

DERECHO, LEGITIMIDAD Y DEMOCRACIA: DESARROLLO Y CONFLICTO DE LOS PARADIGMAS JURÍDICOS EN COLOMBIA¹

OSCAR MEJÍA QUINTANA²

Abstract

This paper adopts a historical-systematic approach to the development and conflict between the different juridical paradigms that have evolved in Colombia. In turn, it is argued that in combination, these paradigms constitute a prototype from which to interpret the social-juridical and political problematique of legitimacy in traditional societies in structural transition, such as those of Latin American, and the Andean region in particular. The essay establishes the principal stages of an eventual periodization of the law in Latin America, based upon models by the philosophy of history, and emerging from a sequence of juridical paradigms evident from the Colonial period until the present.

1. Este escrito es una edición del libro de Oscar Mejía, *Derecho, legitimidad y democracia*, Bogotá: Temis, (en prensa), con base en una investigación adelantada por el autor con el apoyo de COLCIENCIAS.

2. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad de Los Andes. Filósofo (Universidad Nacional de Colombia), especialista en Filosofía Contemporánea (Georgetown University, Washington D.C.), M.A. y Ph.D. en Filosofía Política y Teoría Jurídica (Pacific University, Los Angeles).

1. Introducción

La filosofía de la historia en América Latina ha tenido dos importantes exponentes en el subcontinente: en primer lugar, Leopoldo Zea quien describe lo que han sido los diferentes proyectos históricos asumidos por Latinoamérica desde la Independencia. Y en segundo lugar, Enrique Dussel quien plantea una historización de la Iglesia en América Latina, ligada al desarrollo socio-político de la historia latinoamericana³.

De manera similar a las dos anteriores propuestas de periodización se requeriría una historización de los paradigmas jurídicos que, a partir de la Colonia, se fueron concibiendo y desarrollando regionalmente en América Latina, en nuestro caso para la región andina cuya idiosincrasia cultural y similitudes socio-políticas entre los países que la componen hace factible su eventual

3. Ver Leopoldo Zea, *América en la historia*, Madrid: Revista de Occidente, 1970; y, *Filosofía de la historia americana*, México: F.C.E., 1978; así como Enrique Dussel, "Criterios generales y periodización de una historia de la Iglesia en América Latina", en revista *Cristianismo y Sociedad* (No. 82), México: ASEL, 1984.

sistematización. Esto porque, aunque son los individuos o las masas o los pueblos los protagonistas de la historia, los sujetos del desarrollo institucional moderno son las *estructuras institucionales*, en particular las jurídico-políticas⁴.

2. El paradigma hispano-tradicional

La secuencia de paradigmas comienza con el hispano-tradicional, el cual se prolonga desde la Conquista hasta finales de la Colonia en los albores del siglo XIX. Contra el prejuicio generalizado, éste comportaba elementos democráticos y participativos, provenientes de la tradición ibérica cuya matriz aristotélico-tomista colocaba en la comunidad y en el bien común el fundamento de la soberanía a la que el rey y las autoridades debían someterse, so pena de que su poder se deslegitimara y su mandato fuera revocado por la comunidad⁵.

Su origen inmediato se remonta a la Escuela Española que afirmaba que el fundamento del Estado se da por derecho natural y por la necesidad espontánea de que la comunidad logre una organización social (Francisco De Vitoria). El Estado es un "corpus mysticum" inspirado en la libertad y la necesidad, fundado en un acuerdo libremente asumido de una comunidad ética (Francisco Suárez), que tiene por objeto el bien común. Pese a que el

"El hispano-tradicional comportaba elementos democráticos y participativos, provenientes de la tradición ibérica cuya matriz aristotélico-tomista colocaba en la comunidad y en el bien común el fundamento de la soberanía a la que el rey y las autoridades debían someterse"

poder civil del príncipe se origina en el poder divino, éste sólo le es conferido por intermedio de la comunidad. La sociedad delega el poder pero no lo enajena, sino que lo retiene y puede recabarlo cuando el interés público lo exige (Martín de Azpilcueta). Aunque el rey es el eje del Estado, en el momento en que se convierte en tirano o descuida la consecución del bien común, la soberanía puede serle despojada por el pueblo quien, en tal caso, tiene el derecho de constituir jueces y magistrados y darse por sí mismo una autoridad que lo gobierna (Diego de Covarrubias y Leyva)⁶.

