiva, derecho y democracia" en Cristina MOTTA (Edr.), *Ética y Conflicto*, Bogotá: TM-Uniandes, 1995, pp. 49-80; así como, del mismo autor, *Derechos Humanos, Ética y Moral*, Bogotá: Viva La Ciudadanía, 1994, pp. 69-81; y José ESTEVEZ, *La Constitución como Proceso*, Madrid: Editorial Trotta, 1994. En inglés ver William OUTHWAITE, "Law and the state" en *Habermas: A Critical Introduction*, Stanford: Stanford University Press, 1994, pp. 137-151; Kenneth BAYNES, "Democracy and the Rechtsstaat" en Stephen WHITE (Edr.), *Habermas*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 201-232; James BOHMAN, "Complexity, pluralism, and the constitutional state" en *Law and Society Review*, Volume 28, N. 4, 1994, pp. 897-930; Michel ROSENFELD, "Law as discourse: bridging the gap between democracy and right" en *Harvard Law Review*, Volume 108, 1995, pp. 1163-1189; y Frank MICHELMAN, "Between facts and norms" (Book reviews) en *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, Volume XCIII, Number 6, June, 1996, pp. 307-315. En francés ver Philippe GERARD, *Droit et Démocratie. Reflexions sur la Legitimité du Droit dans la Société Démocratique*, Bruxelles: Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis, 1995.
104. Jürgen HABERMAS, "Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral" en *La Inclusión del Otro*, Barcelona: Paidós, 1999 (1996), pp. 29-78; y "Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos" en *La Constelación Posnacional*, Barcelona: Paidós, 2000, pp. 147-166.

**¿EXISTE EL DERECHO NATURAL ENTRE LOS  
HOMBRES?  
LA REALIDAD EN AFGANISTÁN PARECE INDICAR  
LO CONTRARIO**

*Silvana C. Tapia*

Alumna del Primer Año de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Azuay



Según la doctrina iusnaturalista, el Derecho Natural designa el orden justo por sí mismo, que inspira y se sitúa por encima del Derecho positivo. El Derecho natural posee validez y eficacia jurídica por sí mismo, es inherente al ser humano y previo a su existencia; por lo tanto universal y válido para todas las personas en todos los lugares y épocas.

Desde una perspectiva histórica, se han sucedido numerosos movimientos que cuestionan el iusnaturalismo y manifiestan su radical escepticismo respecto a la existencia del Derecho natural. Del mismo modo, hay corrientes en el pensamiento jurídico que niegan la posibilidad de que la ley positiva tenga su origen en unos principios inmutables y superiores, a los que se halla subordinada.

A continuación me permito señalar algunas ideas que podrían ayudarnos a comprender mejor los planteamientos positivistas.

Partamos del supuesto de que el Derecho natural es universal. Cabe preguntarse: ¿Es el hombre capaz de configurar normas universales? ¿O sólo un ente universal puede dar normas universales? Quienes defienden la existencia del Derecho natural desde una perspectiva teológica, como los escolásticos, particularmente Tomás de Aquino, podrían justificar la existencia de normas universales, divinas, eternas y seguramente incomprensibles para el hombre; pero no ocurre lo mismo con los que niegan la existencia de la divinidad. Con el desarrollo del conocimiento científico y la consecuente explicación del fenómeno considerado sobrenatural, el ateísmo se ha convertido en una tendencia filosófica más natural y aceptada.

Para quienes consideramos, entre otras cosas, que la idea de Dios es una solución creada por el hombre para explicar todo aquello que no comprendía del mundo, no es admisible la presencia de normas propias de un Ser Supremo. Por lo tanto,

el origen divino del Derecho Natural no es un argumento válido para la totalidad y pluralidad de los individuos.

Por otra parte, es evidente y, podemos comprobar con el estudio de la Historia, que no hay perennidad en el concepto de Derecho natural, como el que plantea Aristóteles, por ejemplo, para quien, en su tiempo, la esclavitud resultaba un hecho normal, lógico y justo; y esto va ligado al cambio de conciencia en el ser humano a lo largo del desarrollo de la historia.

En cuanto a la afirmación de que existe un Derecho natural que es el mismo en todos los lugares, podemos evidenciar, en el pasado y en nuestros días, que no existe un sistema universal y que los principios se plantean dentro de cada ordenación; no pueden existir principios universalmente presentes y que sean válidos en todos los contextos. Así por ejemplo, el Derecho Islámico, concretamente el que administran grupos fundamentalistas, nos sorprende en muchos aspectos: nos resulta inconcebible que en los albores del siglo XXI, los líderes talibán prohibieran la música, cerraran todas las salas de cine, quemaran los filmes cinematográficos, prohibieran a los hombres afeitarse la barba (de acuerdo con las creencias ortodoxas islámicas), las mujeres se vieran obligadas a cubrirse de los pies a la cabeza con burkas (largos velos) que sólo tienen una pequeña abertura a la altura de los ojos. Se cerraron los colegios femeninos y se prohibió a las mujeres trabajar fuera de casa. Los hospitales perdieron la mayor parte de su personal y los orianatos quedaron abandonados. En un país en el que cientos de miles de hombres han muerto durante la guerra, se prohibió asimismo trabajar a las mujeres viudas, el único miembro de la familia que podría aportar ingresos. ¿En dónde quedan los derechos naturales a la salud, a la libertad, a la vida? Dentro del mismo marco podemos citar numerosos ejemplos, como el infame genocidio durante la II Guerra Mundial o los cobardes e inhumanos crímenes y torturas practicadas por parte de las dictaduras, en varios países latinoamericanos, contra los opositores al régimen.

Entonces, el hombre, como ser limitado por su propia cultura, no puede ser quien plantea el Derecho Natural válido para todos, sino que lo debe hacer un Ser de carácter universal. El que una persona quiera emitir un juicio absolutamente universal, conlleva

incluir allí sus preferencias morales subjetivas. Podemos verificar que las diversas ideas humanas no tienen validez eterna, sino solamente mientras permanezcan vigentes en el común pensar de la sociedad de determinada época. Pero entonces volvemos al problema que tratábamos anteriormente, en cuanto al ateísmo e incluso el agnosticismo.

El concepto de justicia, y su principio genérico: "dar a cada uno lo que le corresponde", puede llegar a ser tan amplio y diverso como grupos humanos existan en la tierra. ¿Qué corresponde a cada uno según los talibán y, qué corresponde a cada uno según los grupos guerrilleros colombianos? Desde luego, no podemos decir que ambas agrupaciones tengan una noción común y menos universal de justicia.

Recordemos que no debemos confundir Derecho natural con ley natural, ya que en el campo científico, la ley natural es un juicio que representa relaciones constantes entre fenómenos. Por ejemplo, sabemos que el agua hierve cuando alcanza los cien grados centígrados, y ésta sí es una constante que se cumple de igual manera en todos los lugares y en todos los tiempos. Pero las normas jurídicas y el derecho son producto de la condición social humana, no de su condición biológica. Los seres inanimados se mueven a impulso de leyes fatales que no conocen; los animales por las necesidades y los instintos de conservación e individualidad. Pensemos que, después de todo, el hombre es también un animal, caracterizado por tener una dosis mayor de inteligencia que los demás animales: tiene conciencia del medioambiente, de los demás y de sí mismo, y es esto lo que lo pone en conflicto con ellos, ya que procura el mayor bienestar para sí, no sólo por su instinto de conservación sino porque su lógica básica se lo indica. Si los animales no están regidos por derecho natural sino por su configuración biológica y genética, y el hombre es un animal, la presencia de una mayor capacidad de raciocinio no explica tampoco la preexistencia de normas de derecho. La finalidad de la ley natural es la explicación de relaciones constantes entre fenómenos; el fin de las normas es provocar un comportamiento. Las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre fenómenos, el supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga.

La libertad es considerada por quienes defienden la teoría del Derecho Natural como un derecho inmanente al hombre; pero ¿qué es la libertad? Si la definimos como la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los hombres actuar como deseen, estaríamos negando ciertamente los demás supuestos del Derecho natural. Si el hombre nace totalmente libre, es libre tanto para cazar animales como para asesinar al vecino que le trae dificultades, mentir constantemente, golpear, agredir. Y, si indicamos que la libertad tiene limitaciones, entonces estamos negando que se trate de un derecho absoluto. Además, el ser humano no es genuinamente libre, como nos lo prueba la realidad actual y las grandes diferencias existentes entre los hombres, así como lo evidenciamos en la época de la esclavitud. La libertad es un concepto construido igualmente por el hombre. Estamos limitados por los demás, por las circunstancias, por nuestra propia condición física, social, económica, cultural; nuestra libertad es relativa. Si la libertad es una abstracción, que nace precisamente de la posibilidad de no libertad, es necesariamente un invento humano y no una ley consubstancial a él.

Es posible, entonces, concluir que todo derecho y normativa es un ensayo del hombre que plantea una solución para los problemas que vive como miembro de una sociedad; problemas que varían según la época, la cultura y el lugar. Toda ley es el fruto de un proceso de aprendizaje y de una experiencia que es su causa directa, puesto que el hombre no viene al mundo provisto de conocimientos como afirma la Teoría de los Arquetipos.

El Derecho Positivo no es únicamente la Ley Vigente sino el conjunto de leyes que han regido a lo largo de la historia humana, que no necesariamente fueron escritas; las mismas que aparecieron una vez que el hombre comprendió que, por su propia naturaleza, le sería imposible convivir con los demás si no se determinaban límites para el comportamiento de cada uno. El conjunto de esas condiciones reguladoras de la vida externa y de relación del hombre es lo que se conoce con el nombre de derecho.

**EL DERECHO Y LA RELIGIÓN  
COMO CREACIONES HUMANAS**

*Fausto Carvalho*

Alumno de Cuarto Año de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Azuay



El hombre desde sus inicios sintió el *apetitus societatis*, esa necesidad de vivir en comunidad, de asociarse para lograr el cumplimiento de sus fines, a este respecto Aristóteles sostenía que "el hombre es un zoom politicón", que es "un animal político" refiriéndose a esta imperiosa necesidad de vivir en sociedad, de relacionarse con sus símiles, de vivir en la polis que era la Ciudad-Estado de Grecia. Así desde su origen el hombre buscó la vida en sociedad, desde la más primitiva en la cual no existía la propiedad privada, dónde los miembros de la horda o de la tribu compartían los medios de producción y se repartían equitativamente el producto de su trabajo, hasta nuestra compleja forma de agrupación actual, el Estado, esa superestructura de la cual formamos parte todos, la cual muchas veces nos absorbe, nos mecaniza y nos automatiza, pero sin la cual no podríamos desarrollarnos, pues no existe en nuestra realidad un Robinsón Crusoe, o un Zarathustra que puedan existir aislados del resto de los hombres, pues a decir de Aristóteles "Solo un dios o una bestia podían vivir alejados de la sociedad". Al Estado podemos entenderlo en su acepción más simple y descriptiva como una sociedad jurídicamente organizada bajo una determinada circunscripción territorial.

