

ISSN: 2357 - 5247

CONTACTO IUS

Jurisdicción Contencioso Administrativa del Quindío

Octubre/2022 - EDICIÓN: 010



Fotografía: Cristian Camilo Bañol Valencia

CONTACTO IUS 10

Armenia, Quindío, octubre de 2022

CONTENIDO

EDITORIAL

PRINCIPIOS, ANTINOMIAS, DERROTABILIDAD...

MISTERIOS Y APORÍAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS PARIENTES CERCANOS

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO 9

GENEALOGÍA PATÓGENA DE LA TÉCNICA Y SUS PARADIGMAS PUNITIVOS

JUAN JESÚS GARCÍA LÓPEZ 51

CRITERIOS DE APLICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON FUERZA VINCULANTE EN COLOMBIA

MANUEL ALEJANDRO YEPES SOLANO 73

EL FUTURO DE LOS ABOGADOS Y LOS ABOGADOS DEL FUTURO

DIEGO FERNANDO LÓPEZ GUZMÁN 105

EN BUSQUEDA DE SUPERAR LA SITUACIÓN FRUSTRANTE DE LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL CAMBIO DE PRECEDENTE JUDICIAL MARIO FERNANDO RODRÍGUEZ REINA	117
LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA FISCAL Y LA MEDIDA PROVISIONAL DE SUSPENSIÓN DE UN SERVIDOR PÚBLICO DE ELECCIÓN POPULAR DIANA PATRICIA HERNÁNDEZ CASTAÑO	136
LA ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA FRENTE AL FUNCIONARIO O AGENTE ESTATAL QUE CAUSA EL DAÑO ANTIJURÍDICO (Un caso ilustrativo). LAURA FERNANDA URREA CARVAJAL	142
CRIMEN Y LOCURA: EJEMPLOS DE MARGINALIDAD EN LA SOCIEDAD DE BIENESTAR Y SU PAPEL EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD VÍCTOR HUGO ARANGO URIBE	160
VÍNCULOS ENTRE ARTE, FILOSOFÍA Y VIDA En un Fragmento de <i>Profudis</i> de Oscar Wilde YSIS VÉLEZ	178

EDITORIAL

Ponemos en vuestras manos la décima edición de la Revista Contacto Ius, una publicación, que, como bien se conoce, es exclusivamente digital.

Como en otras oportunidades, en esta ocasión, se incorporan escritos desde el ámbito de la filosofía del derecho, el derecho constitucional, el derecho administrativo y la filosofía crítica.

En cuanto a lo primero se complace la revista en incorporar un escrito del gran maestro JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, quien gentilmente cedió la publicación de una conferencia que alude al tema, siempre actual y vibrante, del iuspositivismo y el iusmoralismo, con una aguda crítica como a él siempre lo caracteriza sobre el neoconstitucionalismo y la ponderación.

No existen palabras suficientes para agradecer ese gentil gesto, que enaltece sobre manera esta publicación, en su primera década de existencia.

Junto a él se incorpora, un ensayo muy ilustrativo sobre la big data y la inteligencia artificial bajo un enfoque filosófico, de la técnica y el paradigma punitivo, que pone en entre dicho la manera como estas

nuevas tecnologías, sirven para vigilar y manipular en masa al ser humano.

En seguida un aporte a la comprensión de los principios generales del derecho y principios constitucionales, en consonancia con la aplicación del precedente judicial, que tanto se ha consolidado desde hace unos cuantos lustros en Colombia, gracias a la labor especialmente de la Corte Constitucional.

Se pasa luego a la visión panorámica que ofrece un estudio detenido sobre el papel del abogado en los tiempos modernos y la manera como deberá desarrollarse la carrera del derecho en el futuro inmediato, y su aplicación en la práctica, bajo el impulso indudable de la digitalización de los procesos y la justicia en línea que propició de manera abrumadora la pandemia.

Más adelante, se plantea una respuesta a una inquietud formulada en el número anterior de esta revista, respecto a la frustración del cambio del precedente judicial en el tiempo, en el sentido de predicar que sería posible quebrar esa frustración con el análisis ponderado de las decisiones judiciales, aplicación del principio de favorabilidad, participación y publicidad, entre otros.

Bienvenidas las repuestas y contra respuestas, de eso se trata, de modelar un diálogo constructivo que permita observar diferentes aristas en temas jurídicos inquietantes que, de singular manera, afectan en últimas a la comunidad.

Se da paso, posteriormente al análisis de un tópico de actualidad, como lo es la sanción fiscal a servidores de elección popular, ligada a la suspensión provisional de los mismos, dentro del cual se pone de presente la necesidad de consultar las convenciones propias del derecho internacional, frente a las cuales el derecho interno no puede ser ajeno ni obtuso en su aplicación.

En el ensayo siguiente se plantea una crítica muy especial respecto a las consecuencias jurídicas que genera la actuación incoada por daño antijurídico contra una entidad y, a la vez, contra el particular comprometido, esto desde el punto de vista de la repetición, preguntándose hasta dónde es válido que la responsabilidad civil extracontractual verificada en un proceso contencioso administrativo, después pueda ser desvirtuada en un proceso de repetición.

Se da paso luego a dos estudios con carga filosófica, el uno bajo el contexto del pensamiento de Foucault, respecto al tema de la marginalidad y la locura, buscando desentrañar la bondad o perversidad del castigo; y el otro, a partir de un aparte literario de la obra de Wilde,

se pretende desentrañar el significado del arte, de la vida con sesgo de Dandy y del dolor que genera el perderlo todo, como en efecto le ocurrió al gran escritor, después de su encarcelamiento en Inglaterra y su posterior radicación, a manera de autoexilio, en Francia.

Aspiramos con ello haber consolidado una edición muy especial que permita abrir paso hacia una segunda década de publicaciones. Gracias infinitas a todos los autores que ahora nos colaboran y que se atreven a dejar ver, entre líneas, su pensamiento.

PRINCIPIOS, ANTINOMIAS, DERROTABILIDAD... MISTERIOS Y APORÍAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS PARIENTES CERCANOS¹

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO²

RESUMEN

Lo que significa y lo que quiere la “tesis del caso especial de Alexy” es que todos los jueces tácita o expresamente se hallen habilitados para someter la aplicación de cualquier norma a un control de moralidad. Las tesis iusmoralistas implican que las normas moral-jurídicas están por encima de las constituciones y condicionan la validez y aplicabilidad de sus normas. Si el Derecho positivo está subordinado a la moral objetivamente correcta, las normas constitucionales también lo están, en tanto que normas jurídico-positivas.

¹ Conferencia dictada en junio de 2022 en la Universidad de Alicante, en el Máster en Argumentación Jurídica dirigido por Manuel Atienza.

² *“Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León. Ha sido becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en Múnich y Berlín. También ha realizado estancias de investigación en Maguncia, Aix-en-Provence y Florencia. Ha impartido conferencias, ponencias y cursos de doctorado, maestría, especialización y otros en la mayor parte de las universidades españolas y en numerosas universidades e instituciones europeas y americanas. Autor de una decena de libros y de aproximadamente doscientos artículos publicado en revistas y libros colectivos. Traductor del alemán al castellano de obras de Kelsen, Bernd Rüthers o Claus-Wilhelm Canaris. Colabora habitualmente con columnas y tribunas en diarios y otras publicaciones periódicas, así como en algunos blogs jurídicos”.*
www.catedradeculturajuridica.com/es/1252/presiden-juan-antonio-garcia-amado.html

Algunos pensamos que no hay ninguna necesidad ni de presentar esas normas como mandatos de optimización ni hace falta la ponderación como método resolutorio, sino que son operaciones normales de interpretación las que pueden y deben solucionar también supuestos de ese tipo. No hay antinomias entre principios porque los principios por definición son buenos, según esta doctrina. No tiene sentido pensar que, de esa gama de principios que forman la cima del sistema jurídico, un principio bueno pueda expulsar o invalidar, a otro principio bueno.

ABSTRAC

What the “special case of Alexy thesis” means and wants is that all judges are tacitly or expressly empowered to subject the application of any norm to a morality check. The iusmoralist theses imply that the moral-legal norms are above the constitutions and condition the validity and applicability of their norms. If positive law is subordinated to objectively correct morality, constitutional norms are also subordinate, as positive-legal norms.

Some of us think that there is no need to present these rules as optimization mandates, nor is weighting necessary as a resolution method, but rather that they are normal operations of interpretation that can and should also solve assumptions of this type. There are no antinomies between principles because principles by definition are good,

according to this doctrine. It makes no sense to think that, from that range of principles that form the top of the legal system, a good principle can expel or invalidate another good principle.

PALABRAS CLAVES

Iusmoralismo, constitución, derecho positivo, mandatos, optimización, antinomias.

KEY WORDS

Iusmoralist, constitution, positive law, mandates, optimization, antinomies.

0. Precisiones terminológicas.

Aquí hablaré indistintamente de moral y de justicia. En verdad, se puede y se suele entender que la justicia es una variante de la moral, es un valor moral que se aplica en relaciones interpersonales atinentes a algún tipo de distribución entre sujetos.

En segundo lugar, daré el nombre de iusmoralismo a aquellas doctrinas contemporáneas que son antipositivistas y que tienen enormes parecidos de familia, muchos de ellos ya no comunes con el

iusnaturalismo, que es su primo hermano. Esos parecidos se refieren sobre todo a la teoría de las normas, con su énfasis en el papel de los principios, y con su apuesta por la ponderación como método para la decisión cuando concurren principios y como vía para imponer en la práctica la conexión esencial entre Derecho y moral. No olvidemos que es característico de este iusmoralismo principialista la negación de la separación conceptual entre Derecho y moral y la negación o fuerte restricción de la idea iuspositivista de la discrecionalidad judicial. Esto último ocurre porque el iusmoralismo principialista va de la mano de la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta en Derecho y se aproxima mucho a ella al afirmar que la discrecionalidad judicial, si la hay, es marginal o meramente ocasional.

Así pues, cuando en adelante use la expresión iusmoralismo o iusmoralismo principialista, estaré aludiendo principalmente a doctrinas que suelen autodenominarse como neoconstitucionalismo o pospositivismo. Entiendo que las diferencias entre ambas, si las hay, son de poca relevancia ante el hecho innegable de sus fortísimas coincidencias. Esas doctrinas si no son gemelas, son mellizas; en todo caso llevan los mismos genes doctrinales.

Tercera convención expresiva. En lo que sigue, estipularemos la siguiente denominación rápida para aquella parte de la moral objetivamente correcta que, según los iusmoralistas, es también parte del

Derecho: *normas moral-jurídicas*. Repito que es pura estipulación lingüística, lo importante es que se tenga claro cuál es la referencia de esa expresión, a qué se está aludiendo.

1. Extra Ecclesiam nulla salus

El iuspositivismo y el iusmoralismo (dominante en la actualidad bajo etiquetas como neoconstitucionalismo o iuspositivismo) se siguen diferenciando respecto de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Esto es así porque los iusmoralistas de todo tiempo mantienen que:

- (i) Un sistema jurídico fuertemente injusto no es auténtico sistema jurídico o no lo es plenamente.
- (ii) Una norma jurídica fuertemente injusta no es auténtica norma jurídica o no lo es plenamente.
- (iii) Una solución para un caso que judicialmente se decida no es conforme a Derecho o no lo es del todo si es fuertemente injusta.

2. La única justicia que cuenta es la Justicia de verdad

La tesis anterior, según la cual la justicia es componente necesario de cada sistema jurídico, de cada norma jurídica y de cada decisión jurídica, podría entenderse de dos maneras:

(i) Que cada ciudadano y cada juez sólo consideren Derecho y como tal cumplan o apliquen el que según su particular idea de lo justo lo merezca.

Esta tesis no es defendida ni expresa ni tácitamente por ningún iusmoralista. Es una tesis con efecto completamente disolvente de lo jurídico, pues permitiría que hubiera tantos sistemas jurídicos diferentes como personas distintas con concepciones particulares de lo justo y lo bueno, siendo cada una legisladora y juez para sí misma.

Por tanto, no queda más que esta otra tesis posible:

(ii) Que cuando se dice que la justicia o la moral son parte necesaria de todo lo jurídico, se está aludiendo al *contenido objetivo* de la moral o justicia.

Contenido objetivo quiere decir no dependiente de la idea, la opinión o el sentir de ningún individuo en particular.

En suma, la moral que, según los iusmoralismos, es parte del Derecho sólo puede ser *la moral objetivamente correcta*. En la medida en que en la concreción de los contenidos de tal moral haya dependencia de cada persona que decide o juez que juzga, esa parte no objetiva se supone que no la consideran los iusmoralistas como componente del Derecho,

aunque puedan entenderla como más o menos inevitablemente influyente en su práctica. Si soy juez, mi juicio sobre la justicia de la norma o la solución justa del caso puede llevarme a decidir una cosa u otra, pero lo que decido no será justo o injusto porque yo así lo sienta o lo argumente, sino por su coincidencia con ese patrón objetivo de justicia que es exterior a mí e independiente de mí.

3. Las normas y el juego de las cuatro esquinas. De cómo hay Derecho que no lo es y moral que lo es

Para tales doctrinas iusmoralistas, las normas moral-jurídicas no sólo cumplen una función de calificación en sentido moral, sino de calificación jurídica estricta y, por tanto, obligan como normas jurídicas.

Si lo que se estuviera afirmando fuera que la norma o decisión jurídica³ contraria a la moral objetivamente correcta es inmoral u objetivamente inmoral, se estaría afirmando algo perfectamente trivial y perfectamente asumible por cualquier iuspositivista, por conforme con la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. El iuspositivista no encuentra incoherencia ni objeción ninguna si una persona (ciudadano común u operador jurídico) dice conjuntamente que la norma N es Derecho y que la norma N es injusta.

³ O el sistema jurídico, pero dejaremos de referirnos expresamente a los sistemas jurídicos, en aras de la economía expresiva.

Lo que mantiene el iusmoralismo es que tal norma o decisión inmoral⁴ no sólo es inmoral, sino que es antijurídica o no plenamente jurídica por inmoral. Por eso las normas moral-jurídicas son morales y jurídicas a la vez, componente de los sistemas morales correctos y del auténtico Derecho.

O las normas moral-jurídicas son por sí parte constitutiva del Derecho, y por eso entendemos que a la compatibilidad con ellas esté condicionada la validez y aplicabilidad de las normas jurídico-positivas, o no lo son. Pero si fuera esto último lo que el iusmoralismo insinuara, estaría manteniendo algo tan incoherente como que las normas jurídicas dependen en su juridicidad de otras que no son jurídicas. Se estaría a la vez afirmando y negando la tesis de la separación conceptual entre moral y Derecho. Habría que reconocer, si así fuera, que el viejo iusnaturalismo era bastante más consistente.

Y, sobre todo, únicamente la tesis de que la moral verdadera (o parte sustancial de ella) es Derecho es conciliable con la negación de la

⁴ O gravemente o claramente tal; tampoco repetiré en adelante este matiz, que debe sobreentenderse en adelante. Uno de los puntos de indeterminación del iusmoralismo es precisamente ese, el de cuál ha de ser el grado de injusticia de una norma o sistema jurídico para que pierdan su juridicidad. Y hay quien, como Alexy, entiende que hay proporción entre el grado de injusticia y el grado de deficiente juridicidad de la norma o el sistema. Es lo que explica con su curiosa doctrina sobre la pretensión de corrección como elemento definitorio del Derecho. Es como si dijéramos que un componente definitorio del ser humano es la pretensión de belleza y que cuanto más feo se hace uno, menos persona es, hasta dejar de serlo si se vuelve muy horrible. Evidentemente, lo que no tendríamos en el ejemplo sería un medidor objetivo de belleza, al igual que tampoco hay con qué medir objetivamente la injusticia del Derecho.

separación conceptual entre Derecho y moral. Si la moral controla la validez y aplicabilidad del Derecho desde fuera del Derecho mismo, el Derecho se identificaría como tal con independencia de la moral y se estaría en el terreno de la tesis de la separación conceptual, aunque se quisiera recomendar a la vez que el juez diera preferencia a la moral sobre el Derecho en caso de conflicto. No significa lo mismo ni implica lo mismo decir que el Derecho contrario a la moral verdadera no es (plenamente) Derecho que afirmar que sí lo es, pero el juez debe, por imperativo moral, darle prioridad a la moral sobre el Derecho injusto, que es Derecho pese a tal defecto moral.

4. Lo más alto del Derecho es la moral

Para el iusmoralismo, las normas moral-jurídicas, en cuanto parte del Derecho, sólo tienen sentido como parte *superior* de los sistemas jurídicos. Esto es así por las siguientes razones:

(i) Si las normas moral-jurídicas fueran inferiores en jerarquía a las normas jurídico-positivas, entonces serían perfectamente irrelevantes, pues la consecuencia de decir que una norma jurídico-positiva es contraria a una norma moral-jurídica sería la misma que la de decir que una norma jurídico-positiva es inmoral o injusta, pero sin dejar por ello de ser Derecho. Esa tesis es asumible sin esfuerzo por el iuspositivismo,

pues implica que la moral no es condición de validez o plena juridicidad de las normas de jurídico-positivas o de las decisiones que las aplican.

Es poco menos que absurdo imaginar a un iusmoralista manteniendo que la norma N es gravemente inmoral o injusta, pero que no deja por ello de ser plenamente válida y aplicable cuando venga al caso. Se estaría contradiciendo la tesis de que no es plenamente jurídica la norma de Derecho opuesta con fuerza a la moral, palmariamente injusta, etc. Repito que, entonces, estaría el iusmoralista asumiendo una tesis bien acorde con el iuspositivismo: que puede haber normas jurídico-positivas injustas o muy injustas que no dejan por eso de ser Derecho y de ser como Derecho aplicables a tenor del respectivo sistema jurídico.

(ii) Si el matiz que pone el iusmoralista es que, dentro de lo que el significado de la norma permita, el juez debe optar por la interpretación de la misma que la haga menos injusta o que mejor aminore sus efectos de injusticia, se estará proclamando algo que es aceptable para el iuspositivismo, pues en nada se opone a la tesis de la separación y, además, asume la tesis de la discrecionalidad judicial y de sus límites.

5. Manda la moral, y manda en todo

La superior jerarquía de una norma dentro de un sistema jurídico se manifiesta en que *condiciona la validez y aplicabilidad de las normas*

inferiores. Así que, en cualquier sistema jurídico, una norma es superior a otras si no son (o no son plenamente, para las teorías que, como la de Alexy, admiten gradaciones) válidas las normas jurídico-positivas contradictorias con ella o si no son aplicables las que en un caso propongan soluciones opuestas a ella; es decir, soluciones claramente injustas. Tales normas, cuya validez o aplicabilidad está condicionada por otras normas, son inferiores a éstas.

Eso es lo que hacen las normas moral-jurídicas en el iusmoralismo neoconstitucionalista o pospositivista: justificar que pueda ser declarada no válida la norma contraria claramente a una norma moral-jurídica o que deba en un caso ser derrotada la norma jurídico-positiva por la norma moral-jurídica.

Así pues, para un iusmoralismo coherente, las normas moral-jurídicas son condición de validez (plena) de las normas jurídico-positivas y condición de aplicabilidad de las normas jurídico-positivas válidas. En eso basa el iusmoralismo su idea de la esencial derrotabilidad de las normas jurídico-positivas

6. La regla es que manden los principios

También es esencial en el iusmoralismo la idea de *derrotabilidad* de las normas.

Si se quiere expresar la mencionada dinámica de relación entre normas sin apelar a la idea de jerarquía normativa, es posible decirlo de este otro modo: entre las normas de un sistema, la relación de excepción no es (o no es siempre) simétrica. No hay relación simétrica entre dos normas N1 y N2 cuando:

a) En caso de que sean antinómicos ambos enunciados normativos, la solución siempre es que N1 se mantenga en el sistema (tenga validez intrasistémica) y N2 sea expulsada del sistema (anulada por inválida⁵).

b) Casos en que, aun cuando los enunciados de N1 y N2 no sean antinómicos, resulte que proponen para el caso dos consecuencias jurídicas incompatibles y que, por tanto, no puedan aplicarse conjuntamente. Entonces, es cuando el iusmoralista dice que una norma válida puede ser derrotada por otra sin que sea puesta en cuestión la validez de la norma derrotada.

Pero aquí llegamos a algo muy importante, sobre lo que se retornará enseguida. Esa derrota de una norma por otra siempre será, según Alexy, derrota a manos de un principio. La norma que derrota a otra sin expulsarla del sistema es un principio, porque si el conflicto se da entre dos reglas, estaremos ante una genuina antinomia y Alexy nos

⁵ Al margen de cómo estén regulados los efectos de esa “expulsión”.

cuenta que ahí nada más que cabe dirimir declarando no válida una de las normas. Es como Alexy explica el conflicto entre dos reglas, entre dos normas de las cuales ninguna sea un principio.

Cuando una norma expresa introduce una excepción expresa al supuesto de una norma, no hay derrotabilidad, sino acomodo normal y corriente entre normas del ordenamiento. Si la norma N1 dice que los ciudadanos podrán bañarse en las playas y la norma N2 posterior prohíbe el baño en las playas con cierto grado de contaminación, las dos normas se ordenan o acompasan fácilmente y puede quedar ese conjunto normativo así: está permitido bañarse en las playas que no tengan ese grado de contaminación.

En lo anterior no hay, repito, nada de lo que hoy en día llaman los iusmoralistas derrotabilidad de las normas. Para que en ese sentido actual nos hallemos ante la derrotabilidad, la excepción no debe ser expresa, no debe estar expresamente tasada. La excepción no tasada⁶ ocurrirá si N dice que está permitido bañarse en las playas, si, además, no hay ninguna norma expresa en la que pueda basarse una prohibición de baño en playas muy contaminadas⁷.

⁶ Falta de una excepción tasada específica para las playas contaminadas y falta de una norma genérica tasada, del tipo "Las administraciones competentes podrán prohibir el baño o las actividades en las playas cuando por cualquier motivo resulten peligrosas para la salud o el bienestar de las personas".

⁷ Evidentemente, dicha norma expresa existe, para tal tipo de casos, prácticamente en todos los sistemas jurídicos como el nuestro.

Así es como soluciona el iusmoralismo la cuestión teórica de la derrotabilidad y, con ello, asegura la supremacía en cada ordenamiento de las normas moral-jurídicas. Toda norma jurídico-positiva es potencialmente derrotable por algún principio; y dado que los principios son normas morales en origen, toda aplicación de una norma jurídico-positiva a un caso es potencialmente excepcionable con base en una norma moral que, al juridificarse por transustanciación, llamamos principio jurídico. En conclusión, el juez debe inaplicar las normas jurídico-positivas que vengan al caso siempre que pesen claramente más las normas morales, revestidas de principios jurídicos, para ese caso se traigan a colación.

Eso es exactamente lo que significa y lo que quiere la “tesis del caso especial de Alexy”: que todos los jueces tácita o expresamente se hallen habilitados para someter la aplicación de cualquier norma a un control de moralidad. Que generalmente no lo hagan de modo expreso significa que la solución que la norma jurídico-positiva da para el caso no les plantea un conflicto moral, que les parece justa o no injusta (o contraria a cualquier principio) en grado suficiente.

7. La verdadera Constitución es la moral verdadera. Y el derecho constitucional positivo que se oponga a la moral verdadera ni es Constitución ni es Derecho siquiera.

Por eso, en Alexy, el control de constitucionalidad en el fondo o no significa casi nada o debe ser entendido como control de moralidad. ¿Y cómo se hace ese control siempre? Según Alexy, ponderando. Y por eso mismo deja la teoría la puerta abierta a que hasta los enunciados constitucionales, las normas jurídico-positivas que en ellos se contengan, sucumban en la ponderación a manos de principios constitucionales. Desde el momento en que tales principios constitucionales que vencen a otras normas constitucionales expresas pueden hasta ser principios implícitos, la suerte está echada: la verdadera constitución o lo más constitucional o supremo de la Constitución es la moral verdadera, son las normas moral-jurídicas. Las normas moral-jurídicas son no pueden estar por debajo de ningún mandato constitucional expreso que las contradiga porque ya sabemos que una norma jurídico-positiva contraria a las normas-moral jurídicas no es propiamente jurídica o no lo es del todo. Y las normas positivas de la Constitución no son excepción a eso, pues si lo fueran toda esta teoría iusmoralista se derrumbaría.

Las normas constitucionales, es decir, lo que de norma jurídica haya en los enunciados contenidos en el cuerpo jurídico llamado Constitución de un determinado Estado⁸, son normas jurídico-positivas. Por tanto, si toda norma jurídico-positiva es en su validez y aplicabilidad dependiente de las normas moral-jurídicas, toda norma constitucional

⁸ O en una norma internacional como pueda ser la Convención Americana de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derecho Humanos.

expresa es jurídica si no es incompatible con las normas moral-jurídicas; y todas esas normas constitucionales o internacionales son aplicables a los casos que encajen bajo su supuesto de hecho únicamente cuando la solución resultante no es incompatible con la que para los mismos casos prescriben las normas moral-jurídicas.

Así pues, las tesis iusmoralistas implican que las normas moral-jurídicas están por encima de las constituciones y condicionan la validez y aplicabilidad de sus normas. Si no fuera así, tendrían los iusmoralistas que admitir que una constitución que contiene normas (claramente) injustas es del todo jurídica pese a eso, lo cual provocaría una profunda incoherencia en su sistema teórico: sólo las normas infraconstitucionales son inválidas o inaplicables por injustas, pero podría ocurrir que una norma constitucional válida impusiera una solución que según la norma moral-constitucional es injusta. Si el Derecho positivo está subordinado a la moral objetivamente correcta, las normas constitucionales también lo están, en tanto que normas jurídico-positivas.

Entre las muchas consecuencias que de esto se siguen está la del limitado margen que le queda al poder constituyente. En esto se repiten exactamente las pretensiones y los planteamientos del viejo iusnaturalismo, por mucho que aquel iusnaturalismo considerara corrupción de ley muchas cosas que hoy resultan obligadas, de acuerdo con este iusmoralismo que ya no se disfraza de conservador. Pero los

iusnaturalistas de antes y los iusmoralistas de ahora tienen en común el considerar que nada contrario a la moral puede ser constitucional y nada constitucional puede ser contrario a la moral.

8. La gran cuestión ontológica. Valores, principios reglas: genética iusmoralista

El iusmoralismo presupone necesariamente que, por su origen, hay dos grandes clases de normas jurídicas: las que tradicionalmente se han llamado de Derecho positivo o jurídico-positivas y las otras, a las que aquí llamo moral-jurídicas.

Una norma jurídico-positiva es la que resulta de un acto o procedimiento de creación normativa regulado o asumido como válido en el respectivo sistema jurídico. Una norma así surge, por ejemplo, cuando una Administración competente en la respectiva materia crea, por el procedimiento correspondiente, un reglamento administrativo; o cuando un Parlamento crea una ley, etc.

Cuando una Constitución se crea por un acto constituyente originario, los correspondientes enunciados constitucionales son asumidos como válidos dentro de ese sistema mismo en el que tal Constitución va a ocupar (al menos formalmente) la cúspide; sin tal asunción o

presuposición de validez de esas normas constitucionales, esas normas no serían parte del sistema ni parte superior del sistema.

Cuando el sistema jurídico admite la existencia en él de normas jurídicas consuetudinarias, asume que éstas se integran en tal sistema, aunque no hayan sido específicamente “legisladas” en él, y regula su lugar en estructura del sistema, la posición que ocupan, su relación con las otras, empezando por las legisladas.

Cuestión adicional es la referida a cómo se extraigan los contenidos normativos de los enunciados “legislados”. Esa “extracción” puede requerir operaciones interpretativas o decisiones más o menos complejas de fijación de los significados posibles y de opción entre los significados posibles del correspondiente enunciado normativo. Así, puede no estar claro, en general o ante un determinado caso, qué significa la expresión E contenida en el enunciado constitucional o legislativo EN. Más complejo todavía puede ser enunciar el contenido normativo de una norma consuetudinaria o buscar, en una sentencia que sienta precedente vinculante, cuál es la *ratio decidendi* y cómo se puede enunciar del modo más preciso posible.

Todo eso era para aclarar a qué me refiero cuando hablo de normas jurídico-positivas. Ahora vamos con las que estoy llamando normas moral-jurídicas, esenciales para el iusmoralismo.

Las normas moral-jurídicas no son Derecho por razón de quién las crea, ni por cómo las crea, ni por cómo se relacionan⁹ con otras normas del sistema jurídico. Las normas moral-jurídicas son jurídicas en sí y por sí y nada más que en razón de su contenido necesario. Esto explica que su validez y aplicabilidad, en cualquier sistema jurídico, no dependa ni del modo en que una autoridad las haya enunciado, ni de ningún procedimiento de creación o incorporación formal a las normas del sistema, ni de un ejercicio de autoridad por ningún órgano competente al efecto, ni de del tipo de relación que su contenido guarde con otras normas del sistema jurídico. Esto último alude, como veremos, a que las normas moral-jurídicas no pueden ser derogadas, pues son y están por sí vigentes. Tampoco están en su contenido normativo para el caso condicionadas por ninguna previa enunciación precisa, y de ahí que no necesitan ser propiamente interpretadas, pues su naturaleza no es lingüística. Además, no son derrotables, especialmente no lo son por las normas jurídico-positivas. Sobre esto último habrá que volver más adelante.