Estos postulados, origen del iusnaturalismo comunitario en Colombia, muestran la forma en que la comunidad legitima la soberanía. Los mismos serán

actualizados y profundizados por varias generaciones de juristas hispanos, en los siglos XVII y XVIII, muchos de los cuales serán ampliamente reconocidos en Hispanoamérica o, incluso, habrían sido funcionarios de la Corona en estas tierras. De tal suerte, pueden apreciarse una serie de significativas reflexiones que van transformándose desde el derecho que la comunidad tiene para deponer, legítima y jurídicamente, al príncipe que se convierta en tirano o abandona el Estado, así como para legislar en su ausencia (Fernando Vázquez de Mencheca), hasta los que sostienen que el poder lo recibe el rey directamente del pueblo e indirectamente de Dios (Francisco Salgado de Somoza; Pedro González de Salcedo) y que, en ausencia del mismo, tal potestad retorna al pueblo (Diego Ibáñez de Faria, Fiscal de la Audiencia en Buenos Aires en 1669). O que, en caso de falta de un funcionario, el Ayuntamiento

4. Ver Oscar Mejía y Arlene Tickner, *Cultura y democracia en América Latina*, Bogotá: M&T Editores, 1992.

5. Ver Héctor J. Tanti, "La doctrina de los juristas hispanos sobre el poder político y su influencia en América", en *Orígenes ideológicos del movimiento emancipador americano*, Caracas: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1979.

6. *Ibid.*, pp. 13-30.

puede nombrar a la persona indicada (Gerónimo Castillo de Bovadilla) y que, finalmente, al representar los Cabildos al pueblo, como fuente original de poder, en ellos recae la soberanía suprema, tanto si la figura del rey desaparece (Juan de Hevia Bolaño) como si éste descuida el bienestar de la comunidad.

3. El paradigma presidencialista

3.1. El proyecto modernizador abortado

La filosofía newtoniana que José Celestino Mutis introduce en la Nueva Granada a finales del siglo XVIII se presenta como un proyecto radicalmente innovador aplicándose, de manera paulatina, a los dominios de las matemáticas, la botánica y la medicina. Proyecto que las guerras de Independencia posponen y que la Reconquista castra de raíz, sin permitir la innovación interna del paradigma tradicional que, por esa vía, se encontraba muy cerca de autoconcebir el derecho como un instrumento al servicio del hombre para reorganizar la sociedad al tenor del modelo matemático, en tanto ciencia jurídica del ordenamiento social⁷.

De allí que la discusión que se reinicia una vez culminada la Independencia empezará desde un punto muerto que ya no retomaba el desarrollo interno que hasta entonces había venido dándose y que no permitió que

“La discusión se polariza entre el tradicionalismo, por un lado, y el utilitarismo y el positivismo, por el otro, pero su dinámica viene mediada por posiciones políticas irreconciliables inspiradas en la consecución de intereses muy puntuales”

culminara la renovación interna del paradigma jurídico hispano-tradicional desde sus propios postulados conceptuales, como Mutis lo había hecho para otras disciplinas. La discusión se polariza entre el tradicionalismo, por un lado, y el utilitarismo y el positivismo, por el otro, pero su dinámica viene mediada por posiciones políticas irreconciliables inspiradas en la consecución de intereses muy puntuales. Los partidarios del tradicionalismo buscando preservar sus privilegios e influencias coloniales y los partidarios del util-positivismo buscando renovar a cualquier costa los esquemas conceptuales de la sociedad tradicional⁸.

3.2. El presidencialismo

Por eso, el proceso desemboca en el surgimiento de un híbrido que desde entonces caracterizaría a los ordenamientos institucionales latinoamericanos: el presidencialismo. Éste surge ante la necesidad de consolidar el Estado nacional, amenazado por el caudillismo federalista-separatista, y su urgencia de lograr una organización estatal centralista que sentara unas bases firmes para las nuevas sociedades.

En ese propósito, el presidencialismo habría de servirse de toda una amalgama de ideologías, tanto del positivismo como del utilitarismo, así como del tradicionalismo hispano y cualquier doctrina que le ofreciera elementos con los cuales alcanzar su objetivo de fortalecimiento del Estado nacional. De ahí la combinación de los conceptos de bien común (hispano-tradicionalista)

7. Ver Manuel Briceño. “José Celestino Mutis, humanista clásico”, en *Revista del Rosario*, Bogotá: 1992. Luis Carlos Arboleda y Diana Soto, “Las teorías de Copérnico y Newton en los estudios superiores de la Nueva Granada y en la Audiencia de Caracas: Siglo XVIII”, en *Quipu*, México: 1991.

8. Sobre esta concepción ver Jaime Jaramillo. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá: Temis, 1982. y Rubén Jaramillo, *Colombia: La modernidad postergada*, Bogotá: Temis-Argumentos, 1994.

con el de eficiencia (utilitarismo) y transformación social (positivismo), haciéndolos converger en un peculiarísimo rasgo, propio de nuestra idiosincrasia jurídica: un formalismo perfecto pero inefectivo que permitía concebir legislaciones excepcionales con muy poca o ninguna efectividad práctica⁹.