En todas las sociedades a lo largo del tiempo ha existido un constante debatir acerca de la condición humana, esto es del porqué del hombre, de su comienzo, de su fin, de la lucha de los opuestos, esto es amor, odio; alegría, tristeza; vida, muerte y en fin la búsqueda del equilibrio.

Varios autores en sus obras han intentado dar una explicación al problema de la condición humana, desde las explicaciones contractualistas, en las cuales se justifica la formación del poder político en un pacto, un convenio social en el cual los hombres se reúnen y deciden otorgar ese poder al ente soberano, necesidad derivada del estado de naturaleza. Cabe recalcar que dicho pacto al que se refieren los teóricos contractualistas no es un momento histórico que efectivamente se verificó en determinada época, sino más bien se trata de una ficción, de algo contrario a la realidad, que sabemos que no

ocurrió, pero nos ayuda a entender de mejor manera los argumentos en los que se basa la teoría contractual.

Para algunos autores como Tomás Hobbes, el Estado de Naturaleza se caracteriza por ser un estado de guerra, en donde impera el egoísmo del hombre y su constante lucha con el resto de hombres para conseguir los medios para continuar la existencia, por lo cual es necesario este convenio o contrato social imaginario, en el cual cada hombre renuncie a su poder individual para entregarlo a una entidad superior, soberana, esto es el Estado.

Para Locke el estado de naturaleza se caracteriza por ser un estado de paz, en donde la buena voluntad, la mutua asistencia y la conservación de los hombres es lo que prima, y en donde la formación del poder civil mediante un contrato social ficticio, obedece a la necesidad de que el hombre atropellado en sus derechos naturales, no se haga justicia por su propia mano, ni trate de aumentar esos sus derechos, lo cual puede darse ya que todos cuentan con los mismos derechos y poderes, pero no todos practican la equidad.

Para Juan Jacobo Rousseau, que si bien no se refiere al estado de naturaleza pero lo admite y manifiesta que en el decurrir del mismo los hombres fueron libres e iguales, bondadosos por naturaleza y sentían simpatía por sus semejantes, el problema para él se da cuando el primer hombre formó una cerca y pretendió apoderarse de una parte de lo que por naturaleza pertenecía a todos los hombres. Por lo tanto la aparición de la propiedad privada fue lo que dio origen al surgimiento del supuesto pacto social en el cual cada individuo renuncia a ciertos derechos individuales para cederlos a favor de la comunidad y a cambio al convertirse en parte de la sociedad gana individualmente más de lo que ganaría aislada. Delega el poder al gobierno, como representante del Estado, diferenciándose de lo que sostenía Hobbes pues para él el poder se enajena.

Podemos darnos cuenta como estos autores partidarios de la teoría del contrato social difieren en su forma de apreciar la condición humana, para unos el hombre es por naturaleza

bueno, caritativo, altruista; para otros es todo lo contrario, es ambicioso, egoísta, en definitiva malo por naturaleza.

Otra óptica más radical sobre la condición humana, es la de los existencialistas que podríamos resumirla en una frase de Jean Paul Sartre quién afirma que "Todo lo que existe nace sin razón, se prolonga por debilidad y muere por casualidad", lo cual plasma el pensamiento del existencialismo en el cual la vida en general se considera como un sin sentido, un vivir por vivir sin ningún fin.

Albert Camus enfoca el tema de la condición humana basándose en el inquietante problema del vivir sabiendo que lo único certero en el hombre es la muerte, por lo cual sostiene que nuestro paso por el mundo no tiene sentido, es un absurdo. Debido a este tratamiento de la condición humana fue conocido como el filósofo del absurdo.

A su vez Malraux, en su obra La Condición Humana nos transmite el mensaje simbólico del destino del hombre y su fatal condición de ente abocado a la muerte y la destrucción.

Podemos darnos cuenta que los existencialistas basan sus argumentos únicamente en los enunciados de la razón, y al encontrar que muchas circunstancias de la existencia humana no pueden ser explicadas únicamente por la razón, llegan a esta conclusión radical de que la vida no tiene sentido. Olvidan estos autores destacar que la vida y la existencia no solo se basan en la razón, que muchas de nuestras actuaciones y nuestro devenir se basan en principios irracionales, refiriéndome a que no pueden ser explicados por la razón, como es el caso de los sueños, de la intuición, del inconsciente del subconsciente.

Una forma más optimista de concebir la condición humana es la de Miguel de Cervantes quién en su obra cumbre nos narra el optimismo e idealismo de su Hidalgo Quijote quién acompañado de su fiel rocín y su amigo Sancho salen por el mundo a realizar sus sueños, los cuales se confunden de una manera graciosa con la realidad. Debemos tener presente que a los sueños se los puede tachar de todo menos de mentiras.

Luego de este lacónico análisis de algunas formas de concebir la condición humana debemos tener presente que ante todo el hombre es un cúmulo de los más variados sentimientos, los cuales afloran de acuerdo a la circunstancia, al entorno y al tiempo; no podemos afirmar así sin más que el hombre es bueno o es malo, sino que debemos reconocer que el hombre intrínsecamente tiene una diversidad de sentimientos, cada uno con su respectivo opuesto, por lo cual lo importante es lograr un equilibrio entre esta lucha de opuestos, llegar al justo medio, recordando que ningún exceso es bueno. Debemos reflexionar acerca del efecto que tiene un sentimiento cuando se traslada a su par opuesto, a este respecto mientras más intenso es el sentimiento cuando se transforma en su opuesto, igualmente pasa con esa misma intensidad, por lo cual debemos propender a que nuestra vida sea equilibrada y sepamos aceptar con serenidad y sencillez las situaciones de nuestro entorno, pues bien sabemos que uno mientras más alto está, así mismo más duro puede caer.

Es así que el hombre en su constante anhelo de sociabilización ha llegado a la situación actual, donde con este nuevo fenómeno de la globalización se busca la internacionalización de los países, el rompimiento de las fronteras, dar paso a la formación de pactos o convenios que abarquen varios estados con la finalidad de cooperar mutuamente para conseguir el cumplimiento de sus objetivos y de esta manera conseguir un estado de bienestar para sus habitantes. Nos damos cuenta entonces que aún en la época actual donde prima la tecnología y los descubrimientos científicos es aún pilar fundamental y no pierde validez la necesidad social del hombre, quién sigue buscando en su prójimo el apoyo para mutuamente salir adelante.

Con esta nueva forma de relacionarse a nivel internacional, en donde prima la competitividad, y en donde las personas deben propender a la eficacia y a la eficiencia para subsistir y prosperar en este sistema, que busca a su vez extenderse en todo el mundo, es importante que surja paralelamente una normativa que rija esta nueva forma de asociación de las personas, pues al ser una circunstancia nueva, de la cual no se tiene antecedentes, es necesario que exista una reglamentación acorde a las circunstancias que se derivan de esta forma de

asociarse de los individuos como parte activa de una comunidad, con individuos de otras comunidades ajenas a la suya. Sólo así, estableciendo las reglas claras, y los parámetros dentro de los cuales pueden desenvolverse sus integrantes, podrá este sistema prosperar y convertirse en la forma de sociabilización futura.

Si bien es cierto que el hombre necesita asociarse, también es cierto que para que esta sociabilización se desarrolle correctamente es necesario que existan normas de comportamiento, no sólo de carácter ético o moral sino primordialmente normas investidas de coercitividad, las cuales puedan ser exigidas inclusive por la fuerza; pues como sostuve anteriormente el hombre no es ni bueno ni malo por naturaleza, sino que en su interior se encuentran ambos polos, los cuales pueden manifestarse de una u otra manera dependiendo la situación, una vez roto este equilibrio y cuando aflora la parte mala, egoísta, inhumana, deshonesta del ser humano es necesario que exista una garantía para el resto de la colectividad, la cual permanece en equilibrio y no ha quebrantado las normas preestablecidas para una adecuada vida en sociedad.

Garantía que se plasma en una seguridad, en una certeza jurídica en la que cualquier persona que se sienta perjudicada en sus derechos pueda reclamarlos y conseguir que se los restablezca, pues debemos recordar que los derechos de una persona terminan donde comienzan los de otra persona. Basada a su vez en el principio de la justicia y del bien común, tema muy controvertido el de la justicia pues se sostiene que es un principio muy subjetivo, ya que lo que para una parte es justo para la contraparte quizá no lo es; dejando a un lado la controversia me voy a permitir explicar lo que es la justicia de una manera simple, remitiéndome a un sabio aforismo del Derecho Romano:

Principia Naturalia:  
Honeste Vivere  
(vivir honestamente)  
Unum Quique Suum Dare  
(Dar a cada quién lo que le corresponde)  
Neminem Laedere

(no hacer daño a nadie)

Pues bien lo justo a mi criterio debe perseguir estos principios de los romanos, a más de la equidad.

Es por esto que el hombre desde sus inicios tuvo que crear normas para poder convivir con los demás, normas que en sus inicios estaban incluidas en normas religiosas (superstición), morales, éticas, las cuales en sus albores formaron una indisolubilidad con el Derecho. Posteriormente el Derecho y las leyes se separan de estas normas éticas, religiosas y morales, adquiriendo su autonomía y convirtiéndose en una condición sine qua non para la vida en sociedad, es así que Jacinto Pallares sostiene que "si el derecho desapareciera, la humanidad sólo duraría el tiempo necesario para su propia destrucción".

Para explicar el fenómeno de que en una sociedad exista un órgano encargado de la administración de justicia, esto es de velar por que se cumplan las leyes y controlar que las actuaciones de sus integrantes sean conforme a Derecho, y de no ser así poder exigir incluso coercitivamente su correcta actuación conforme a las normas preestablecidas, así como para explicar el hecho de que exista un órgano encargado de crear, modificar o eliminar dichas leyes si es necesario; como también para explicar la facultad soberana de un órgano para representar a toda la sociedad y ejecutar actos a nombre y en beneficio de ésta, se han dado varias teorías sobre el origen del poder, el cual en el Estado está dividido en tres: el poder judicial, el poder ejecutivo, y el poder legislativo, noción que fue abordada por Platón en "Las Leyes", Polibio en su "Historia de Roma", así como su mayor exponente el Barón de Montesquieu en su obra cumbre "El Espíritu de las Leyes" para quién es necesaria esta separación con el fin de que exista un equilibrio en cada uno de dichos poderes mediante un sistema de frenos y contrapesos. Este concepto sigue vigente hasta la actualidad con la única diferencia que resulta antitécnico llamar división de poderes, pues el poder es uno solo y radica en el Estado, lo que existe es una división de funciones entre las tres ramas del Estado, esto es la ejecutiva, judicial y legislativa.