Ya podemos entender, respecto de dichas normas, la cuestión ontológica, que gira en torno a las siguientes preguntas: ¿dónde están esas normas? ¿De dónde salen? ¿Cómo se manifiestan en tanto que jurídicas?

⁹ Por ejemplo, según que su contenido sea antinómico con una norma superior, igual o inferior del mismo sistema.

Es aquí donde el iusmoralismo actual opera con lo que podríamos llamar la transustanciación normativa. Así define la Real Academia Española de la Lengua la transustanciación: “En la doctrina católica, conversión de las sustancias del pan y del vino en el cuerpo y sangre de Jesucristo”. Me tomo la licencia de esta analogía por cuanto que en el iusmoralismo actual hay una transustanciación de los valores morales en normas jurídicas. Veamos cómo.

Para empezar, reparemos en por qué respecto de las normas jurídico-positivas no hay tal transustanciación normativa. Supongamos un legislador que introduce en la ley penal un nuevo delito, D, y establece para el mismo una determinada pena. Evidentemente, el que esa conducta se convierta en delictiva y se haga acreedora de una pena como sanción obedece a valoraciones: alguien (la mayoría de la sociedad, una parte influyente de la sociedad, los integrantes de la cámara legislativa...) considera injusta o inmoral (por indecente, por dañina, por abusiva...) la conducta en cuestión. Pero lo que convierte esa conducta en delito no es su justicia o inmoralidad en sí y por sí, sino la decisión del órgano legislativo competente, en tal sistema, para tipificar normas penales. En otras palabras, sin esa acción normativa, el delito no es delito, la conducta en cuestión no es antijurídica, aunque a muchísimos les pueda parecer muy injusta. Por mucho que supongamos verdad objetiva y hasta racionalmente demostrable al enunciado moral “la conducta C es injustísima”, lo que la hace antijurídica no es ni tal enunciado moral ni su

contenido eventualmente verdadero con plena objetividad, sino la creación del correspondiente delito (o ilícito jurídico del tipo que sea: ilícito administrativo, civil...) mediante un acto normador preciso y regulado en el mismo sistema. En otras palabras, es jurídica la norma de marras porque ha sido creada como norma jurídico-positiva.

Ahora vamos con la transustanciación normativa en el iusmoralismo. Por definición, las normas moral-jurídicas no pueden valer solamente en tanto que positivas, en cuanto que convertidas en contenido de normas jurídico-positivas resultantes de un acto legislativo. Porque, si así fuera, estaría el iusmoralismo negándose a sí mismo y admitiendo que no hay más Derecho que el Derecho positivo. Quien sostenga que la moral verdadera obliga (moralmente) al legislador a legislar en concordancia con ella, pero sin que sea jurídica en sí la norma moral ni deje de ser jurídica la norma positiva opuesta a la norma moral, no es un iusmoralista. Se trataría, sin más, de alguien que en cuestiones metaéticas posiblemente es objetivista y que en materia de Derecho razona como un iuspositivista metodológico.

Por tanto, indefectiblemente necesita el iusmoralista una teoría de la validez o juridicidad de las normas-moraljurídicas en sí y como tales, no dependiente ni de las relaciones con normas jurídico-positivas (no puede perder su validez la norma moral-jurídica por ser antinómica con una jurídico-positiva) ni de actos de creación normativa expresa por parte de

autoridad o sociedad ninguna. Podrá haber procedimientos o modos de razonar mediante los que se pueda descubrir o precisar el contenido de la norma moral-jurídica, pero no actos constitutivos de su juridicidad, de su condición de Derecho. Dicho de otro modo, las normas moral-jurídicas han de existir, valer y obligar al margen completamente de su positivación, pues en tanto que positivadas, ya serían Derecho positivo, no normas moral-jurídicas.

Sería pertinente extenderse en este punto sobre la ontología de las viejas doctrinas del derecho natural, pero no voy a detenerme en tal versión clásica del iusmoralismo, sino en planteamientos más actuales, propios de autores como Robert Alexy y tantos de sus seguidores.

Para el iusmoralismo principialista, al estilo de Alexy, la ecuación se da entre *valores, principios y reglas*. Y es en el tránsito de los valores a los principios donde sucede esa especie de milagro que aquí estoy llamando transustanciación normativa.

Oigamos a Alexy:

“El modelo de los principios y el modelo de los valores han demostrado ser esencialmente iguales por lo que respecta a su estructura, con la diferencia de que el uno debe ser ubicado en el ámbito de lo deontológico

(el ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito de lo axiológico (el ámbito de lo bueno)”¹⁰.

“Es claro que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera en que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, la satisfacción gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de valores. Por ello, los enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre los valores pueden reformularse en enunciados sobre los principios, y los enunciados sobre los principios pueden reformularse en enunciados sobre los valores, sin pérdida alguna de contenido”¹¹.

Siguiendo a von Wright, diferencia Alexy entre conceptos deontológicos y axiológicos y los explica así:

“Ejemplos de conceptos *deontológicos* son los de mandato, prohibición, permiso y del derecho a algo. Común a todos estos conceptos es que (...)

¹⁰ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, trad. de Carlos Bernal Pulido, p. 126. Dice el mismo autor: “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*, y lo que en el modelo de los valores es lo mejor, en definitiva, en el modelo de los principios es debido, en definitiva. De esta manera, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos” (ibid., p. 125).

¹¹ Ibid., pp. 117-118.

ellos pueden referirse a un concepto deóntico fundamental, al concepto de mandato o de deber ser. En cambio, los conceptos *axiológicos* se caracterizan porque su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos surge a partir de la variedad de los criterios, de acuerdo con los cuales, algo puede calificarse como bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando algo es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho”¹².

“Los principios son mandatos de un determinado tipo, a saber, mandatos de optimización. En cuanto mandatos, ellos pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores se adscriben al nivel axiológico”¹³.

Parece claro que el principio tiene como particular el elemento deóntico, pero su contenido será siempre tributario del contenido del valor correspondiente. Así que un principio P, resultante de un valor V, no es más que esto: hágase V. Pero puesto que dice Alexy que se trata de un mandato de optimización, entonces el principio P significa: hágase V en la mayor medida posible. La medida de lo posible viene dada por la acomodación con los demás principios o, lo que viene a ser igual, con la acomodación con los demás valores. Por eso el razonamiento jurídico está subordinado al razonamiento moral o, como dice Alexy con su “tesis

¹² Ibid., p. 118.

¹³ Ibid., p. 119.

del caso especial”, el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general.

Los valores son entidades con un cierto contenido preestablecido, necesario. Valores son, por ejemplo, la dignidad, la justicia, la solidaridad.... Bajo esta óptica objetivista, el contenido de cada valor es el que es, no el que a uno u otro sujeto le parece que puede o debe ser, y al margen de que tales contenidos sean los mismos desde siempre y para siempre (como viene a entender el iusnaturalismo, que no deja de ser una especie del realismo moral) o de que ese contenido objetivo y no dependiente de opiniones pueda ir cambiando por relación a momentos y contextos, como se entiende desde el constructivismo ético al que se acogen autores como Alexy y la mayor parte de los iusmoralistas de hoy.

Pongamos el valor V y planteemos si la conducta C es compatible o no compatible con el valor V. Usted puede pensar que sí hay plena armonía entre C y V y yo puedo creer lo contrario. Toda teoría moral de corte objetivista necesariamente presupone que V tiene un contenido en sí, no dependiente de nuestros juicios, opiniones y preferencias particulares, y que C será o no objetivamente compatible con V en razón de tal contenido objetivamente necesario de V. Y no se nos olvide que *todo iusmoralismo presupone, por definición, una metaética objetivista*, pues un iusmoralismo moralmente escéptico o relativista es algo así como

un católico que no cree en Dios o un físico de partículas que no cree en la materia.

Por ejemplo, sea el V el valor dignidad humana y sea C la conducta consistente en lo que se suele llamar contrato de maternidad subrogada: una mujer contrata con otra persona para gestar para tal persona un hijo que después de nacer no será de la gestante, sino del otro que la contrató para eso. ¿Es compatible ese contrato con la dignidad humana? Depende de cuál sea el contenido de la dignidad humana y de si hay alguna parte de dicho contenido que sea inconciliable con ese contrato. Y para el objetivismo moral, el contenido de la dignidad (o de cualquier valor) no es el que cada uno le dé, a partir de su reflexión honesta, sino que es el que es. El objetivismo moral, presupuesto necesario del iusmoralismo, tiene su tesis definitoria en que la verdad de los enunciados morales es independiente de las opiniones o creencias de los sujetos que emitan tales enunciados, y por eso los juicios morales son objetivamente correctos o incorrectos, igual que objetivamente correctos o incorrectos son los juicios empíricos.

El iusmoralismo, necesariamente objetivista, aplica, en materia moral o de la llamada razón práctica, algo así como una variante de la idea de verdad como correspondencia. El enunciado “El contrato de maternidad subrogada es contrario a la dignidad humana” es verdadero, si el contrato de maternidad es contrario a la dignidad humana y nada

más que en ese caso. ¿Y cómo sabemos cuál es el contenido de V que usamos como término de contraste? Pues, repito, es el que es, independientemente de que descubrirlo exija razonamientos más simples o más complejos o requiera un ejercicio depurado de intuición, de reflexión o de algún método con determinados pasos al pensar.

Pero con la relación entre V y C vemos que sale simplemente la posibilidad de decir que C es objetivamente compatible con V u objetivamente incompatible con V y de que el enunciado en cuestión sea objetivamente verdadero o falso. Pero *la calificación como verdadero o falso no es una calificación normativa*¹⁴.

El enunciado “Está lloviendo aquí ahora” y el enunciado “Si me mojo, me constipo” no son enunciados normativos, aunque sí son calificables como verdaderos o falsos. Que no sean enunciados normativos significa que no permiten calificar normativamente mi conducta y decir si *obro* correctamente o no si salgo de casa sin paraguas y me mojo. Para que la calificación normativa del tipo “has hecho mal en salir de casa ahora mientras llovía y sin paraguas ni gabardina” sea normativamente posible y, si acaso, correcta, debe existir (o

¹⁴ Y lo mismo si en lugar de “verdadero” o falso decimos “correcto” o “incorrecto”, pues ahí la palabra “correcto”, que es ambigua, no tiene el significado de normativamente correcto, sino de verdadero, igual que si decimos que es correcto el enunciado “la luna es un satélite de la tierra”.

presuponerse) una norma del tipo “No se debe salir de casa sin protección para la lluvia cuando llueve”¹⁵.

Ahora volvamos a que V sea el valor dignidad humana y que la conducta que calificamos, C, sea la de suscribir un contrato de maternidad subrogada. Al decir que C es incompatible con V, no afirmamos que no se deba hacer C. Para eso debe aparecer una norma. ¿Una norma de Derecho positivo? Lo que estaríamos diciendo es que C es inmoral por contrario a la dignidad humana, que por eso moralmente debería el legislador emitir una norma jurídica N que convierta C en conducta jurídicamente ilícita, no permitida. Moralmente ya lo sería, para quien sea objetivista moral y si entiende que es incompatible C con V, y jurídicamente esa incompatibilidad no se daría mientras el legislador no haga la norma que jurídicamente prohíbe C¹⁶. Ese es el planteamiento propio de un iuspositivista, y más concretamente de un iuspositivista que sea al mismo tiempo objetivista moral¹⁷.

¹⁵ Y podemos plantear toda una escala de fundamentación de esa norma: “No debes salir de casa sin paraguas o protección para la lluvia cuando llueves”, porque mojarte te produce constipado, el constipado es un daño a la salud y debes proteger su salud”.

¹⁶ Puede ser castigando C penal o administrativamente, obligando a quien incurra en C a indemnizar a alguien o simplemente declarando la invalidez de C, de tales contratos, en ese sistema jurídico.

¹⁷ Un iuspositivista no objetivista diría que no hay cómo saber cuál es el contenido objetivo de V, que cada ciudadano podrá tener diferentes ideas al respecto y no hay cómo saber con certeza si C es o no conciliable con V, y que, en todo caso, el que C sea jurídicamente lícito o no dependerá de lo que digan las normas jurídicas que vengan al caso. Repárese en que *tanto el iuspositivista objetivista como el no objetivista coinciden en que jurídico es lo que dispongan las normas jurídico-positivas, aun cuando discrepen en la naturaleza de los valores morales y en si es posible o no que haya verdad en los juicios morales.*

El iusmoralista es quien, además de sostener que es objetivo el contenido de V y son objetivamente verdaderos y falsos los juicios que aplican tal contenido, mantiene que C no sólo es, por ejemplo, materialmente incompatible con V, sino que C está prohibido por razón de dicha incompatibilidad y aunque el legislador no haya emitido la correspondiente norma o, incluso, aunque la haya emitido con contenido contrario, permitiendo jurídicamente C. Y esto es así por efecto de lo que vengo llamando la *transustanciación normativa* que suponen los iusmoralistas: porque, en todos los campos de la razón práctica, en todos los ámbitos en que hay que decidir sobre conductas, *los valores se transforman en principios sin necesidad de la interposición de ninguna acción normadora de nadie.*

Para ese modo de pensar, la dignidad humana es un valor con ciertos contenidos en sí y que permite calificar las conductas como compatibles o incompatibles con la dignidad; pero, además, los valores son también normas o se transfiguran en normas cuando de lo que se trata no es de decir cómo es el mundo, sino qué se debe o no se debe hacer. Y esas normas, que son la reformulación normativa directa de los valores, son los principios.

Así pues, un principio es, aquí, la expresión normativa de un valor, la norma que sirve para calificar como indebida la conducta incompatible con el valor, como permitida la no incompatible con el valor y como

debida la conducta que sea la única compatible con el valor. Conforme al valor, conocemos que es incompatible C con V, por ejemplo; y según el principio, queda establecido que no debe hacerse C.

El modo en que ontológicamente pueda darse esa correlación entre valores y principios es uno de los temas más profundos y apasionantes de la Ética. ¿Damos al valor dignidad humana los contenidos resultantes de las normas que socialmente configuran el estatuto moral de las personas o extraemos o debemos extraer el contenido de esas normas a partir del contenido del valor dignidad humana? ¿Surgen las normas de los valores o son los valores la expresión más abstracta de grupos de normas? Tan interesante tema no es el que aquí nos ocupa, por lo que vamos al que nos importa para comprender a los iusmoralistas: la relación entre valores morales objetivos¹⁸.

Si tantas veces he hablado de transustanciación, es porque se está presuponiendo que los valores se expresan normativamente como principios. Los valores son valores morales¹⁹ que se manifiestan normativamente como principios morales. Pero como, para el iusmoralista, la moral objetivamente correcta es parte de todo sistema jurídico y condición de validez y aplicabilidad de sus normas, tenemos que

¹⁸ Repito que, sin alguna forma de objetivismo moral, sea realista o constructivista, no es pensable el iusmoralismo.

¹⁹ O, si se quiere y más ampliamente, valores de razón práctica en general, sin que la cuestión sea ahora decisiva.

esos principios morales son, al mismo tiempo, principios jurídicos. Esas son las normas moral-jurídicas y ya conocemos su fuente.

Ahora creo que estamos en condiciones de entender algunos aspectos muy peculiares de este iusmoralismo de nuestra época: por qué no puede haber principios jurídicos inmorales, por qué entre los principios no se dan propiamente antinomias, qué relación hay entre principios y reglas, por qué los principios no son derrotables por reglas y por qué los principios se mantienen válidos y en general aplicables incluso cuando en una concreta ponderación son vencidos. Y, por supuesto, captaremos también por qué el énfasis en la ponderación como modo de razonar o método que corresponde a la naturaleza profunda de los principios.

9. Por qué todos los principios son morales y no hay principios injustos

La cuestión resulta obvia, a estas alturas. Si por definición los principios, en cuanto normas jurídicas, son la expresión normativa de los contenidos objetivamente verdaderos de los valores morales, entonces no puede haber principios contrarios a los valores o inconciliables con ellos. Si el principio de dignidad humana es la trasposición a Derecho del valor dignidad humana y si los contenidos de tal valor son los que objetivamente son, no los que unos y otros opinen o prefieran, está claro

que nada opuesto a lo que en verdad sea la dignidad humana puede constituirse como principio de ningún sistema jurídico.

En un sistema jurídico de impronta claramente machista, cuyas normas, desde las más altas, proclamen la supremacía jurídica y política de los hombres frente a las mujeres, tal como en tantos países sucedía no hace tanto y tal como sigue pasando en ciertos países islámicos, se podrá en cierto sentido decir que rige un principio jurídico de supremacía del varón, pero desde nuestro iusmoralismo²⁰ dirán los autores que ese principio congruente con el derecho positivo de allá no es un principio jurídico auténtico o propiamente dicho, ya que es incompatible con el contenido objetivamente correcto y necesario del valor jurídico igualdad. Por lo mismo, en un país con constitución y ordenamiento jurídico racistas, al modo de la Sudáfrica del *apartheid*, no será correcto que en lenguaje jurídico se diga que está presente un principio jurídico racista, pues aunque en los hechos tal haya, el verdadero jurista que sabe cuál es el Derecho verdadero, afirmará que ahí también vale y está vigente el principio jurídico de igualdad racial, por muy contrario que sea lo que aquel Derecho positivo dice o a las aplicaciones institucionales y judiciales de tal Derecho positivo.

²⁰ Es más que probable que en un país de aquellos esa supremacía masculina se justifique con argumentos marcadamente iusmoralistas.

Pensemos ahora en ejemplos que entre nosotros suenen más problemáticos. Volvamos a aquella cuestión sobre si puede ser plenamente Derecho o no una hipotética reforma legal que, mismamente en España, legalice y valide los contratos de maternidad subrogada. Sobre ese concreto asunto hay un enfrentamiento completo entre los principialistas, pospositivistas o iusmoralistas en general, pues insisten unos en que hay completa incompatibilidad entre tales prácticas y la dignidad humana y porfían otros a favor de la plena concordancia entre dicho valor y el contrato de maternidad subrogada. Para los unos existe agresión tremenda a la dignidad de la mujer gestante, mientras que los otros nada ven contrario a la dignidad.

Tanto los de un lado como los del otro, en cuanto que iusmoralistas al modo de hoy, comparten las siguientes ideas: a) que la dignidad es un valor con contenido objetivo y objetivamente cognoscible; b) que de ese valor se desprende un principio constitucional que permite hacer lo que no dañe la dignidad gravemente y prohíbe lo que sí la dañe; c) que ese principio constitucional tanto rige si la constitución lo nombra, como si no, siendo en este último caso un principio constitucional implícito; d) y que o bien es este de dignidad humana un principio de valor absoluto, inderrotable o imponderable y que vence siempre que la dignidad esté afectada²¹, o bien hay que ponderarlo cuando entre en conflicto con

²¹ Así lo ha planteado, por ejemplo, Juan Ruíz Manero. Sobre el mismo asunto, con muchos matices, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición en castellano, 2007, pp. 86 ss. Traducción de Carlos Bernal Pulido.

otros, pero, sea como sea, lo que resulte siempre ha de ser la expresión del verdadero contenido del principio y el valor y no la manifestación de preferencias subjetivas ni de los legisladores ni de los jueces ni de operador jurídico ninguno.

Cada grupo de iusmoralistas estará, pues, convencido de que hay verdad, hay método para averiguarla y, con base en el principio, hay obligación jurídica de hacerla valer, particularmente en un juicio de control de constitucionalidad de la norma positiva que regule la maternidad subrogada en un sentido u otro. La aplicación de buena fe de tales convicciones metaéticas y jurídicas y de la inderrotabilidad del principio de dignidad o de su peso grande en la ponderación, llevará a que el veredicto de cada grupo sea opuesto al del otro. Esa es la *gran aporía* del iusmoralismo principialista.

10. Coincidentia oppositorum. Por qué entre los principios no se dan propiamente antinomias

Robert Alexy afirma que todas las normas jurídicas son o reglas o principios²². Las reglas son mandatos taxativos que o se cumplen o no se cumplen, mientras que los principios son mandatos de optimización. Según tal autor, las reglas se aplican mediante una operación de

²² Otros autores añaden las directrices como tercer tipo de normas. Destacadamente, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

subsunción, mientras que la aplicación de principios exige ponderación y el resultado de la ponderación se formula como una regla para el caso y bajo la que se subsumen los hechos del caso, todo ello con un propósito de universalización, es decir asumiendo que, si hay luego otro caso idéntico y que, lógicamente, dé el mismo resultado al ponderar, se aplicará la misma regla.

Explican Alexy y sus muchos seguidores que los conflictos entre reglas hay que solucionarlos a base de eliminar una de ellas mediante los conocidos criterios de *lex superior* o *lex posterior*. Eso indica bien a las claras que entre reglas habría antinomias, genuinas incompatibilidades entre lo que manda una y manda otra, pues ambas serán mandatos taxativos. Por ejemplo, entre una regla que disponga que está prohibido (bajo determinada sanción) circular por una calle y otra regla que permita circular por esa calle hay antinomia y esas normas contradictorias no pueden convivir en el mismo sistema simultáneamente.

Pero eso no pasaría con los principios. Según estas teorías iusmoralistas, dos principios pueden concurrir en un mismo caso, estando cada uno concernido por los hechos del caso y proponiendo consecuencias opuestas como solución, pero eso no sería una antinomia y no habría de solventarse, por tanto, a base de considerar que uno de los principios expulsa al otro del sistema. Por ejemplo, si un periódico publica sin mi permiso una foto mía practicando nudismo en una playa,

concorre a su favor la libertad de información, pero a favor mío cabe invocar el derecho a la propia imagen. Se dice que tendrá el tribunal que resolver ponderando y viendo qué peso corresponde a cada principio, a la luz de las circunstancias del caso. Ganará el que más pese.

Algunos pensamos que no hay ninguna necesidad de presentar esas normas como mandatos de optimización ni hace falta la ponderación como método resolutivo, sino que son operaciones normales de interpretación las que pueden y deben solucionar también supuestos de ese tipo. Pero no es eso lo que aquí toca ahora fundamentar, sino la cuestión de por qué no hay aquí antinomias, según Alexy y su escuela.

No hay antinomias entre principios porque los principios por definición son buenos, según esta doctrina. Una vez que se ha descartado que pueda haber principios jurídicos de contenido inmoral, todo principio es moralmente bueno y, en consecuencia, no tiene sentido pensar que, de esa gama de principios que forman la cima del sistema jurídico, un principio bueno pueda expulsar o invalidar, a otro principio bueno. Así que hay que buscar la manera de que se mantengan en esa cúspide del ordenamiento jurídico todos, acomodándose y reacomodándose caso a caso, pero sin que ninguno haya de hacer mutis.

En otras palabras, si las normas moral-jurídicas son principios y constituyen necesariamente un conjunto avalado por los contenidos

objetivamente verdaderos de los valores, en qué cabeza cabe que vayan a andar peleándose a muerte entre sí, cómo va a haber incompatibilidad exterminadora entre la justicia y la dignidad, entre la libertad y la igualdad, entre el libre desarrollo de la personalidad y el bien común, entre la vida y la autonomía, etc., etc. Por lo mismo que no parece razonable imaginar una guerra civil entre ángeles, una vez que hemos dado por sentado que hay ángeles y cómo son, tampoco es razonable pensar en un enfrentamiento fratricida entre principios, después de que hemos dicho que todos los principios son buenos y que principios malos no son de verdad principios, sino algo así como ángeles caídos, desviaciones de la verdadera naturaleza angélica o jurídica.

Y, adicionalmente, el orden entre los principios no puede concebirse como ontológicamente conflictivo, sino armónico. Por eso los principios solamente se enfrentan *prima facie*, pero su acomodo o armonía de fondo se manifiesta a través de la ponderación. Y de ahí que la ponderación no pueda ni quiera esta doctrina entenderla como ejercicio de discrecionalidad del juzgador, sino como vía para de averiguación de la única respuesta correcta en Derecho, o casi. Cabe que el juez se equivoque, se desvíe, se precipite y, en suma, no pondere como es debido, pero si la ponderación es como debe, su resultado solo puede expresar el grado en que los principios que en el caso concurren se vean negativa o positivamente afectados, y, por eso, en cuanto el juez ha

comprobado con objetividad tales grados, el resultado se sigue de una operación que llega a decir Alexy que es aritmética.

Lo que pesa cada principio se averigua y el resultado final se calcula, para sacar ese resultado se echan cuentas. Y todo porque principios buenos no pueden llevarse mal y no podemos concebir el mundo de los valores y sus correspondientes principios sino como un mundo de orden y armonía. Por eso no existirían antinomias entre principios y por eso se ponderan. Es la ontología alexiana, estructuralmente afín a las viejas metafísicas de fondo religioso, la que determina su axiología, y su teoría de las normas jurídicas y de la decisión judicial refleja fielmente esa axiología. El bien debe ganar al mal y entre los bienes no puede haber más relaciones que relaciones buenas.

11. Invictus. Por qué los principios no son propiamente derrotables por reglas

La relación entre reglas y principios en el principialismo alexiano se configura del siguiente modo. A cada regla que propiamente lo sea le subyace un principio. Y como en puridad los principios son justos y morales en todo caso, por cuanto que son la traslación a Derecho de los contenidos verdaderos de los valores, resulta que toda regla auténticamente jurídica está fundada en un principio “bueno” que la

justifica. Si alguna regla se basara en un principio “malo”, carecería de fundamento, ya que principios “malos” sabemos que no puede haber.

Así que lo que en verdad sale al leer a Alexy y su séquito doctrinal es que los principios son ubicuos, pues no hay norma que no tenga algo de principio y, con ello, no puede haber norma jurídica mala, pues si es mala no es jurídica, porque no tiene el respaldo de ningún principio que lo sea. Si la norma es un principio, un mandato de optimización, pues lo es. Si la norma es una regla, lo es porque tiene en su cimiento un principio que le da su validez última y su última fuerza de obligar como Derecho.

En consecuencia, en su estructura las normas se diferencian en mandatos taxativos, que son las reglas, y mandatos de optimización, que son los principios, pero si bajo toda regla late un mandato de optimización, un principio, entonces todo lo que de mandato taxativo tenga la regla cuenta nada más que como expresión y concreción puntual de un mandato de optimización. Cuando el legislador manda taxativamente que el conductor detenga su vehículo ante el semáforo en rojo, trata en el fondo de optimizar un principio de ese concreto modo, posiblemente el principio de seguridad vial, vinculado al derecho a la vida y a la integridad física de conductores y viandantes.

Ya podemos entender bien por qué las reglas pueden ser derrotadas por principios sin que estime Alexy que en el caso se dio una

antinomia entre una regla y un principio y sin que, por tanto, la regla derrotada haya de suponerse para el futuro expulsada del sistema por no ser ya válida. Eso nada más que pasa cuando se enfrentan dos reglas antinómicas, pero no existe antinomia ni entre principios ni entre reglas y principios.

¿Por qué no hay tal antinomia? Pues porque el enfrentamiento entre un principio y una regla es, para Alexy, una contienda entre ese principio y el principio que a la regla en cuestión subyace, más otro principio que siempre apoya a la regla legítima, que es el principio de respeto al legislador legítimo. Por eso se puede ponderar un principio contra una regla y por eso, si la regla pierde en la ponderación, no sale derrotada como regla y no pierde su validez y vigencia, sino que sigue ahí y su derrota nada más que expresa que su principio perdió frente al otro.

Ya vemos por qué una regla puede ser derrotada por un principio, pero no es derrotado propiamente un principio por una regla como tal, sino que cuando la regla gana es porque pesaron más sus principios, no porque un mandato taxativo se pueda imponer a un mandato de optimización.

Esto tiene consecuencias letales para el derecho positivo y para el sistema constitucional del Estado de Derecho como sistema de legalidad, incluidos los enunciados constitucionales, en cuanto normas “legisladas”

por el poder constituyente, en cuanto normas jurídico-positivas. El que una norma jurídico-positiva tenga un peso propio e importante que resulta del principio de respeto al legislador legítimo no le quita un ápice de su condición de norma que sólo es jurídica de verdad si además cuenta con un principio sustantivo (una norma moral-jurídica) que la sustente y que sólo resultará aplicable cuando ningún principio la derrote. Por eso da igual que la norma sea legítima, pues siempre va a perder a manos de un principio “bueno” cuando no sea “bueno”, objetivamente moral, el principio que la avala, y por eso todas las disputas normativas, sean sobre la validez, sean sobre la aplicabilidad de las normas jurídico-positivas se acaba por resolver en una ponderación. Cuando la regla se aplica sin más, sin ponderar, no es porque las reglas hayan de aplicarse mediante subsunción debido a que son mandatos taxativos, sino que se aplica el mandato taxativo de la regla porque el juez no encontró razón de peso para inaplicarla, para derrotarla a manos de un principio.