Por eso no es extraño que, en el caso particular de Colombia, la dirección presidencialista que permite la organización definitiva del Estado nacional terminara de la mano del neotomismo en lo que se ha conocido como el período de la "hegemonía conservadora" y que se prolonga por casi medio siglo (1886-1930). El ecléctico-sincretismo del paradigma presidencialista termina "convirtiéndose" al iusneoescolasticismo e identificando moral, política y Estado como cualquier sociedad premoderna.

4. El paradigma kelseniano

La renovación que se da en el subcontinente y que en Colombia se conoce como el período de la "república liberal", de 1930 a 1946, la cual pretendió inspirarse en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen para alentar los procesos de cambio que empezaban a propiciarse, terminará subsumiendo al positivismo kelseniano desde el procedimentalismo mágico dominante, propio de las sociedades tradicionales, desarmándolo de los elementos innovadores que hubieran permitido desligar al derecho

9. Salvador Carrón, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, México: UNAM, 1974.

“El presidencialismo habría de servirse de toda una amalgama de ideologías, tanto del positivismo como del utilitarismo, así como del tradicionalismo hispano y cualquier doctrina que le ofreciera elementos con los cuales alcanzar su objetivo de fortalecimiento del Estado nacional”

Naranjo Villegas¹³, quien parte del realismo metafísico en su lectura de Kelsen para “superarlo”, introduciéndole un elemento axiológico; y Rafael Carrillo¹⁴, quien plantea una fundamentación axiológica a partir de la teoría de los valores de Max Scheler.

10. Ver Rubén Sierra, “Temas y corrientes de la filosofía colombiana en el siglo XX”, en *Ensayos filosóficos*, Bogotá: Colcultura, 1978; y Luis Villar Borda, *Kelsen en Colombia*, Bogotá: Temis, 1991.

11. Eduardo Nieto, *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*, Medellín: Universidad Bolivariana, 1941.

12. Cayetano Betancour, *Ensayo de una filosofía del derecho*, Bogotá: Temis, 1959.

13. Abel Naranjo, *Filosofía del derecho*, Bogotá: Temis, 1959.

14. Rafael Carrillo, *Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*, Bogotá: Universidad Nacional, 1979.

tanto del patronazgo iusneotomista como de la amalgama de doctrinas que buscaban inspirar los nuevos replanteamientos socio-estatales. Los contenidos jurídicos del derecho continuaban siendo alimentados -contra el ideario de Kelsen- por todo tipo de ideologías, tanto progresistas como retardatarias, y no por ser aquellos novedosos dejaban de ser caprichosos, fortaleciendo el procedimentalismo sacro del orden socio-institucional tradicional.

La recepción jurídica de Kelsen en Colombia se da a partir de una serie de autores iusfilosóficos que, además, fundan la filosofía moderna en Colombia¹⁰: Eduardo Nieto Arteta¹¹, quien acepta la teoría kelseniana pero reduciéndola a “mera lógica jurídica”; Cayetano Betancour¹², cuyo propósito sería conciliar a Kelsen con el neotomismo; Abel

La lectura de Kelsen hecha por estos primeros intérpretes buscaba conciliarlo con el paradigma jurídico tradicionalista, forzando su teoría a reconocer una dimensión axiológica que quebraba la pureza metodológica y la neutralidad valorativa que aquel siempre defendió para el derecho. Pese a lo peculiar de sus interpretaciones, la asimilación que se hace de Kelsen lo desdibuja en sustancia, subsumiéndolo en el procedimentalismo sacro convencional que con él, sin embargo, asume un carácter supuestamente "desideologizado" y mucho más formalista¹⁵.

La asimilación kelseniana en Colombia parece haber sido más formal que sustancial y el paradigma tradicionalista, utilizado a discreción por el sistema presidencialista, continuaba así alimentando de manera determinante los desarrollos institucionales, si bien ciertos planteamientos poskelsenianos alcanzarán a permear y matizar, en el campo de la jurisprudencia académica, por lo menos la hegemonía pseudopositivista-tradicionalista de mediados de siglo en Colombia¹⁶.

5. Paradigmas poskelsenianos e interpretación jurídico-constitucional en Colombia

5.1. Paradigmas jurídicos

Vale la pena destacar tres obras que han representado un avance en el desarrollo poskelseniano en Colombia,

15. Para una aproximación histórica de la recepción kelseniana en Colombia consultar la ilustrativa ponencia de Alberto Cárdenas, "Hans Kelsen y su influjo en el pensamiento jurídico colombiano", en *Ponencias del II Congreso de Filosofía Latinoamericana*, Bogotá: Universidad Santo

"El ecléctico-sincretismo del paradigma presidencialista termina "convirtiéndose" al iusneoescolasticismo e identificando moral, política y Estado como cualquier sociedad premoderna"

constituyéndose en recepciones renovadoras al interior del angustioso marco iusfilosófico de la sociedad tradicional colombiana y contribuyendo a la crítica del paradigma hispano-tradicional y neotradicional en nuestro medio.