Dentro de estas teorías que explican el origen del poder tenemos la teocrática, la cual atribuye el origen del poder a la divinidad, es así que las sociedades más antiguas explicaban la facultad de mando mediante la superstición, y su sistema totémico creía que el poder venía de la divinidad, con el transcurso del tiempo las cosas no cambiaron, pues el Faraón de Egipto fue considerado como un dios, los monarcas eran considerados como descendientes de la divinidad y todo lo que actuaban estos, era como si actuará dios, y los súbditos no podían sublevarse contra el rey pues era como sublevarse con dios; así mismo en el cristianismo las corrientes más ortodoxas sostenían que el poder radicaba en dios y que los jueces eran simples delegados de la divinidad, así San Pablo sostuvo que "no hay potestad que no provenga de Dios".

Otra teoría que busca explicar el origen del poder es la teoría de la fuerza; la cual sostiene que el poder se origina de la fuerza, de la constante lucha entre los débiles y los fuertes, la cual da el poder siempre al más fuerte y sostiene que el fuerte debe gobernar siempre al más débil ya que esa es la ley natural. Esta corriente basa su idea en que la propia sociedad está llena de normas coercitivas y de sanciones. En esta teoría se fundamentaron corrientes como la de la predestinación de los mejores y la de las minorías selectas con la que explicaron los fascistas su autoritarismo.

La teoría contractualista, que ya la analizamos también dio una explicación al origen del poder, sosteniendo la hipótesis que se dio un pacto entre todos los hombres en el cual cedían el poder a un órgano investido de soberanía como es el Estado, del cual a su vez eran parte todos para que este se encargue de resolver los asuntos de la comunidad.

Otra explicación es la que dio la escuela estructuralista, la cual sostiene que el poder no nace de las voluntades de agentes individuales ni se ejerce por ellas sino que responde a los sistemas socioeconómicos establecidos en una comunidad, en los cuales los individuos figuran sólo como oficiantes, por lo que pueden ser sustituidos o intercambiados sin que por ello se afecte la esencia o la naturaleza del poder. Para esta escuela el origen del poder debe buscarse en los intereses económicos a los que obedece determinada sociedad.

Si bien estas concepciones sobre el origen del poder nos ilustran diferentes etapas históricas y a su vez diferentes corrientes ideológicas debemos estar conscientes que lo que nos interesa es que el Derecho y esa facultad del Estado de exigirlo y hacerlo cumplir han surgido como una necesidad imperiosa del hombre que vive en sociedad, por ende es una de sus creaciones más grandes e importantes, que tiene vigencia y repercute hasta nuestros días y nunca perderá actualidad pues va evolucionando conforme la sociedad evoluciona, con ciertas carencias y defectos como toda creación humana, la cual tiene que perfeccionarse constantemente para estar a la altura de los tiempos en los que le toca desempeñarse.

Pues bien, al afirmar que el derecho es una de las creaciones más grandes del hombre y por ende de la vida en sociedad, deje un espacio para otra de sus grandes creaciones, pues desde mi punto de vista la religión es otra de las creaciones humanas más extraordinarias que se han dado.

Con respecto a esto cabe recordar que el hombre desde sus albores, tuvo la necesidad de encontrar una explicación para los fenómenos naturales y sobrenaturales que le rodeaban y escapaban de la esfera de la razón y de su comprensión, como respuesta a estos acontecimientos inexplicables racionalmente, es que les consideraron como dioses a las cosas causantes de estos fenómenos, así tenemos que consideraban como dios al sol, a la luna, al rayo, a ciertas montañas magnánimas, en ocasiones a animales, etc.

Por esto los pueblos primitivos se caracterizaron por un marcado politeísmo, con una amplia gama de dioses a los cuales honraban y no querían desagradar pues no querían ser víctimas de la furia y los castigos de los mismos, para esto celebraban diversos rituales y en ocasiones y dependiendo la tribu se realizaban sacrificios para alabar a sus dioses y obtener favores de ellos, y agradecerles por supuestos favores recibidos. Posteriormente con la evolución de la sociedad las creencias del hombre también cambiaron y aparecieron diferentes religiones dependiendo del lugar y de la época, existiendo ya un predominio del monoteísmo, con ciertas excepciones como la religión griega que se caracterizaba por una multiplicidad de

dioses, los cuales tenían características de humano y muchos de los cuales convivían en sociedad con el resto de los mortales.

Con la aparición de diversas religiones comenzaron los problemas entre las mismas pues todas ellas se creían dueñas de la verdad y perseguían a las religiones contrarias acusándolas de herejía, claro ejemplo de esto es el cristianismo que en el comienzo sus partidarios eran perseguidos y posteriormente estos perseguían en el tiempo de la inquisición, en dónde se cometieron atrocidades sin parangón bajo el pretexto de la religión. Así mismo se dieron grandes guerras en todos los tiempos debido a la religión, se dividió Oriente y Occidente por causa de la religión, división que la vivimos hasta nuestros días, que más claro ejemplo que los hechos pasados recientemente con los ataques terroristas de un grupo radical islámico que interpreta el Corán de una manera ortodoxa y estricta, que oprime a sus mujeres en especial y a sus ciudadanos debido a una interpretación incorrecta de su religión, en contra de los símbolos más destacados de Estados Unidos y por ende Occidente; comandado por un multimillonario Saudita, Osama Bin Laden, el cual es considerado como un héroe para muchos musulmanes, los cuales se sienten reprimidos, manipulados, y menospreciados por Occidente en especial por sus grandes potencias como Estados Unidos e Inglaterra, y para los cuales en vez de sentirse indignados por estos acontecimientos, sienten como si hubiesen conseguido un triunfo en la guerra santa que llevan contra Occidente y por la cual están dispuestos a dar hasta la vida por defender sus ideales y creencias.

Otro caso actual y el cual lleva años de conflicto es la guerra entre israelíes y palestinos motivada también por la religión. Dejando a un lado Oriente podemos centrarnos en otro conflicto que se desenvuelve hasta la actualidad debido a la religión en Occidente, y es el caso de los constantes enfrentamientos entre protestantes y católicos que se dan en la República de Irlanda.

Por esto sostengo que la religión al igual que el Derecho aparece como una necesidad del ser humano, no solo como consecuencia de su vida en sociedad, sino más bien como una necesidad de su fuero interno, debido a esa vulnerabilidad y debilidad humana, en cuanto a lo espiritual y por lo cual necesita

acudir a una ficción, que le hace más fácil el entender y el superar muchas cosas; así como el hombre en el Derecho y en las leyes crea ficciones, que son hechos contrarios a la realidad que se toman como verdaderos, con el fin de facilitar la explicación y aplicación de algunas instituciones jurídicas, así mismo el hombre se ve en la necesidad de crear esta ficción de la religión para facilitar su existencia la cual de por sí no es nada fácil, conforme había manifestado cuando me referí a la condición humana, y sin la cual muchos de los aspectos de nuestra existencia no tuvieran un sentido, una explicación lógica.

En este sentido Marx sostiene, según mi parecer correctamente, que "la religión es el opio del pueblo" refiriéndose a que es como una droga que les adormece, tiene los mismos efectos relajantes y distensionantes de la droga, una persona tiene un problema, acude a dios con una plegaria una petición, y luego de poco así el problema no esté resuelto, siente un alivio como si todo estuviera bien, igualmente si esta persona tiene una alegría o consigue algún logro acude ante su dios a agradecerle por su supuesta ayuda; a volviéndose así adicto a la religión, haciéndola parte primordial de su vida, cuando por alguna circunstancia se aleja de la misma siente una ansiedad, un remordimiento, que tarde o temprano le obliga a acudir o volver a la misma, igual al efecto que la droga produce en las personas adictas.

Otra prueba concluyente a mi criterio de que la religión es una creación humana, es el hecho de que exista una variedad tan grande de religiones, las cuales dependerán del tiempo y del espacio en donde se den, y muchas veces dependerán también de los intereses de determinados grupos. Yo pienso que si en verdad existiera una religión y un dios, debieran ser únicos, universales, que su finalidad sea unificar a la gente y no dividir y ocasionar tantos conflictos debido a la diversidad de religiones, de las cuales la mayoría en el fondo profesan lo mismo, la idea de un ser superior extrasensorial el cual creó todo lo que está a nuestro alrededor, y el cual nos impone ciertas normas de comportamiento, las cuales debemos acatar así no sean del todo justas para estar en armonía con él. A su vez de cuando en cuando nos manda un profeta, o nos ofrece enviarnos, dependiendo la religión, que nos recuerde y nos reafirme en nuestras creencias religiosas.

Según mi parecer algunas religiones nos enseñan filosofías de vida muy adecuadas y valederas, y de las cuales podríamos extraer sus principios más valiosos para aplicarlos en nuestro convivir cotidiano, siendo conscientes que son creaciones humanas e ideologías que nos pueden servir para llevar nuestra propia filosofía de vida, sin dejarnos imponer por nadie una religión o una creencia que muchas veces la heredamos y nunca la analizamos, ni sabemos bien porque creemos en eso, y lo más común es que nos la hayan impuesto aún desde que no teníamos sentido común y nos condicionaron de esta forma, hasta llegar al punto en que cuando adquirimos conciencia de nuestros actos, esta creencia o religión forma parte de nuestras vidas aún sin saber por qué, y no nos damos el tiempo para preguntarnos las razones de profesar tal o cual religión, y si se acomoda en verdad a lo que pensamos y somos, sino que pasamos a ser parte de esa sociedad estereotipada y monótona que se repite de generación en generación.

La mayoría de religiones basan sus argumentos en la fe, y no pueden demostrar de una manera válida sus postulados, como es el caso de la religión, la vida eterna, la reencarnación, por citar algunos. Voy a explicar desde mi punto de vista el origen del hombre, del Universo y de todo lo que nos rodea, partiendo de la premisa de la concepción materialista, según la cual, la materia ni se crea, ni se destruye, sino sólo se transforma, de este postulado podemos afirmar que siempre existió materia, no de la misma forma como la percibimos actualmente.

Nosotros somos parte de la evolución de ese constante movimiento de la materia, basándome en la teoría del Big Bang, que científicamente está comprobada, según la cual luego de una gran explosión aparece la materia en la forma en que nuestros sentidos la captan en la actualidad, explico la creación que las religiones le atribuyen a un ser sobrenatural, el cual se encargó de crear todo lo que hoy existe, yo les pregunto a esas religiones ¿quién creó a dios? O será que siempre estuvo ahí, ¿no le estarán dando el apelativo de dios a la materia que siempre existió?