Por eso, en Alexy, no hay más derecho firme que los principios, que las normas moral-jurídicas, y todo lo demás, el sistema de las reglas y el del Derecho positivo, no tiene más juridicidad que una provisional o *prima facie* o “en principio”. Y de ahí que resulte poco menos que inevitable concluir esto: para Alexy y sus seguidores, en verdad no hay más Derecho auténtico que la moral verdadera, suprema guardiana y controladora de la validez y aplicabilidad de las normas jurídico-positivas. El legislador democrático se torna un sujeto trágico permanentemente

abocado a la melancolía o a la nostalgia por los tiempos pasados, aquellos en los que parecía que la teoría jurídica y el constitucionalismo habían derrotado al derecho natural. Fue una victoria que no duró demasiado. Como dice un refrán español, poco dura la alegría en casa del pobre.

GENEALOGÍA PATÓGENA DE LA TÉCNICA Y SUS PARADIGMAS

PUNITIVOS

JUAN JESÚS GARCÍA LÓPEZ²³

RESUMEN

En este ensayo se aborda la problemática de la inteligencia artificial, el big data y el microtargeting como técnicas patógenas de control social. También se argumenta sobre la relación enfermiza del ser humano con la técnica como paradigma social que parte del binomio técnica/razón que da a luz a la filosofía de la Ilustración. Adicionalmente, se explica la idea del fracaso de la promesa ilustrada en relación con su prometida libertad y vida digna, además del continuum de dicho fracaso hoy en día. Por último, se analiza la contradicción legislativa entre la legislación europea sobre protección de datos personales y la española, a la vez que se revela la dinámica de recolección de datos privados por partidos políticos europeos con el afán de manipular la realidad sociopolítica vigente.

²³ Universidad Complutense de Madrid (UCM) Candidato a Master en Cultura y Pensamiento de Pueblos Negros Africanos *Madrid(España) (2021)* /Universidad Carlos III UC3M Madrid: Máster en Filosofía Política y Jurídica (Título Propio) *Madrid (España) (2021)*; Máster en Derechos Fundamentales (Título Propio) *Madrid (España) (2021)* /Columbia University of New York, School of General Studies. *NY, USA/ 2011-2016*: Grado universitario en Filosofía /Borough of Manhattan Community College. (CUNY) *NY, USA/ 2009- 2011*: Grado Universitario asociado en Artes Liberales. (Suma Cum Laude). juanjesus499@gmail.com

ABSTRAC

This essay addresses the problem of artificial intelligence, big data and microtargeting as pathogenic techniques of social control. It also argues about the sickening relationship of the human being with technology as a social paradigm that starts from the binomial technology/reason that gave birth to the philosophy of Enlightenment. Additionally, the paper explains the idea of failure regarding to the promised freedom and life dignity of Enlightenment, in addition to the continuum of this breakdown today. Moreover, this essay analyses the legislative contradiction between the European legislation on personal data protection and that of Spain while, it reveals the dynamics of private data collection by European political parties with the aim to manipulating the current socio-political reality.

SUMARIO

1. *Introducción*, 2. *La vida digna y la libertad: paradigmas técnico-punitivos*. 2.1 *Vida digna*. 2.2 *Libertad*. 3. *El algoritmo punitivo*. 4. *Conclusión*.

1. Introducción:

En este trabajo mi intención es argumentar sobre la manera en que la técnica actual se convierte en una suerte de patógeno social que atenta contra bienes jurídicos tan importantes como la vida digna y la libertad que, «supuestamente» la modernidad trajo a nuestras sociedades democrático-liberales. Adicionalmente, este trabajo sugiere al lector que el avance tecnológico actual produce una suerte de realidad social distópica que, al igual que ocurrió en el siglo XX, se nos revela hoy como un paso adelante más de la teleología liberal totalizadora unidimensional que comienza con la modernidad. Dicho de otro modo, la promesa emancipadora de la modernidad ilustrada consiste en la representación de una farsa que promete al ser humano moderno libertad, igualdad, fraternidad y seguridad, aunque produce deliberadamente todo lo contrario. De hecho, la utilización que se hace del desarrollo tecnológico en nuestras sociedades modernas, en particular de la inteligencia artificial y el big data, no hace más que confirmar mi tesis sobre el carácter totalizador, opresor y de una sola dimensión ético-política proyectado por el advenimiento de la modernidad al mundo occidental. Es decir, el devenir histórico de occidente engendra por la adopción del paradigma técnico-científico de la Ilustración un Moloch que devora a sus hijos del mismo modo que el titán Cronos goyesco.

Para intentar verter un poco de la luz filosófica sobre un paradigma que se presenta lóbrego, este breve ensayo intentará dilucidar genealógicamente si es cierta y si existen indicios razonables en un pasado cercano de esa relación patógena que el ser humano moderno mantiene con la técnica, el avance tecnológico y en última instancia con la inteligencia artificial y el big data de nuestros días. No en vano, a este estudiante se le antoja recordar cuán grande fue el coscorrón que en la ficción cervantina se llevó un ilustre hidalgo al toparse con cierta técnica molinera en la meseta manchega. Aunque, como todos sabemos, eso ocurría mucho antes de la reflexión sobre la técnica de Adorno.

2. La vida digna y la libertad: paradigmas técnico-punitivos.

2.1: Vida digna:

Para empezar con una genealogía de paradigmas técnico-punitivos podemos recurrir a la reflexión sobre la técnica de Teodoro Adorno. Este filósofo alemán en su reflexión sobre el proceso educativo (*Educación para la emancipación*) nos advierte que ya en su época existía una relación patógena del ser humano con la técnica, ya que este la percibe como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. En particular, Adorno nos recuerda lo siguiente:

«En la relación actual con la técnica, hay, por otra parte, algo de exagerado, de irracional de patógeno. Tal cosa guarda relación con el “velo tecnológico”. Las personas tienden a tomar la técnica por la cosa misma, tienden a considerarla como un fin en sí misma, como una fuerza dotada de entidad propia, olvidando al hacerlo que la técnica no es otra cosa que la prolongación del brazo humano. Los medios—y la técnica es la encarnación suprema de unos medios para la autoconservación de la especie humana— son fetichizados, porque los fines—una vida humana digna—han quedado cubiertos por un velo y han sido erradicados de la consciencia de las personas»²⁴.

Más adelante en ese mismo trabajo, donde se resumen varias conferencias que el filósofo alemán realiza entre 1959 a 1969, Adorno también nos dice:

«No se sabe en absoluto de un modo preciso como se impone la fetichización de la técnica en la psicología individual de los seres particulares; no se sabe dónde radica el umbral entre una relación racional con la técnica y esa sobrevaloración que lleva, finalmente a quien proyecta un sistema de trenes para llevar las víctimas a Auschwitz, sin

²⁴ Adorno, Theodor “Educación para la emancipación”, Educación después de Auschwitz página 88. Ediciones Morata S.L 1998 Madrid. España

interferencias y del modo más rápido posible, olvide lo que ahí ocurre con ellas»²⁵.

No solo eso, sino que el viejo filósofo nos advierte que el ser humano moderno, producto del devenir histórico desde la Ilustración hasta su época, era ya incapaz de una relación afectiva con otro ser de la misma especie. Según la teoría de Adorno, el ser humano, fruto del cenit civilizatorio de la modernidad ilustrada, es un ser frío, apático y sin sentimientos fraternales. Y esto sucede porque el humano del siglo XX niega la posibilidad de amar a nadie en su fuero interno.

Esta incapacidad de amar del humano moderno es lo que lleva a Adorno y a su compañero Horkheimer a pensar que la Ilustración, que vino al mundo para liberar al hombre de la tiranía de los mitos, estaba incumpliendo su promesa emancipadora. Ambos autores especifican esta idea en su «Dialéctica de la Ilustración» en el capítulo donde analizan el concepto de Ilustración. El capítulo comienza así:

“La Ilustración, en el más amplio sentido de pensamiento en continuo progreso, ha perseguido desde siempre el objetivo de liberar a los hombres del miedo y constituirlos en señores. Pero la tierra

²⁵ Adorno, Theodor “Educación para la emancipación”, Educación después de Auschwitz página 88. Ediciones Morata S.L 1998 Madrid. España

enteramente ilustrada resplandece bajo el signo de una triunfal calamidad”²⁶

Se podría decir que esta visión catastrófica de la Ilustración es producto del espíritu de la época en la que se produjo la obra era en sí, la segunda guerra mundial. ¿Qué otra cosa podrían haber escrito, dadas las circunstancias político-personales de ambos autores en ese momento histórico? Más adelante en el mismo capítulo, estos autores puntualizan sobre el saber técnico y científico que engendra en sus entrañas a la época ilustrada. De hecho, nos recuerdan, mencionando a Francis Bacon y a su afanado trabajo sobre el saber científico (Novum Organum), que la ciencia, ya en la época de Bacon, era un poder que no conocía límites para ejercer su dominación sobre las criaturas de la tierra, ni en su condescendencia con los señores del mundo. Incluso, Adorno y Horkheimer nos dicen que el conocimiento científico ilustrado, lo mismo se halla a disposición de la economía burguesa en la fábrica como en el campo de batalla.

Declaran que su objetivo es el dominio de la naturaleza y la explotación del hombre por el hombre y que su conciencia liberadora es una farsa fetichizada. De esta manera es como ambos autores ven el fracaso de los valores y principios de la Ilustración, que nacen de ese avance técnico-

²⁶ Adorno Theodor, Horkheimer Max. Dialéctica de la ilustración. Editorial Trota S.A. Madrid Espana.2005. Pag.59

científico y que llegan a su orgasmo descarnado, violento y vil como ciencia de la muerte en los campos de concentración nazis de la segunda guerra mundial. Es ahí, a Auschwitz (y a muchos otros) a donde la racionalidad ilustrada lleva de la mano de su paradigma patógeno-técnico a su concepto de «dignidad humana».

Evidentemente y como ya nos advertía Adorno, al igual que pasaba con la técnica de su época que engendraba a un ser humano incapaz de sentir, algo va mal con la tecnología actual, en particular con el «big data» y la «inteligencia artificial» que se han convertido en dispositivos de control total del ser humano del siglo XXI. Yo me atrevería a decir que del mismo modo que la técnica del siglo XX era fetichizada y producía una eficientísima técnica de trenes que hicieron posible el horror nazi, la inteligencia artificial de nuestro siglo es una amenaza para el «sagrado» (o no) derecho a una vida digna que deberíamos tener los seres humanos a estas alturas del devenir histórico. Sin embargo, me temo que ese quimérico «derecho a la vida digna» que la modernidad nos trajo en su momento histórico, siempre fue un apriorismo y no una realidad concreta, como bien nos demuestra la memoria histórica (si hacemos uso de ella). En otras palabras, la inteligencia artificial estaría hoy al mismo nivel moral y ético que esa técnica de antaño que eficientísimamente organizó esos infames trenes hacia un «no lugar» donde otra técnica, la técnica de la muerte, también alcanzó unos niveles de desarrollo nunca vistos hasta entonces, Auschwitz. Por tanto, se podría decir que hoy en

día fenómenos como la inteligencia artificial, el big data y todos esos algoritmos cibernéticos que producen son un peligro para la vida, no solo para la del ser humano sino para cualquier tipo de vida orgánica del planeta, incluso de este como ser vivo en sí.

2.1 : Libertad:

Otro desafío que el avance de la técnica plantea a la sociedad moderna, democrática y liberal es su antinomia con la “libertad” como bien jurídico-burgués que, aunque es un concepto que siempre ha existido a lo largo de la historia occidental, no es hasta bien entrada la época ilustrada cuando allende de los mares alguien matizó:

«Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad»²⁷.

En efecto, Thomas Jefferson plasma a la perfección el espíritu emancipador de la Ilustración positivando en un trozo de papel manido esa bella idea burguesa de la libertad.

²⁷ Thomas Jefferson, June 1776, Rough Draft of the Declaration of Independence. Microfilm Reel: 001 series: Series 1: General Correspondence. 1651-1827. The Thomas Jefferson Papers at the Library of Congress Digital I: <http://hdl.loc.gov/loc.mss/mtj.mtjbib000156> image.

Sin embargo, si analizamos un poco más la situación de esa pretendida libertad burguesa dieciochesca a través de la lupa de autores como Foucault, nos daríamos cuenta de que nunca ha sido una realidad concreta esa «libertad», tal y como se ha venido predicando de la misma durante más de tres siglos. Sin duda, se podría decir que la inteligencia artificial, el big data, sus técnicas de microtargeting, el control social y la vigilancia que vierten estas tecnologías de última generación sobre el sujeto común de nuestras sociedades actuales son la reafirmación del panóptico punitivo social donde moramos hoy en día y que Foucault anunciaba allá por los años setenta del siglo pasado. En efecto, Foucault nos despertaba del sueño emancipador ilustrado en su libro titulado «Vigilar y Castigar». En concreto, el filósofo francés nos dice con relación a los dispositivos disciplinarios de la sociedad moderna:

*«Históricamente, el proceso por el cual la burguesía ha llegado a ser, en el curso del siglo XVIII, la clase políticamente dominante se ha resguardado detrás de la instalación de un marco jurídico explícito, codificado, formalmente igualitario y a través de la organización de un régimen de tipo parlamentario y representativo. **Pero el desarrollo y la generalización de dispositivos disciplinarios han constituido la otra vertiente, oscura, de estos procesos.** Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principios igualitarios estaban, en*

forma subyacente, esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente inigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas»²⁸.

El uso de la palabra «dispositivo» que hace Foucault en este párrafo merece un análisis clarificador en este contexto. Para Foucault, la palabra francesa «dispositif» es sinónima de la palabra «aparato» y procede de un término ligado a la teología gnóstica en la cual Cristo era denominado «el hombre de la economía» que en lenguaje griego de la época se representaba como: «*ho anthrōpos tēs oikonomias*»²⁹. Esta denominación del mesías cristiano sirvió a los teólogos de la antigüedad para distinguir el significado de «logos» como discurso teológico y de «logos» con relación a la economía espiritual cristiana de redención y salvación. A partir de este punto en la historia, parece ser, que el término «oikonomía» (economía) vino a ser un aparato de gobernanza global bajo el dogma trinitario de la divina providencia. Y cuando Foucault usa la palabra «dispositif» en la excerpta antes referenciada lo hace en este sentido teológico de «aparato» de gobernanza teológico-económico de la economía de la divina providencia, tan común en nuestro mundo cristiano occidental del «mañana Dios dirá». Como dice Giorgio Agamben: «*el término aparato designa aquello en el que, y a través del cual, se*

²⁸ Foucault Michel, “Vigilar y Castigar”, edición 2012, editorial Biblioteca Nueva S.L. Madrid, página 255.

²⁹ Agamben, Giorgio. “What is an apparatus? Stanford University Press. Stanford. California 2009. Pag.10-11

realiza una actividad pura de gobierno desprovista de cualquier fundamento de ser. Esta es la razón por la cual los aparatos siempre deben implicar un proceso de sujeción, es decir, deben producir su sujeto»³⁰.

Por lo tanto, no es difícil llegar a la conclusión de que la inteligencia artificial de hoy es otro de esos «dispositivos» de disciplina con la que la clase dominante afianza su poder sobre la gran mayoría de nosotros, sujetos comunes creados por dispositivos jurídico-políticos de disciplina.

En el momento que el poder dominante ve amenazada su soberanía disciplinaria, cualquier individuo sufre las consecuencias jurídico-disciplinarias que mejor convenga a ese poder. Acaso, ¿no nos acordamos ya de lo que ocurrió con los mediáticos casos de Julián Assange o Edward Snowden? Por lo tanto, la libertad como bien jurídico no es que esté amenazada por el avance tecnológico, el big data y la inteligencia artificial, es que esa inteligencia artificial no es sino otro dispositivo jurídico-disciplinario para mantener la farsa de la libertad formal burguesa.

2. El algoritmo punitivo:

³⁰ Agamben, Giorgio. "What is an apparatus? Stanford University Press. Stanford. California 2009. Pag.11

Tanto la racionalidad técnico-científica que llevó al ser humano a la inhumanidad de Auschwitz que Adorno y Horkheimer nos recuerdan, como los «dispositivos» de opresión con los que Foucault entiende a la sociedad moderna y a su economía del «mañana Dios dirá» no han abandonado, desgraciadamente, al ser humano todavía. Como fenómeno actualizador de los errores y horrores del pasado, nos encontramos hoy en día con un paradigma tecnológico que lleva varias décadas fraguándose y que en la actualidad está llegando a su punto más álgido con fenómenos como el «big data», «la inteligencia artificial» o «el transhumanismo» que se divisa a lo lejos. Efectivamente, la ciencia, el avance tecnológico y su correspondiente paradigma filosófico ilustrado nos han traído hasta aquí, a un mundo transhumano, de big data y de inteligencia artificial no humana, aunque haya sido creada por humanos.

El big data se suele definir con dos vertientes: a) como la cantidad ingente de datos que el ser humano moderno deja al aventurarse en la red internet y en las nuevas tecnologías; b) como la capacidad de estas nuevas tecnologías de una inteligencia superior a la humana y autónoma con respecto al ser humano. Este clímax tecnológico es el paradigma actual que nos invade, nos guste o no, ya que la mayoría de la población en nuestros países democráticos y desarrollados hace uso de la tecnología moderna y de la red internet. Es evidente que el dispositivo tecnológico en sí no es susceptible de ser categorizado bajo parámetros éticos, es decir la «cosa en sí» no puede ser ni buena ni mala, es una cosa.

Pero, dado que es algo susceptible de uso, sí se puede usar para bien o para mal y es aquí donde entramos en el dominio de lo ético-moral del asunto. Pues bien, la profesora Garriga Domínguez nos advierte de las potencialidades y peligrosidades ético-morales del big data, sus algoritmos funcionales y de la inteligencia artificial en una investigación sobre el tema titulada «*Reflexiones sobre el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral*»³¹. En este trabajo la profesora Garriga desvela el uso del big data y de la inteligencia artificial por parte de partidos y asociaciones políticas (mediante la técnica del microtargeting) con la finalidad de la identificación de perfiles de la afiliación política de los individuos.

En concreto, la profesora Garriga Domínguez evidencia que este asunto de la utilización de macro datos personales con finalidades de selección, listado y creación de bases de datos ideológicas de usuarios de la red internet, no dispone de una protección del derecho con la precisión semántica suficiente para evitar la injerencia en la privacidad personal de ciudadanos por parte de instituciones públicas (o privadas) tanto en el ámbito legal español, como en el europeo (comunitario). De hecho, la profesora Garriga en su análisis de la problemática desvela una especie de antinomia entre la legislación española y la europea en cuestión de

³¹ Garriga Domínguez Ana. “Reflexiones sobre el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral”. Anuario de filosofía del derecho XXXVI. pag.251-257 ISSN:0518-092. 2020. Editores. MJU. BOE. Sociedad española de filosofía jurídica y política.

protección de datos. Para ello, la profesora analiza el concepto de «necesidad pública» como requisito ineludible para conculcar el derecho a la vida privada del ciudadano europeo según el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales de 1950. Garriga explica que dicho requisito de «necesidad pública» habita nebulosamente en la semántica de la legislación europea específica de protección de datos personales, en particular en el artículo 9 punto G) del RGPD³², como en el artículo 58 bis 1 de la LOREG³³ española.

Garriga nos desvela que el concepto de «necesidad», aludido por el convenio de Roma como requisito inalienable a la hora de perturbar la vida privada de los ciudadanos por parte de un estado europeo, no se contextualiza con la claridad lingüística necesaria tanto en el RGPD europeo como en la LOREG española. Esta inexactitud lingüístico-conceptual causa que agrupaciones políticas europeas en su afán de protagonismo entren en una especie de apoteosis orgiástica de listado, agregado y encriptado de perfiles políticos de ciudadanos que son ajenos a este tratamiento de sus datos privados. Esto es posible, según la autora, por medio de la inteligencia artificial y la técnica de microtargeting que

³² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

³³ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

estas agrupaciones usan en épocas preelectorales para captar adeptos e inclusive variar la intención de voto de los ciudadanos de manera subrepticia.

Particularmente conflictivo es el artículo 58 bis 1 de la “Ley Orgánica del Régimen Electoral General” española que, en cierto modo, prevaricando contra la legislación europea de protección de datos personales obnubila aún más la oscuridad legal europea al respecto del cómo y para qué del perfilamiento político de cantidades ingentes de datos de ciudadanos ajenos a esa mercadotecnia política. La autora lo especifica de la siguiente manera: «...*la finalidad de la recogida de datos personales relativos a opiniones políticas no está explicitada en el artículo de la LOREG de forma que difícilmente podemos saber si se trata de una finalidad que quedaría amparada en un interés público esencial tal y como exige el artículo 9 del RGPD*»³⁴.

Esa finalidad incierta no explicitada que la autora nos revela está en consonancia con el concepto de «*necesidad por razones de interés público general*» que recoge el artículo 9.2.G del RGPD como la única circunstancia que posibilita que un poder estatal pueda violar la privacidad de los datos personales de los ciudadanos europeos. Esto significa que, según este reglamento, el tratamiento automatizado de datos personales políticos, laborales, filosóficos, médicos o de cualquier

³⁴ Garriga Domínguez Ana. “Reflexiones sobre el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral”. Anuario de filosofía del derecho XXXVI. pag.283 ISSN:0518-092. 2020. Editores. MJU. BOE. Sociedad española de filosofía jurídica y política

índole sin consentimiento del interesado, solo es posible: 1) por parte del estado, 2) **a consecuencia de una necesidad de interés público esencial** ya que, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales prescribe tajantemente la inviolabilidad de la vida privada de los ciudadanos europeos. Y claro, la autora estima que el tratamiento de datos que contienen perfiles políticos de ciudadanos privados por parte de los partidos políticos son fines que distan muchos de ser de interés público o de estar claros y no están dentro del ámbito de protección de dicho precepto legal comunitario. En consecuencia, el tratamiento de datos personales para fines políticos entra en una especie de espacio brumoso del derecho interno de cada país. Así lo manifiesta la autora en el mismo texto cuando nos advierte que, le cuesta imaginar una situación en la cual los datos administrados por los partidos políticos sobre la ideología política de los individuos, no son otros que los datos de los afiliados a cada formación o agrupación política, sino que son datos previamente perfilados por algoritmos de microtargeting que usan las instituciones políticas para ideologizar a potenciales votantes, de la manera que más convenga al partido político que los procesa.

No solo lo anterior es preocupante según Garriga, la capacidad del big data, la inteligencia artificial, del microtargeting y de los algoritmos de este para hacer predicciones precisas de las reacciones reales de los individuos, así como la capacidad de cambiar criterios de conducta de los

mismos³⁵, convierten nuestro paradigma social en una especie de «Matrix» de la polarización política donde para los ciudadanos es tremendamente difícil distinguir la realidad concreta social, de lo que ven por las pantallas de sus computadoras, móviles o tabletas. De hecho, al ciudadano común de nuestras sociedades democrático-liberales le es imposible distinguir la verdad, de la falsedad, lo bueno, de lo malo, lo humano de lo inhumano. Esto, me lleva a pensar que la idea original del libre albedrío humano del estoico Epicteto³⁶ es hoy en día antropología cultural y no un síntoma de nuestra humanidad.

Sin embargo, lo más preocupante para el panorama español es que esa recopilación de datos de afiliación política que aparece en escena por el avance de la técnica de nuestros días va al unísono con la laxitud semántico-lingüística (probablemente intencionada) del lenguaje del derecho nacional al respecto, como Garriga nos intenta hacer ver. Quizás, esa holganza intencional del derecho español con respecto a la protección de datos y la utilización maniquea de los mismos por parte de determinados partidos políticos se acabaría si se prestara más atención a la memoria histórica reciente de ese país. Es bien conocido que el paradigma del fascismo español alumbró terribles patologías

³⁵ Garriga Domínguez Ana. "Reflexiones sobre el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral". Anuario de filosofía del derecho XXXVI. pag.262 ISSN:0518-092. 2020. Editores. MJU. BOE. Sociedad española de filosofía jurídica y política

³⁶ Frede, Michael. "A Free Will. Origin of the Notion in Ancient Thought". Chapter 5. University of California Press. Berkeley and Los Angeles, California.2011

sociopolíticas como la torturadora «Brigada Político Social» franquista. Esperemos, que un algoritmo cibernético moderno, cenit del avance técnico- científico civilizatorio de racionalidad ilustrada, no devuelva los fantasmas del pasado a la «democracia» española y acabe con su sueño metonímico ilustrado de libertad y vida digna. Desgraciadamente, los leviatanes del pasado están ya a flor de piel en el paradigma discursivo político español.

4.Conclusión:

En conclusión, en este ensayo en primer lugar he analizado la relación patógena de la técnica con el ser humano moderno y la repercusión que tuvo en su momento y que todavía tiene sobre el concepto ilustrado de «vida digna humana». A través del análisis de reflexiones que Teodoro Adorno realizó sobre la repercusión de la técnica en la sociedad moderna, he llegado a la conclusión de que los conceptos ilustrados de vida digna y de «dignidad humana» acabaron su devenir histórico como apoteosis técnico- punitiva en los eficientísimos trenes de la muerte nazis. Asimismo, he dicho que la eficiencia totalizadora de la técnica de antaño persiste en nuestros días por medio de fenómenos cibernéticos como el big data, la inteligencia artificial y el microtargeting. En segundo lugar, he analizado el concepto ilustrado de «libertad» a través de la mirada filosófica de Foucault y su idea de dispositivos punitivos sociales. Al respecto, he concluido que la

advertencia de Foucault sobre el matrimonio bien avenido entre la burguesía liberal como clase dominante que emerge de la Ilustración y el avance técnico- punitivo de «dispositivos» de control social producen sujetos (individuos) a medida de dicha clase social. También, he dicho que la capacidad creadora de sujetos a medida de la burguesía subyace en la capacidad jurídico-disciplinaria de la tecnología moderna controlada por el poder económico-teológico de la burguesía. Para ello, analicé la vertiente teológica de la economía como aparato social disciplinario. Al unísono, recordé los mediáticos casos Assange y Snowden como ejemplos de las consecuencias jurídico- disciplinarias que puede sufrir cualquier sujeto que haga uso de la técnica moderna para fines que no sean los establecidos por el poder económico-teológico burgués. Por último, he analizado el estudio de la profesora Garriga Domínguez referente a la discordancia entre del derecho español y el derecho comunitario en relación con la capacidad de tecnologías como el big data, la inteligencia artificial y el microtargeting para la elaboración premeditada de perfiles políticos de ciudadanos, sin el consentimiento expreso de estos. Dije que dicha rapiña de datos privados persigue fines electoralistas y de manipulación de la realidad sociopolítica. Sobre el tema, he dicho que las nuevas tecnologías nos están llevando a un paradigma patógeno-punitivo que nos evoca un pasado totalitario fascista como consecuencia directa de la laxitud e inconsistencia semántico-lingüística de la legislación española y la europea sobre el asunto.

Como corolario, debo remarcar (al igual que Garriga hace en su investigación), la sobrecogedora idoneidad de las nuevas tecnologías para manipular la realidad sociopolítica, así como, para dirigir la conciencia ciudadana hacia un pensamiento unidimensional que nos ha acompañado a lo largo de la historia junto con los pretendidos valores emancipadores de la Ilustración, que desembarcan en nuestra enfermiza y algorítmico-punitiva realidad social actual.

Bibliografía

Adorno, Theodor: «Educación para la emancipación», Educación después de Auschwitz. Conferencias y conversaciones con Hellmut Becker (1959-1969). Edición de Gerd Kadelbach. Páginas: 135 Traducción: Jacobo Muñoz. Ediciones Morata S.L 1998 Madrid. España. ISBN: 84-7112-423-8

Adorno Theodor, Horkheimer Max. «Dialéctica de la ilustración». Editorial Trota S.A. Madrid España.2005. Páginas: 303

Jefferson, Thomas: June 1776, Rough Draft of the Declaration of Independence. Microfilm Reel: 001 series: Series 1: General Correspondence. 1651-1827. The Thomas Jefferson Papers at the Library of Congress. Digital: [http/image](http://image).

Foucault Michel, «Vigilar y Castigar». Primera edición 2012. Páginas:359
Editorial Biblioteca Nueva S.L. Madrid. ISBN: 978-84-15555-01-8

Agamben, Giorgio. "What is an apparatus? Stanford University Press.
Stanford. California 2009. Pages:56 ISBN:978-0-8047-6230-4

Garriga Domínguez Ana. "Reflexiones sobre el marketing político y el
fenómeno de la desinformación en el contexto electoral". Anuario de
filosofía del derecho XXXVI. pag.251-287 ISSN:0518-092. 2020. Editores.
MJU. BOE. Sociedad española de filosofía jurídica y política.