La primera, el trabajo de Carlos Gaviria que representa una aplicación sistemática de la filosofía analítica del derecho, en su concepción hartiana, logrando una línea de identidad iusfilosófica renovadora y honesta, desligada de los cantos de sirena y las arenas movedizas del poder que tanto ha perjudicado el desarrollo iusfilosófico colom-

biano¹⁷.

La segunda, la labor adelantada por Luis Villar Borda quien ha logrado acercar al país, partiendo de Kelsen, a una obra iusfilosófica tan trascendental como la de Robert Alexy¹⁸, pese a la interpretación kelseniano-procedimentalista que la universidad que lo ha acogido tenía que darle a un autor cuyas connotaciones críticas –en la línea neokantiana– ha contribuido a cuestionar severamente al iuspositivismo en las postrimerías del siglo XX. Labor que ya da, en esa ambivalente línea procedimental-discursiva, sus primeros frutos¹⁹.

Tomás, 1982, en la línea de la historia de las ideas que ha distinguido a esa universidad.

16. Ver, como ejemplo de esta tendencia ecléctico-sincrética, Mauricio Rengifo, "Aspectos iusfilosóficos de las fuentes del derecho", en *Temas Jurídicos* (No. 7), Bogotá: Colegio del Rosario, 1995.

17. Ver Carlos Gaviria, *Temas de introducción al derecho*, Medellín: Señal Editora, 1994; y, sobre todo, su extensa e interesante jurisprudencia.

18. Ver Luis Villar Borda, "Introducción", en Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

19. Ver Néstor Osuna, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995; el cual es un excelente ejemplo de aplicación de la teoría alexiana a la interpretación constitucional, desnudando todos los problemas que comporta tratar de compaginar el positivismo kelseniano con una teoría de la argumentación jurídica de corte neokantiano como la de Alexy.

La tercera, la obra de Darío Botero quien, desde una perspectiva marxista, muy próxima también al estructuralismo foucaultiano, ha desarrollado una crítica del iuspositivismo kelseniano pero, sobre todo, del turbio y asfixiante procedimentalismo criollo, en la intención de fundamentar una teoría social del derecho, no iconoclasta, que permitiera reformular su función en una sociedad como la colombiana²⁰. En cuyo marco habría que nombrar también la lectura marxista de Hegel que permite ver el derecho como un medio trascendental de conciliación entre el hombre y la sociedad, dando como resultado una interpretación del mismo que reconoce, de una parte, su papel conservador, en la medida en que se estructura sobre las instituciones populares de un pueblo, y, de otra, su papel revolucionario, en cuanto debe garantizar el *ethos* libertario y democrático de una nación²¹.

5.2. Paradigmas constitucionales

En Colombia, como en general en la región andina y América Latina, el derecho terminó operando como una ideología más, cambiando su función organizadora por una "función simbólica", apologética y dominadora, enfrentándose en tanto metadiscurso, en últimas como una subcultura urbana más, al espectro de tradiciones sobrevivientes del proceso de racionalización y modernización capitalistas, catalizadas por el proyecto hegemónico neoliberal.

20. Ver Darío Botero, "Propuesta de una teoría social del derecho", en *Teoría social del derecho*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993.

21. Sobre la recepción hegeliana ver Darío Mesa y otros, *Estado, derecho, sociedad*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993.

"La asimilación que se hace de Kelsen lo desdibuja en sustancia, subsumiéndolo en el procedimentalismo sacro convencional que con él, sin embargo, asume un carácter supuestamente "desideologizado" y mucho más formalista"

La Constitución de 1991 en Colombia generó la necesidad de nuevos esquemas de concepción e interpretación jurídicas y constitucionales que todavía no han logrado afianzarse, ni temática ni institucionalmente, en el país²². Desafortunadamente, el "nuevo derecho" sigue siendo el "viejo derecho" pero con una nueva Constitución, es decir, siguen siendo los mismos paradigmas convencionales de concepción e interpretación jurídico-constitucional, con ropajes híbridos de diferentes escuelas difícilmente combinables, que no logran una asimilación crítica y creativa de las teorías jurídicas universales que permitan renovarlos²³. A lo que se suma la falta de comprensión de la función de

integración social y política que el derecho debe jugar en una sociedad desgarrada y en conflicto como la colombiana y, en general, la de la región andina²⁴.

Al interior de la Corte Constitucional colombiana coexisten cuatro esquemas de interpretación jurídico-constitucional diferentes, los cuales se reproducen en instancias análogas de poder²⁵: el liberalismo escéptico,

22. Sobre el proceso de convocatoria y las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente ver John Dugas (Ed.), *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?*, Bogotá: Departamento de Ciencia Política (Universidad de Los Andes), 1993.