Esta teoría se complementa y concuerda con la teoría de la evolución de Darwin y Lamarck, según la cual las especies más avanzadas y el hombre son un producto de la evolución de los seres menos complejos, a través de un proceso de selección natural, en el cual sólo los más aptos sobreviven, y en el cual se da una adaptación según en el medio en que se encuentren, basándose en el principio de que la necesidad crea el órgano, el uso lo perfecciona y el desuso lo atrofia. Al sostener que todo lo que existe es materia en diferentes grados de evolución, podemos darnos cuenta a manera de ejemplo con la teoría de la evolución de las especies de ese constante movimiento y evolución de la materia en un determinado campo de nuestra existencia.

Con respecto del alma, del pensamiento, de la conciencia son otras formas de evolución de la materia, quizás formas más desarrolladas y perfeccionadas. En cuanto a la vida eterna, es lógico que exista, pues como la materia no se destruye, sino sólo se transforma siempre existiremos, así sea en otra forma de materia. Con respecto a la reencarnación que sostienen algunas religiones orientales concuerda con la teoría materialista, pues una persona luego de muerta se va a transformar en algo diferente pudiendo llegar a convertirse o reencarnarse en otra persona, animal o cosa, siguiendo el ciclo de evolución de la materia.

Así como existió la expansión de la materia por medio del Big Bang, los científicos afirman que dentro de unos millones de años se dará el fenómeno contrario, esto es una contracción del Universo mediante una gran implosión, que acabará con lo que actualmente existe, pero no acabará con la materia pues esta no se destruye, por lo cual no se destruirá, sino permanecerá así contraída por unos cuantos millones de años para luego transformarse en algo más que sólo el tiempo lo dirá.

Finalmente quiero hacerles reflexionar, que en nuestra sociedad actual, llena de avances tecnológicos y descubrimientos hechos por el hombre, avances en todos los aspectos de nuestra vida, dejamos de lado muchas veces otras creaciones humanas las cuáles nos sirven de guía y nos delimitan y trazan el camino a seguir, a la vez que nos permiten la relación con nuestros semejantes, y nos dan una pauta sobre

nuestra manera de actuar. Por lo cual cabe recordar en nuestros tiempos que existen creaciones humanas que están sobre cualquier avance tecnológico, y las cuales nos van acompañar siempre sea cuál sea el desarrollo de nuestra sociedad, y sin las cuales se hace imposible una vida en sociedad. Estas creaciones son el Derecho y la Religión, las cuales son polémicas y controvertidas, sobre las cuales se han dado diversas lucubraciones filosóficas, pero al fin y al cabo son las más grandes creaciones del hombre en todos los tiempos.



# **TEMAS JURÍDICOS**



**LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y LAS  
INDEMNIZACIONES LABORALES EN EL  
ECUADOR**

*Dr. Guillermo Ochoa Andrade*

Profesor de Derecho Laboral Individual y Derecho Laboral  
Colectivo Universidad del Azuay



En este artículo, pretendemos dar un enfoque sintético de los derechos económicos que le asisten al trabajador que se encuentre bajo dependencia o subordinación de un empleador; así como de las indemnizaciones que, por diversos conceptos, puede reclamar el prestador de servicios.

En suma, con este enfoque, no pretendemos realizar un análisis jurídico-económico mucho menos social, del texto de la disposición que contenga el derecho o la indemnización. Tan sólo mencionaremos éstos con un fin esencialmente didáctico y de utilidad práctica; esto es, consideramos que, tanto estudiantes como profesionales del derecho encontrarán una guía amplia de consulta al momento de auscultar, certeramente, la inquietud que, sobre el tema se le pueda presentar en el ejercicio profesional.

Por lo mismo, nuestro recorrido por el Código del Trabajo será integró y de él se desgajarán todos y cada uno de los derechos e indemnizaciones que le corresponden al trabajador en un contexto económico, fundamentalmente; de tal modo que, insistimos, pueda servir de ágil instrumento de conocimiento, así:

1. Vacaciones anuales (Art. 69 y 71).
2. Ciento por ciento de recargo cuando el empleador las niega en trabajos de confianza (Art. 74).
3. Veinte por ciento de recargo, sobre los dineros retenidos al trabajador, cuando se rechace la demanda colusoria (Art. 89).
4. Triple del salario de los tres últimos meses, por falta de pago de la remuneración (Art. 94).  
Para optar por este derecho, constituye requisito sine-quantum se haya iniciado acción judicial que concluya en sentencia.

5. El quince por ciento de las utilidades líquidas anuales de la empresa.  
Este rubro se descompone en el diez por ciento para todos los trabajadores de la empresa; y, el cinco por ciento deberá reclamarse cuando se hayan acreditado cargas familiares; entendiéndose como tales al cónyuge, los hijos menores de dieciocho años y, los hijos minusválidos de cualquier edad.  
Las utilidades deberán ser canceladas, como plazo máximo hasta el 15 de abril de cada año. (Art. 97).
6. Multa de diez a veinte salarios mínimos vitales en beneficio de los trabajadores, cuando exista falsedad sobre los datos respecto a utilidades, tendiente a disminuir las cuantías de las mismas (Art. 107).
7. Decimotercera remuneración o bono navideño; que consiste en una remuneración equivalente de la doceava parte de las remuneraciones que hubiere percibido el trabajador durante el año calendario respectivo. Se paga hasta el 15 de diciembre (Art. 111).
8. Decimocuarta remuneración o bono escolar y que consiste en una bonificación adicional equivalente a dos salarios mínimo vitales de la respectiva categoría ocupacional, que deberá ser pagada hasta el 15 de abril en las regiones de la costa e insular y, hasta el 15 de septiembre en las regiones de la sierra y oriente (Art. 113).
9. Decimoquinto sueldo -Ley 79 PCL R.O. 464 22-VI-90- actualmente y, de acuerdo a lo determinado en la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, -Ley 2000-4 R.O.34S. 13-III-2000- más, comúnmente conocida como Ley Trole I se inicia un proceso de unificación salarial, en virtud del cual, el decimoquinto sueldo mensualizado, pasa a formar parte de la remuneración mensual, en lo que se refiere a los trabajadores que laboran en el sector privado. Pues, en lo atinente a los trabajadores del sector público, continuarán percibiendo este derecho, de manera independiente, hasta cuando el Consejo Nacional de Remuneraciones (CONAREM) determine la política salarial y la fijación de sueldos y salarios de los empleados y

trabajadores del sector público, esto en virtud de la disponibilidad presupuestaria, conforme lo prevé el Art. 51 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.

10. Decimosexto sueldo, instituido por Ley publicada en R.O. 90 18-XII-92. Actualmente, de acuerdo a lo determinado en la Ley para la Transformación Económica del Ecuador (Ley 2000-4 R.OS.34. 13-III-2000) se ha iniciado el proceso de unificación salarial, en virtud del cual el decimosexto sueldo mensualizado, pasa a formar parte de la remuneración mensual.
11. Compensación por Transporte, se crea por Ley sustitutiva No. 107 R.O. 361 4-XI-82 y el Reglamento para la aplicación de esta Ley, publicada en R.O. 417 del 24-1-83. Este rubro podrá reclamarse, sobre todo para épocas anteriores ya que, en la actualidad dado el proceso de dolarización se ha vuelto impracticable. Para la cuantificación de esta bonificación habrá que atenerse al valor de la tarifa de transporte urbano en bus que hubiere fijado el Consejo Nacional de Tránsito, tal como lo determina el Decreto Ley 19 publicado en el Registro Oficial No. 360 del 22 de enero de 1986.
12. Compensación por Costo de Vida, establecida por Decreto 318 del 25 de Marzo de 1974 publicado en el Registro Oficial 522 de 28 de Marzo de 1974. Este rubro, en virtud de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, pasa a denominarse "Componentes Salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones" y, por esta misma disposición éste quedó congelado en trescientos mil sucres o su equivalente doce dólares.
13. Bonificación Complementaria, establecida por Decreto 329 del 29 de Abril de 1975, publicada en Registro Oficial 799 de 9 de Mayo de 1975. Como en el caso de la compensación salarial, por virtud de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, pasa a denominarse "Componentes Salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones" y, por esta misma disposición este rubro

quedó congelado en setecientos mil sucres o su equivalente veintiocho dólares.

14. El doble de la indemnización que corresponda a la ordinaria, por el accidente o la enfermedad profesional de una mujer o varón menor de edad, si se comprobare que han sido ocasionados por trabajos de los prohibidos para ellos. (Art. 149).
15. Multa de hasta doscientos dólares a favor de la mujer o del menor de edad por infracciones de las reglas sobre el trabajo de estas personas. (Art. 156 en relación con el Art. 626).
16. Seis meses de remuneración, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan, al trabajador despedido cuando hubiere faltado a su trabajo por enfermedad no profesional. (Arts.: 179, 185 y 188).
17. Cincuenta por ciento de la remuneración total por todo el tiempo que falta para la terminación del plazo pactado cuando se dé por terminado el contrato. (Art. 181).
18. Suministro de dinero para regresar al lugar de residencia del trabajador cuando termina la relación laboral, por cualquier causa. (Art. 182).
19. Bonificación del veinticinco por ciento de la última remuneración por cada año de servicio en caso de desahucio o despido. (Arts. 185 y 188).
20. Doce meses de sueldo y salario para los dirigentes sindicales, extendiéndose esta garantía por un año más al cesar en la dirigencia. (Art. 187).
21. Cincuenta por ciento por mora en el pago de la indemnización al Dirigente Sindical despedido o desahuciado, si hasta los treinta días no se le paga la indemnización. (Art. 187 inc. IV).
22. Tres meses de remuneración para el trabajador que haya laborado hasta tres años. (Art. 188 inc. II).

23. Un mes de remuneración por cada año de servicio que exceda de los tres iniciales, sin que en ningún caso este valor pueda exceder de veinticinco meses de remuneración. (Art. 188 inc. III).
  24. Parte proporcional de la jubilación patronal al trabajador despedido que hubiere cumplido veinte años de servicio y menos de veinticinco años de trabajo. (Art. 188 inc. VII).
  25. Fondo de Reserva. (Art. 196 y ss.).
  26. Interés al seis por ciento sobre los fondos de reserva cuando el trabajador se hubiere separado del trabajo y no hubiere hecho uso de ese fondo. (Art. 202 inc. I).
  27. Cincuenta por ciento de recargo sobre el fondo de reserva cuando el trabajador tuviere que recurrir a la vía judicial. (Art. 202 inc. III).
- \* En lo concerniente al Fondo de Reserva, deberá atenderse, sobre todo, a las disposiciones que nos trae la actual LEY DE SEGURIDAD SOCIAL (R.O. 465-S, 30-XI-2001)
28. Jubilación (Art. 206 Nral. 6 y Art. 219).