Frede, Michael. "A Free Will. Origin of the Notion in Ancient Thought"
University of California Press. Berkeley and Los Ángeles, California.2011.
Pages: 206. ISBN: 978-0-52026848-7

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27
de abril de 2016 relativo a la protección de las personas en lo que
respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de
estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento
general de protección de datos)

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral
General. BOE-A-1985-11672

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las
Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950

**CRITERIOS DE APLICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y
DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON FUERZA VINCULANTE EN
COLOMBIA (UNA PROPUESTA DESDE ALGUNAS PERSPECTIVAS DE LA
FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA).**

MANUEL ALEJANDRO YEPES SOLANO ^{37*}

RESUMEN

El presente artículo nace como producto de las reflexiones suscitadas en la tesis de la Maestría en Derecho Público de la Universidad La Gran Colombia –Armenia titulada “Criterios para la aplicación de Principios Generales de Derecho y de Principios Constitucionales con fuerza vinculante: una perspectiva filosófica”. Ciertamente, desde una perspectiva filosófica contemporánea, los criterios de aplicación de Principios Generales de Derecho y de Principios Constitucionales y su fuerza vinculante en Colombia, desbordan el interés de los operadores jurídicos en Colombia y de la comunidad jurídica en general; toda vez que los Principios generales de Derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial y los Principios Constitucionales de Derecho, hacen parte del imperio de la ley y por ende cuentan con fuerza vinculante; razón por la

³⁷ Abogado y especialista en Derecho de la Responsabilidad Civil y del Estado. Universidad de La Sabana. Magister en Derecho Público. Universidad La Gran Colombia. Seccional Armenia. Docente. Universidad La Gran Colombia. Seccional Armenia. E-mail: yepesolmanuel@miugca.edu.co*

cual, teniendo en la cuenta el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho adoptado en Colombia, se analizaron apreciaciones de algunos filósofos del derecho contemporáneo, a efectos de señalar la propuesta de criterios de aplicación y de acción para los operadores jurídicos en Colombia en torno a los Principios Constitucionales de Derecho como normas de obligatorio cumplimiento desde la Filosofía Contemporánea del Derecho, decantando así un Criterio axiológico, un Criterio de aplicación del Debido proceso, Criterio de Ponderación, criterio de delimitación de Campo Jurídico, Criterio Sociológico y Criterio de asimilación de Justicia.

PALABRAS CLAVE

Principios, fuerza vinculante, filosofía, criterios, Constitución.

ABSTRACT

This article was born as a product of the reflections raised in the thesis of the Master's Degree in Public Law of the University La Gran Colombia - Armenia entitled "Criteria for the application of General Principles of Law and Constitutional Principles with binding force: a philosophical perspective". Certainly, from a contemporary philosophical perspective, the criteria for the application of General Principles of Law and Constitutional Principles and their binding force in Colombia, go beyond the interest of legal operators in Colombia and the legal community in general; since the General Principles of Law are auxiliary criteria of

judicial activity and the Constitutional Principles of Law, they are part of the rule of law and therefore have binding force; For this reason, taking into account the model of Social and Democratic State of Law adopted in Colombia, the appraisals of some contemporary philosophers of law were analyzed , in order to point out the Proposal of criteria of application and action for legal operators in Colombia around the Constitutional Principles of Law as norms of mandatory compliance from the Contemporary Philosophy of Law, thus decanting an axiological Criterion, a Criterion of application of Due Process, Weighting Criterion, criterion of delimitation of Legal Field, Sociological Criterion and Criterion of assimilation of Justice.

KEY WORDS

Principles, binding force, philosophy, criteria, Constitution.

Introducción:

El presente artículo muestra como a la luz de la filosofía del derecho contemporánea, existen criterios de aplicación tanto de Principios Generales de Derecho, como de Principios Constitucionales de Derecho que pueden aplicar los operadores jurídicos. En efecto, para decantar lo expuesto anteriormente, es menester exponer que “la idea de principio revela el origen e impulso de criterios fundamentales, pronunciados en reglas o aforismos que tienen poder y eficacia propia, su más pura esencia expresa una aspiración que se convierte en la

realización de su contenido” (Morales Hernández, 2009); de lo cual se infiere que los principios son la base o cimiento de formulaciones o aspiraciones tendientes a materializarse en diversos contextos o campos, como el jurídico.

Con respecto a los Principios Constitucionales de Derecho, la Sentencia T-406 de 1992, expone que:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa

perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden (Corte Constitucional Colombiana, 1992).

Así las cosas, los principios constitucionales expresan normas jurídicas para el presente y su aplicación es inmediata, por parte de operadores jurídicos en el territorio colombiano. Empero, conviene establecer las principales diferencias existentes entre ellos y los Principios Generales de Derecho. En efecto, los Principios Generales de Derecho son juicios deónticos que dimanar del Derecho Natural (Morales Hernández, 2009), en atención a que su existencia se remonta a categorías existentes a priori de toda concepción de ordenamiento jurídico dado dentro de los Estados modernos soberanos; es decir, se entretajan en el mundo jurídico, inclusive desde los albores de la humanidad; no obstante, su carácter puede considerarse abstracto y etéreo y no obedecer a la realidad sistémica de todos los pueblos en determinados momentos históricos.

Ciertamente, los Principios Constitucionales son verdaderas normas jurídicas con fuerza vinculante, que priman inclusive frente a reglas y subreglas constitucionales, tal y como lo precisa la ya citada Sentencia T-406 de 1992 proferida por la Corte Constitucional.

Ahora bien, con respecto a los Principios Generales del Derecho, es preciso señalar que su origen trazado por la costumbre, puede generar incertidumbre en torno a la debida aplicación de los mismos en el ámbito

jurisdiccional, lo cual a todas luces señala que su aplicación puede ser optativa o inclusive diferida en el tiempo; contrario sensu, los principios constitucionales tienen indeclinablemente una aplicación inmediata. En dicho orden de ideas, cabe destacar que:

Los principios generales del Derecho manifiestan su eficacia respecto al Derecho positivo como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre.
(De Castro, 1955)

A despecho de los Principios Constitucionales, cuyo tratamiento constitucional lleva a los jueces y a los funcionarios públicos operadores jurídicos a aplicarlos o a ponderar entre unos y otros; frente a los Principios generales de Derecho debe entenderse que su dispersión en diversas codificaciones y sistemas jurídicos, hace que su aplicación sea incierta y de aplicación en casos particulares, puntuales y concretos, puesto que:

Bien por las tipologías bajo las que se agrupan los distintos principios no presentan diferencias suficientes que permitan atribuirles una distinta eficacia o fuerza jurídica, bien porque incluyan supuestos que no constituyen auténticos principios jurídicos; es el caso es que la gran mayoría de clasificaciones que ofrece la doctrina carecen de trascendencia jurídica. (Beladiez Rojo, 1997)

Pero más todavía, ha de señalarse que los Principios Generales son una fuente supletoria o auxiliar de la ley, cuando pese a su a veces

complejo desentrañamiento, los Principios Constitucionales cobran el rasgo de imperio de la ley. Asimismo, al llenar vacíos y lagunas jurídicas, los Principios Generales de Derecho cobran un carácter supletorio, del cual según la conveniencia o no dentro de un ordenamiento jurídico determinado, ello implicará, que el juez u operador jurídico les tenga en la cuenta para situaciones concretas, pero sin estar obligado a aplicarles de modo genérico en todos los casos, de tal suerte que *“los principios generales del derecho son valorados por su función interpretativa de los textos legales y por la función integradora, esto es, como fuentes subsidiarias en caso de insuficiencia legal”* (Cabanillas Gallas, 1977)

Todavía cabe considerar que los Principios Generales de Derecho, eran simples informadores en el Estado de Derecho Clásico Liberal, el cual, al ser un Estado Gendarme, controlaba garantías con un estricto y ritualista respeto por la legalidad. Contrástese ahora con los Principios Constitucionales de Derecho, que son la cúpula de la Constitución, al considerarse como se ha venido sustentando, que constituyen Imperio de la ley, pues no se olvide que éste constituye o denota ordenamiento jurídico. Ergo, los Principios Generales de Derecho debido a su particularidad no son vinculantes, pueden llenar lagunas o vacíos gracias a la aplicación analógica, a diferencia de los Principios Constitucionales, cuyo carácter general desarrolla a través de valores los fines esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho, como debe ocurrir en Colombia, pese a las múltiples disonancias que se presentan dentro del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, los Principios Generales tienen un carácter particular, como quiera que su aplicación puede darse en casos particulares y concretos, en atención a la auxiliaridad que imponen sus criterios; empero, los Principios Constitucionales de Derecho, tienen un carácter general, pues su alcance debe ser respetado por todos los coasociados, así como también, por parte de todos los operadores jurídicos, ya sea en su calidad de jueces o de funcionarios públicos, pues bajo tal orientación:

Las normas que son expedidas con el objeto de llevar a la práctica un valor, un principio, un derecho o una institución, deben ser instrumentos de realización del derecho y por lo tanto deben mantener el hilo conductor del propósito constitucional y de ningún modo desvirtuarlo o destruirlo.

(Morales Hernández, 2009)

Bajo las anteriores orientaciones, es preciso decantar el problema jurídico del presente escrito: ¿Desde la óptica de algunos autores de la filosofía del derecho contemporánea; cuáles son los criterios relevantes para aplicar Principios Generales del Derecho y los Principios Constitucionales del Derecho que están dotados de fuerza vinculante para los operadores jurídicos en Colombia?

Perspectiva teórica:

Enunciadas entonces, diferencias entre Principios Generales de Derecho y Principios Constitucionales de Derecho; cabe resaltar que algunos teóricos y filósofos del derecho –Morales Hernández, Carla

Faralli, Robert Alexy, Jhon Rawls, Ronald Dworkin y otros -, han realizado diversas apreciaciones sobre los principios generales de Derecho y sobre los principios en sede de rango constitucional, que permiten proponer criterios de aplicación de los mismos, por parte de operadores jurídicos e inclusive, por parte de estudiosos del derecho y, que se resaltan en el presente escrito filosófico jurídico; sin dejar de soslayo, relevantes consideraciones jurisprudenciales colombianas.

Materiales y métodos:

Se advierte entonces, que es una investigación jurídica de tipo cualitativo, toda vez que produce datos descriptivos, previo estudio de relevantes consideraciones jurisprudenciales y de las consideraciones de algunos filósofos y teóricos del derecho, sobre principios jurídicos tanto de carácter general como de rango constitucional.

Asimismo, se implementa una metodología explicativa, desde algunos autores de la filosofía del derecho contemporánea.

Resultados o desarrollo:

Los criterios son aplicaciones puntuales a las circunstancias concretas del operador jurídico y se verifican con la auténtica aplicación de los mismos. Los criterios diferenciadores entre Principios Constitucionales de Derecho y Principios Generales de Derecho, obedecen también a una conciencia práctica de exigencias de justicia, ética particular y ciudadana y el ejercicio del bien común y, es de destacar

que, bajo la exigencia de acatar los mandatos constitucionales, se pueden consolidar nuevos principios, obedecer frecuentemente a necesidades de ponderación y obedecer a la postre, a las exigencias de la verdad jurídica.

Así las cosas, aquellos criterios que desde algunos autores de la filosofía del derecho, se propone, deben tener en la cuenta los operadores jurídicos al momento de aplicar y diferenciar Principios Constitucionales de Derecho de Principios Generales de Derecho, son: Criterio Axiológico, Criterio de Aplicación del Debido Proceso (prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental y la discrecionalidad judicial), Criterio de Ponderación, Criterio de delimitación de Campo Jurídico, Criterio sociológico, Criterio de Asimilación de Justicia.

Criterio Sociológico:

Cabe resaltar que, desde la óptica de un Estado Social y Democrático de Derecho, los Principios Constitucionales deben ser interpretados y aplicados en consonancia con el respeto no solamente de los derechos individuales, sino también de los derechos colectivos.

El Criterio Sociológico es un criterio de interpretación de principios que permite diferenciar Principios Generales de Derecho de Principios Constitucionales, en atención al origen no solamente de los derechos sociales en las Constituciones contemporáneas propias de los Estados Sociales de Derecho, entendiendo que los derechos sociales tienen una evolución y conquista histórica; trayendo a colación a modo de ejemplo, la implementación de principios que se decantan desde una esfera

sociológica en la Constitución Mexicana de 1917, la Constitución Española de 1978 y la Constitución Política de Colombia de 1991.

El doctrinante Rodolfo Arango Rivadeneira puntualiza sobre la importancia de los derechos sociales fundamentales, lo siguiente:

Los derechos sociales fundamentales son derechos positivos generales, es decir, derechos a un estado fáctico de cosas que ha de ser garantizado. El carácter universal y abstracto y de principio de estos derechos exige su institucionalización jurídica. Así, desde una perspectiva jurídica constitucional, la realización de los derechos sociales fundamentales requiere de una división del trabajo. El instrumental jurídico encierra normas como medio para un fin: 1. El legislador debe concretar los derechos abstractos y generales consagrados en la Constitución o derivados de ella, mediante la consagración legislativa de derechos sociales o legales; 2. El ejecutivo debe garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos sociales fundamentales mediante actos administrativos o prestaciones fácticas; 3. La rama judicial debe llevar a cabo el control de todo el proceso; esto implica, en casos de urgencia, la obligación (no ya la mera competencia) del legislador de legislar y de las autoridades de actuar, sin necesidad de una ley previa. (Arango Rivadeneira, 2012)

En esencia, los derechos sociales fundamentales poseen un carácter abstracto y general, que refleja una lógica de aplicación y defensa de estos para todos los coasociados sin distinción alguna, en especial frente a derechos tales como la alimentación, la educación, la salud, vivienda, seguridad social y trabajo. Ello implica necesariamente

que los operadores jurídicos, con base en el criterio sociológico para aplicar principios, lo hagan en consonancia con los elementos constitutivos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Criterio axiológico:

El Criterio axiológico cobra sus orígenes en la teoría de los valores, que inclusive se decanta desde la Grecia antigua, teniendo en cuenta no solamente la razón, sino también asimilación de virtudes, la presencia, preponderancia y ponderación de los valores mismos, inclusive en el derecho contemporáneo, Ronald Dworkin destaca que:

Estamos acostumbrados a evaluar nuestros problemas con las cuestiones clásicas de la jurisprudencia: ¿Qué dice «el derecho»? Cuando dos partes están, como a menudo sucede, en desacuerdo respecto de una proposición «de derecho», ¿sobre qué están en desacuerdo y cómo hemos de decidir cuál de ellas tiene razón? ¿Por qué consideramos lo que dice «el derecho» como asunto de «obligación» jurídica? La palabra «obligación», ¿es aquí un mero término técnico, que significa solamente lo que dice el derecho? ¿O la obligación jurídica tiene algo que ver con la obligación moral? ¿Podemos decir que tenemos, en principio al menos, las mismas razones para cumplir con nuestras obligaciones jurídicas que con nuestras obligaciones morales? Y aquí no se trata de rompecabezas para tener guardados en el armario y sacarlos cuando llueve, para entretenernos. Estas cuestiones son fuente de continua incomodidad y nos reclaman

insistentemente la atención. Nos molestan cuando nos enfrentamos con problemas concretos que debemos resolver en uno u otro sentido

(...) En los casos menos claros, en que el problema de si se ha faltado a alguna obligación es, por alguna razón, discutible, estas molestas cuestiones se agudizan, y se profundiza nuestra responsabilidad de encontrarles respuesta (...). (Dworkin, 1989.)

La apreciación doctrinal soportada anteriormente, comporta notables consecuencias en torno a cuestiones tales como ciudadanía, soberanía, modelo de Estado, los derechos individuales y colectivos, multiculturalismo; por tanto, la filosofía del derecho, tiene la tarea de auspiciar la axiología, como disciplina que coadyuva en la realización de los fines del derecho, de tal suerte que la axiología al ser la ciencia que estudia los valores, no se supedita a meras elucubraciones mentales, sino que implica que dichos valores sean descubiertos y sean desarrollados por la cultura.

Dichos valores, dentro de la óptica principialista de los operadores jurídicos en Colombia, cobran cada vez más, la exigencia de una apreciación ético –política y ético jurídica, de tal suerte que en apoyo de las concepciones que al respecto aborda Carla Faralli, es conveniente destacar que:

La conexión entre derecho y moral se argumenta sobre la base del proceso de inclusión de contenidos morales en el derecho expresados por los principios y por los derechos inviolables de los individuos. La presencia de los principios se traduce en la apertura del derecho a contenidos morales

y, paralelamente, determinará el desarrollo de nuevas formas (balanceo) de decisión judicial. En segundo lugar, y sobre la base de estas nuevas formas de decisión, se subraya la importancia de los procesos de aplicación del derecho, en particular de aquellos procesos de carácter judicial, para su determinación al interior de los sistemas constitucionales. En tercer lugar, en directa relación con el segundo aspecto, se evidencia, a nivel de la estructura político constitucional, el vínculo del legislador respecto de los principios y derechos constitucionales, y el papel decisivo de los jueces para su actuación, aun en contraste con las decisiones legislativas y con la ley. (Faralli, 2007)

Por otra parte, el criterio axiológico cobra vigor en leyes tales como la ley 153 de 1887 y sentencias que brindan relevancia a la moral del pueblo colombiano o moral pública, como lo es, entre otras la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-224 de 1994 (Corte Constitucional Colombiana, 1994); de tal suerte que los Principios Constitucionales sí deben ser aplicados en contexto con criterios morales y éticos de los coasociados, discerniendo desde la axiología, el contenido también de Principios Generales de Derecho que simplemente sean criterios auxiliares de la actividad judicial.

Criterio de asimilación de justicia:

La justicia democrática contemporánea supone la aceptación del punto de vista de otros y la realización de una justicia social que traspase

las barreras que impiden generar consenso social, como quiera que deben respetarse contenidos constitucionales esenciales.

Verbigracia, la justicia política debe propender por la adecuada estructura del Estado y del proceso político y por garantizar derechos y libertades básicas para todos los ciudadanos en sede de la protección del Estado Social de Derecho, superando preferencias individuales y decantando necesidades sociales, sin que se conculquen libertades básicas. En este orden de ideas, muchos derechos constitucionales individuales o colectivos, son fundantes en una Constitución democrática.

Ciertamente, para que la Justicia democrática se presente como criterio de aplicación para determinar Principios Constitucionales de Derecho; es menester establecer continuos espacios de reconocimiento en torno a la acción pública que afiance prácticas políticas que permitan dinamizar transformaciones jurídicas ciudadanas, que precisamente a través de la Filosofía del derecho contemporánea, se vinculan con la necesidad de ubicar a los operadores jurídicos en un ámbito discrecional de aplicar principios constitucionales tales como la solidaridad y la prevalencia del interés general, en contraste con la Justicia democrática, en la medida en que ésta implique canales de comunicación y acción entre la comunidad y los diversos agentes del Estado.

Carlos Pereda, en el texto Razones de la Justicia: homenaje a Thomas Mc Carthy, en su artículo titulado, “Antinomias acerca del recuerdo y el olvido de atrocidades sociales” expone que:

La reparación de injusticias pasadas, el desagravio por males cometidos en el pasado, y en particular cuando sus autores fueron agentes colectivos (en el sentido amplio de grupos reconocidos por la ley como sociedades), tales como Estados, empresas y otras instituciones tanto públicas como privadas, se ha convertido cada vez más en un factor esencial para un restablecimiento de un Estado de justicia. (Pereda, 2005)

En esencia, las injusticias y atrocidades cometidas en un pasado, deben ser superadas por la acción pública política transformadora que desplace la guerra, el deseo de poder y la violencia; en sí, la justicia democrática debe ser faro orientador frente a las decisiones que adopten los jueces, teniendo presente las decisiones y aspiraciones de la comunidad, definiendo nuevas generaciones de derechos fundamentales, promoviendo formas de economía social, superando crisis de desempleo, revitalizando el factor consenso y la participación ciudadana.

Ciertamente, el criterio de aplicación de Principios, desde una transición de la justicia clásica a una justicia democrática social, cobra asidero:

En la medida en que la justicia puede predicarse de un comportamiento humano o del hombre que lo practica, constituye una virtud cuando la justicia se atribuye a una creación humana-una norma, una estructura social vigente o aspirada como ideal- constituye un valor social, el valor social por excelencia, el valor que define y configura como jurídica, la vida social. (Legaz Lacambra, 1972)

Es oportuno ahora señalar que el filósofo estadounidense John Rawls expone que los individuos frente a una especie de nuevo Contrato Social, son cubiertos por un velo de ignorancia, en la medida en que desconocen posiciones futuras dentro de la sociedad.

Ciertamente, el autor en mención, en su obra Teoría de la Justicia, esgrime:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.

(...) Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. (Rawls, 1971)

Pues bien, el criterio de interpretación de principios de cara a la transición de la justicia clásica a la justicia democrática o Criterio de Asimilación de Justicia, se nutre de un valor social que define los fines y metas esenciales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, en el entendido en que la justicia social conlleva intereses que involucran a múltiples actores sociales legitimados en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Criterio de articulación de debido proceso:

La discrecionalidad judicial no es un permiso o una autorización legal o jurisprudencial para que los operadores jurídicos determinen arbitrariamente el rumbo de las diferentes decisiones judiciales que se

adoptan en el Estado Social y Democrático de Derecho colombiano, sino que responde a responsabilidades y derechos que instan a los diversos operadores jurídicos jueces u otro tipo de operadores en ejercicio de la función pública, para articular el debido proceso; pues en efecto, los operadores jurídicos deben tener en la cuenta no solamente las normas procedimentales esparcidas en varias codificaciones, sino que deben entender cuestiones legales y morales que pueden plantearse en situaciones difíciles o en la que entren en tensión principios constitucionales o tensión entre Derechos Fundamentales.

El principio constitucional que cubre al Derecho Fundamental al Debido proceso, no solamente se erige a partir del cumplimiento de formalismos procedimentales, pues en un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es Colombia, es esencial el respeto por la justicia social, y ello solo es viable en la medida en que exista un adecuado acceso a la administración de justicia; circunstancia que claramente se encuentra prevista en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia y que se relaciona estrechamente con la universalidad, la imprescriptibilidad, la progresividad, la igualdad, la articulación y la interdependencia. Asimismo, el debido proceso se realiza a través del respeto por la cosa juzgada, la doble instancia, el Principio del Non bis In Ídem, el principio de juez natural, extensión a todas las situaciones judiciales y administrativas, respeto por las formas de cada juicio, juicio con base en leyes preexistentes.

El debido proceso es uno de esos derechos constitucionales que pende necesariamente de la exigencia al principio de respeto al mismo, ya que adquiere la mayor jerarquía e importancia en toda clase de actuaciones ya sean judiciales o administrativas; pues el artículo 29 de la Carta Política Colombiana, señala:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) (Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991)

Ciertamente, frente a la concepción del debido proceso, Mario Madrid-Malo Garizábal, expone que:

Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica. (Madrid -Malo Garizábal, 1997)

Pero bien entendido lo anterior, es de anotar que el acatamiento y seguimiento del principio de respeto debido proceso, constituye un criterio de obligatorio acatamiento y es criterio de aplicación por parte de los jueces y otros operadores administrativos, toda vez que garantías tales como la doble instancia, el juez natural, la cosa juzgada, no juzgar dos veces por un mismo asunto y entender la prevalencia del Derecho

sustancial sobre el derecho formal; no pueden ser dejadas de soslayo por parte del operador judicial en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho.

Empero, frente a los Principios Generales de Derecho, el debido proceso será aplicable en la medida de la necesidad, adecuación y Proporcionalidad de los Principios dentro del ordenamiento jurídico, en atención no solo a efectos vinculantes sino también atendiendo a realidades que dan pautas para aplicar o no un debido proceso; es decir, un Principio General del Derecho no será aplicable por el juez desde la óptica del debido proceso mismo cuando éste es incompatible con la legislación vigente y con la Constitución, cuando es oscuro y contradictorio, cuando está en desuso o fuera de época en que se invoca su aplicación.

El debido Proceso y su asimilación, es un criterio de aplicación una vez el operador jurídico discierne la diferencias entre Principios Constitucionales y Principios Generales que cobra sus orígenes en distintas y múltiples vertientes; verbigracia, la Seguridad Jurídica exigible a los operadores jurídicos y al Estado mismo, la confianza legítima, la cosa juzgada, la certeza del derecho, entre muchas otras que podrían mencionarse y que extenderían significativamente el contenido de la presente investigación. No obstante, la Seguridad Jurídica cobra gran relevancia en torno a la aplicación de normas, derechos, deberes y principios de la actividad judicial y de ello da razón la Sentencia C-584 de 2015, a través de la cual se plantea:

En atención a la importancia que tiene entonces preservar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en las actuaciones judiciales, el ordenamiento constitucional y la jurisprudencia de esta Corporación, han fijado varios instrumentos con ese propósito. En primer lugar, la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la “ley” lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la “ley”. En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, la ley –tal y como ocurre por ejemplo con la 153 de 1887- establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas. En tercer lugar, la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En cuarto lugar, los pronunciamientos de esta Corporación han ido incorporando un grupo de doctrinas que, como ocurre con las relativas a la cosa juzgada y al deber de respeto del precedente judicial, tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las disposiciones y reglas judiciales fijadas con anterioridad (...).

(...) La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el

ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (Corte Constitucional Colombiana, 2015)

Ciertamente, es de destacar que la seguridad jurídica está estrechamente relacionada con la buena fe y con el principio de confianza legítima y el respeto por los propios actos de la rama judicial, cuando ya existe en esencia, una cosa juzgada tanto en sentido formal como en sentido material, atribuyendo así un deber de coherencia por parte de los operadores jurídicos, pues se enfatiza en que el derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado; confianza legítima a la que se deben apegar los operadores jurídicos para acatar y direccionar un debido proceso.

Criterio de delimitación de campo jurídico:

Algunas actividades de índole privado han cobrado suma fuerza en torno al interés general y es allí, donde la aplicación de algunos principios generales del derecho, da paso a que, desde la óptica del interés público, los principios constitucionales del derecho, cobren asidero y los desplacen, de tal suerte que los menos aventajados gocen de especial protección frente a los abusos que eventualmente puedan desplegar sectores privados.

El artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, plasma Principios Constitucionales primarios (Solidaridad, respeto por la dignidad humana, trabajo y prevalencia del interés general), que evidencian el tránsito de lo privado a la esfera de lo público.

En efecto, el derecho privado marca una fuerte tendencia hacia su constitucionalización, de tal resorte que:

La constitucionalización del derecho en general y del derecho privado en particular constituye, en la actualidad, uno de los asuntos más importantes para la dogmática y la jurisprudencia. La actividad de la Corte Constitucional ha generado un impacto sustancial de la constitución en el derecho común a tal punto que sus determinaciones parecen haber incidido en diferentes grados en la totalidad del ordenamiento jurídico.

(Calderón Villegas, 2013)

Pues bien, la garantía constitucional tanto del derecho público como del derecho privado, se predica de acciones instauradas ante los

jueces, pues las normas constitucionales gozan de fuerza vinculante y de eficacia directa.

Mediante Sentencia C-160 de 2010, la Corte Constitucional indica: *Una de las consecuencias del papel que ocupan los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo contemporáneo, concebidos como un “orden objetivo valorativo”, es el denominado efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que “al derecho privado que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien conste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados”.*

Dicho efecto de irradiación se extiende a las relaciones jurídicas privadas, debido precisamente a la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales, cuyo carácter vinculante se afirma no sólo respecto de los poderes públicos sino también respecto de los particulares. Ahora bien, sobre la extensión de dicha obligatoriedad, al igual que sobre la manera como se hace efectivo dicha influencia existen diversas posturas doctrinales¹ y jurisprudenciales, sin embargo es una constante en el constitucionalismo contemporáneo reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado. (Corte Constitucional Colombiana, 2010)

Así las cosas, los operadores jurídicos deben comprender que las relaciones jurídicas privadas no se escapan del orden jurídico fundante constitucional; de tal suerte, que la autonomía de la voluntad privada cobra límites en los derechos fundamentales y en los Principios Constitucionales con fuerza vinculante.

Criterio de Ponderación:

Es menester que, dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, tenga lugar la ponderación, puesto que la tensión entre derechos, puede resultar ser una constante en la convulsionada actualidad tanto nacional como internacional, toda vez que se debe evitar en la medida de las posibilidades, el sacrificio de principios, valores constitucionales y fines esenciales del Estado.

Robert Alexy, quien hace crítica al modelo puro de principios, también considera extrema la aplicación de un sistema único de reglas, por lo cual dispone que se siga un modelo de combinación de reglas y de derechos con Principios, en especial frente a las disposiciones más fundamentales. Estas críticas dan origen al criterio de diferenciación entre Principios Constitucionales de Derecho y Principios Generales de Derecho, pues el juez habrá de afianzar el Criterio de Ponderación como un Criterio diferenciador entre los ya mencionados principios, con base en una adecuación dentro del ordenamiento jurídico, una necesidad de ponderar y una Proporcionalidad.

Ciertamente, los Principios Constitucionales de Derecho, pueden ir en consonancia con Reglas constitucionales que contengan en términos de Robert Alexy, una justificación externa, pues el autor en mención propone:

Las formas de argumentos y las reglas de justificación externa pueden clasificarse grosso modo en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como las (6) llamadas formas especiales de argumentos jurídicos. Si uno quiere designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) empirie y (6) formas especiales de argumentos jurídicos. (Alexy, 1997)

En suma, la ponderación adecuada de principios por parte de los jueces, también depende de adecuadas formas de argumentación jurídica que no excluyen la razón práctica, la dogmática, el precedente, el empirismo y las formas de argumentación jurídica y hermenéutica.