23. Sobre la necesidad y existencia de nuevos paradigmas del derecho ver Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá: Temis, 1992.

24. Con magistrales excepciones como la representada por el exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana, Ciro Angarita. "En defensa de la normalidad que los colombianos hemos decidido construir", salvamento de voto a la sentencia de mayo 7 de 1992 (declaratoria de constitucionalidad del Estado de Emergencia Social), en *Revista de Derecho Público*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), No. 4, noviembre de 1993.

25. Ver Cristina Motta, "Intereses y derechos: la transición al Estado social", en Cristina Motta (Ed.), *Ética y conflicto*, Bogotá: Ediciones Uniandes-Tercer Mundo, 1995.

con cierta ascendencia iusfilosófica en la escuela analítica del derecho, cuyo principio rector es el catálogo de principios liberales y los derechos fundamentales de la Constitución; el dogmatismo colectivista, con clara ascendencia iusnaturalista premoderna, basado en las ideas tradicionales sobre el bien común; el colectivismo silogístico, de ascendencia iuspositivista, el cual da prevalencia jerárquico-formal a los principios contenidos en la Constitución; y, finalmente, el pluralismo igualitario, de ascendencia hermenéutica, que reconoce la pluralidad de intereses generales²⁶.

“En Colombia, como en general en la región andina y América Latina, el derecho terminó operando como una ideología más, cambiando su función organizadora por una “función simbólica”, apologética y dominadora, enfrentándose en tanto metadiscurso”

Ello somete a la decisión en derecho a una lotería caprichosa que depende de la tendencia que en suerte deba estudiar un asunto o demanda determinada. Los conflictos de interpretación devienen conflictos de concepciones de justicia, muchas veces inconmensurables como lo plantea MacIntyre, haciendo de las decisiones finales de un tribunal constitucional o un cuerpo colegiado un mero acuerdo de intereses que no logra alcanzar una posición de consenso consistente y congruente, abriendo así la puerta a un resquebrajamiento y fractura lenta pero inexorable del orden jurídico positivo.

6. El paradigma neotradicionalista

Pero el paradigma tradicionalista se mantiene en su inercia institucional y se resimboliza subsumiendo nuevos elementos y doctrinas que permitan darle “nuevos” contenidos al modelo neoliberal de democracia

26. Ver otra perspectiva en D.D. Raphael, “Competing conceptions of justice”, en *Problems of Political Philosophy*, Londres: MacMillan Education Ltd., 1990.

participativa pero sin cambiar sustancialmente el procedimentalismo sacro propio del esquema jurídico de una sociedad tradicional premoderna. En esa dirección ha asimilado una serie de escuelas de corte neoaristotélico conformando un híbrido laico –a diferencia del confesional hispano-tradicional– constituido por teorías iusfilosóficas como la hegeliana, la de la nueva retórica de Perelman, la hermenéutica de Gadamer, la comunitarista de MacIntyre, la neoaristotélica postilustrada de Ágnes Heller y Arthur Kaufmann, pero también escuelas y teorías provenientes de tradiciones diametralmente opuestas como la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy e, incluso, la liberal de

Ronald Dworkin²⁷.

Lo que más llama la atención de este paradigma neotradicionalista es la utilización que ha hecho de la figura del juez-Hércules de Dworkin, así como la subsunción de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, proveniente esta última de la tradición kantiana. La razón es clara: la matriz aristotélica del neotradicionalismo lo confina a los estrechos límites de los valores contextuales de una comunidad determinada que el juez-Hércules interpreta a entera discreción, por encima de la opinión misma de esta comunidad. Pero ello coloca su decisión en el vórtice mismo de la arbitrariedad y lo hace susceptible a la deslegitimación del conjunto de sujetos sociales que se vean afectados por su sentencia. Para superar este exceso contextualista, el neotradicionalismo requiere una teoría

27. Ver Rodolfo Arango, “El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional”, en *Revista de Derecho Público* (No. 5), Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), 1994.

como la de Alexy que, desde la filosofía kantiana, le proporcione la pretensión de universalidad que requiere para legitimar su decisión.

7. El conflicto de concepciones de legitimidad

Una grosera tipología permitiría mostrar el espectro jurídico colombiano dividido en una serie de tendencias teóricas que pueden designarse, incluso, según su matriz universitaria, de la siguiente manera: el iusnaturalismo premoderno, liderado por las universidades Javeriana y del Rosario²⁸; el iuspositivismo, la filosofía analítica del derecho y la teoría de la argumentación jurídica de la Universidad Externado de Colombia y de Antioquia²⁹; la hegeliana y marxista-estructural de la Universidad Nacional³⁰; y la pluralista jurídica de la Universidad de Los Andes, donde tienen una expresión sistemática las tendencias, no siempre muy congruentes en su compatibilidad conceptual, positivista-hartiana³¹, alexy-dworkiniana³² y rawlsiano-habermasiana³³, sin olvidar el nuevo constitucionalismo³⁴ y el feminismo jurídico³⁵, respectivamente.