La jubilación a cargo del empleador o jubilación patronal, como se la conoce comúnmente se la instituyó, tal como nos lo refiriera, en su tiempo, el señor doctor Carlos Cueva Tamariz, para los trabajadores con servicios anteriores a 1938 o, para los que cuenten con servicios anteriores y posteriores al indicado año. Expresaba en su opinión que, la jubilación patronal ya no tenía razón de ser por haber cumplido su finalidad; esto es, dar cobertura o amparo cuando el trabajador no tenía derecho a la jubilación a cargo del Seguro Social. Criterio con el que, coincide nuestro tratadista del Derecho, Dr. Hernán Coello García quien, recientemente, en su columna que mantiene en la revista Avance (Nro. 121, pág. 11), realiza un enfoque certero sobre la figura jurídica de la "Jubilación Patronal" manifestando haber cumplido ya su cometido histórico,

siendo indispensable que se tome una decisión razonable sobre el tema pues, expresa su preocupación por la vigencia de las normas actuales ya que se ha comenzado a observar que los empleadores procuran no tener trabajadores que estén próximos a cumplir veinte años de servicios, porque de mantenerlos les nace la obligación de jubilarles pese a haber satisfecho oportunamente y cumplidamente sus obligaciones para con el IESS. Da a conocer además sobre la positiva preocupación de la Cámara de Industrias de Cuenca que ha sugerido al H. Congreso Nacional la sustitución del Parágrafo 3 del Capítulo XI del Título I del Código del Trabajo que regula la Jubilación Patronal a cargo de los empleadores, a fin de que sea, el Seguro Social, el que asuma esta obligación, sin que elimine la propia del Seguro Social, a objeto de que los trabajadores que laboren por veinticinco años o más bajo la dependencia de uno o más empleadores, aunque, para ponderar el ejemplo lo haga bajo la dependencia sucesiva de veinticinco empleadores, uno cada año, puedan gozar de una pensión sustitutiva adicional, a cargo del mismo Seguro Social.

Estos criterios, con los que compartimos plenamente, deben ponerse en práctica para solventar, de mejor manera la subsistencia digna del trabajador que se retira de su trabajo.

29. Asistencia médica quirúrgica y farmacéutica en caso de accidente. (Art. 371).
30. Para el caso de accidentes y enfermedades profesionales de acuerdo al Art. 373 habrá que estarse a lo consignado en la Resolución No. 741 dictada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que en definitiva contiene el Reglamento General del Seguro de Riesgos del Trabajo y que viene a considerar indemnizaciones más ventajosas a las establecidas en los Arts. 375, 376, 377, 379 y 388 del C. del T. Desde luego, la invocación de estos artículos se lo hace a tono con el Reglamento en vigencia que, hasta el momento no se ha hecho mención en reformarlo por quienes han imprimido "radicales" reformas a la institucionalidad del Seguro Social Ecuatoriano.

31. Este reglamento dictado por el IESS contempla los casos de incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y muerte.
32. Cincuenta por ciento de recargo cuando el accidente se debiera a inobservancia de prevención de riesgos de trabajo. (Art. 404).
33. Cincuenta por ciento de recargo cuando el empleador no paga indemnizaciones por accidente o enfermedad profesional dentro de los sesenta días; y en caso de existir sentencia condenatoria. (Art. 408).
34. Sueldo o salario de un año cuando el trabajador es despedido existiendo el proceso de constitución de una Organización de Trabajadores. (Art. 462).
35. Un año de garantía de estabilidad en caso de huelga legal. (Art. 510).
36. Pago del cincuenta por ciento de recargo por cada hora suplementaria laborada durante el día o hasta las doce de la noche. (Art. 55, Nral. 2º)
37. Pago del ciento por ciento de recargo si las horas suplementarias estuvieren comprendidas entre las doce de la noche y las seis de la mañana. (Art. 55, Nral. 2º).
38. Pago del ciento por ciento de recargo por el trabajo que se ejecutare el sábado o el domingo; esto es, en tratándose de horas o jornadas extraordinarias. (Art. 55, Nral. 4º).
39. Pago del veinticinco por ciento de recargo por el trabajo realizado en la jornada nocturna, entendiéndose por tal, la que se realiza entre las diecinueve horas y las seis horas del día siguiente.  
Los derechos mencionados en los cuatro últimos numerales, frecuentemente constituyen materia de equivocación cuando se trata de plasmarlos en la práctica, razón por la que, consideramos conveniente ejemplificar los mismos, así:

A. Forma de calcular el pago por trabajo suplementario.-

Ya se trate de un trabajador que perciba sueldo, como de quien reciba salario se procede así:

- a) Obtener el valor diario;
- b) Obtener el valor hora;
- c) Multiplicar el valor hora por el número de horas laboradas;  
y,
- d) Sumar al producto el 50% de recargo.

Ejemplo:

NN gana \$100.00 (CIEN DÓLARES) mensuales.

- a. Obtenemos el valor de la jornada diaria:

$$\$100.00: 30 = \$3.33$$

- b. Obtenemos el valor hora:

$$\$3.33: 8 = \$0.416$$

- c. El 50% de recargo del valor hora es:

$$\$0.208$$

- d. sumamos el valor de la hora normal de trabajo y el 50% de recargo:

$$\$0.416 + \$0.208 = \$0.624$$

El resultado obtenido (\$0.624) representa el valor de la hora suplementaria con el recargo del 50%.

- e. Para el evento de que el trabajador haya laborado doce horas suplementarias a la semana, tendríamos:

$$\$0.624 \times 12 = \$7.488$$

Este último resultado sería el pago por el valor de doce horas suplementarias laboradas a la semana, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1o. del Art. 55 del C. del T.

Si en un mes el trabajador ha laborado idéntica jornada suplementaria el cálculo sería:

$$12 \times 4 = 48 \text{ horas}$$

Representa el número de horas suplementarias en un mes de labores, lo que daría una remuneración suplementaria mensual, en el ejemplo propuesto de \$29.952 que resultaría de multiplicar 48 horas suplementarias, por el valor hora con recargo del 50%, esto es por S/.0.624, es decir:

$$48 \text{ H.} \times \$0.624 = \$29.952$$

- B. Forma de calcular el pago por trabajo suplementario, con el recargo del 100%.-

En el ejemplo propuesto, el trabajador ha laborado de doce de la noche a cuatro de la mañana, por tres días en la semana durante un mes; esto es, ha laborado 48 horas suplementarias.

Tendríamos:

- a) Obtenemos el valor de la jornada diaria:

$$\$100.00: 30 = \$3.33$$

- b) Obtenemos el valor hora:

$$\$3.33: 8 = \$0.416$$

- c) El 100% de recargo del valor hora es:

$$\$0.416$$

- d) Sumamos el valor de la hora normal de trabajo y el 100% de recargo:

$$\$0.416 + \$0.416 = \$0.838$$

El resultado obtenido (\$0.838) representa el valor de la hora suplementaria con el recargo del 100%.

- e) Para el evento de que el trabajador haya laborado doce horas suplementarias a la semana, tendríamos:

$$\$0.838 \times 12 = \$10.056$$

Este último resultado sería el pago por el valor de doce horas suplementarias laboradas a la semana, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1o. del Art. 55 del Código del Trabajo.

Si en un mes el trabajador ha laborado idéntica jornada suplementaria el cálculo sería:

$$12 \times 4 = 48 \text{ horas}$$

Representa el número de horas suplementarias en un mes de labores, lo que daría una remuneración suplementaria mensual, en el ejemplo propuesto de \$40.224 que resultaría de multiplicar 48 horas suplementarias, por el valor hora con recargo del 100%, esto es por \$0.838, es decir:

$$48 \text{ H.} \times \$0.838 = \$40.224.$$

### C. Forma de calcular el pago por trabajo extraordinario.-

La forma o fórmula de cálculo para el pago del trabajo realizado en horas o jornadas extraordinarias, es la que dejamos expuesta en el literal "B" que antecede; esto es, débese aplicar el 100% de recargo, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4o. del Art. 55 del C. del T. Bien sabido es que, el trabajo extraordinario se lo ejecuta en los días sábados, domingos, días festivos o de descanso obligatorio.

# **LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUENCA**

*Jorge Moreno*

Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad del Azuay



La independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, la corriente ideológica que se genera en Francia y se consagra con la denominada Revolución Francesa, germina en los pueblos de América Latina el ideal de independencia de los 9 Imperios de España, Portugal, etc.

Ideas libertarias llegan a nuestros territorios, el primer grito de Independencia en lo que es ahora el Ecuador ocurre el 10 de Agosto de 1809, consecuencia de esta gesta independentista, el 15 de Febrero de 1812 se dicta en Quito su "Constitución"<sup>1</sup>.

Se declara "El Estado de Quito", constituida por ocho provincias, unidas indisolublemente del que no podrán separarse ni adherirse a otros Estados. Estamos aquí sí, ante el germen de un Estado Unitario.

Si bien en la Constitución del Estado de Quito manifiestan que lo conforman ocho provincias, no es menos cierto que ninguna era libre, firman en todo caso representantes de: Quito, Latacunga, Ambato, Riobamba, Alausí, Guaranda, representantes de barrios de Quito y dignidades del Clero, nobleza, etc.

Pretendo ilustrar y resaltar la inclinación que en aquella época existía en la zona norte de lo que ahora es el Ecuador, del interés indudable de ser el eje, centro y motor de la conformación de un nuevo Estado. UNITARIO.

Las ideas libertarias llegan a nuestra región -CUENCA-, el primer grito de Independencia se da el 3 de Noviembre de 1820, consecuencia de la gesta independentista, concebían los patriotas de esa época, la necesidad de contar con un Estatuto jurídico que estructure y le dé vida al territorio libre, siendo así el 15 de Noviembre de 1820 se dicta la Constitución DE LA REPÚBLICA DE CUENCA<sup>2</sup>.

Podemos ahora decir que los patriotas no tenían claro el horizonte, respecto a lo que buscaban en este cuerpo legal

llamado Constitución; se menciona por ejemplo en los considerandos, que se reúnen los representantes de todos los pueblos DE ESTA PROVINCIA. (no hablan de Estado<sup>3</sup>).