Es así como el criterio de Ponderación es vital para resolver lo atinente a la colisión de derechos que se encuentren en un mismo nivel de importancia y que deben ser resueltos de manera consciente y clara por parte del operador judicial, sopesando necesidades de satisfacción de derechos, resolviendo antinomias y buscando el equilibrio entre derechos enfrentados en un problema específico, sin que ello suponga que se conculquen o sacrifiquen antijurídicamente algunos derechos,

verificando requisitos de procedencia a través de la necesidad de darle más relevancia a un derecho frente a otro, la necesidad de ponderar en situaciones puntuales o problemáticas y la proporcionalidad en contraste con las disposiciones constitucionales, discerniendo así situaciones en que los Principios Generales de Derecho son fuente autónoma y supletoria del derecho, estableciendo valores éticos y jurídicos que dependerán de asignaciones y relevancia legal y constitucional.

Discusión de resultados:

Lo expuesto anteriormente, conduce necesariamente a destacar que un Estado Social de Derecho como es Colombia, debe ofrecer garantías de protección en torno a las diferentes libertades existentes, que, en suma, aunadas a los aportes de la filosofía del derecho contemporánea –la cual es una filosofía de principios-, se legitiman en los sistemas jurídicos contemporáneos, propendiendo por una apertura a los hechos y a los valores ético políticos, en pos de abanderar la fuerza vinculante de los Principios Constitucionales.

La actitud del filósofo del derecho contemporáneo no es en esencia, meramente especuladora, toda vez que éste no se encuentra interesado en la simple eficacia o vigencia de las normas, sino también en la validez intrínseca o extrínseca de las mismas, pero siempre de cara a un ordenamiento jurídico que, inspirado en valores y principios, decanta, el ámbito axiológico, más allá de postulados técnico instrumentales, puesto que:

La filosofía del derecho muestra ante todo que en cualquier tiempo se ha meditado sobre el problema del Derecho y de la Justicia: problema que, por lo tanto, no fue inventado artificialmente, sino que responde a una necesidad natural y constante del espíritu humano. (Del Vecchio, 1991)

Ahora bien, los principios constitucionales de Derecho desde el ámbito de su fuerza vinculante, constituyen imperio de la ley, en tal sentido, que el lindero entre lo público y lo privado cada vez se hace más estrecho, que lo auxiliar deja de serlo, cuando se comprometen derechos fundamentales y otras garantías constitucionales que no solamente afectan o inciden en la esfera individual, sino también en la esfera de lo colectivo.

En contexto con lo expuesto anteriormente, es de anotar que la filosofía del derecho contemporánea, se ha encargado entre otras cosas, de evidenciar que los Principios Constitucionales permean no solamente las decisiones judiciales, sino que también transforman la realidad jurídica desde un enfoque principialista.

Conclusiones:

- La filosofía del Derecho contemporánea comprende que frente a la colisión de principios existe una imperante necesidad de ponderación, de sopesar y considerar la discrecionalidad judicial y las directrices políticas, de moralizar la administración de justicia, de resaltar los valores ético – políticos y los hechos jurídicos relevantes que posibiliten generar

legitimidad en torno a la fuerza vinculante que se desprende de aplicación de los Principios Constitucionales de Derecho y si bien es cierto que los principios pueden pesar en casos difíciles, es menester sopesarlos frente a la conveniencia no superficial sino ideal en situaciones complejas o frente a la preponderancia que un principio pueda tener frente a otro; toda vez que el grado de afectación o de satisfacción de los principios, se contextualiza en las menores violaciones posibles de derechos o garantías fundamentales, de tal guisa que el Criterio de Ponderación, debe constituir una máxima dentro de la labor de los diversos operadores jurídicos; en especial dentro del Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano.

- Desde la Filosofía del Derecho contemporánea se soporta considerablemente la posibilidad de fijar criterios de aplicación de Principios de Derecho por parte de operadores jurídicos, que se materializan en el plano de lo axiológico, articulación del debido proceso y prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, criterio sociológico, criterio de delimitación del sendero entre lo público y lo privado (delimitación de campo jurídico) e indeclinable transición de la justicia clásica a la justicia democrática.

- En efecto, los criterios para aplicar Principios Constitucionales, como llamado o sugerencia coherente de la Filosofía del Derecho Contemporánea, no deben entenderse como figuras complementarias o artificiales sino como verdaderos llamados a la protección incesante e inequívoca de Derechos Fundamentales, al goce de los bienes

fundamentales, como frenos a los abusos del poder público, como baluartes de ética y moralidad judicial en el amplio espectro del Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano.

Referencias bibliográficas:

Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arango Rivadeneira, R. (2012). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.

Beladiez Rojo, M. (1997). *Los principios jurídicos*. México: Tecnos.

Cabanillas Gallas, P. (1977). *Consideraciones sobre los principios generales del derecho*. Madrid: San Marcos.

Calderón Villegas, J. J. (2013). *Constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del derecho constitucional en Colombia*. . Bogotá: Temis. Segunda edición.

Congreso. (1887). *Ley 153 "Por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887"*. Bogotá.

Constituyente, A. N. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.

Constituyente, A. N. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Legis.

Corte Constitucional Colombiana, T-406 (Corte Constitucional Colombiana 5 de junio de 1992).

Corte Constitucional Colombiana, C-224 (1994).

Corte Constitucional colombiana, C-1287 (5 de diciembre de 2001).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-160 de 2010 (Corte Constitucional. 8 de marzo de 2010).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-584 (5 de septiembre de 2015).

De Castro, F. (1955). *Derecho Civil de España. Tomo I*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Del Vecchio, G. (1991). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.

Dworkin, R. (1989.). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.

Faralli Carla. (2013). *La filosofía del derecho contemporánea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Faralli, C. (2007). *La filosofía del derecho contemporánea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Legaz Lacambra, L. (1972). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch.

Madrid -Malo Garizábal, M. (1997). *Derechos fundamentales*. Bogotá: 3R Editores.

Morales Hernández, M. (2009). *Principios Generales de Derecho*. México: Editorial Porrúa.

Morales Hernández, M. (2009). *Principios Generales del Derecho*. México: Porrúa.

Morales Hernández, M. (2009). *Principios Generales del Derecho*. México: Porrúa.

Pereda, C. (2005). Antinomias acerca del recuerdo y el olvido. En *Razones de la Justicia: homenaje a Thomas Mc Carthy* (pág. 254).

México: UNAM.

Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University.

EL FUTURO DE LOS ABOGADOS Y LOS ABOGADOS DEL FUTURO

(The future of lawyers and the lawyers of the future).

DIEGO FERNANDO LÓPEZ GUZMÁN³⁸.

RESUMEN

Los servicios legales se han prestado tradicionalmente de la misma forma, la innovación y la tecnología aplicada al derecho han sido ajenas generalmente a la manera como se han concebido los servicios legales por la profesión jurídica. La crisis sanitaria Covid 19 fue un acelerador del proceso de transformación digital. Lo que hubiera tardado décadas terminó por llevarse a cabo en un poco tiempo. Decretos como el 806 de 2020 o la ley 2213 de 2022, son una prueba de cómo la justicia online llegó para quedarse. No hay marcha atrás. La profesión jurídica se transformó como otros sectores. Asumir el nuevo paradigma es una necesidad que implica ante todo un cambio de actitud. La educación digital es el factor crítico para lograr consolidar transformación de los servicios legales, asistimos al momento Netflix del derecho.

ABSTRACT

Legal services have traditionally been provided in the same way, innovation and technology applied to law have generally been alien to the

³⁸ Decano Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Alexander Von Humboldt, profesor de Historia del Derecho, Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y Magister en derecho público.

way legal services have been conceived by the legal profession. The Covid 19 health crisis was an accelerator of the digital transformation process. What would have taken decades ended up being carried out in a short time. Decrees such as 806 of 2020 or Law 2213 of 2022 are proof of how online justice is here to stay. There is no turning back. The legal profession was transformed, like other sectors. Assuming the new paradigm is a necessity that implies above all a change of attitude. Digital education is the critical factor to consolidate the transformation of legal services, we are witnessing the Netflix moment of law.

PALABRAS CLAVES

Innovación, servicios legales, disruptivo, digital, tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, online, paradigma.

KEY WORDS

Innovation, legal services, disruptive, digital, information and telecommunications, technologies, online, paradigm.

Innovación en los servicios legales

¿Cómo se imaginan ustedes que se van a prestar los servicios legales en los próximos 5, 10 o 15 años?

Nadie podría asegurarlo plenamente, hablar del futuro siempre será especulación, no obstante, existen tendencias y rasgos que permiten a los diferentes sectores: comercio, financiero, telecomunicaciones,

hidrocarburos, etc., anticipar la ocurrencia de sucesos, o al menos identificar hacia donde se dirige una determinada actividad de la economía.

La diferencia en el caso de los servicios legales frente a otros sectores, está en que muchos de los abogados no se están preguntando por el futuro de la profesión jurídica. Piensan que el *estatus quo* que ha acompañado el ejercicio del derecho seguirá siendo la forma en que la disciplina se ejercerá. Pasando por alto los vientos de cambio, y olvidando que el futuro de los abogados está siendo puesto a prueba.

Si antes de la pandemia hubiéramos dicho que era una opción válida trabajar desde casa o usar canales digitales para desarrollar las funciones jurídicas, la respuesta no hubiera sido otra a que esto era un disparate, los argumentos en contra vendrían desde la ilegalidad hasta la ausencia de la base tecnológica para hacerlo.

Sin embargo, ahora nos damos cuenta que esto no es así. Todos los cambios en la forma de ejercer el derecho que hubieran tardado décadas se han logrado en los últimos 30 meses. La emergencia sanitaria fue un acelerador de los procesos de transformación digital. Los cuales llegaron para quedarse. La ley 2213 del 2022 es una evidencia irrefutable de ello. En el campo de los servicios legales se requiere repensar permanentemente la forma como se están cumpliendo las funciones jurídicas a todo nivel. La innovación no es ajena al derecho. Y si hay una señal del futuro de los abogados y de los servicios legales es justamente, que aquellos que desarrollen la capacidad de innovar prevalecerán.

Ahora bien, consecuentemente con lo anterior surge entonces otra pregunta:

¿Qué tipo de innovación deberíamos pensar para que los servicios legales sean de calidad?

La innovación jurídica se da en tres niveles (Torres; 2021):

1- Innovación en derecho sustantivo: Se refiere al cuerpo normativo que regula la innovación. En este caso podríamos citar la Ley 2213 de 2022 de transformación digital de la justicia. La cual debe estar acompañada de un cambio actitudinal, y de apertura mental, teniendo en cuenta que por sí sola es insuficiente para lograr un verdadero proceso de innovación.

2- Innovación en la forma de ejercer el derecho: El escenario para lograr dar el giro copernicano en innovación de servicios legales, sin duda que inicia en el proceso de formación que se imparte desde las Universidades. Las preguntas que la educación jurídica innovadora debería formular, entre otras, son: ¿cómo ser un mejor abogado o juez?, ¿cómo tener un juzgado nativo digital?, ¿cómo mejorar los niveles de acceso a la justicia?, ¿cómo hacer eficiente el servicio de justicia?, ¿cómo brindar un mejor servicio de justicia con enfoque al ciudadano?, etc. Es justamente allí donde deberíamos hacer los énfasis.

3- Innovación en la oferta de servicios legales: Tiene que ver con el enfoque de los servicios legales como industria. Y a partir de allí preguntarnos cómo desarrollar un servicio jurídico que satisfaga las exigencias del usuario en el contexto actual. Tanto para el sector público como en el sector privado.

La innovación en los servicios legales no solo se da en los tres niveles mencionados, sino que también cuenta con tres ejes alrededor de los cuales gravita:

1- Personas: Se requiere un proceso de formación en competencias y habilidades para la innovación orientado a la mejora del servicio y la experiencia legal.

2- Procesos: El derecho debe mejorar la forma como tiene estructurados los servicios legales. Lo primero y más urgente es un enfoque al usuario que garantice efectividad.

3- Tecnología: El peor error que podría cometer la profesión jurídica sería automatizar la ineficiencia, de la mano con la inclusión de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones debe garantizarse al usuario una oportuna resolución de sus requerimientos de justicia.

Mentalidad digital un cambio actitudinal

Bill Fischer, Codirector del programa de innovación estratégica de la escuela de negocios suiza IMD junto al Massachusetts Institute of Technology (MIT) plantea que:

“La mentalidad digital se identifica con facilidad al observar 4 características: rapidez, inclusividad, experimentación y sistematización, pero estas pueden ampliarse a muchas otras igualmente válidas: capacidad de emprender desde dentro, adaptación rápida al cambio, uso de la nube, colaboración, uso de tecnologías open source, etc.”

Una persona con mentalidad digital sabe mejor que nadie que la única constante es el cambio. No da nada por sentado, es consciente de que las cosas pueden transformarse de un momento a otro, y está preparada para hacerlo con ellas.

Richard Susskind, inglés, y principal referente de la tecnología aplicada al derecho, autor de obras como “el abogado del mañana” y “los tribunales online y la justicia del futuro”, entre otros, plantea que la incidencia tecnológica en el derecho transformará la profesión jurídica en el mediano plazo.

No podemos ser abogados en el siglo XXI con la mentalidad del siglo XIX. Vivimos tiempos de cambio, las tareas rutinarias serán sustituidas por artefactos inteligentes, que desarrollarán las actividades mecánicas que hasta ahora hemos llevado a cabo los humanos, con la promesa de hacerlo de manera más eficiente. La pregunta que muchos se hacen

frente a este panorama es si la profesión jurídica es uno de los oficios condenados a desaparecer. Las opiniones están divididas. Algunos afirman que sí. Hay otros por el contrario que creemos que no va a pasar. Lo que va a ocurrir es que los abogados que no entiendan que la forma de ejercer el derecho cambió, se van a rezagar y van a terminar excluidos de las dinámicas propias de la era digital. Todo aquel que decida innovar se va a destacar y va a tener mayores y mejores oportunidades para la prestación de servicios legales. Hasta hace muy poco tiempo los abogados estábamos limitados territorialmente a un espacio geográfico, hoy en día es posible ubicarse en cualquier lugar del mundo, y prestar asesorías jurídicas, sin que sea indispensable la presencia física.

Grades firmas como IBM han desarrollado a través de inteligencia artificial asistentes jurídicos que son capaz de procesar gran cantidad de información en segundos o minutos. Algunos de estos programas incluso son diseñados para calcular probabilidad de éxito en litigios. De tal manera que se puede incluso valorar si es o no conveniente iniciar una confrontación jurídica o por el contrario existen otras alternativas más eficientes para gestionar las pretensiones de un cliente.

La transición de la era preindustrial a la industrial es un claro ejemplo de cómo se transformaron las formas de producción. Muchos empleos desaparecieron, y otros surgieron. La clave está en la apertura mental, entender el fenómeno digital, asumirlo y prepararse para esta nueva era. La resistencia al cambio ha sido y es el mayor obstáculo a superar. No se trata exclusivamente de un asunto generacional. O de habilidades para el

uso de las tecnologías de la información, se trata ante todo de un cambio actitudinal. A quienes no terminen de comprender las tendencias hacia donde se orienta el ejercicio profesional de los abogados no les aguarda otro destino que la obsolescencia. El futuro es ahora.

Transición digital un proceso en curso

Por supuesto, ese futuro, que ahora estamos viviendo, se cristalizara plenamente, previo el agotamiento de un proceso de transición digital.

El año 2020 es sin duda el punto de inflexión, a partir del cual, surgieron medidas de carácter transitorio como el Decreto 806 de 2020, el cual fue útil para gestionar el servicio de justicia en un escenario inédito, logrando lo que para el momento se consideraba, imposible, inviable y hasta contrario a derecho. Y era que se pudieran tramitar las demandas online. No deja de ser paradójico, como lo plantea el profesor José Fernando Torres Varela, en su e-book “Abogados digitales”, que otras disciplinas del conocimiento hayan logrado enviar un cohete al espacio, y el derecho no haya logrado aún tener el primer juzgado nativo digital, esto habla del estado de nuestra disciplina.

La profesión jurídica se caracteriza por ser formalista y poco innovadora. De hecho, muchos piensan que la innovación es un asunto ajeno al derecho. La tecnología sigue siendo un tabú para los abogados.

La precariedad en el uso de herramientas básicas como la nube, la conversión de documentos de Word a formato PDF o el comprimir archivos para adjuntarlos en el envío de un correo electrónico, son

destrezas mínimas que en muchos casos no las tienen quienes se dedican al derecho. Como se evidenció con la entrada en vigencia del aludido decreto. En ambos lados de la baranda hay déficit. Tanto abogados, como funcionarios judiciales adolecen de suficiencia en competencias digitales. Hay quienes critican, con todo tipo de argumentos, el proceso de transición digital de la justicia, en algunos casos con razón, en otros no tanto. No es razonable exigir aún resultados completos y plenos. A pesar de la urgencia que reviste el eficaz servicio de justicia. Todo requiere tiempo. Y serán varios años los que tomará lograr la consolidación de la transición digital en la justicia. Lo cierto, en todo caso, es que no hay vuelta a atrás.

La planificación de este proceso debe involucrar de una manera mucho más decidida, entre otros actores, a los colegios de abogados y a las facultades de derecho.

El éxito de la transición digital tiene como punto de partida: la formación jurídica. Las Universidades son protagonistas de primer orden.

La educación digital hará la diferencia

La transición digital y la consolidación de dicho proceso tiene un factor crítico objeto de atención prioritaria: la formación jurídica digital.

Los planes de estudio existentes en las facultades de derecho requieren ajustarse a la realidad digital. Formar abogados para el siglo XXI con la tecnología del pasado no dará los resultados esperados. Las exigencias del mundo contemporáneo, demandan un replanteamiento de los

contenidos temáticos, es prioridad incorporar competencias en programación, diseño y administración automatizada de datos y de documentos.

Los resultados de aprendizaje y el perfil de egreso de los próximos abogados deben alinearse con los requerimientos del mundo digital.

Cada vez cobra mayor importancia la necesidad de transformar los métodos de enseñanza del derecho. Es prioritario incluir en las didácticas de clase las herramientas digitales y las tecnologías de la información. Hasta hace muy poco tiempo se exigía a los estudiantes como regla de disciplina de aula, apagar los celulares o artefactos electrónicos, ahora debería ser una exigencia que los usen y accedan a diversas plataformas, redes sociales e internet, todo esto para buscar información académica que enriquezca el proceso de aprendizaje.

No podemos pretender una transición digital exitosa sin contar con los profesionales del derecho competentes que materialicen el sueño de un servicio de justicia digital eficiente. Los próximos funcionarios judiciales, jueces, magistrados, y juristas, se están formando en las facultades de derecho, es allí justamente donde se gesta el cambio.

Tres preguntas que es necesario formular: ¿Cuál es el perfil del abogado de la era digital?, ¿Cuáles son las transformaciones que debe hacer la industria de servicios legales para no quedarse rezagada?, ¿Cómo aplica la disrupción en el ejercicio de la profesión jurídica?

Los perfiles profesionales de los abogados de hoy son diferentes; están relacionados con capacidades para innovar, para transformar, para el uso

de tecnología legal. En las grandes compañías, principalmente, el abogado ya no se percibe como un Business partner, sino como un auténtico gestor de riesgos jurídicos.

Los problemas jurídicos tienen una dimensión que antes no tenían, la complejidad ahora es mayor, y la exigencia del medio por soluciones oportunas y eficaces es alta. El mercado de los servicios legales está cambiando radicalmente. Lo cual obliga a trabajar de un modo distinto y con perfiles profesionales diferentes.

Tenemos un montón de perfiles nuevos, algunos ejemplos son: Legal engineer, legal project manager, data analyst, entre otros.

La transformación y la innovación en el sector legal es mucho más que la incorporación de la tecnología al campo jurídico. La mejora de procesos y la disrupción implica repensar los servicios legales. Se requiere un cambio cultural profundo, donde el resultado final sea la efectividad. Los procesos eternos son cosa del pasado, la ineficiencia el asunto a superar. Y la dilación a las soluciones jurídicas el adversario a vencer. Hay un camino que se allana con digitalización de la justicia. Sin la cual, seguiríamos anclados al pasado.

Empresas tan exitosas como Blockbuster nunca creyeron que su próspero negocio de alquiler de películas podría terminar algún día, hasta que una plataforma como Netflix terminó por cambiar la manera como accedemos a contenido cinematográfico de alta calidad, en tiempo real y a un bajo costo.

La disrupción se ha definido tradicionalmente como ruptura, Clayton Christensen usó el término por primera vez en el año 1990, en un artículo llamado “The Innovator is Dilemma”, en el cual quedó claro que la disrupción se refiere a cuando un producto o servicio interrumpe un mercado existente, o crea un segmento completamente nuevo. Eso ocurre cuando los factores tradicionales de valor existente son significativamente alterados. Asistimos al momento Netflix de la profesión jurídica.

Hay un cambio de paradigma, una nueva era que se abre paso dando cabida a una transformada manera de entender el derecho y asumir la profesión jurídica.

Ahora, tecnología, derecho e innovación son sinónimos.

Bibliografía

Susskind, R; Susskind, D. 2022. The future of the professions. Primera edición.

Susskind, R. 2020. El abogado del mañana. Primera edición.

Susskind, R. 2020. Tribunales del Futuro y Justicia Online. Primera edición.

Torres, J. 2020. E-book Abogado digital. Primera edición.

Beaton, G. 2013. New Law New Rules. Primera edición.

Susskind, R. 2008. ¿The end of Lawyers? Edición revisada.

Dyer, J; Gregersen, H; Christensen, C. 2001. El ADN del innovador. Primera edición.

EN BUSQUEDA DE SUPERAR LA SITUACIÓN FRUSTRANTE DE LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL CAMBIO DE PRECEDENTE JUDICIAL³⁹.

MARIO FERNANDO RODRÍGUEZ REINA⁴⁰

RESUMEN

Hace algunos años el reconocimiento de la labor creadora del Juez y el valor como fuente de derecho de sus decisiones generó grandes controversias que hoy en día parecen pacificarse, no obstante, la estructuración del concepto del precedente judicial y su fuerza vinculante ha generado otra serie de problemáticas, una de ellas, la aplicación en el tiempo del precedente y su incidencia en derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico, tema donde empiezan a verse algunos pronunciamientos de nuestras altas cortes y una actuación incipiente del legislador como se observa en la reciente reforma plasmada en la Ley 2080 de 2021.

Las tesis que pueden emanar de la doctrina sobre la aplicación en el tiempo del cambio de precedente judicial y que han sido referidas en algunas ocasiones por el Consejo de Estado, no ofrecen por sí solas una respuesta satisfactoria en aras de garantizar la protección de los

³⁹ Este artículo tiene como fundamento el trabajo de investigación que adelantó como trabajo de grado de la maestría en derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

⁴⁰ Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista en derecho administrativo, derecho probatorio, derecho contencioso administrativo y derecho médico. Abogado asesor de entidades públicas y privadas, exjuez administrativo del Circuito en Bogotá e Ibagué, ex Magistrado del Tribunal Administrativo del Quindío y actualmente Procurador 163 Judicial II administrativo en la ciudad de Ibagué.

principios y derechos que pueden estar en conflicto en este escenario, por tanto, en el trabajo de investigación que desarrollo y del cual se origina este artículo, tiene como objetivo proponer la formulación de algunos elementos que permitan otorgar al Juez contencioso administrativo de insumos que guíen la aplicación en el tiempo del precedente vinculante previsto en la Ley 1437 de 2011.

Lo anterior, a través de la materialización de una propuesta de reforma legislativa, a efectos de incluir los principios de participación y publicidad en el cambio de precedente que amplíe la concepción que se tiene en el inciso 3 del Art. 103 del CPCA, a través de un procedimiento que garantice el conocimiento y la efectiva participación de la ciudadanía en el cambio de precedente.

PALABRAS CLAVES

Labor creadora del Juez, precedente Judicial, cambio, participación y publicidad.

ABSTRAC

A few years ago, the recognition of the creative work of the judge and the value of his decisions as a source of law generated great controversies that today seem to be pacifying, however, the structuring of the concept of judicial precedent and its binding force has generated another series of problematic, one of them, the application in time of the precedent and its impact on rights and guarantees recognized in the legal system, an

issue where some pronouncements of our high courts begin to be seen and an incipient action of the legislator as observed in the recent reform embodied in law 2080 of 2021.

The theses that may emanate from the doctrine on the application in time of the change in judicial precedent and that have been referred to on some occasions by the Council of State, do not by themselves offer a satisfactory answer in order to guarantee the protection of the principles and rights that may be in conflict with this scenario, therefore, in the research work that he developed and from which this article originates, he aims to propose the formulation of some elements that allow the contentious-administrative judge to be granted inputs that guide the application at the time of the binding precedent provided for in Law 1437 of 2011.

The foregoing, through the materialization of a proposal for legislative reform, in order to include the principles of participation and publicity in the change of precedent that broadens the conception that is held in subsection 3 of Art. 103 of the CPCA, through of a procedure that guarantees the knowledge and effective participation of citizens in the change of precedent

KEY WORDS

Creative work of the judge, judicial precedent, change, participation and publicity.

CONTENIDO.

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL JUEZ CREADOR DE DERECHO Y EL VALOR NORMATIVO DEL PRECEDENTE JUDICIAL.
3. LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA PROBLEMÁTICA AÚN NO RESUELTA.
4. DE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.
5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN.

De la mano del pensador norteamericano Lon Luvois Fuller, en reciente oportunidad el doctor Luis Javier Rosero Villota⁴¹ desarrollaba en este mismo escenario de pensamiento libre e investigación, una interesante idea, a saber: *El continuo cambio jurisprudencial sobre una misma temática como elemento frustrante del sistema jurídico colombiano.*

Aunque comparto esta tesis, en el presente artículo pretendo esbozar algunas ideas que pueden llevar a construir ciertas condiciones que mitiguen o reduzcan los efectos negativos que puedan surgir del cambio del precedente judicial y que, por el contrario, permitan su adecuada y racional utilización para ajustar las decisiones judiciales al desarrollo social y normativo de nuestro sistema jurídico.

⁴¹ Magistrado del Tribunal Administrativo del Quindío.

Sin lugar a duda, asumir esta posición debe tener como punto de partida la aceptación del rol activo del Juez en la creación del derecho, por tanto, del reconocimiento del valor normativo del producto de dicha función, esto es, el precedente judicial⁴², el cual, especialmente en materia contenciosa administrativa, se ha visto acompañado de un prolífico desarrollo legal que le reconocen su carácter vinculante⁴³.

2. EL JUEZ CREADOR DE DERECHO Y EL VALOR NORMATIVO DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

Evidentemente, aunque nuestro ordenamiento jurídico pertenece al llamado “derecho continental europeo” de tradición romano-germánica, donde la Ley – en sentido formal- se constituye en la principal fuente de derecho, a diferencia de lo sucedido en países de la tradición del *common law* donde el precedente judicial adquiere mayor relevancia, hoy en día no puede predicarse una separación absoluta e irreconciliable de los dos sistemas, tal como lo ha señalado la doctrina⁴⁴:

⁴² Sobre el particular considero que resulta acertada la utilización de dicho término, entendiéndolo aquel – en términos generales- como la regla vinculante aplicable para casos similares fáctica y jurídicamente hablando que emana de una o varias sentencias de las altas cortes. De igual manera su distinción con el término de jurisprudencia, tal como lo señala la doctrina, en argumentos que comparto, al señalar: “Los términos “jurisprudencia” y “precedente” son distintos, en cuanto el primero tiene naturaleza persuasiva y argumentativa, mientras que el segundo tiene carácter normativo y obligatorio.” Acostamadedo Deik Carolina. El precedente Contencioso Administrativo. Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado. Editorial Universidad Externado. 2018.

⁴³ Tal como puede apreciarse en la Ley 1395 de 2010 y posteriormente en la Ley 1437 de 2011, sin perjuicio de la elaboración previa realizada por la Corte Constitucional que abrió el camino sobre el tema.

⁴⁴ Artículo publicado en la revista Foro, Nueva época, núm. 11-12/2010: 483-537p por María de los Ángeles Nogales Navarro. Departamento de Derecho Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas Universidad Católica «Santa Teresa de Jesús» de Ávila, donde se realiza un análisis y estudio de la obra

“Como es bien apreciable, en nuestros días asistimos a un paulatino acercamiento entre los sistemas de Derecho codificado y los de case law. Por un lado, la jurisprudencia tiene hoy un papel más activo en la Europa continental —el uso del precedente es cada vez más frecuente— y, por otro, en los sistemas del common law las normas legislativas son cada vez más relevante. Esto tiene como consecuencia que en los estudios teóricos del precedente en la cultura jurídica anglosajona se hable no tanto de su fuerza —strenght— como de su ámbito —scope—, y, a su vez, que en los sistemas continentales se discuta acaloradamente su papel o no de fuente de Derecho”.

Así mismo, la labor creadora del Juez encuentra fundamento en la necesidad de adecuar en debida forma el texto abstracto e impersonal del legislador a las circunstancias propias de los casos concretos que ofrecen la dinámica actividad social, como lo fue reconociendo paulatinamente nuestra Corte Constitucional, es así como, por ejemplo, en la sentencia T-406 de 1992 señaló⁴⁵:

“8. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la

denominada, La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental” de María José Falcón y Tella Madrid, Marcial Pons, 2010, 220 pp.