28. Ver Francisco Herrera, *La filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Javeriana, 1994; e, igualmente, Rodrigo Noguera, *Derecho natural*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1992.

29. Ver Luis Villar Borda, *Kelsen en Colombia*, Bogotá: Temis, 1991; Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995; Néstor Osuna, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995; y Carlos Gaviria, *Temas de introducción al derecho*, Medellín: Señal Editora, 1994.

30. Ver Darío Mesa (Ed.), *Estado-derecho-sociedad: Seminario sobre la filosofía del derecho de Hegel*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993; Darío Botero, *Teoría social del derecho*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993; así como las revistas *Politeia* y *Pensamiento Jurídico* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

31. Mauricio García, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993.

32. Ver Daniel Bonilla e Isabel Jaramillo, "El igualitarismo liberal de Dworkin", en Ronald Dworkin, *La comunidad liberal*, Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de Los Andes, 1996; así como César Rodríguez, "¿Qué es el interés público?", a propósito de los "conceptos jurídicos indeterminados", en *Revista de Derecho Público* (No. 5), Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), 1994.

Pese a que este amplio panorama podría hacer pensar en una conceptualización jurídica madura en proceso de adaptarse al nuevo contexto constitucional, proporcionándole los esquemas de interpretación necesarios para sus nuevos retos y tareas, la tendencia histórica colombiana de tipo formalista-procedimental del derecho³⁶, encubada tanto en el seno del iusnaturalismo premoderno como del iuspositivismo e, incluso, de su variante iusanalítica, ha contaminado el proceso de renovación hermenéutico-jurídica de la jurisprudencia del país. De ahí que se dé un permanente "conflicto de concepciones de justicia"³⁷ que hace que las determinaciones corporativas sean, muchas veces, fruto de acuerdos y no de consensos, por la inexistencia de procedimientos de consensualización y criterios homogéneos de interpretación al interior de tales instancias³⁸.

Esa es la razón de que se produzcan una serie de híbridos interpretativos³⁹ que, antes que aclarar, terminan

33. Ver Guillermo Hoyos, "Ética discursiva, derecho y democracia", en Cristina Motta (Ed.), *Ética y conflicto*, Bogotá: Ediciones Uniandes-Tercer Mundo, 1995. Así como Oscar Mejía Quintana, "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls", en John Rawls, *El derecho de los pueblos*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), 1996; y *Justicia y democracia consensual*, Bogotá: Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes, 1997.

34. Ver Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá: Temis, 1992; *La Constitución que no fue*, Bogotá: Ediciones Uniandes/Ancora, 1994; así como la *Revista de Derecho Público* y la *Revista de Derecho Privado* de la Universidad de Los Andes.

35. Ver María Mercedes Gómez, "El feminismo: ante todo un locus para la sospecha" en Cristina Motta (Ed.), *Ética y conflicto*, Bogotá: Ediciones Uniandes-Tercer Mundo, 1995; así como, "La mirada pornográfica" en C. MacKinnon y R. Posner, *Derecho y pornografía*, Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de Los Andes, 1997.

36. Ver Javier Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, Bogotá: Temis, 1994, pp. 3-124.

37. Ver Alasdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.

38. Para los escépticos sobre la existencia de diversas concepciones de justicia en conflicto, consultar, además de los anteriores, Ralf Dreier, "Estructuras y problemas del concepto de justicia", en *Derecho y justicia*, Bogotá: Temis, 1994.

39. Siempre reconociendo la originalidad de este tipo de planteamientos, pueden destacarse las versiones alexy-dworkiniana como un ejemplo aleccionador donde se combinan eclécticamente tradiciones y proyecciones de pensamiento radicalmente diferentes como la neokantiana y la aristotélico-gadameriana; la positivista-hermenéutica

por confundir y desnaturalizar la consolidación de un nuevo paradigma del derecho que permita comprender e interpretar el espíritu participativo –y la letra misma– de la Constitución del 91. En consecuencia, el pluralismo jurídico debe ser asumido como el espectro de expresiones prejurídicas o jurídicas de una sociedad tradicional en proceso de desintegración y transición estructural que entran en conflicto por la pretensión de cada una por hegemonizar su concepción de racionalidad práctica y legitimidad, y lograr el reconocimiento de la suya exclusiva como instrumento regulador de la sociedad⁴⁰.