En el Art. 1.- "La Religión Católica Apostólica Romana será la única que. Adopte, como adopta esta REPÚBLICA..." (forma de Gobierno Republicano caracterizada por la división de poderes). En el artículo dos se dice: Cuenca es y será para Siempre una Provincia libre e independiente de toda potencia y autoridad extraña, sin que en ningún caso deba ser subyugada por su voluntad. La decisión de los patriotas fue que su pueblo tenga identidad propia y para ello consolidan un espacio físico determinado en la zona Sur, este espacio físico con sus límites era lo que se conocía como la Provincia.

El artículo tres nos dice: Sin embargo es y será CONFEDERADA con las limítrofes y con todas las de América para los casos y cosas tocantes al sostén mutuo de su independencia y recíprocos derechos. (las mayúsculas son mías).

En el artículo cuatro se dice: "Su Gobierno político durará en el presente Gefe el Exmo. D. D. José María Vásquez De Noboa por el término de cinco años, aun cuando la guerra con la Península ó sus Sectarios se termine en el menos tiempo: pero si esta continuase mas permanecerá el mando político y militar en el mismo Exmo. Sor. Hta. Q. Efectivamente. La América quede emancipada del antiguo despotismo Español".

Hablamos aquí de un Ejecutivo, quien lleva adelante el Gobierno. Obsérvese además que existía temor a una invasión del Imperio Español, razón suficiente para buscar acuerdos con todos los pueblos de América.

Art. 5.- "Terminado el Gobierno político en el actual Jefe; para la posteridad se mudara cada dos años por Elección popular practicada en el modo y forma, que. Se ha verificado la Junta".

Hablamos de una forma de Organización política (Estado en formación) Democrática, de alguna manera representativa e indirecta.

Art. 13.- "Habrá una Junta de Gobierno con el título de Suprema, el tratamiento. De Eminencia en Cuerpo, y de Señoría en particular".

Art. 14.- Sus individuos serán hoy nombrados por la presente Junta de Diputados del común, y durarán dos años, los q. Pasados se volverá elegir pr. El mismo orden".

A la Junta de Gobierno le corresponde con el Presidente llevar adelante la administración y gestión del territorio libre. En definitiva la administración pública es compartida y las competencias se consignan en el artículo 17.

Art. 20.- "Habrá un Cenado de Justicia compuesto de cuatro individuos con perpetuidad en sus destinos".

Art. 25.- "Las atribuciones de este Cuerpo estarán reducidas a la admón... de justa. En segunda y tercera instancia en todo ramo y materia q. Llegue a ser contenciosa, debiendo admitirse las apelaciones en todo negocio que pase de cien pesos. Fuertes".

Hablamos del Órgano llamado a ejecutar las Leyes, es decir administrar justicia (El Legislativo). Las leyes que debían ejecutar eran las que regían a esa fecha propia de la Colonia Española (artículo 27).

En la Constitución de la República de Cuenca, se establecen los ingresos, los cuerpos de seguridad o vigilancia, respetan los Ayuntamientos (Municipios). Art. 40., cada pueblo de la provincia eligen un Juez territorial conoce asuntos civiles limitada la cuantía y en asuntos penales para organizar el sumario Art. 42.

Nótese que hablamos de un verdadero Estado, con una forma de Estado Democrático, forma de Gobierno Republicano, etc.

A continuación me permito hacer algunas puntualizaciones a la Constitución de la República de Cuenca:

1. Si bien, dictan su Estatuto de organización, no es menos cierto que no hay precepto claro respecto a la forma de Estado territorial: Unitario o Federal, dentro de la forma de Gobierno Republicano que si lo manifiestan.
2. Nos hablan de un territorio libre e independiente bajo la denominación de Provincia, lo que me permite sostener, que efectivamente ante los demás territorios que se iban independizando -exterior-, eran iguales y no toleraban injerencia alguna en sus decisiones; en definitiva estamos ante la Soberanía; y, por concebir y a una sociedad políticamente organizada a través de un ordenamiento jurídico, me permitiría señalar que estaban conformando un Estado.

Bajo este argumento, no puede ser entendido el término PROVINCIA, como dependencia territorial de uno más grande, y que para fines de organización administrativa se le da esta categoría; aquí se lo enfoca como un territorio libre e independiente de toda potencia o autoridad extraña, donde existe un pueblo regido por Gobernantes investidos de Autoridad y Poder. Consecuentemente reúnen los elementos necesarios para conformar un Estado, estos son: Pueblo, Territorio y Poder (incluido Gobierno y Fin).

3. Cuando sostiene que será Confederada, con sus vecinos y con todas las de América, para casos específicos como: "sostén mutuo de su independencia y recíprocos derechos" - Art.3-, nos confirma nuestra hipótesis del temor al Imperio Español o algún vecino, respecto a invasión en su territorio.

Ahora bien, es necesario aclarar que cuando se refiere a la CONFEDERACIÓN, no está haciendo alusión a la forma de Estado Federal<sup>4</sup>, sino a la Confederación de Estados.

La Confederación de Estados que como se conoce en la Ciencia Política es la asociación o unión permanente y contractual de Estados independientes que se unen con el objeto de defender el territorio de la Confederación. En este caso, cada Estado es soberano, pero el vínculo con otros Estados soberanos es para la defensa de ataques externos. La Confederación funciona a través de la unión contractual esto es

por un Tratado internacional. De la Confederación, los Estados integrantes, se pueden separar, ejemplo: la Confederación Perú Bolivia, unión transitoria que provocó la guerra a Chile, obra del Gral. Boliviano Santacruz, Perú se separó en 1839. Chile ganó la guerra, perdieron territorios Bolivia y Perú.

Retomando el caso de la República de Cuenca, quienes eran los vecinos comunes del nuevo territorio independiente bajo la denominación de Provincia, para constituirse en Confederación. Los territorios de Guayaquil, Ecuador -Quito- y el Perú; pero también podía -la Constitución lo permite- buscar acuerdos con cualquier otro territorio de AMÉRICA.

Diré además que los nuevos territorios (sin organización jurídica de lo que ahora concebimos como Estado) buscaban defenderse en grupo de una agresión externa o de la propia Corona Española que no se resignaba a perder los dominios. Pero asimismo coaligarse entre varios territorios libres para constituir una Confederación de Estados, o, un Estado Federal como lo plasmaron en realidad los Estados Unidos de Norteamérica que no tuvo base en ninguna corriente doctrinaria sino que fue la realidad propia del momento que le llevó a constituir una forma de Estado nueva como fue la FEDERACIÓN.

Con el pasar de los años y por los motivos que se dejan expuestos, los territorios independientes de: Guayaquil, Quito y Cuenca, pasan integrar la Gran Colombia.

Hay que recordar entonces, que al constituirse la Gran Colombia, ésta se organizó territorialmente<sup>5</sup> en doce Departamentos, cada Departamento contaba con sus Provincias<sup>6</sup> y Cantones.

## **ECUADOR, GUAYAQUIL Y AZUAY DEPARTAMENTOS DEL ESTADO DE COLOMBIA**

Lo que posteriormente pasó a ser el Estado del Ecuador -a esa época parte de la Gran Colombia- comprendía tres Departamentos de las doce que lo integraban, que fueron:

El Departamento del Ecuador con su capital Quito, constituido por las provincias de: Pichincha, Imbabura y Chimborazo.

Los Cantones de la provincia del Pichincha y sus cabeceras que fueron: Quito, Machachi, Latacunga, Quijos y Esmeraldas.

Los cantones de la provincia de Imbabura y sus cabeceras que fueron: Ibarra, Otavalo, Cotacachi y Cayambe.

Los cantones de la provincia de Chimborazo y sus cabeceras que fueron: Riobamba, Ambato, Guano, Guaranda, Alausí y Macas.

El Departamento de Guayaquil con su capital Guayaquil, constituido por las provincias de Guayaquil y Manabí.

Los cantones de la provincia de Guayaquil y sus cabeceras fueron: Guayaquil, Daule, Babahoyo, Baba, Punta de Santa Elena y Machala.

Los cantones de la provincia de Manabí y sus cabeceras fueron: Puertoviejo (así consta lo que es ahora Portoviejo), Jipijapa y Montecristi.

El Departamento del ASUAY (así consta) con su capital Cuenca, con sus Provincias de: Cuenca, Loja, Jaén de Bracamoros y Mainas.

Los cantones de la provincia de Cuenca y sus cabeceras fueron: Cuenca, Cañar, Gualaceo y Jirón (así consta). Los cantones de la provincia de Loja y sus cabeceras fueron: Loja, Zaruma, Carimanga y Catacocha. Los cantones de la provincia de Jaén y Mainas y sus cabeceras fueron: Jaén, Borja y Jeveros.

Al ser parte de la Gran Colombia estos tres departamentos, pierden toda independencia y libertad, quienes viven en estos territorios están sujetos al ordenamiento jurídico y autoridades del nuevo Estado. Pero asimismo perfectamente definidos, los centros de estos territorios: Quito, Guayaquil y Cuenca, con su radio de acción debidamente definido.

Es claro que no existió identidad, no aparecía la nacionalidad, cada cual en su sector o zona de influencia pretendía consolidar una nueva forma de convivencia político administrativa, unidos por el temor a ser reconquistados por España o a la invasión de otras regiones vecinas que también se independizaban; fue la debilidad y la falta de organización y preparación de estas tres regiones, lo que les lleva a integrar la Gran Colombia. No olvidemos incluso que la Región Sur - Departamento del Azuay- fue invadida por tropas Peruanas al mando del Mariscal Lamar -nacido en la ciudad de Cuenca-<sup>7</sup>.

Se debe resaltar asimismo que la falta de organización de estas tres regiones, hizo que desde estas épocas ningún interés o esfuerzo se tenga por nuestra región Oriental a la que se accedía sino fácilmente por lo menos con gran decisión desde el Perú, especialmente por las congregaciones religiosas.

El descuido e intereses personales -de la derecha-, llevan a la pérdida de territorios como Mainas<sup>8</sup> para citar un caso.

## **EL ESTADO DEL ECUADOR:**

El Estado Ecuatoriano,<sup>9</sup> nace como tal en la ciudad de Riobamba, al expedirse la primera Constitución Política de la República, año de 1830.

De la Constitución originaria -hablemos así- es importante resaltar los artículos primeros, que me permito transcribir:

Art. 1.- "Los Departamentos del Azuay, Guayas y Quito quedan reunidos entre sí formando un solo cuerpo independiente con el nombre de Estado del Ecuador"

Art. 2.- "El Estado del Ecuador se une y CONFEDERA<sup>10</sup> con los demás Estados de Colombia para formar una sola Nación. Con el nombre de República de Colombia". (las mayúsculas son mías).