⁴⁵ T-406 de 1992

capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la Ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (Juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del Juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ("Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la Ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial")."

Hoy en día, tal como lo planteo en mi trabajo de investigación, el reconocimiento normativo y la fuerza vinculante de las decisiones judiciales que constituyen precedente encuentra fundamento en los elementos que a continuación enuncio y sobre los cuales no me extiendo por no constituir el objeto principal de esta publicación: 1) En el papel activo del Juez en el proceso de creación del derecho⁴⁶; 2), en los

⁴⁶ El poder de los tribunales de producir precedentes vinculantes, así como el surgimiento de las prácticas judiciales respetadas como tales por los tribunales, no son más que una extensión del poder de establecer de manera autoritativa los litigios frente a los tribunales: Una extensión del poder de los

principios de universalidad⁴⁷ y de inercia⁴⁸; 3) La necesidad de protección y garantía del derecho a la igualdad y la seguridad jurídica; 4) por último, en un criterio de autoridad, en el sentido de asignar esta función creadora en los órganos de máximos de cierre de cada jurisdicción.

3. LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA PROBLEMÁTICA AÚN NO RESUELTA.

Sin embargo, el carácter vinculante del precedente judicial y su nuevo dimensionamiento en las fuentes del derecho ya reconocido⁴⁹, indudablemente ha conllevado a plantear algunas problemáticas que en principio se generaban solo en el marco de la Ley, entre ellas, la forma en que se produce el cambio de precedente⁵⁰, su aplicación en el tiempo e incluso la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos producidos por dichos cambios, este último aspecto, de gran importancia

tribunales que estableciendo autoritativamente lo que habilita a ejercer una acción en particular establecer a través de razonamiento interpretativo cuál es el derecho que los vinculará no solo a los litigantes frente a los tribunales, sino a los tribunales inferiores en el futuro y a través de ellos nos vinculará a todos nosotros". RAZ, Joseph. Entre la autoridad y la interpretación. Madrid. Marcial Pons. 2013, pág. 326.

⁴⁷ Bajo la idea general que "una respuesta correcta debe aplicarse a situaciones similares".

⁴⁸ Basado en la postura de Chaim Perelman, por la cual un principio válidamente aceptado no puede ser desconocido.

⁴⁹ Tal como lo señala el profesor Diego López Medina al elaborar su actualización de la línea jurisprudencial sobre el valor del precedente. Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial. Legis. Página 185. 2016.

⁵⁰ Aspecto sobre el cual el doctor Rosero Villota plantea su principal inquietud desde la perspectiva de la inestabilidad demostrada en el caso colombiano

y de poco análisis hoy en día, no obstante, infortunadamente escapa del ámbito de este artículo⁵¹.

Para abordar este tema, lo primero que debe señalarse es que no puede pretenderse un sistema férreo y absoluto que restrinja el cambio del precedente judicial, pues este como toda norma jurídica responde a una necesidad social y la dinámica del propio derecho positivo, por tanto, con el fin de evitar la incertidumbre y confusión que ello puede generar, deben garantizarse medios y formas que permitan ponderar adecuadamente los principios que entran en colisión cuando esto se produce.

Efectivamente, una de las cuestiones problemáticas que a nivel práctico se ha visto en el ejercicio judicial producidas por el cambio de precedente, es su aplicación y efectos en el tiempo, es decir, si ante la existencia de un nuevo pronunciamiento que constituya precedente judicial, este debe aplicarse a los casos aún no fallados (aplicación retroactiva) o a los que se generen con posterioridad (aplicación prospectiva), interesante problemática, donde hace pocos años se apreciaba un análisis poco profundo por parte de nuestro Consejo de Estado y prácticamente nulo a nivel de Tribunales Administrativos y juzgados en el país.

Ejemplo de lo anterior y a propósito del análisis realizado por el doctor Rosero Villota, es la poca reflexión que generó el cambio de precedente en materia de privación injusta de la libertad, pues recordemos que,

⁵¹ Sin lugar a duda, dicho tema genera inquietudes bastante relevantes, piénsese, por ejemplo, en el caso que la aplicación de un nuevo precedente judicial desfavorable a la parte demandante se aplique en virtud de la mora generada en el despacho judicial que asumió el conocimiento del proceso.

siguiendo la postura afincada por el Consejo de Estado y basada en la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, cuando la absolución en el proceso penal se producía porque el hecho no existió, la conducta era atípica y la más cuestionada cuando era producto del *in dubio pro reo*, muchos jueces y tribunales condenaron a las entidades demandadas, no obstante, dicha tesis fue cambiada para acoger una postura predominantemente subjetiva, lo que conllevó a que muchos de los procesos en curso e iniciado al amparo del anterior precedente fueran resueltos a la luz de la nueva postura, generando en la mayoría de los casos una decisión negativa a las pretensiones de los demandantes. Dicha situación no ha sido aislada y escenarios semejantes, a título simplemente de ejemplo, se observan en la sentencia de unificación de los requisitos para la estructuración del enriquecimiento sin causa y la deducción, en los eventos de reintegro del servidor público⁵²

El tratamiento de la problemática descrita no ha sido abordado profundamente por el Consejo de Estado, porque si bien se anuncia por la doctrina que *“la jurisprudencia comienza ya a estar consciente del problema, nada se prevé legalmente para evitar la retroactividad de los*

⁵² De las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

*cambios de jurisprudencia*⁵³, encontramos que hoy en día la posición es confusa y tampoco se evidencia una solución normativa.

Efectivamente el Honorable Consejo de Estado, en sus diferentes secciones ha adoptado posiciones de diferente índole sobre el tema, desde la orfandad en su análisis⁵⁴, como la adopción de una posición prospectiva, precisando que el nuevo precedente tan solo opera hacia los hechos generados con posterioridad a la nueva decisión⁵⁵ y, por último, retroactiva en otros eventos, es decir, que cobija al caso analizado en la providencia que da origen al nuevo precedente y aquellos en los cuales aún no se ha proferido sentencia⁵⁶. Evidenciándose, en todos los casos, la ausencia de un estudio teórico profundo sobre los fundamentos de una u otra posición.

Sin embargo, deben resaltarse dos providencias que abordan específicamente el tema y realizan un esfuerzo por otorgar unos

⁵³ Como lo señala el profesor Andrés Fernando Ospina Garzón en su artículo titulado: “Los Cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿Veleidad o independencia del Juez?” al referir la sentencia proferida por la Sección Tercera del 04 de mayo de 2011 Expediente. 19001-23-31-000-1998-02300-01 (19957) donde expresa se acogió la tesis de la no retroactividad del precedente.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala Plena – Sección Tercera. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Providencia del 19 de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897)

⁵⁵ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación. 1101-03-15-000-2016-01334-00. Actor. Unidad Administrativa especial de Gestión Pensional y parafiscales – UGGP-. Demandado. Consejo de Estado. Sección Segunda.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 15 de diciembre de 2016.consejera Ponente. Lucy Jeannette Bermúdez. Radicación. 1101-03-15-000-2016-01334-01. Actor. Unidad Administrativa especial de Gestión Pensional y parafiscales – UGGP-. Demandado. Consejo de Estado. Sección Segunda.

fundamentos teóricos⁵⁷, cuyo contenido genera nuevos insumos para el debate correspondiente. En la primera de ellas⁵⁸, considera -en rasgos generales- que todo cambio jurisprudencial referido a competencias estatales, derechos o mecanismos de protección debe ser adoptado e interpretado con efectos prospectivos, así mismo que la retroactividad del precedente viola la cláusula del Estado de Derecho y el deber general del Estado de respeto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad, igualdad y confianza legítima. De otro lado, aunque exclusivamente de ponente, la subsección C de la sección Tercera señaló que la regla que en esta materia mejor se ajusta, es la de la aplicación inmediata (retroactiva), salvo que dicha aplicación afecte sustancialmente el derecho a la igualdad, el debido proceso y la seguridad jurídica.

Como puede apreciarse en los anteriores referentes jurisprudenciales, el debate no se encuentra cerrado, evidenciándose que las posiciones fijadas por el tema parten de la concepción que se tenga del rol del Juez, es así como en mi trabajo de investigación he identificado las siguientes:

1) El Juez como interprete genuino de la recta aplicación de la norma:

Bajo esta posición cuando el Juez establece un nuevo precedente judicial, simplemente está evidenciando la interpretación correcta que siempre

⁵⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 04 de septiembre de 2017. Consejero ponente. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación. 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279). Auto del 25 de septiembre de 2017. Consejero Ponente. Danilo Rojas Betancourt. Sección Tercera. Subsección B. Radicación. 08001233300030130004401.

⁵⁸ Providencia referenciada en la cita anterior emanada de la Sección Tercera. Subsección B.

ha tenido el texto normativo. Igualmente, quienes apoyan esta posición consideran que con ella se garantiza el principio de legalidad en cuanto protege el ordenamiento jurídico, sin que pueda considerarse que con ella se soslaya el principio de confianza y previsibilidad de los usuarios de la administración de justicia. 2) **El Juez creador de la norma:** Esta posición considera que cuando el Juez emite un nuevo precedente judicial crea una nueva norma, por tanto, sus efectos deben ser prospectivos (*overruling* prospectivo). Quienes apoyan esta posición señalan que con ello se garantiza la seguridad jurídica y la confianza depositada por la ciudadanía en el precedente que estaba vigente. 3) **Aplicación menos restrictiva:** Una tercera posición que fundamenta la aplicación retroactiva o prospectiva, dependiendo de si el nuevo precedente es más restrictivo o desfavorable, en tal hipótesis considera que este no resulta aplicable debiendo tan solo tener efectos prospectivos, en caso contrario, es decir, ser más favorable o menos restrictivo, este se aplica retroactivamente a los casos en curso antes de su expedición. 4) **Juicio de Ponderación:** Una cuarta posición que se ha detectado es la que considera que ninguna posición (retroactiva o prospectiva) ofrece una solución satisfactoria, por tanto, será el juicio prudente del Juez quien determine en cada caso cual posición acoger, a través de un juicio de ponderación.

Dichas posturas han incidido en el análisis que -aunque incipiente- la doctrina nacional ha efectuado sobre el tema atinente a la posible responsabilidad del Estado por el cambio de precedente, pues algunos

fundados en la imposibilidad de la aplicación retroactiva, consideran que cuando esto ocurre se contraviene la Constitución Política comprometiendo la responsabilidad del Estado por error judicial⁵⁹.

4. DE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PROPUESTA PARA LA SOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.

Evidenciando una realidad, como lo es, la ausencia a nivel de juzgados y tribunales de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa de un estudio sobre el tema, la falta de una posición uniforme por parte del Consejo de Estado, sumado a que ninguna de las posiciones descritas con antelación, resultan por sí solas satisfactorias de las problemáticas que se generan. Efectivamente, sobre este último aspecto se observa que la aplicación retroactiva o prospectiva no puede estar supeditada -como regla general- a lo desfavorable o restrictivo de la nueva postura, como lo plantea una de las tesis identificadas con antelación, pues dicho aspecto tan solo tendrá incidencia en la medida que el ordenamiento jurídico consagre el principio de favorabilidad para alguno de los sujetos procesales, tal como sucede, verbigracia, en materia laboral, pensional o en el ejercicio de la facultad punitiva en cabeza del Estado, de lo contrario se generaría una evidente contradicción, pues la pregunta es: ¿favorable para cuál de los sujetos procesales?. De otro lado, abogar por una tesis

⁵⁹ Cuesta Simanca Álvaro. Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia. Grupo Editorial Ibáñez. 2012.

eminentemente prospectiva desconocería la naturaleza del proceso contencioso administrativo en nuestro país que ubica a dos posiciones (demandante y demandado) en un plano de enfrentamiento y en el cual las partes acuden al Juez con el fin de hacer valer su tesis. De esta forma si se aceptara que la aplicación del precedente opera solo hacia el futuro, conllevaría a que todo el esfuerzo argumentativo y probatorio de una de las partes por demostrar la necesidad de cambiar el precedente vigente sería un saludo a la bandera, pues no se aplicaría a su caso, pasando por alto que este sujeto procesal también ostenta la titularidad al derecho a una tutela judicial efectiva. Por último, la aplicación del nuevo precedente a los procesos iniciados con antelación a su expedición, sin ningún tipo de matiz (aplicación retroactiva) podría conllevar a la afectación del principio de confianza legítima y minar en forma ostensible la previsibilidad y estabilidad jurídica.

De esta forma, y en ello radica el propósito de mi trabajo de investigación, es proponer la formulación de algunos elementos que permitan otorgar al Juez contencioso administrativo contar con insumos que guíen la aplicación en el tiempo del precedente vinculante previsto en la Ley 1437 de 2011.

Para ello y como punto de partida, considero necesario que además del requisito de “argumentación suficiente” que encuentra un fundamento normativo en el inciso 3 del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, se incluyan los de *participación y publicidad* como elementos que deben integrar el cambio de precedente judicial. Efectivamente, siempre se ha

enarbolado como principal crítica a una aplicación retroactiva del nuevo precedente, la vulneración a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica⁶⁰, sin embargo, si con estos principios se busca proteger las expectativas legítimas fundadas en el precedente existente frente a los cambios bruscos o intempestivos que afecten la estabilidad y previsibilidad en que deben fundarse las relaciones jurídicas en nuestra sociedad, cabría preguntarse: ¿Que sucede si existe una “advertencia razonable” que diluyan el carácter intempestivo del cambio?

Lo anterior, conlleva la materialización de una propuesta de reforma legislativa, a efectos de incluir los principios de participación y publicidad en el cambio de precedente que amplíe la concepción que se tiene en el inciso 3 del Art. 103 del CPCA, a través de un procedimiento que garantice el conocimiento y la efectiva participación de la ciudadanía en el cambio de precedente⁶¹.

El propósito de este nuevo diseño procesal, es garantizar el conocimiento a la comunidad en general sobre el estudio de un caso, que lleve al replanteamiento de la tesis expuesta hasta ese momento y permita de otro lado, la participación activa de los actores sociales (academia, litigantes, judicatura etc.) que puedan verse afectados por tal decisión, evitando con ello el carácter sorpresivo del nuevo precedente judicial y, por tanto, permitiendo parámetros de previsibilidad a los sujetos

⁶⁰ Entendida bajo el marco de la previsibilidad con que deben contar los usuarios de la administración de justicia que su caso será decidido conforme al precedente judicial existente al momento que se traba la Litis en el proceso.

⁶¹ Un avance sobre este tema puede apreciarse en el art. 79 de la Ley 2080 de 2021, no obstante, en la forma propuesta en la norma, aún resulta insuficiente.

procesales y en general a toda la ciudadanía con interés en el tema. De igual manera, ello permitirá que la posición adoptada por quien aboga por el cambio de precedente y por tanto sustenta su tesis en el proceso, no quede como un simple saludo a la bandera, principal crítica que puede esgrimirse frente a la posición prospectiva del precedente, sino que sea valorada teniendo una incidencia real y efectiva en cuanto a la probabilidad de su aplicación, garantizando así el derecho real a una tutela judicial efectiva.

Lo anterior, permitirá respaldar una postura de la aplicación del nuevo precedente judicial a los procesos iniciados con antelación a su expedición, sin embargo, es necesario evidenciar aquellos casos donde la aplicación temporal deberá ser modulada frente otros principios reconocidos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo, tal como sucede -por ejemplo- con el principio de favorabilidad en materia laboral (art. 53 C.P), en el uso de la potestad sancionatoria del Estado o en el caso que la nueva tesis implique una restricción procesal al ejercicio de un derecho fundamental constitucional como el acceso efectivo a la administración de Justicia. En tales situaciones, en mi criterio, debe darse la aplicación del precedente que garantice el reconocimiento favorable, por tanto, su carácter retroactivo o prospectivo estará guiado por dicho aspecto.

5 CONCLUSIONES.

Lógicamente las limitaciones propias de este tipo de publicaciones no permiten profundizar en algunos aspectos importantes de este tema, pero sí permite ofrecer al lector una panorámica general que invite a su reflexión y la formulación de propuestas que contribuyan a enriquecer el debate.

En este orden de ideas puede concluirse:

- Después de álgidas discusiones, hoy en día existe un reconocimiento a la labor activa del Juez en la creación del derecho, lo cual se ve plasmado en el producto de esta actividad creadora, esto es, el precedente judicial.
- El precedente judicial puede ser entendido, como la regla vinculante aplicable para casos similares fáctica y jurídicamente hablando que emana de una o varias sentencias de las altas cortes.
- El reconocimiento del valor normativo del precedente ha generado otras problemáticas que en principio se generaban solo en el marco de la Ley, entre ellas, la forma en que se produce su cambio, su aplicación en el tiempo e incluso la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos producidos por dichas modificaciones.
- No puede existir un sistema férreo y absoluto que restrinja el cambio del precedente judicial, pues este como toda norma jurídica, responde a una necesidad social y la dinámica del propio derecho positivo, por tanto, con el fin de evitar la incertidumbre y confusión que ello puede generar, debe garantizarse medios y formas que permitan

ponderar adecuadamente los principios que entran en colisión cuando esto se produce, verbigracia, el de confianza legítima, seguridad jurídica y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

- Hoy en día se observa una ausencia de estudio profundo sobre el tema a nivel de juzgados y tribunales de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, la falta de una posición uniforme por parte del Consejo de Estado, sumado a que ninguna de las posiciones generadas por la doctrina, resultan por sí solas satisfactorias frente a la problemática planteada.
- La propuesta que se enarbola es la materialización de una reforma legislativa, a efectos de incluir los principios de participación y publicidad en el cambio de precedente que amplíe la concepción que se tiene en el inciso 3 del artículo 103 del CPCA, a través de un procedimiento que garantice el conocimiento y la efectiva participación de la ciudadanía en el cambio de precedente como garantía de una “advertencia razonable”, permitiendo su aplicación a los procesos iniciados con antelación, salvo en los casos donde el ordenamiento jurídico positivo establezca un parámetro interpretativo, tal como sucede – por ejemplo- con el principio de favorabilidad.

LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA FISCAL Y LA MEDIDA PROVISIONAL DE SUSPENSIÓN DE UN SERVIDOR PÚBLICO DE ELECCIÓN POPULAR

¿Convencionalidad condicionada de los artículos 268 N° 17 de la Constitución, 83-2 y 84-2 del Decreto Ley 403 de 2020, parágrafo 2 del artículo 136 de la Ley 1955 de 2019 y 47A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 4 de la Ley 2080 de 2021?

DIANA PATRICIA HERNÁNDEZ CASTAÑO⁶²

Como parte de las competencias del Contralor General de la República de Colombia que emanan de la función pública de vigilancia y control fiscal, se encuentra la de adelantar procedimientos administrativos sancionatorios, en los que puede imponer la suspensión en el empleo como medida provisional o como sanción de los servidores públicos que según el artículo 268 N° 17 de la Constitución Política de Colombia (modificado Art. 2 del Acto legislativo 04 de 2019):

Omitan la obligación de suministrar información o impidan u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y control fiscal, o incumplan las obligaciones fiscales previstas en la ley. Así mismo a los representantes de las entidades

⁶² Abogada *cum laude* de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la misma universidad, magíster en Derecho Público con mención aclamatoria de su tesis de grado y estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como docente, investigadora y par evaluadora en la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, servidora judicial, procuradora delegada ante juzgados administrativos y actualmente es Jueza Sexta Administrativa de Armenia. Autora del libro “Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad”, entre otras publicaciones. dipaheca@gmail.com

que, con dolo o culpa grave, no obtengan el fenecimiento de las cuentas o concepto o calificación favorable en los procedimientos equivalentes para aquellas entidades no obligadas a rendir cuenta, durante dos (2) períodos fiscales consecutivos.

Estas conductas son desarrolladas en los artículos 81 y 82 del Decreto Ley 403 de 2020 y parágrafo 2 del artículo 136 de la Ley 1955 de 2019, y frente a las mismas están previstas las sanciones de multa y la suspensión en el ejercicio del empleo o cargo (artículos 83-2 y 84-2 del Decreto Ley 403 de 2020) e incluso esta última procede como medida cautelar (artículo 47A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 4 de la Ley 2080 de 2021).

Las sanciones administrativas fiscales son entendidas como parte de la facultad correccional del Contralor, que no tienen un carácter disciplinario, ni indemnizatorio, ni resarcitorio patrimonial, y que buscan facilitar el ejercicio de la vigilancia y control fiscal.

Ahora bien, es oportuno cuestionarse si resulta compatible el ejercicio de dicha competencia cuando afecta servidores públicos de elección popular, con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre dicha disposición normativa (bien por incorporación a través del artículo 93 de la Constitución como parte del bloque de constitucionalidad -concepción monista internacionalista moderada-, o por aplicación directa del principio de convencionalidad -concepción

pluralista de integración normativa del sistema interamericano con el sistema interno en materia de derechos humanos-).

En primer lugar, es preciso referir como antecedente a la modificación introducida por el Acto legislativo 04 de 2019, que el numeral 5 del artículo 268 de la Carta Política contemplaba que el contralor tenía facultad para imponer sanciones pecuniarias que derivaran de la responsabilidad fiscal, motivo por el cual siempre que dichas sanciones no recayeran sobre conductas disciplinarias, ni buscaran resarcir ni reparar el daño al patrimonio público, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-484 de 2000 consideró constitucional el ejercicio de dicha facultad correccional desarrollada en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, empero, indicó que no era constitucional imponer sanciones que implicaran la suspensión o remoción del cargo al considerar dicha sanción de naturaleza propiamente disciplinaria:

Ahora bien, las sanciones que consagran las normas acusadas, esto es, la remoción del cargo entendida como la desvinculación del empleado público, la terminación del contrato del trabajador oficial y la suspensión de funciones, no tienen un contenido pecuniario propio de la responsabilidad fiscal, sino que, por el contrario, afectan el núcleo esencial de la relación laboral entre el Estado y el servidor público, la cual se ubica en el derecho disciplinario.

Así mismo, en reciente sentencia C-091 de 2022, al decidir la inexecutable del control automático de los fallos de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional recordó que el proceso de responsabilidad

fiscal es *“un proceso patrimonial y no sancionatorio, cuya finalidad es esencialmente reparatoria”* y *“permite la exigencia de una responsabilidad independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad, como disciplinaria o la penal”*; lo cual, se distingue del proceso administrativo sancionatorio fiscal que es el conjunto de actuaciones administrativas que adelanta la Contraloría *“con el fin de facilitar la vigilancia fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal, e impulsar el correcto y oportuno cumplimiento de ciertas obligaciones que permiten el adecuado, transparente y eficiente control fiscal”*.

En segundo lugar, reconociendo el hecho de que en la actualidad es la cláusula constitucional la que prevé como competencia del Contralor y como modalidad de sanción administrativa fiscal la suspensión del ejercicio del cargo de elección popular, podría aducirse inicialmente que la competencia es constitucional, sin embargo, conocido el contenido del artículo 23.2 de la Convención ADH y la interpretación de dicha norma por la Corte IDH en los Casos López Mendoza vs. Venezuela y Petro Urrego vs. Colombia, se llega a una conclusión distinta.

En efecto, la suspensión como medida correccional dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio fiscal, y con mayor razón, como medida cautelar al interior de este, constituye una restricción de los derechos políticos de los electores o sufragio pasivo, protegidos por el artículo 23.2, ya que son impuestas dentro de un trámite que no tiene carácter jurisdiccional, ni son adoptadas por una autoridad judicial.

Aun cuando dicha competencia tiene por objeto facilitar el ejercicio de la vigilancia y control fiscal y hace parte de las medidas autónomas que el Estado adopta para, entre otros fines, luchar contra la corrupción conforme las obligaciones internacionales incorporadas mediante las Leyes 412 de 1997 y 970 de 2005 que aprueban las Convenciones Interamericana contra la Corrupción y de las Naciones Unidas contra la Corrupción, respectivamente, es claro que dado el estándar internacional de protección de los derechos políticos del elegido y sus electores, la restricción no resulta proporcional ni justificada.

Lo anterior porque en realidad el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal es un trámite accesorio dentro de la función pública de vigilancia y control fiscal la cual se materializa principalmente en el juicio de responsabilidad fiscal, en el que en su desarrollo no se habilita al Contralor para imponer la suspensión del ejercicio del cargo sino para exigirla de las autoridades competentes: los jueces.

Si bien es cierto, algunos autores como Ximena Fuentes, Karlos A. Castilla y Daniel Rivas cuestionan la fundamentación del control de convencionalidad que propone la Corte IDH, por cuanto no existe una norma que de manera expresa le otorgue esa competencia, ni existe una consagración formal de dicha figura, y mucho menos en el orden interno está previsto el control material de normas constitucionales, también es cierto que la lectura armónica de los artículos 1.1, 29, 33 y 64-2 de la Convención ADH sobre la cláusula general de responsabilidad de los Estados partes, los artículos 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre el

pacta sunt servanda y el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y el principio del efecto útil, determinan la responsabilidad de las autoridades de los Estados como Colombia de dar cumplimiento a dicha obligación internacional que materializa uno de los ejes de conformación del sistema interamericano: el principio democrático.

Ante este panorama y en tercer lugar, se concluye que es plausible una responsabilidad del constituyente derivado y del legislador en el procedimiento de creación y configuración normativa por desatención al principio de convencionalidad, que determina al juez constitucional (Corte Constitucional), asumiendo un rol de juez de convencionalidad, aun respecto de reformas constitucionales, realizar una interpretación condicionada de la normativa relacionada con la sanción administrativa fiscal y la medida provisional de suspensión de un servidor público, exceptuando de su ámbito de aplicación a los servidores de elección popular.

**LA ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA FRENTE AL FUNCIONARIO O
AGENTE ESTATAL QUE CAUSA EL DAÑO ANTIJURÍDICO, Y LA
IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN ANTE LA EXISTENCIA
DE COSA JUZGADA (Un caso ilustrativo).**

LAURA FERNANDA URREA CARVAJAL⁶³

The direct action of the victim against the officer or state agent that causes the unlawful damage, and the inadmissibility of the action of repetition due to the existence of res judicata. An illustrative case.

RESUMEN

A través del presente escrito se pretende realizar un análisis crítico de sentencias proferidas por el Consejo de Estado en un caso concreto, con el fin de ilustrar las dificultades que se presentaban en la aplicación del artículo 78 del Decreto 01 de 1984, cuando se facultaba a la víctima del daño antijurídico para presentar acción directa en contra del funcionario o agente estatal que lo causaba, a la luz de lo establecido por el constituyente primario en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, se analiza la improcedencia, en ese caso, de la

⁶³ Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia – Armenia. Especialista en derecho público en responsabilidad y daño resarcible de la Universidad Externado de Colombia. Abogada asesora del Tribunal Administrativo del Quindío. laurita18299@hotmail.com

acción de repetición por la existencia de cosa juzgada frente a la responsabilidad del funcionario y, en consecuencia, se pretende establecer la vía procesal con la que contaba la entidad pública para efectuar el cobro de la obligación solidaria establecida en el proceso de reparación directa.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad del funcionario– cosa juzgada- acción de repetición – obligación solidaria –

ABSTRACT

Through this writing, it was intended to carry out a critical analysis of sentences issued by the Consejo de Estado in a specific case, in order to illustrate the difficulties that arose in the application of article 78 of Decree 01 of 1984, when it empowered the victim of the unlawful damage to present direct action against the officer or state agent that caused it, in light of what is established by the primary constituent in article 90 of the Political Constitution of Colombia. Likewise, the inadmissibility, in this case, of the action of repetition due to the existence of res judicata against the responsibility of the officer is analyzed and, consequently, it is intended to establish the procedural

path that the public entity had to the collection of the fee of the shared obligations established in the direct reparation process.

KEYWORDS

Responsibility of the officer - res judicata - repetition action – shared obligations

Introducción

La responsabilidad del funcionario o agente estatal ha evolucionado desde lo establecido en el artículo 78 del Decreto 01 de 1984 que señalaba la posibilidad de demandar en el proceso de responsabilidad extracontractual del Estado a la entidad y al funcionario de forma independiente o a ambos; luego, a través del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia que consagró la cláusula general de responsabilidad se estableció que era el Estado quien respondía por los daños antijurídicos que le eran imputables y, que, debía ejercer la repetición en el evento de ser condenado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, lo cual generó debates sobre la constitucionalidad de aquella norma frente a la nueva disposición, discusión que fue resuelta por la Corte Constitucional en sentencia C 430 de 2000; y finalmente, la Ley 678 de 2001 que determinó que la responsabilidad de los agentes estatales solo podría analizarse a través

de la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, dejando atrás la acción directa contra el funcionario.⁶⁴

En este escrito, se expondrá un caso en el que se ejerció la acción directa de responsabilidad extracontractual en contra del funcionario, estando vigente el artículo 78 del Decreto 01 de 1984 y el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, realizando un análisis crítico de sentencias proferidas por el Consejo de Estado, lo anterior porque además se busca llevar al lector a una reflexión acerca de que, si bien las sentencias de unificación del Consejo de Estado constituyen un mecanismo que brinda seguridad y confianza en los asuntos en que se presentan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, también se ha convertido en el instrumento que lleva a resolver los problemas jurídicos en un modo que llamaría -automático-, al punto que los jueces podrían llegar a ser reemplazados por la inteligencia artificial, pues solo se necesitaría verificar datos.