Es evidente el elemento problemático que este eclecticismo jurídico colombiano connota en cuanto que es expresión de una sociedad fragmentada en clases, subculturas y fracciones, muchas veces violentamente antagónicas. Ello se manifiesta en los varios prototipos de legitimidad que hoy se encuentran en conflicto en esta clase de sociedades: una legitimidad tradicional, expresión de una sociedad y Estado tradicionales y sus correspondientes clases de apoyo, según la tipología weberiana, y cuya visión iusfilosófica correspondiente oscila entre el neousnaturalismo premoderno, el positivismo lógico-formalista kelseniano, el comunitarismo paleo y neoaristotélico y la hermenéutica jurídica de corte perelmaniano-gadameriano; una legitimidad funcional-procedimentalista, expresión de burocracias tecnocrático-estatales, que ha encontrado en el revisionismo positivista kelseniano y la filosofía analítica del derecho, en su línea wittgesstei-

niana, el apoyo iusfilosófico para su proyecto social; una legitimidad modernizadora, expresión abarcadora de las reformas neoliberales emprendidas en el subcontinente, cuyo correlativo iusfilosófico puede encontrarse en el iusutilitarismo y la filosofía analítica del derecho, en su línea hartiana, y una mezcla ecléctica de teorías actuales donde sobresalen lecturas muy sesgadas de Dworkin, Rawls y Habermas, entre otros; una legitimidad material, expresión de clases y subculturas al margen de la institucionalidad (guerrilla, sicariato, delincuencia, minorías marginales, sectores urbanos desplazados, clases medias en proceso de proletarización, en fin, el "país nacional") que encuentra su fundamentación iusfilosófica en el marxismo estructuralista (Marx, Foucault y el posestructuralismo francés), así como en disciplinas sociales colindantes al derecho.

Este conflicto de concepciones de legitimidad es la expresión superestructural de un conflicto de preformas y formas socio-jurídicas⁴¹, de clases sociales en pugna al interior de un conglomerado que no logra definir un consenso mínimo, ni sobre los contenidos ni sobre los instrumentos jurídico-políticos, desde el cual rehacer el lazo y el contrato social desintegrados⁴². En Colombia, como un laboratorio social de Latinoamérica entera, coexisten –no se puede decir que conviven– las realidades descritas y sus correspondientes esquemas de legitimidad, autocomprensión cosmológica y proyección práctica, en medio de una tensión polarizada donde cada vez es más urgente un elemento de integración social en el que todos puedan creer sin renegar de sus propios contextos de existencia, tradiciones de vida y patrones de cultura.

y su concepto de función simbólica del derecho; así como la del naturalismo positivizado, propia del formalismo jurídico colombiano. Ver como ejemplos paradigmáticos, Rodolfo Arango, "El valor de los principios fundamentales en la interpretación de la Constitución" en *Revista de Derecho Público*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), No. 5, 1994; Mauricio García, "La incidencia social de la Constitución" en *Revista de Derecho Público*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), No. 4, 1993; y Juan Manuel Charry, "Una aproximación al sistema normativo de la Constitución", en *Revista de Derecho Público*, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), No. 3, 1993.

⁴⁰ Sobre el conflicto de legitimidades ver Enrique Serrano, "El concepto 'legitimidad'", en *Legitimación y racionalización*, Barcelona/México: Editorial Antipodes, 1994.

⁴¹ Sobre el concepto de preformas socio-jurídicas ver Gustav Radbruch, "Los problemas de la filosofía del derecho", en *Introducción a la filosofía del derecho*, México: F.C.E., 1993.

⁴² Para una visión estructuralista del marxismo y del concepto de Estado democrático como dialéctica de fracciones en el poder, ver Nicos Poulantzas, "El bloque en el poder", en *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, México: Siglo XXI, 1976.

9. Hacia un paradigma consensual-discursivo

Lo malo es que esa integración se concibe, no desde un esquema dialógico que incluya a la opinión pública como inspiradora de un consenso mínimo normativo que alimente los contenidos jurídico-políticos, sino desde un esquema monológico que integra la pretensión de universalidad, no al proceso de formación política de la voluntad pública a través de los procedimientos jurídicos, sino sólo al procedimiento de discusión formal de esos contenidos por parte de la comunidad legal: la democracia participativa deviene una "democracia de jueces" que, aunque superior sin duda a la representativa, carcomida por la corrupción y la representación elitista, continúa imponiendo sobre la ciudadanía y el conjunto de sujetos colectivos que la componen, los procedimientos, contenidos y productos jurídicos de asuntos de su directa incumbencia sobre los cuales aquella no es estructuralmente tenida en cuenta.

Todo esto lleva a una conclusión ineludible: la de la necesidad de reconstruir un paradigma jurídico-político alternativo al neotradicional que garantice el carácter amplio y participativo de la nueva democracia. Un paradigma que integre a la ciudadanía y la opinión pública, de manera activa, a la construcción de tales ordenamientos institucionales, para darles una legitimidad suficiente a partir de la reelaboración del lazo social resquebrajado.