Conforme lo expusimos en líneas anteriores, el Estado Ecuatoriano, a los años que nos remontamos, no tenía identidad, por ello busca cobijarse en los límites del antiguo Reino de

Quito, surge de la unidad de tres Departamentos que no siempre mantuvieron buenas relaciones, pero ante el temor a ser reconquistados o ser presa fácil de intereses o afanes de conquista de sus vecinos, no les queda otro camino sino el conformar el Estado Ecuatoriano.

Si se observa asimismo con detenimiento el artículo dos y tres de su primera Constitución, puede apreciarse que la intencionalidad de los representantes de los tres Departamentos, fue conformar un Estado Federal<sup>11</sup>.

Esto nos hace ver que en esos años, en el grupo mayoritario de la clase dirigente primó la decisión de la defensa externa por auto protección y buscando el desarrollo de sus pueblos.

La división territorial según esta Constitución, estaba dividido en: Departamentos, Provincias, Cantones y Parroquias. El Gobierno político del Departamento -Art.-53- se encontraba a cargo del Prefecto -Agente inmediato del Presidente-.

La función Legislativa se integraba con diez representantes por cada Departamento. Reconociendo de esa manera una equiparación de fuerzas por cada región, situación que desapareció luego<sup>12</sup>.

La Constitución en el fondo consagra una forma de Estado Unitario, existía un ejecutivo para todo el país, una legislación nacional y la aplicación de la ley a través de la Justicia, fue también nacional.

---

## NOTAS

1. Recopilación de Constituciones. Autor Federico Trabucco, págs. 13 a 22.
2. Copia del Archivo del I. Municipio de Cuenca.
3. Los Estados comenzaban a consolidarse en esa época, esta una de las razones para mantener el nombre de Provincia.
4. El Federalismo en pocas palabras es el ejercicio del poder compartido. Coexisten normas jurídicas válidas unas para todo el territorio y otras normas jurídicas que rigen en la unidad territorial autónoma, que es parte del Estado.
5. Ley de 25 de Junio de 1824 división territorial de la República de la Gran Colombia.
6. En la estructura administrativa del nuevo Estado -Gran Colombia-, la Provincia es parte del Estado, y debe sujeción al ordenamiento jurídico del mismo. No debe confundirse con la proclama y Estatuto de Independencia de Cuenca.
7. Era tan problemático la división territorial de aquella época, que no se puede juzgar al Mariscal Lamar, fuera del contexto histórico, además que la República del Ecuador como tal no existía a la fecha de esta invasión. Guardo un profundo respecto y admiración para este ilustre hombre de mi ciudad, no solo por sus dotes de gran estratega en la guerra, sino por el cariño que tenía a su Cuenca natal, a la que pretendía constituirle en un polo de desarrollo. "Se sostiene, que venía a estas tierras para crear un nuevo Estado". Ver Historia del Ecuador Vol. VI pág. 4.
8. Ver Historia del Ecuador Vol. VI, págs. 80,81.
9. El Estado del Ecuador se constituye en la ciudad de Riobamba el 11 de Septiembre de 1830 y el 23 de Septiembre del mismo año, se dispone que se publique, circule y se ejecute la misma (recopilación de la Constituciones de la República del Ecuador, autor Federico Trabucco).
10. El término CONFEDERA se utiliza en la Constitución, pero en el contexto del precepto Constitucional es clara la intención, ser parte de un Estado federal., más no de Confederación de Estados. El interés ser parte de una "gran Nación".

11. Insisto, al señalar que la decisión es unirse con los demás territorios de Colombia para formar una sola Nación, nos lleva a sostener que buscaban conformar un Estado federal.
12. Constituciones de la República del Ecuador, autor Federico Trabucco, págs. 33 a 48.

**EL HEREDERO  
¿SUCESOR EN LA PERSONA O SUCESOR EN LOS  
BIENES?**

*Luis Alberto Lozano*

Alumno de Cuarto Año de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Azuay



Analizando la familia Romana y la sucesión hereditaria podremos comprender la problemática que existe hoy acerca de si es el sucesor continuador de la personalidad jurídica del causante o éste sucede únicamente en sus bienes.

La naturaleza de la familia Romana es muy diferente a la concepción que hoy tenemos de esta institución del derecho civil. Para el autor Hernán Valencia. R "El vocablo familia tiene varios significados, mas, en su sentido fundamental, significa el conjunto de hombres libres sometidos a la patria potestad y a la potestad marital ejercida por un "Pater Familias".

Por consiguiente esta institución del derecho giraba en torno al "Pater familias" que era la cabeza de ella, era pues la persona que ejercía la autoridad de ella, la familia Romana era una sociedad patriarcal sometida a una sola persona el "Pater familias", que era Sui iuris; éste ejercía las funciones sacerdotales del culto familiar, era el dueño de los suyos y de sus bienes es por eso que es el único que goza de derechos y obligaciones, es el sujeto del derecho privado en razón que los demás miembros de la familia eran Alieni iuris sometidos a su patria potestad; salvo excepción hecha a los hijos que habían sido emancipados y éstos si podían realizar actos y contratos jurídicos por sí mismos.

Podemos entender también como familia el conjunto de relaciones tanto jurídicas como afectivas y de sangre que nacen con relación al "Pater Familias". En concordancia con lo expuesto ésta la siguiente concepción de familia entendida en su sentido más amplio: "El conjunto de familias con apellido (nomen gentilicium) forman una «gran familia» (gens) pero la consistencia de esta institución, más propia de las stirpes de abolengo que decae a fines de la República y no cuentan ya para el derecho en la época del principado".

Así basados en ese criterio se desarrolla la familia Romana que se caracterizaba por ser sólida en su estructura, compuesta por un número muy amplio de miembros, pues a más de los

hijos; los que componían la familia eran los nietos, bisnietos, la mujer y la nuera que se la considerada como hija del "Pater Familias" es decir todo aquél que estaba sometido bajo su patria potestad; diferente de lo que hoy se entiende por familia que es el núcleo social compuesto por los cónyuges y por los hijos ya sean naturales o adoptados a más de que las facultades del padre de familia no tienen el sentido amplio que tenían en la antigüedad; como ejemplo ponemos lo que se da en la patria potestad que antes se ejercía sobre todos los hijos en cambio ahora ésta es ejercida cuando los hijos son incapaces pero cuando cumplen éstos la mayoría de edad éstos se vuelven capaces para realizar actos y contratos por sí mismos sin la aprobación o convalidación de su padre.

En cuanto a la concepción del heredero en Roma se decía que cuando una persona fallece la sucesión no solo operaba como transferencia de patrimonio sino también de abrogación de la personalidad del "Pater Familias" a los nuevos Sui Iuris ya sea por causa de muerte o por la "Capitis deminutio" que es la pérdida de los requisitos de la personalidad establecidos en la ley Romana, pudiendo ser ésta mínima cuando se perdía la calidad de "Sui Iuris"; media cuando se pierde la ciudadanía Romana y máxima cuando se da la pérdida de la libertad, es decir esa máscara que representaba la personalidad era traspasada a sus herederos; de hecho como muestra de este sentir solía hacerse desfilar en los cortejos fúnebres imágenes de los antepasados como expresión de supervivencia del causante en el sucesor, entonces el heredero del "De Cuius" adquiriría tanto sus elementos personales como materiales a los cuales se les consideraba como un complemento de esta facultad de sustituir al causante. Dentro de sus elementos personales encontramos que se reemplazaba el heredero en la calidad de líder espiritual y sacerdote del culto familiar al padre, también se transmitía su personalidad psicológica en la cual se hallaban sus afectos, desafectos y todo lo concerniente a las potestades del que el "Pater Familias" tenía sobre sus miembros.

Además que en el derecho Romano se consagraba la institución del heredero necesario al considerarse ignominioso para la memoria del causante que no exista una persona que le pudiera suceder, por tanto no se permitía en un comienzo aceptar o repudiar la herencia por parte de los herederos aun

cuando la herencia le perjudique a éste, incluso a los herederos solo se les transmitía deudas porque el testador podía dejar un sin número de legados dejando al heredero solo deudas. Esta estructura de la cual estaba revestida esta institución es la base fundamental para cimentar la teoría de la continuación de la personalidad jurídica del causante en sus herederos que tuvo vigencia a los principios de la civilización Romana pero cuando decae la devoción al culto familiar se mantuvo este pensamiento solo como motivo de tradición jurídica.

Frente a este heredero necesario estaban los herederos voluntarios a los que era permitido aceptar o repudiar la herencia; en consecuencia éstos no adquieren la herencia en el momento de la muerte del causante sino cuando éste se ha pronunciado aceptando la herencia en el cual transcurre un período durante el cual la herencia se encuentra yacente, en consecuencia a los herederos voluntarios solo se transmitía el derecho a pronunciarse; contrario a lo que pasaba con los herederos necesarios llamados herederos de propio derecho que adquirirían el derecho a la herencia a la muerte del causante.

Entonces podemos entender al heredero como lo entiende Luis Claro Solar cuando dice "La voz heredero Haeres, viene del verbo latino aéreo estar unido o pegado a otro, porque el heredero está próximo a la persona a quién hereda como su pariente o muy amigo; o también de herus, señor, dueño, amo; y por eso obrar como heredero o hacer acto de heredero es lo mismo que hacer acto de dueño. Así es que en latín unos escriben heres y otros haeres, cualquiera que sea la etimología de la palabra heredero, con ello se designa la persona que es llamada a ocupar el lugar del difunto con respeto a la totalidad o a una cuota del patrimonio que éste tenía al morir".

Se da mucha discusión respecto de si en los tiempos actuales en los que vivimos debiese todavía aplicarse la teoría de la continuación de la personalidad jurídica o si simplemente el sucesor es un liquidador de bienes; al respecto vemos que este criterio nace al no poder solucionar el sistema Romano ciertos problemas que los plantearemos después.

Luis Guillermo Borda al explicar este problema plantea cómo se realizaba la transmisión hereditaria según el criterio germano

y manifiesta: "El concepto germano de la transmisión hereditaria era muy distinto. Cuando el jefe de la familia fallecía, lo sucedía el varón de mayor edad. La asamblea de la tribu le entregaba los bienes: el heredero pagaba entonces todas las deudas y se quedaba con un remanente. No había confusión de patrimonio, ni las deudas del difunto pesaban sobre los bienes del heredero.

Tal sistema era a todas luces más simple, más lógico y más realista que el Romano. Otras poderosas razones confluyeron para hacerlo triunfar. El feudalismo había introducido la costumbre de entregar la *sainse* por medio del señor feudal, quién cobraba por ese acto buenos derechos.

Era un impuesto disimulado y un medio más para grabar los bienes del vasallo. Por eso, al operarse la reacción del poder real contra los señores feudales, los súbditos apoyaron a los jurisconsultos que elaboraban sus doctrinas sobre los textos Romanos".