Se ha perdido ese pensamiento crítico que tanto enriquece la labor de administrar justicia, tal vez por la gran demanda y la congestión judicial.

En efecto, cuando se cuenta con una sentencia de unificación, el operador se podría limitar a verificar si son los mismos supuestos fácticos y jurídicos

⁶⁴ CE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., Sentencia de 30 de marzo de 2017, Radicación número: 15001-23-31-000-2004-01880-01(38372) Actor: COMPAÑÍA DE TRANSPORTES HUNZA LTDA. Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA - RAMA JUDICIAL

para proceder a aplicarla al caso concreto, pero se olvidaría que cuenta con autonomía judicial que permite apartarse del precedente con un esfuerzo argumentativo importante.

Lo anterior, no es una invitación a desacatar el precedente judicial contenido en las sentencias de unificación, sino una reflexión acerca de la importancia de no perder ese razonamiento al resolver problemas jurídicos en casos concretos. Se debe analizar las reglas de unificación desde un punto de vista crítico, pues ello lleva a dignificar la labor de administrar justicia, máxime cuando existen casos en los que indudablemente nunca una maquina podrá reemplazar al juez.

Inclusive, cuando se hace referencia a sentencias ordinarias proferidas por el Consejo de Estado, tampoco se realiza un análisis profundo y concienzudo al aplicarlas a casos similares.

Por lo anterior, aplicando el método de mayéutica se buscará poner en evidencia las contradicciones que se presentan en el siguiente caso.

1. Un caso ilustrativo

La señora Nelly Tejada Naranjo, entre otros demandantes, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de Caprequindio y el médico Guillermo Alfonso Rodríguez por la muerte de

la señora Beatriz Elena Naranjo Tejada ocurrida el 27 de octubre de 1992, aduciendo que dicho daño se produjo en virtud de una falla del servicio médico asistencial durante una operación quirúrgica denominada colecistectomía.

El Tribunal Administrativo del Quindío profirió sentencia el 14 de septiembre de 1995⁶⁵ por medio de la cual declaró a Caprequindío y al médico Guillermo Alfonso Rodríguez responsables por la muerte de la señora Beatriz Elena Naranjo Tejada y los condenó a indemnizar, en forma solidaria, los perjuicios morales causados a los demandantes. Debe destacarse que dicha Corporación consideró que el médico actuó con culpa grave y, en consecuencia, comprometió la responsabilidad de la entidad por cuya cuenta estaba actuando. Así mismo, reconoció el derecho a Caprequindío de repetir contra el médico por la suma que tuviese que pagar en razón de la condena solidaria.

Ahora bien, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Camilo Arciniegas Andrade, profirió sentencia⁶⁶, por importancia jurídica, el 30 de marzo de 2004, después de haberse discutido 5 proyectos, pues existía una fuerte discusión acerca de si el artículo 78 del CCA, que permite a las víctimas demandar al funcionario directamente, había sido derogado por el artículo 90 de la

⁶⁵ Radicación No. 11001-03-15-000-1997-00736-00

⁶⁶ CE Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo Rad. 11001-03-15-000-1997-00736-00 (S) II

Constitución Política, en cuanto a que solo se podría demandar exclusivamente al Estado y luego, éste repitiese contra su agente.

Consideró la Sala Plena que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 no derogó el derecho de las víctimas a demandar individualmente al funcionario, según el artículo 78 del CCA, ni el derecho del Estado de repetir contra los funcionarios incurso en culpa grave o dolo.

Respecto al caso concreto indicó que la causa eficiente de la muerte de la señora Beatriz Elena Naranjo Tejada fue la oclusión de la arteria hepática y de la vía biliar por un clip puesto durante el procedimiento quirúrgico del 30 de septiembre de 1992, razón por la cual, consideró que debía confirmarse la sentencia de primera instancia que encontró probada la culpa grave del médico y, en consecuencia, la responsabilidad de la entidad pública.

A continuación, se relata lo sucedido en la acción de repetición que se presentó con posterioridad, la cual incentivó el desarrollo del presente artículo, pues pone en evidencia una serie de contradicciones que se originan precisamente en las interpretaciones jurídicas que surgen al analizar la responsabilidad del funcionario o agente del Estado y la posibilidad de la entidad pública de ejercer la repetición contra el mismo.

El Departamento del Quindío, en su calidad de sucesor de Caprequindío, presentó acción de repetición contra el médico Guillermo Alfonso Rodríguez con el fin de que fuera declarado responsable y, en consecuencia, pagara la entidad la suma total que tuvo que pagar a los beneficiarios por la condena impuesta en el proceso de reparación directa por la muerte de la señora Beatriz Elena Naranjo Tejada.

En ese caso, el Tribunal Administrativo del Quindío en sentencia de 12 de abril de 2012⁶⁷ accedió a las pretensiones de la demanda, pues consideró que el médico actuó con culpa grave en la producción del daño antijurídico.

Por su parte, la Sección Tercera, Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 11 de octubre de 2018⁶⁸, revocó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que los elementos de juicio no conducían a la certeza de que el daño se produjo por una conducta gravemente culposa del médico.

Teniendo en cuenta lo anterior, surgen los siguientes interrogantes:

⁶⁷ Radicación 63001-2331-000-2005-01690-00

⁶⁸ Radicación 63001-2331-000-2005-01690-01 (44726)

- ¿Realmente era posible, en ejercicio de la acción de reparación directa y a la luz de lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, demandar directamente al médico que efectuó el procedimiento quirúrgico?

Al respecto, se encuentra que el artículo 78 del CCA permitía a las víctimas demandar directamente a la entidad pública, al funcionario o a ambos, y a su vez si se establecía que el funcionario debía responder, en todo o en parte, la sentencia establecería que sería la entidad la que indemnizara los perjuicios causados, pero surgía el derecho para que ésta repitiera contra el funcionario por lo que correspondía.

Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 430 de 2000 al realizar su interpretación acorde con lo establecido por el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, indicando que la norma *“debe ser entendida bajo la idea de que sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario. De manera que con la demanda simultánea de la entidad y del agente no se vulnera la mencionada norma constitucional, sino que se atiende a la economía procesal, porque en un mismo proceso se deduce la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde.”* Continúa diciendo que *“Según lo anterior, la norma debe interpretarse en el sentido de que únicamente puede perseguirse al funcionario por la vía de la acción de repetición, sólo*

después de que se haya resuelto mediante sentencia la condena del Estado por el daño antijurídico por el cual debe responder. La demanda que pueda incoar el perjudicado contra la entidad responsable o contra su agente, de manera conjunta o independientemente, no contraviene el artículo 90 de la Constitución, porque la norma acusada no autoriza que se pueda perseguir exclusivamente al funcionario, sin reclamar la indemnización del Estado.”

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede inferir que en virtud del principio de economía procesal, en el caso objeto de análisis, se podía demandar directamente a la entidad pública y al médico; sin embargo, la responsabilidad del funcionario por culpa grave o dolo solo se debía analizar si se declaraba la responsabilidad de la entidad, es decir, de manera subsidiaria y no concurrente; razón por la cual no debía condenarse solidariamente como lo estableció el Tribunal Administrativo del Quindío, ni en forma concurrente como lo indicó el Consejo de Estado, sino establecerse que la entidad era la que debía pagar la indemnización a los demandantes y luego, reconocer el derecho de la entidad de repetir por lo pagado contra el funcionario, acorde con lo establecido en la sentencia interpretativa proferida por la Corte Constitucional, derecho que podía materializarse, en mi criterio, a través de la jurisdicción coactiva como lo establece el artículo 79 del CCA.

- ¿Podía la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la acción de repetición volver a analizar la responsabilidad del médico frente al daño consistente en la muerte de la señora Beatriz Elena Naranjo Tejada, cuando en el proceso de reparación directa se concluyó que le resultaba imputable a título de culpa grave?

Se encuentra que la sentencia emitida en el proceso de repetición desconoció la existencia de cosa juzgada frente a la responsabilidad del médico Guillermo Alfonso Rodríguez, pues en el proceso de reparación directa se analizó su responsabilidad frente al daño consistente en la muerte de la señora Beatriz Elena Naranjo Tejada, concluyéndose que el mismo resultaba imputable a título de culpa grave, por lo tanto, no podía nuevamente la jurisdicción proceder a analizar la responsabilidad del médico por los mismos hechos y por el mismo daño.

Lo anterior, conlleva a que existan dos sentencias ejecutoriadas totalmente disímiles, una en la que se concluyó que el médico incurrió en culpa grave causando la muerte de la señora Beatriz Elena Naranjo Tejada, que valga decir fue proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y otra sentencia de Sección que concluyó que el médico no incurrió en culpa grave, y que, por lo tanto, el daño no le es imputable.

- El anterior planteamiento, lleva a preguntarse si ¿desconoció la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado lo establecido

por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa misma Corporación en sentencia proferida por importancia jurídica?

La Subsección de la Sección Tercera desconoció la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que se emitió en un asunto que conoció por importancia jurídica, el cual constituía un precedente vinculante y además cosa juzgada frente a la responsabilidad del médico en virtud de la muerte de la señora Naranjo Tejada.

- Entonces, ¿Cuál era la vía procesal adecuada para que Caprequindío o el Departamento del Quindío, en virtud de la solidaridad establecida en la sentencia de reparación directa, cobrara al médico la parte o cuota de la obligación que le correspondía?

Para resolver dicho interrogante resulta necesario analizar de manera detallada las ordenes que se emitieron en la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío y que fueron confirmadas por el Consejo de Estado en el proceso de reparación directa:

Al respecto, se encuentra que se condenó al médico y a Caprequindío a indemnizar, en forma solidaria, los perjuicios morales causados a los demandantes, lo anterior nos lleva a remitirnos a lo establecido en título

IX del Código Civil sobre obligaciones solidarias, destacándose que los acreedores pueden exigir la totalidad de la deuda a uno o a todos los deudores (Art 1568 C.C.). Así mismo, el deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda (Art. 1579 C.C.).

En ese sentido, si Caprequindío pagaba la totalidad de la deuda, se subrogaba en la acción del acreedor, pero limitada respecto a la parte o cuota que tenga en la deuda el médico.

Sin embargo, ¿Qué pasaría si en la sentencia del proceso declarativo no quedó establecida la parte o cuota que correspondía al médico en la deuda? ¿qué acción puede incoar Caprequindío?

En ese escenario, no podría iniciar un proceso de cobro coactivo o un proceso ejecutivo porque la obligación no sería clara, pues no establece el monto adeudado por el médico.

¿Se trataría de una acción de repetición?, se recuerda que en este caso no se estaría discutiendo la responsabilidad del médico, pues ella ya fue establecida en el proceso de reparación directa, lo que se estaría

discutiendo es qué parte o cuota tiene en la deuda, por lo tanto, la acción de repetición resulta improcedente.

Ahora bien, para el doctrinante Hernando Darío Velásquez Gómez *“Si no se logra desentrañar esa proporción habrá que recurrir, como en las obligaciones conjuntas, a una distribución por partes iguales en aplicación analógica del artículo 2325, además de que la equidad así lo indica.”*⁶⁹. Sería una solución que resultaría razonable en términos de equidad, pero vuelve a surgir la pregunta ¿qué acción procedería para determinar esa proporción?

Teniendo en cuenta el vacío jurídico que se presenta, correspondería a los jueces dentro del proceso declarativo en donde se establece una responsabilidad solidaria, determinar también la cuota o parte que tienen los deudores en la deuda, sin que ello implique un rompimiento de la solidaridad, para efectos de que el deudor que paga la deuda y quien se subroga en acreedor pueda presentar el proceso ejecutivo, pues en ese caso la obligación sería clara.

Ahora bien, volviendo a las órdenes dadas en el proceso de reparación directa, se estableció que Caprequindío tenía el derecho de repetir contra el médico Guillermo Alfonso Rodríguez por la suma que aquella tuviese que pagar en razón de la condena solidaria.

⁶⁹ Hernando Darío Velásquez Gómez, Estudio sobre OBLIGACIONES, Editorial TEMIS. Pags. 455

Orden que permitiría inferir que el Tribunal Administrativo del Quindío determinó el derecho de la entidad de subrogarse en el acreedor para cobrar la totalidad de la deuda al médico, inclusive así lo indicó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como se observa a continuación *“Sin embargo, como la sentencia apelada reconoció a CAPREQUINDIO el derecho a repetir contra el médico **por la totalidad**, no puede la Sala disminuir éste derecho, porque haría más gravosa la situación del apelante único”*.

Ahora bien, considero que, aunque se utiliza la palabra “repetir”, con ello no se pretendía indicar que se iniciara una acción de repetición, como lo hizo el Departamento del Quindío en su calidad de sucesor de Caprequindío, pues, como se dijo, la responsabilidad del médico ya había sido analizada. Lo que se quería expresar era que la entidad pública podía hacer efectivo el crédito a través de la jurisdicción coactiva o por medio de un proceso ejecutivo, como lo establece el artículo 79 del CCA.

Pero, entonces, si se determinó que la entidad pública podría cobrarle al médico la totalidad de la deuda, a modo de repetición. ¿desaparecería la solidaridad?, se debe considerar que sí, porque finalmente la entidad pública no tendría parte o cuota en la deuda.

- Finalmente, otro interrogante que surge es: si las sentencias que se profirieron en el proceso de reparación directa se encuentran ejecutoriadas y contiene una obligación clara expresa y exigible, por lo tanto, constituyen un título ejecutivo ¿Qué efectos tiene las sentencias ejecutoriadas que se profirieron en el proceso de repetición sobre dicho título ejecutivo? ¿desparecería la obligación del médico frente al reembolso que debe realizar a Caprequindío o al Departamento del Quindío?

Pero dicho interrogante es tan complejo que se necesitaría presentar un artículo completo al respecto, por lo tanto, lo dejo planteado para que los lectores realicen el análisis del mismo.

Conclusión

Como conclusión se determina que, para el ejercicio de la función pública de administrar justicia, el operador jurídico debe realizar una interpretación integral de la jurisprudencia, a través de cualquier método que garantice el punto crítico que debe tener como autoridad judicial, para evitar decisiones incongruentes derivadas de la aplicación automática de las mismas.

En ese proceso se pudo observar una serie de contradicciones en dos procesos que fueron conocidos por la jurisdicción de lo contencioso

administrativo, los cuales contienen decisiones disímiles frente a la responsabilidad de un agente del estado, que llevan a un desconocimiento de la institución jurídico procesal de la cosa juzgada y generan para los demandantes una incertidumbre jurídica frente a si el funcionario fue o no el causante del daño.

Bibliografía

- Hernando Darío Velásquez Gómez, Estudio sobre OBLIGACIONES, Editorial TEMIS.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Decreto 01 de 1984.
- Ley 768 de 2001.
- Código Civil.
- Corte Constitucional, Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell Sentencia C 430 de 2000.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, sentencia de treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 15001-23-31-000-2004-01880-01(38372).
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, sentencia de treinta (30) de marzo de dos mil cuatro (2004), Radicación Número: 11001-03-15-000-1997-0736-00 (S) IJ

- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 63001-2331-000-2015-01690-01 (44726).

CRIMEN Y LOCURA: EJEMPLOS DE MARGINALIDAD EN LA SOCIEDAD DE BIENESTAR Y SU PAPEL EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD.

VÍCTOR HUGO ARANGO URIBE⁷⁰

La locura fascina porque es saber. Es saber, ante todo, porque todas esas figuras absurdas son, en realidad, los elementos de un conocimiento difícil, cerrado y esotérico. Este saber, tan temible e inaccesible, lo posee el loco en su inocente bobería. En tanto que el hombre razonable y prudente no percibe sino figuras fragmentarias –por lo mismo más inquietantes- el loco abarca todo en una esfera intacta: esta bola de cristal, que para todos está vacía, está, a sus ojos, llena de la espesura de un saber invisible.

Michel Foucault, 1961.

RESUMEN

Desconocer el carácter marginal y excluyente de las sociedades actuales, es negar una realidad plausible y observable en nuestra cotidianidad. Hoy, los pilares sobre los que se fundan aquellas, distan mucho de los

⁷⁰ Abogado egresado de la Universidad La Gran Colombia y Profesional en Filosofía de la Universidad del Quindío. Especialista en derecho administrativo y Magíster en derecho del Estado con énfasis en derecho público de la Universidad Externado de Colombia, cuenta con estudios de diplomado en pedagogía educativa y cursos de formación profesional en la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Profesional Universitario adscrito al Tribunal Administrativo del Quindío. victoruribeabogado@gmail.com

ideales humanistas desde los cuales se pensó la humanidad en las más ilustradas etapas de la historia, siendo ahora la exclusión y la marginalidad las que rigen parte de los destinos humanos, guiándola por las sendas de su desnaturalización. Esta reflexión, constituye un estudio crítico de cómo a través del tiempo, la figura del loco y el delincuente ha jugado un destacado papel en todas las etapas de la historia, observando como en contraste de la Edad Media y la Edad Moderna, el sometimiento a los “diferentes” alcanza su máxima expresión en la actualidad, gracias al aislamiento que los centros de normalización generan, los cuales, buscando nada más que el encauzamiento del loco y el delincuente en los parámetros de lo normal, constituyen los peores modelos de exclusión que legitimados por los discursos del poder imperante y la racionalidad, han sido aceptados por los individuos con atónita pasividad e indiferencia. Esta, constituye una crítica a los sistemas penales modernos y al discurso legitimador del oprobio de la segregación social, todo desde un análisis eminentemente filosófico.

PALABRAS CLAVE

Sociedad (society), locura (madness), crimen (crime), normalización (normalization), control.

I. Planteamiento general del problema: relación marginalidad/locura/criminalidad dentro de la sociedad de bienestar (Notas introductorias).

Si bien en la actualidad no es errar el hablar de *sociedad de control* para hacer alusión al modelo de sociedad imperante, utilizar este término para referirnos a los asuntos sobre los cuales gira esta reflexión, es limitar las dimensiones que pretende adquirir la misma, pues dicha noción resulta insuficiente a la hora de explicar sin dejar escapar detalle alguno, todas las cuestiones que componen a la locura y el crimen, como aquellos comportamientos contrarios a los cánones de la normalidad establecidos dentro de la sociedad.

Dichas cuestiones, al estar fuera de los denominados criterios de lo “normal”, van más allá de las complejas dinámicas de dominación que crea el poder para controlar la vida de las personas, cuestiones que requieren ser pensadas desde una estructura conceptual que abarque además de dichas dinámicas de control, todos aquellos aspectos que a simple vista escapan al juicio crítico de la razón, que se implantan como verdades que ninguno quiere reconocer, pero que para los efectos de la presente disertación, son su finalidad y su propósito relucir y sacar a flote. Así, la estructura conceptual que más se acerca a dichos propósitos es la noción de *sociedad de bienestar*, término que sintetiza y configura idóneamente, el modelo de exclusión y marginalidad imperante en nuestros días, el cual adquiere en este siglo XXI sus máximas dimensiones, agudizadas en las más sorprendentes y cuestionables formas de exclusión de los diferentes.

Estos procesos de exclusión encuentran su materialización, en establecimientos que revisten gran cantidad de formas dentro del

espacio en que vivimos, manifestadas en regiones cerradas, lejanas, de reposo, privativas de libertad, que se convierten en centros de exclusión de los diferentes, lugares de los cuáles hace uso la sociedad de bienestar a través de las relaciones de poder y su discurso imperante, para generar en el resto de personas “normales” un ambiente de seguridad y tranquilidad, pues al ser el loco y el delincuente individuos inservibles, problemáticos, y contrarios a los propósitos que dicha sociedad promulga, deben ser alejados de la misma con el fin de buscar su salvación o su reclusión, pues de lo contrario, su influencia puede ser tan perjudicial como su libre presencia para el resto de individuos “carentes de comodidad”.

Por establecimientos o centros de normalización entenderemos aquí, aquellos *“lugares que la sociedad acondiciona en sus márgenes, en las zonas vacías que la rodean, reservados a los individuos cuyo comportamiento se desvía en relación a la media o a la norma exigida”*⁷¹, tales como los sanatorios, los asilos para ancianos, las clínicas psiquiátricas, y las cárceles, instaurados como verdaderos centros de socialización de los individuos.

Para el poder, estas estructuras constituyen un problema al cumplir tan solo con una de sus dos funciones: la de generar un ambiente de tranquilidad inefable al resto de sujetos “normales”, y no la de

⁷¹ Foucault, M. (1966). *Utopías y heterotopías y El cuerpo utópico*. Conferencias radiofónicas pronunciadas el 7 y el 21 de diciembre de 1966 en France-Culture.

“resocialización”, siendo ésta última, el máximo objetivo del modelo actual de sociedad, pues se trata de recuperar de la locura y delincuencia, a potenciales sujetos de mercado al servicio de un sistema consumista, alienados y funcionales. Una concepción que desde la filosofía ha tenido eco, en la tradición que, específicamente, desarrolla a cabalidad el filósofo francés Paul Michel Foucault.

Así, al crear dicha sociedad con sus discursos y su poder los sujetos que necesita para su propia subsistencia, surge el interrogante de cuál es el papel que está desempeñando la racionalidad humana ante este panorama, la cual pareciera ignorar ésta realidad al permitir con la legitimación de dicha marginalización, la desnaturalización de la esencia humana, admitiendo la entrada del poder en la vida misma de los individuos (biopolítica), aniquilando de esta forma cualquier posibilidad de individualidad crítica en las personas, observando cómo esta marginalización está permeando inevitablemente la capacidad crítica de razonar del hombre.

No pretendo aquí definir ni responder a la pregunta “qué es la locura”, ni tampoco pretendo exponer las posibles respuestas que desde la ciencia y la psicología se puedan dar a dicho interrogante, no pretendo hacer un elogio a la criminalidad, ni descubrir biológica o legalmente lo que constituye ser un criminal; quiero en esta reflexión filosófica, exponer las condiciones que a través de la historia ha tenido que atravesar la locura y el crimen dentro de las sociedades, visibilizando de esta forma como han constituido en cada época verdaderos enigmas desde el punto de

vista político y moral, siendo para el caso de estas sociedades de bienestar, eternos lastres y dilemas de difícil abordaje, pero que para esta ocasión, constituyen contrariamente fuente de inspiración.

II. La locura y su papel en la historia de la humanidad: la figura del loco como fuente de inspiración, creación de los “centros de normalización” y los primeros brotes de exclusión.

El proceso vivido por la locura en cada una de las etapas que compone la historia de la humanidad ha sido complementario. En dichas etapas, a saber: la Edad Media, la Edad Moderna y la Edad Contemporánea, siempre ha estado presente la locura como tema de discusión política y social, siendo la excepción el caso de la Edad Antigua, pues la reflexión sobre la locura no recaía en su aspecto ético y político, sino en un estudio médico y espiritual, plasmado principalmente en la *Teoría de los cuatro humores* realizada por Hipócrates, y en reflexiones filosóficas realizadas por Platón, constituyendo estos los referentes de la locura en la antigüedad, los cuales no serán objeto de análisis para esta reflexión al constituir un estudio médico y espiritual, y no político y moral, cercanos a la reflexión filosófica.

La primera consideración a tener en cuenta en el estudio del proceso vivido por la locura en la historia, es que está no constituye el primer brote de marginalidad dentro de la sociedad. Su lugar, lo ocupaba el sentimiento de repulsión producido por las enfermedades contagiosas

como la lepra y las enfermedades veneras, siendo finalmente estas plagas, factores determinantes en la construcción y adecuación de espacios de aislamiento para los casos problemáticos de anormalidad.

Desde los inicios de la Edad Media, la “anormalidad”, ha recibido un trato especial en tanto son muchos los asuntos de la sociedad (políticos, económicos, de estética y convivencia) que pueden verse en juego ante las patologías extrañas que al interior de ésta presentan ciertos individuos que ya sea biológicamente o por desgracia, deben vivir en dichos estados.

En *Historia de la locura en la época clásica* (1961), Michel Foucault expone con perfecto detalle, cómo las estructuras y los centros de normalización a los cuales aquí hacemos crítica alusión, surgen a partir de los constantes brotes de contagio y enfermedad que desde los albores de la Edad Media se dan en el viejo continente. Dichas enfermedades, por su incomodidad e indeseabilidad, generan en la sociedad la exigencia de controles efectivos sobre estas, destinando para ello determinados espacios fuera de sus márgenes para ubicarlos y tratarlos, erradicando a su vez intencionalmente de su entorno, todos aquellos casos incurables, molestos, agudos y problemáticos de enfermedad, pues es claro que dichos casos extraños dentro de las calles citadinas no pueden ser.

Para dar respuesta a esta situación, la sociedad medieval a finales del siglo XIV (Alta Edad Media), encontró como salida y solución, la organización y adecuación de esos *lugares otros* en las márgenes de la ciudad, siendo dicha situación intencionalmente aceptada por la colectividad, al convertirlos en lugares necesarios para la normalización,

cura, residencia o última instancia de estas anormalidades, los cuales luego de la erradicación de la lepra a finales de la Edad Media, *“van a esperar y a solicitar por medio de extraños encantamientos una nueva encarnación del mal, una mueca distinta del miedo, una magia renovada de purificación y de exclusión”*⁷².

La locura desde la época medieval, no suscitó inicialmente, dentro de la sociedad, un problema real de exclusión y marginalidad tal y como sucede en la sociedad actual, gracias a los métodos que utilizaban los gobiernos locales de las municipalidades en los países europeos para deshacerse de las molestias. Paradójicamente, la figura del loco a finales de la Edad Media entraña una serie de ritualidades que, si bien fueron desapareciendo al momento en que el sentimiento de repulsión y asco hacia los anormales se fueron agudizando, no era este el panorama del loco a finales de la Alta Edad Media. Los locos de entonces, *“vivían ordinariamente una existencia errante. Las ciudades los expulsaban con gusto de su recinto; se les dejaba recorrer los campos apartados, cuando no se les podía confiar a un grupo de mercaderes o de peregrinos”* (Foucault, 1961, p. 12).

⁷² Foucault, M. (1961). *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica – pág. 6

Los locos, tenían en el Medioevo libertad de locomoción por todas las calles de la ciudad, y su única prohibición era el ingreso a las iglesias. En esta época, y entrado ya el Renacimiento en plena Edad Moderna, era muy frecuente dentro de las sociedades, embarcar a los locos en navíos y enviarlos a otras ciudades lejanas en “*busca de razón*”. Aunque no siempre eran expulsados pues algunas ciudades aceptaban como en nuestros días convivir con los locos que consideraban parte de su propia identidad, estos no constituían un problema serio de salud pública, siendo el tránsito de una ciudad a otra la única practica utilizada para deshacerse de los casos más problemáticos.

En el caso de la sociedad moderna, la locura además de generar risa, fue fuente de inspiración para gran parte del movimiento cultural renacentista en pleno auge del *humanismo*, identificándose así el por qué fue constituyéndose en un serio problema para el poder. La locura, despertaba todo tipo de sentimientos que desencadenaban una serie de ritos alrededor de ella promovidos por la misma sociedad, que poco a poco fueron constituyendo una crítica a los discursos de racionalidad imperantes y al poder mismo de la Iglesia.

La locura, como fuente de inspiración, permeo desde finales de la Edad Media hasta la modernidad, a toda una serie de artistas, escultores, escritores, e intelectuales, de la talla de Shakespeare, Erasmo de Rotterdam, De Lancre, El Bosco, Brant, Brueghel, entre otros,

influyendo así mismo tempranamente el arte gótico y sus estructuras cargadas de insensatez. “La Edad Media, había colocado la locura en la jerarquía de los vicios [...] En el Renacimiento, la locura abandona ese sitio modesto y pasa a ocupar el primero: ahora es la locura la que conduce el alegre coro de las debilidades humanas, en el amor propio, en la adulación, en el olvido, en la pereza, en la voluptuosidad, en el aturdimiento, en la molicie, en la buena comida y el sueño profundo”⁷³.

En el convulsionado mundo clásico desde finales de la Edad Media y hasta la segunda mitad del siglo XV, lleno de peste y guerras, donde solo reina la muerte en las ciudades y en la mente de las personas que se cuestionan su propia existencia, pasa la locura a relegar el pesimismo y la preocupación hacia la muerte, las cuales al poner su atención en ella, encuentran una vía de fuga ante el desolador panorama que los devenires históricos les aguardaban, siendo la locura aquella fiesta que pone de cabeza el panorama social y político de la época. La muerte, finalmente, al ser también objeto de exclusión, aportará a la marginalización de la locura al ser entendida ésta poco a poco como viva manifestación de la muerte en la vida, al burlarse de los principios morales y racionales impuestos como “normales”, legitimados por el discurso de la racionalidad propio de la modernidad.

⁷³ Foucault, M. (1961). *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica – pág. 21.

III. El crimen y su papel en la historia de la humanidad: la figura del delincuente como expresión de marginalidad – el problema histórico del sistema penitenciario es agudizado en la actualidad

Junto a la locura, el crimen ha constituido un problema real en todas las etapas de la historia. La figura del delincuente, presente desde la antigüedad hasta nuestros días, desafía a la sociedad de bienestar al atentar contra su orden y estado de tranquilidad. La prisión, al constituir el sitio de reclusión del delincuente, sumerge a dicha sociedad en un verdadero dilema, pues: “¿Cómo podría dejar de ser la prisión la pena por excelencia en una sociedad en que la libertad es un bien que pertenece a todos de la misma manera, y al cual está apegado cada uno por un sentimiento universal y constante?”⁷⁴.