Aquí es donde se justifica la asimilación crítica que se viene haciendo de las teorías jurídicas de John Rawls y Jürgen Habermas⁴³. Éstas fundamentan un *paradigma consensual-discursivo del derecho* que concibe a la ciudadanía como factor estructural en la concepción, elaboración, ejecución y control de los procedimientos, contenidos y productos jurídicos que regulan una sociedad dada. El poder comunicativo de la sociedad civil deviene así poder

43. Ver John Rawls, *Teoría de la justicia*, México: F.C.E., 1996; y Jürgen Habermas, *Liberalismo político*, Barcelona: Crítica, 1996; así como Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge: MIT Press, 1996.

administrativo, siendo la voluntad popular traducida a normas legales que interpretan, a través de los canales institucionales, su posición política sobre los asuntos que la afectan.

Frente al procedimentalismo sacro del neotradicionalismo donde el legislador o el juez o el gobierno determinan los contenidos de la ley, *pre, in o post factum*, el paradigma consensual-discursivo infiere esos contenidos del consenso mínimo a que llega el conjunto de sujetos colectivos que conforman la opinión pública. Consenso que cumple varios objetivos: proporciona el contenido normativo común desde el cual debe partir la concepción, interpretación y ejecución de las disposiciones legales; permite que el derecho responda, no a los imperativos sistémicos autorreferentes, ya sean administrativos o económicos, sino a las necesidades del mundo de la vida de la ciudadanía; con lo cual se logra, primero, rehacer el lazo social desintegrado y, segundo, relegitimar el sistema en la medida en que la opinión ciudadana determina la regulación legal de su vida privada y pública.

De aquí se desprende un *modelo de democracia consensual-discursiva* donde la soberanía reside, sin mediaciones de segundo orden, en la opinión pública de la ciudadanía, en el poder comunicativo de la sociedad civil, desde lo cual se determinan los contenidos de justicia social requeridos para convivir en paz, en el marco de un sistema que garantiza las expectativas de los diferentes sujetos colectivos que apoyan el orden institucional, en cuanto es fruto de su concertación y, por tanto, susceptible de todos los cambios que la ciudadanía considere imperativos para su adecuación a las necesidades mundovitales⁴⁴.

9. A manera de conclusión

Una propuesta de periodización de los paradigmas jurídicos en Colombia, podría estructurarse de la siguiente manera:

44. Sobre esta recepción ver G. Hoyos, *Op. Cit.*; así como O. Mejía, *Op. Cit.*

Primera época (siglos XV - XVII)

Orden colonial y Paradigma hispano-tradicional

Momento del capitalismo mercantil

- Primer período (1492-1550):

Leyes de Indias

-Primera fase (1492):

Legislación de Isabel y Regencia de Fernando

-Segunda fase (1512):

Leyes de Burgos

-Tercera fase (1542):

Leyes Nuevas⁴⁵

- Segundo período (1551-1650):

La Escuela Española

- Tercer período (1650-1750):

Desarrollo de la Escuela Jurídica Hispano-
americana

Segunda época (siglos XVII - XIX):

Crisis del orden colonial y construcción de la República

Momento del capital industrial librecambista

- Primer período (1750-1815):

Surgimiento y desaparición del paradigma
temprano-moderno en Hispanoamérica

- Segundo período (1815-1830):

Guerras de la Independencia y conflicto
de los paradigmas hispano-colonial y utilitarista

- Tercer período (1830-1880):

Consolidación del orden republicano
y del paradigma presidencialista pragmático-
instrumental

Tercera época (siglos XIX - XX):

Democracia liberal y crisis de la sociedad tradicional

Momento del imperialismo

- Cuarto período (1880-1930):

Hegemonía conservadora
y paradigma tradicionalista

- Quinto período (1930-1960):

Surgimiento del Estado liberal
y paradigma procedimentalista-kelseniano

Momento del capitalismo transnacional

- Sexto período (1960-1980):

Crisis de la sociedad tradicional
y recepciones pospositivistas

Cuarta época (siglo XX - presente):

*Modernización neoconservadora y nueva democracia
participativa*

- Primer período (1980-1998):

Cambios estructurales en la sociedad tradicional
andina y crisis del sistema representativo

-Primera fase (1980-1990):

Pseudomodernización neoliberal
y paradigma neotradicionalista

-Segunda fase (1990-1998):

Crisis del modelo neoliberal y
del paradigma neotradicionalista

-Tercera fase (1998-):

Democracia participativa y
desarrollo del paradigma
consensual-discursivo⁴⁶

45. Ver Beatriz Fernández, *La utopía de la aventura americana*,
Barcelona/Bogotá: Anthropos, 1994.