El sistema de la continuación de la personalidad jurídica servía para mantener el dominio que el señor feudal tenía sobre sus vasallos, por eso es que subsistió el sistema Romano dentro de este modo de producción.

Aubry y Rau que impulsaron con sus ideas el sistema de la continuación de la personalidad, manifiesta que el patrimonio es un atributo de la personalidad considerado indivisible, incesible; es pues el patrimonio una consecuencia de la personalidad, es inmanente a ésta, desde el momento que nace una persona ésta cuenta con un patrimonio; de allí que no existe patrimonio sin persona, ni persona sin patrimonio; por ende el patrimonio al ser un todo único no podría transmitirse a sus herederos también al ser varias personas que vayan a continuar con el patrimonio del causante no es dable que éste se pueda dividir entre varias personas es por eso que estos autores explican que solo a través de una ficción de que éstos continuaban con la persona del causante pueden explicar cómo ellos continúan con el patrimonio del causante pero al adoptar este sistema nos trae los siguientes problemas prácticos:

Se da la confusión de patrimonios entre el patrimonio del causante y el del heredero, de lo que nacería la responsabilidad

del heredero "Ultra vires hereditatis" teniendo que responder con su propio patrimonio si en caso que le tocara recibir un patrimonio insolvente. Cuando opera la confusión de patrimonios puede darse también que se trate de un heredero insolvente lo cual puede perjudicar a los acreedores de la sucesión beneficiando con ello a los acreedores suyos o puede darse el caso contrario en que se trate de un heredero solvente pero recibe un patrimonio insolvente dejado por el causante pudiendo perjudicar en este caso a los acreedores del heredero y beneficiando a los acreedores del causante que encuentran la posibilidad de recuperar sus acreencias. Ante estas injustas soluciones la ley se ha visto avocada a dar salida que alivia en algo este problema que es el "Beneficio de Inventario" mediante el cual se acepta el patrimonio pero el heredero tiene que cumplir con las obligaciones contraídas por el causante hasta el monto recibido en la herencia; de esta manera el heredero no se perjudica si existiese un patrimonio insolvente del causante.

Luis Guillermo Borda realiza una crítica al planteamiento realizado por Aubry y Rau y expresa lo siguiente:

"La idea de la continuación de la persona es ante todo una ficción.

Lo que está muerto no se puede continuarse; ni mucho menos una persona puede ser continuada por varias, porque eso sería dividir lo que por esencia humana y divina es indivisible. Es pues, una ficción, como lo reconoce sus propios sostenedores. Es verdad que los juristas han apelado en muchas oportunidades a ficciones para explicar sus teorías y tantas veces se ha echado mano de este recurso que ya nos hemos acostumbrado a ver en él un elemento casi normal en los conceptos jurídicos. Fuerza confesar, sin embargo, que se apela a las ficciones únicamente porque se carece de agudeza suficiente para penetrar la verdadera naturaleza de las cosas, o de valentía para afrontar la realidad".

La tendencia actual, manifiesta que el heredero sucede al causante en sus bienes, esto se basa en las exigencias de nuestros tiempos que hace que este planteamiento cada vez vaya teniendo más acogida; sobre la base de este planteamiento ya no sería aplicable la teoría de continuación de la personalidad

jurídica. Es el heredero quien recibe el patrimonio del causante pero éste deberá cancelar las deudas contraídas por el causante solo hasta el monto que dicho patrimonio permitía cubrirlos.

En el sistema de la sucesión de los bienes el heredero no ocupa el lugar del causante sino que éste actúa como un simple liquidador de bienes es decir éste recibe un activo, con éste satisface las deudas quedando un remanente que es el que tiene que compartir con los otros coherederos, en el sistema de la continuación de la personalidad se recibe un activo y un pasivo.

En cuanto a los acreedores éstos no deben preocuparse por cuanto estarán en la misma circunstancia que estuvieron frente al causante, pero éstos no podrían obligar al patrimonio de otra persona, en este caso el heredero que no fue parte de la obligación contraída. También esta teoría habla de la responsabilidad "Ultra vires hereditatis" pero no se basa en el sistema Romano sino más bien como un mecanismo que trata de proteger a los acreedores del heredero que por su actuación culposa o dolosa permitió que se confundan los patrimonios protegiendo a los acreedores de un posible perjuicio que se le pudiera causar.

Según el expositor de esta teoría Luis Guillermo Borda afirma que con este sistema obtendremos ventajas que las expone a continuación:

"A) Serán innecesarios la aceptación de beneficio de inventario y la separación de patrimonios. Ni acreedores ni herederos deberán temer perjuicio por sus intereses; B) En caso de reivindicación, podrá accionarse a nombre de la sucesión por el total de la cosa, no solamente por la parte de cada heredero; C) La sucesión será de buena o mala fe, según lo sea el sucesor, con independencia del de Cuius, lo que es más justo y contempla mejor realidad".

Esta concepción ha tenido una profunda trascendencia e influencia en las legislaciones modernas y es así que el código Alemán ha adoptado esta corriente que considera al heredero como sucesor en los bienes y no en la persona del causante.

En el código Suizo si no existe pronunciamiento por parte del heredero se entiende que éste lo acepta con beneficio de inventario. El sistema del Código Civil de Vélez de Sarfield sigue el criterio de Aubry y Rau definiendo al patrimonio como el conjunto de bienes de una persona; aquí se acepta la teoría de la continuación de la personalidad jurídica; se da también la confusión de patrimonios y todas las demás consecuencias que se derivan de aceptar la ficción planteada por Aubry y Rau, al igual que el sistema Argentino, el Código Civil Ecuatoriano es partidario de la continuación de la personalidad.

Dada la trascendencia de este tema debemos manifestar que en la actualidad lo que se impone es suceder en los bienes al causante; la teoría de continuador de la personalidad jurídica sirvió para solucionar los problemas que se dieron en una época que gozaba de unas características muy especiales, en la actualidad prima lo económico, ya no se muestra interés por continuar con la personalidad del causante en tiempos que las costumbres se van extinguiendo con el paso del tiempo, es por eso que debería adoptarse esta corriente no solo porque responde a una nueva realidad jurídica sino que permitirá con más lógica resolver los problemas que en la práctica se presenten.



**PROBLEMA DE LA COMERCIALIZACIÓN DE  
DERIVADOS DE PETRÓLEO EN EL ECUADOR**

*María de Lourdes Ordóñez*

Alumna de Tercer Año de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Universidad del Azuay



La historia de la explotación de petróleo y por ende de la comercialización de sus derivados comienza a partir del año 1918, con el petróleo que se obtenía en la Península de Santa Elena en las concesiones a Anglo Ecuadorian Oil Fields y Petróleo Gulf, llegando a construirse la refinería en la Libertad y que aún está operando después de más de 70 años de uso; pero podríamos decir que Ecuador se convierte en productor de petróleo con los hallazgos de crudo en el Oriente Ecuatoriano, lamentablemente a pesar de que la explotación actual llega a más de 300 barriles diarios, el problema de la refinación no se ha solucionado ya que seguimos dependiendo de la importación de derivados de petróleo como gasolinas y diesel, pues no somos autosuficientes para cubrir la demanda de dichos productos.

A partir del año 1995 y en cumplimiento del Acuerdo Ministerial 205 expedido el 20 de Julio de 1994, y publicado en el Registro Oficial 407, se cambia el esquema anterior de comercialización y se permite la entrada de compañías transnacionales, como: Texaco, Shell, Mobil , etc., compañías que ayudaron a modernizar las estaciones de servicio existentes y a crear nuevas estaciones con una nueva política que permitiría el libre comercio de los derivados de petróleo, debiendo ser la ley de la oferta y la demanda la que fijara los precios de dichos productos. Infortunadamente hasta este momento no se ha dado dicha libertad de comercio sino por el contrario el Estado ha obtenido un mayor monopolio, puesto que cubre todas las operaciones de comercio de los derivados del petróleo ya que Petroecuador a través de sus filiales (Petroproducción, Petroindustrial, Petrocomercial) cubre toda la operación desde exploración, explotación, refinación y, comercialización que está en sus manos ejerciendo como decía un total monopolio en perjuicio del consumidor que no se beneficia de la sana competencia, sino se ve forzado a consumir únicamente lo que le ofrecen las compañías Estatales a precios fijados por el Estado, productos de una calidad deficiente y con frecuentes desabastecimientos por falta de planificación en un comercio que a pesar de disponer de una infraestructura

moderna en expendio no recibe una calidad acorde a la demanda cada vez más creciente.

## **Actuales Problemas**

Al no poder obtener el consumidor un buen producto de las obsoletas refinerías que existen, el Estado se ve obligado a importar gasolina de alto octanaje para mezclar con las de muy mala calidad que se obtiene tanto en la refinería de Esmeraldas y libertad y, así poder expender gasolinas que están entre 80 y 90 octanos, es decir de mediana calidad; al igual que el diesel que se encuentra en los niveles de más baja calidad.

Las Compañías transnacionales que tienen presencia en el país bajo el nombre de comercializadoras por lo anotado anteriormente no pueden realizar libres importaciones por cuanto tiene un gravamen arancelario que les impide competir con productos que en nuestro mercado están subsidiados por el Estado, es decir no se rigen por los precios internacionales.

## **Solución**

Para que el comercio interno de derivados del petróleo sea eficiente en nuestro país, debería en primer lugar modernizarse la refinación de crudo que se obtiene en el país, y mientras dependemos de las refinerías actuales que no satisfacen completamente la demanda, sería más conveniente la libre importación, principalmente de gasolina y diesel y vender todo el crudo que se obtiene en el país y así mismo ampliar los oleoductos para que los productos necesarios en cada región lleguen a través de estos y no como sucede en la zona austral, que es necesario realizar el transporte final en autotanques que no solo encarecen el costo sino que además se presentan inconvenientes que se producen en los largos trayectos, como sucede en la ciudad de Cuenca que tiene que recibir el combustible desde Pascuales en autotanques que descargan en la terminal de Challaubamba.

## **Conclusión**

Pienso que se debería hacer una distinción para ciertos sectores del país en donde sería conveniente que exista un monopolio estatal, veo inapropiado que en lo referente a la comercialización de derivados del Petróleo se dé esta monopolización, y a que parte de los problemas antes expuestos, se suma el de que no se tiene a quien acudir cuando se trata de solucionar anomalías, como la escasez de combustibles y su mala calidad. Debería el Estado mantenerse como controlador de la prestación de servicios y no como prestador propiamente dicho ya que en circunstancias como las antes analizadas no da a la colectividad el beneficio que se merece.