El estudio del origen de la prisión, debe ser remontado históricamente a la Edad Media, a partir de las ya conocidas para nosotros *sociedades disciplinarias*, que imponían sobre el cuerpo el cumplimiento de la pena que debía recibir todo aquel que cuestionaba la voluntad de quien gobernaba. El uso como política penal de todo tipo de técnicas de tortura y suplicio sobre el cuerpo, constituían la muestra fehaciente del poder del

⁷⁴ Foucault, M. (1975). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Pág. 211.

gobernante al dejar con la ejecución de dichas técnicas, un mensaje de miedo y terror en el resto de personas.

Así, viendo como todo el panorama de castigo al delincuente en la Edad Media recaía eminentemente sobre el cuerpo, se produce a contrario sensu en la Edad Moderna, un cambio de perspectiva en la política penal, gracias a la nueva concepción humanista que en los siglos XV, XVI y XVII el *Renacimiento* y la *Ilustración* trajeron consigo, al considerar que ya no debe continuar recayendo el castigo sobre el cuerpo, sino que debe buscarse ahora la corrección y encauzamiento de los delincuentes desde una estructura que permita un disciplinamiento más del alma que del cuerpo, siendo el *Panóptico* (o prisión), la única estructura idónea que cumplía con estos fines, al garantizar el mayor bien alcanzado por el hombre: el humanismo.

En *Vigilar y Castigar (1975)*, Foucault aborda el desolador panorama del delincuente, expresando como la prisión, luego de elaborados “los procedimientos para repartir a los individuos, fijarlos y distribuirlos espacialmente, y clasificarlos” (p.211), busca obtener del delincuente el mayor provecho posible ante todo el tiempo que pasara retenido en la cárcel. Así, la sociedad de bienestar, pretende “obtener de ellos el máximo de tiempo y el máximo de fuerzas, educar su cuerpo, codificar su comportamiento continuo, mantenerlos en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de

notaciones, buscando constituir sobre ellos un saber [marginal] que se acumula y se centraliza”⁷⁵

La marginalidad desde la modernidad, se presenta en la prisión al constituirse ésta en el centro de reclusión al cual debe ir todo aquel que contraríe o afrente un sistema legal o político establecido. Si bien es indiscutible la necesidad de control sobre los actos que constituyen delito según la ley como el homicidio, es necesario que el modelo penal y carcelario sea replanteado, pues la cárcel, concebida como la única alternativa de pena a la cual es acreedor el delincuente, legitima la marginalidad impuesta por la sociedad de bienestar, al enviar a ella individuos que por pensar diferente son considerados como delincuentes sin serlo propiamente. La sociedad de bienestar, al crear e introducir dentro de las legislaciones penales los denominados delitos políticos, tales como la rebelión y la sedición, institucionaliza la marginalización de la diferencia, tachando de delincuencia todo acto que la contraríe.

Las cárceles, si bien se constituyen hoy en aquellos centros idóneos en los cuales corregir la conducta de ciertos individuos que por impulsos de anormalidad deciden contrariar el orden que la sociedad a determinado incontrovertible, cumplen más con la función de encerrar en ellas a todo

⁷⁵ Foucault, M. (1975). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Pág. 211.

aquel que movido por las inequidades que la misma sociedad genera decide contrariar el sistema, siendo por ello urgente su reclusión para no afectar el tranquilo curso de la cotidianidad.

IV. La racionalidad cartesiana y su responsabilidad en la legitimación de la marginalidad de la locura y el crimen (Consideraciones finales).

La discusión sobre el crimen y la locura como ejemplos de marginalidad en la sociedad de bienestar, esconde una problemática manifestada en la posible responsabilidad de la racionalidad como legitimadora de esta realidad.

En sus *Meditaciones Metafísicas (1641)*, Descartes al emprender la búsqueda por un conocimiento cierto e indudable, ubica “la locura al lado del sueño y de todas las formas de error”⁷⁶. Al dudar de los sentidos por ser engañosos y el sueño por ser inestable, Descartes elimina la posibilidad de que la locura pueda constituir parte en la búsqueda por un conocimiento verdadero, al manifestar como esta tarea solo puede alcanzarse con la lucidez de una razón sensata y no desde la insensatez del loco, “cuyo cerebro esta tan turbio y ofuscado por los negros vapores de la bilis, que aseguran ser reyes siendo muy pobres, ir vestidos de oro y purpura, o tener el cuerpo de vidrio”⁷⁷.

⁷⁶ Foucault, M. (1961). *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica – pág. 21.

⁷⁷ Descartes, R. (1641). *Meditaciones metafísicas*. Primera meditación.

Esta exclusión de la locura⁷⁸ en Descartes, puede entenderse al constituir la insensatez del loco lo opuesto a la racionalidad, al recrear éste en su cerebro un mundo propio desvariante e irreal, cosa contraria a la universalidad que pretende adquirir la razón, no pudiendo con ello constituir la locura, un elemento en la búsqueda de la más certera verdad de la cual se predica también universalidad. Esto se corrobora, en tanto *yo, que pienso, no puedo estar loco pues pienso racionalmente*; lo cual, a diferencia del loco, que, si bien piensa, no lo hace racionalmente. “La duda de Descartes [...] destierra la locura en nombre del que duda y que ya no puede desvariar, como no puede dejar de pensar y dejar de ser [...], en adelante, la locura está exiliada. Si el hombre puede siempre estar loco, el pensamiento, como ejercicio de la soberanía de un sujeto que se considera con el deber de descubrir lo cierto, no puede ser insensato, siendo imposible una razón irrazonable o una razonable Sinrazón⁷⁹”

Lo que encierra esta discusión, es que al situarse la razón a raíz del pensamiento cartesiano en el único método adecuado para determinar qué es lo cierto o que es lo falso, para hallar la verdad, la racionalidad se ubica en el centro de la humanidad con la autoridad de que al poseer esta facultad de certeza y seguridad, tiene ella misma en últimas la potestad de legitimar todos aquellos discursos marginalizantes y excluyentes que al interior de las sociedades se gestan, tal y como sucede en la actualidad

⁷⁸ Foucault, M. (1961). *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica – pág. 40.

⁷⁹ Ídem

con el crimen y la locura, como los más opuestos y contrarios casos al discurso sensato que la racionalidad tiene.

Al abordar la relación crimen/marginalidad en estas líneas, no planteo un desconocimiento del sistema legal ni de nuestras instituciones jurídicas, sino más bien sugiriendo un replanteamiento de estos, pues paradójicamente la relación existente entre crimen y exclusión, parte de la misma sociedad de bienestar, la cual por su alto grado de marginalidad, genera que ciertos individuos contraríen el modelo imperante a través de la violación de ciertos delitos creados por la misma sociedad para su subsistencia, encontrando ella de esta forma la excusa para recluir dentro de las cárceles, cualquier intento de afrenta contra sí misma.

Por su parte, el importante papel de locura en la historia de la humanidad, es muestra fiel de que esta: “(...) no se encuentra unida al mundo y a sus fuerzas subterráneas, sino más bien al hombre, a sus debilidades, a sus sueños y a sus ilusiones”⁸⁰. Ésta, al convertirse en una sátira moral al modelo social imperante desde la edad Media, pues tal y como describe Brant a los locos en su Nave, estos “avaros, delatores, borrachos; son aquellos que se entregan a la orgia y al desorden; aquellos que interpretan mal las Escrituras, los que practican el adulterio, en una palabra, todo lo que el hombre ha podido inventar, respecto a irregularidades de su propia conducta”⁸¹, constituyen en la actualidad

⁸⁰ Foucault, M. (1961). *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica – pág. 21.

⁸¹ *Ibidem* – pág. 23

una crítica a los parámetros que la moralidad clásica cristiana ha impuesto, así como al discurso de la razón que legitiman los procesos de exclusión y marginalización.

Es claro, como las sociedades actuales más que posibilitar el libre y autónomo desenvolvimiento personal de los individuos que las componen, crean sujetos cuya carga de cosificación y apatía es tal, que los límites entre lo humano y lo inhumano se reducen cada vez más, por la inquietante forma en que estos sujetos piensan su realidad. ¿No es, sumado a esto, muy preocupante pensar qué sea la racionalidad aquella que legitime en realidad los discursos de marginalidad imperantes en la actualidad? Esta realidad, es la que aún parece persistir y que se resiste al cambio.

- **TRABAJOS CITADOS**

Díaz, E. (1995). *La filosofía de Michel Foucault*. Buenos Aires: Biblos.

Descartes, R. (1641) *Meditaciones metafísicas*.

Foucault, M. (1961). *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (1975). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Foucault, M. (1966). *Utopías y heterotopías y El cuerpo utópico*. Conferencias radiofónicas pronunciadas el 7 y el 21 de diciembre de 1966 en France-Culture.

VÍNCULOS ENTRE ARTE, FILOSOFÍA Y VIDA

En un Fragmento de *Profundis* de Oscar Wilde, páginas 44-45

YSIS VÉLEZ⁸²

RESUMEN

Este escrito tiene el propósito de configurar un comentario de un pasaje de la obra de Oscar Wilde, *De Profundis*, del género epistolar, desde el cual se muestra una conexión profunda entre arte, filosofía y vida, así que se presentarán aspectos relacionados con el contenido y la forma del pasaje de la página 44 y 45 de la traducción de Miguel Temprano García. En este análisis del fragmento enunciado el lector encontrará un vínculo entre filosofía y literatura, especialmente desde la perspectiva del dandismo del siglo XIX. Para ello, se propone abordar algunos tópicos en esta epístola tales como: transmutación entre arte y filosofía, en donde se podrá apreciar la preocupación de Wilde de vincular la reflexión en torno a la poesía, el teatro, la música y la prosa, como formas de creación

⁸² Magister en Filosofía de la Universidad del Valle, candidata a doctora en Filosofía de la Universidad del Valle, miembro del grupo de investigación *Politia* de la Universidad del Quindío, línea Filosofía Antigua y de la Animalidad, docente Programa de Filosofía de la misma Universidad. En el ámbito de la Filosofía Antigua ha trabajado el pensamiento platónico y aristotélico en temas como el problema de las virtudes morales, el ciudadano, la felicidad, vínculos entre retórica y pedagogía, en conexión con la cuestión animal. Se interesa por el problema de los animales en Aristóteles. Desarrolla su proyecto doctoral titulado *phrónesis en los animales, un análisis de la ética y la biología en Aristóteles*. Como investigadora y miembro de la Fundación Espíritu Animal Colombia, coordina la conmemoración del día mundial de los animales (2010-2022) y el Simposio en Filosofía Antigua de la Universidad del Quindío (2018-2022).

estética y de producción del pensamiento, esto es, la importancia de la paradoja como una forma lógica y vital de comprender el mundo, al parecer del dramaturgo, tanto el arte como la filosofía se diferencian e identifican en la objetivación de las obras y no sólo inciden en la cultura de su tiempo sino en la expresión del hombre y de la sociedad. El otro aspecto del comentario se centra en el artista o dandi frente al vida, explorando en esta manera de concebirse en el arte, como aquel hombre profundamente relacionado con la moda, con la exterioridad, con un mundo que demanda de un individuo la encarnación de una vida moral y estética y al mismo tiempo se despliega una personalidad que rompe con las convenciones y bordea las profundidades de la trivialidad, de ahí que la suprema enseñanza se traduzca en placer y dolor como modos del descubrimiento del conócete a ti mismo, y, por último, la unidad entre la idea y lo sensible en el arte, en donde se muestra que hay un paradigma de lo estético, pues la belleza está encarnada no solo en los cuerpos sino en las creaciones espirituales. Así, cuerpo y alma forman una unidad, y el arte trata no solo de lo trascendente sino de la circunstancial. Con lo cual se concluye que el arte, la filosofía y la vida se complementan de tal forma que ponen en cuestión el pensamiento moderno, de tal forma que los valores morales y estéticos surgen de la experiencia del dolor y del descubrimiento de una singularidad que aboga por la transmutación de una vida que merece ser pensada, en la vida de un escritor que medita sobre sí mismo.

El presente ejercicio de escritura pretende realizar un comentario de algunos aspectos conceptuales en ciertos pasajes de la obra *De profundis*, in *El secreto de la vida* de Oscar Wilde⁸³, entre las páginas 44 y 45, de la traducción de Miguel Temprano García, la cual expresa lo siguiente:

“Los dioses me habían dado casi todo. Tenía genio, un nombre distinguido, una elevada posición social, brillantez y osadía intelectual: hice del arte una filosofía y de la filosofía un arte, cambié la forma de pensar de la gente y el color de las cosas, no había nada que yo dijera que no causara pasmo. Tomé el teatro, la forma más objetiva que conoce el arte, y lo convertí en una forma de expresión tan personal como la lírica

⁸³ Biografía de Oscar Wilde:

Oscar Wilde fue escritor, poeta y dramaturgo británico, destacado por su sarcasmo social. Nació en el año 1854 en Dublín, en una familia aristócrata y sería el mediano de tres hermanos. Falleció en París en 1900. Estudió con honores en el Trinity College en su ciudad natal y terminó sus estudios en Oxford. Durante ese periodo, el escritor estudió a los clásicos de la literatura griega, convirtiéndose en un experto sobre la materia, incluso ganando varios premios de poesía clásica, como el Premio Newdigate de poesía, el cual tenía mucho prestigio en esa época. Viajó por Europa y publicó sus poemas en periódicos o revistas. A partir de 1879 vive en Londres de manera permanente donde años después se casó y tuvo dos hijos. Es en Londres donde empieza a producir sus primeras obras de éxito, como su reconocida novela “*El Retrato de Dorian Gray* (1890) o, en teatro, *El abanico de Lady Windermere* (1892), *Salomé* (1894) — que fue censurada por retratar personajes bíblicos—, o *La importancia de llamarse Ernesto* (1895), divertida comedia que ha sido llevada al cine en diversas ocasiones. Entre los años 1887 y 1889 editó una revista femenina, *Woman’s World*”. En 1895 es acusado de sodomía por el padre de un íntimo amigo suyo, Wilde es condenado a dos años de trabajos forzados. Durante su estancia en prisión escribiría una larga carta titulada *De Profundis*, que no sería publicada de manera completa hasta 1909, ya de manera póstuma. Tras su salida de la cárcel abandona Inglaterra rumbo a Francia, donde viviría en Berneval hasta la muerte de su esposa en 1898. Desde ese momento y bajo el nombre de **Sebastián Melmoth**, viajó por Europa y se instala en París, donde murió en noviembre del año 1900 con tan solo 46 años. (Tomado de <https://www.lecturalia.com/autor/5234/oscar-wilde#:~:text=Biograf%C3%ADa%20de%20Oscar%20Wilde,Falleci%C3%B3%20en%20Par%C3%ADs%20en%201900.>

o el soneto, al mismo tiempo que ampliaba su alcance y enriquecía su caracterización. El teatro, la novela, el poema rimado o en prosa, los diálogos sutiles o absurdos, todo lo que tocaba lo embellecía con una nueva forma de belleza: hice que la verdad incluyera tanto lo verdadero como lo falso, y demostré que lo falso y lo verdadero son meras formas de existencia intelectual. Traté el arte como la realidad suprema y la vida como un mero modo de ficción, desperté la imaginación de mi siglo de tal modo que creó mitos y leyendas en torno a mí: resumí todos los sistemas en una sola frase y toda la existencia en un epigrama.

Aparte de eso, disfruté de otras cosas muy diferentes. Me dejé tentar por la insensatez y por la sensualidad. Me divertía ser un *flâneur*, un dandi, un hombre a la moda. Frecuenté naturalezas e intelectos menores. Despilfarré mi propio genio y sentí una curiosa alegría al malgastar una juventud eterna. Cansado de estar en las alturas bajé adrede a las profundidades en busca de nuevas sensaciones. La paradoja significó para mí en la esfera del pensamiento lo mismo que la perversidad en la esfera de la pasión. El deseo acabó convirtiéndose en una enfermedad, una locura o ambas cosas. Dejaron de importarme las cosas ajenas. Tomaba el placer donde me placía y luego seguí mi camino. Olvidé que las cosas cotidianas más triviales son las que conforman o deforman el carácter y que lo que uno hace en secreto acaba teniendo que proclamarlo un día desde las azoteas. Dejé de ser mi propio dueño. Ya no era el capitán de mi alma, y no lo sabía. Permití que me dominaras y que tu padre me asustaste. Acabé hundido en la más terrible deshonra.

Solo me queda, igual que a ti, la humildad más absoluta. Más te habría valido morder el polvo como yo y aprender a mi lado.

Llevo en prisión casi dos años. De mi naturaleza ha surgido una horrible desesperación, un abandono al dolor que inspiraba lástima al verlo, una rabia terrible e impotente, una amargura, un desdén y una angustia que lloraban a voz en grito, una tristeza muda y una pena sorda. [...].

Ahora veo que el dolor, al ser la emoción suprema de que es capaz el hombre, constituye al mismo tiempo el arquetipo y la piedra de toque del gran arte. El artista busca siempre ese modo de existencia en el que el cuerpo y el alma sean uno e indivisible y en el que lo exterior sea expresión de lo interior: en el que la forma se revele. [...].

Detrás de la risa y de la alegría puede haber un temperamento insensible, vulgar y endurecido. En cambio, detrás del dolor siempre hay dolor. El sufrimiento, a diferencia del placer, no lleva máscara. La verdad en el arte no tiene que ver con la relación entre la idea esencial y la existencia accidental; no es el parecido de la sombra y la forma, o de la forma en sí misma con lo que se refleja en el espejo: no es un eco llegado de una montaña hueca, ni la poza del agua plateada que muestra en el valle la luna a la luna y Narciso a Narciso. La verdad en el arte es la unidad de una cosa consigo misma: lo exterior convertido en expresión de lo interior, el alma hecha carne, el cuerpo animado por el espíritu. Por esa razón no hay verdad comparable al dolor.” (Wilde, 2012, pp. 44-45, en <https://liderazgoymercadeo.co>)

El presente escrito de Wilde puede considerarse una especie de meditación sobre sí mismo a través de los vínculos profundos entre filosofía, arte y vida, estas temáticas están diferenciadas en el autor y gozan de una tensión literaria y existencial provocada en cada uno de los fragmentos abordados aquí. De manera que el arte y la filosofía son los modos de expresión de una personalidad creadora que intenta transformar estas actividades en modos de entender el pensamiento, especialmente a través de las paradojas y cultivar una idea de belleza, la cual considera nueva y capaz de influir o embellecer los géneros como el teatro, la poesía o la novela. Como puede apreciarse está en juego el tópico de las artes y cómo el dramaturgo hace de las mismas una modalidad del pensamiento, como lo veremos a partir de su propia vida, es decir, el género de existencia de un artista peculiar, *flâneur*, un dandi, esto significa una relación estrecha con la moda, los placeres, los excesos, el egoísmo y con ello, la exploración de apetitos y de relaciones personales triviales que para Wilde significaron una suerte de derroche que lo afectó en términos artísticos y existenciales. De ahí que haya una reflexión en torno al dolor y al arte y se postule esa especie de unidad entre la idea y lo sensible, el descubrimiento de la verdad tanto para el arte y la vida, y éstos como formas intrínsecas de la filosofía, cuestión que intenta demostrar a partir de la articulación del arte y la filosofía como problema que toma como contenido la experiencia del sufrimiento sin el

cual no sería posible la transformación a nivel estético y moral. (Wilde. 2012. P.44)

En tal respecto, el comentario de los pasajes enunciados de la página 44 y 45 *De Profundis* se ocuparán de los siguientes tópicos:

1. Transmutación entre arte y filosofía: a partir de la relación entre arte y filosofía se intentará dilucidar las relaciones que Wilde establece entre ambas, cómo la una se intercambia en la otra y existe una profunda dependencia con relación al tema de la creación, la imaginación y la paradoja. En este aspecto será preeminente pensar en el significado de arte y filosofía que Wilde tiene en mente a partir de los mencionados apartados.

2. El artista o Dandi frente a la vida: en este aspecto se mostrará lo que para el escritor significa ser un dandi y cómo se establece una diferencia entre el arte y la vida, la exploración del placer y la búsqueda deliberada de los excesos que convergen en el retrato que el artista hace de sí mismo.

En los aspectos 1 y 2 enunciados, se intenta dar una explicación y comprensión de lo que pretende transmitir Wilde a través de su reflexión. Mientras que el aspecto 3, que se manifiesta a continuación hará una lectura crítica de los pasajes en mención.

3. La unidad entre la Idea y lo sensible en el arte: para Wilde el cuerpo y el alma son una unidad, si se trata de una valoración profunda de la vida y en consecuencia de las cosas que son objeto de interés para el arte. El escritor y filósofo defiende la imposibilidad de un dualismo entre la forma y el contenido, entre lo exterior y lo interior. Este problema surge de la experiencia del dolor y de su papel en el arte.

1. Transmutación entre arte y filosofía

Oscar Wilde toma como fundamento de su quehacer, a los dioses, la idea de recibir dádivas de los mismos, vincula al arte y a la filosofía a una tradición greco-latina⁸⁴. La aceptación de esta fuente divina del conocimiento, le asigna un lugar privilegiado a la actividad artística y espiritual que la expresión denota y no sólo eso, sino que eleva al artista por encima del mundo ordinario, no obstante, los dones no exhiben la perfección esperada, pues con el adverbio “casi” se augura una tragedia y una suerte de carencia que no solo el hombre de letras sino el hombre consciente de sus deficiencias debe encarar en la propia existencia.

La referencia a los dioses o entidades trascendentes se plantea en conexión con el hombre, si bien, Wilde considera la primera persona del singular, esta forma de escritura particular concibe el rasgo de la universalidad, no es solo el “yo” en el que Wilde se representa, sino que

⁸⁴ Esta idea se puede apreciar en las investigaciones de Francis M. Cornford. En su libro de la Religión a la Filosofía, especialmente los capítulos I, II y III, desde los cuales explora las ideas de destino y ley, el origen de la Moira y Naturaleza, Dios y Alma, en ellos aparecen las figuras de los dioses griegos entendidas desde una visión religiosa, social y cultural. (Cornford. 1984. Pp. 13-148)

enuncia la problemática del hombre, de aquel ser que se interroga a sí mismo, frente sus potencialidades y privaciones, este hombre, especialmente artista, que requiere de un principio divino para comprenderse, para desarrollarse, pues el escritor se percibe a sí mismo, como el conecedor de privilegios naturales y culturales y al mismo tiempo en una especie de orfandad, como si vinculara el pasado con el presente, como una manifestación del espíritu del mundo antiguo y el moderno, una manera de entender al hombre como un ser histórico y a la vida como una forma de dádivas y de pérdidas, de esta manera, los dioses inspiran la perfección, el don de la belleza manifiesta en un alma creadora, y abandonan a tenor de la fragilidad humana, con la expresión “casi” dichos dioses obligan a recorrer el camino de las impotencias, generan confusión con relación a lo verdadero y a lo falso, difuminan la frontera entre apariencia y realidad, siembran dudas acerca de la racionalidad del hombre y ponen a prueba una sensibilidad que resiste ante el placer y el dolor. Los dioses le recuerdan al hombre la experiencia de sus miserias y lo convocan a llevar una vida divina, es decir, a abrazar los dones, por medio de los cuales, el poeta puede curarse de la enfermedad latente en el cuerpo y el alma. Dichos dones pueden cultivarse con relación a la tradición literaria y filosófica, pues estos dioses no son abstracciones y las virtudes intelectuales no son simples obsequios en pro de la pasividad. Estos dones exigen un trabajo arduo, el cual se inicia a temprana edad, en virtud de un padre y una madre que configuran una herencia cultural y generan esa primera aproximación a la poética y a las artes. Esta

consciencia de la influencia parte y de su contexto social se experimenta en Oscar Wilde a la manera de la tradición inmortalizada en las ideas platónicas mediante el legado de sabiduría⁸⁵, que no tiene una connotación meramente intelectual como si Wilde o algún hombre de genio ingresara a un mundo ilustrado y simplemente recibiera el ofrecimiento de los dioses, más bien se trata de una dádiva que despierta en el escritor el anhelo de libertad y el germen para el desarrollo del pensamiento crítico. En contraste, la palabra, la escritura, las artes en sus diversos modos, reflejan una concepción espiritual, una manera de ver el mundo, de ser y de enfrentar la vida y estas son precisamente las voces de los dioses en Wilde el escritor, el dramaturgo, el ser extraordinario.

Wilde un heredero de dádivas naturales y culturales: genio, fama, posición social, privilegios intelectuales. Metáfora de la tradición o un trasfondo metafísico, el escritor juega con esta expresión en donde el artista se ve como un iluminado, en relaciones directas con linajes divinos, esta filiación también podría comprenderse como una forma de naturaleza que habiendo sido cultivada como es debido tiene la posibilidad de verse a sí misma, o en otro caso, el hecho de que los dioses hayan beneficiado a Wilde con ciertos bienes, también puede denotar la necesidad de apelar a una tradición de lo pagano y lo trascendente para encontrar respaldo ante la indigencia y la soledad, puesto que los dioses

⁸⁵ Ver Platón. Banquete. 206 b, 13-14.

también reservan la profunda distinción con lo humano⁸⁶ y en el corazón de Wilde brillan esos dones con una suerte de nostalgia, lo cual se evidencia en el uso pasado del verbo *tener* como referencia a esas dichas que fueron otorgadas por los dioses pero que no se mantuvieron, pues las mismas podrían resumirse en la fortuna, la cual lo sabía muy bien Wilde, no tiene el carácter de lo permanente⁸⁷.

Conviene resaltar que la enumeración de los dones otorgados por los dioses, no puede ubicarse en una misma escala, no se trata de categorizar y concebir en un solo plano; quizá para el artista que encarna Oscar Wilde, este conjunto de excelencias se hayan profundamente relacionadas y en todo caso, entrañan una idea de suficiencia para quien las posea, pero, para efectos de su paulatina pérdida va encontrándose un valor determinado. En tal respecto, la fama y la posición social dependen, por un lado, de un arduo trabajo por el reconocimiento, hay un mérito con

⁸⁶ La distinción entre lo humano y lo divino puede encontrarse en el libro de Jean Pierre Vernant, *Mito y Pensamiento en la Antigua Grecia*, en el capítulo VI titulado *La Persona en la Religión*, en donde demuestra la tesis de que los dioses griegos no son personales y aborda interesantes relaciones entre dioses y hombres. Señalando cómo no hay una relación íntima entre ambos sino más bien una suerte de jerarquía y distanciamiento, de esta manera es significativa la cita del autor con relación al *Hipólito* de Eurípides: “en la devoción exclusiva que el joven dedica a Artemisa, hay un elemento personal de afección, al que la diosa, por su parte, no deja de responder. Entre y su adorador se han anudado lazos de amistad, *filía*, una intimidad apasionada, *homilía*, un constante trato, expresado por el verbo, *sunéinai*. Invisibles como son los dioses, Artemisa no por ello está menos presente al lado de Hipólito: éste escucha su voz, le habla, ella le responde. Pero el poeta se cuida de subrayar lo que incluye de extraño y de insólito este tipo de relaciones con lo divino. (...) por más familiar que Hipólito haya podido pretenderse con la diosa, la última palabra del drama es para mantener y proclamar la distancia entre los dioses y los hombres” (Vernat. 1983. Pp. 322-323 y sgs).

⁸⁷ Una buena referencia para el tema de la fortuna, es el artículo el problema de *la tyche* en la literatura griega postclásica: a propósito del relato de solón y Cresos según Plutarco de Israel Muñoz Gallarte Universidad de Córdoba. En *Littera Aperta* 1 (2013) : 1-18. ISSN: 2341-0663.

base en la producción literaria, poética, filosófica, hay una imagen de sí mismo, la cual es alimentada por el público, por la sociedad a quien el artista seduce con el encanto de su obra, y no se trata de un simple entretenimiento, de una sensibilidad atrapada en una forma de espectáculo, todo lo contrario, este tipo de fama conlleva al cuestionamiento social, pues ella no invoca a un artista de modo superficial, sino a ese quien que puede revelar caracteres, modos de vida, concepciones del mundo, sentidos acerca de las modas y los atuendos, comprensiones acerca del hombre moderno, arrojado, relegado por los dioses y confinado a un destino que intenta descifrar a través del pensamiento y de personajes que se confunden con el drama de la vida⁸⁸ y especialmente se recibe la fama de quienes ven que el dolor es la verdad suprema que rige al mundo, a quienes les es difícil identificar héroes en medio de trágicos escritores, confinados a la mendicidad, encarcelados y con un sorprendente aire de belleza, que antes de sucumbir a la desgracia, pueden escribir una epístola cuando algunos solo desearían morir al menor indicio del desprecio, del abandono, de la indiferencia, signo de la evanescente fama. Ésta tiene la connotación de un reconocimiento por las excelencias y también reitera aspectos que son similares a una especie de caída, a un cambio de fortuna, y como se ha indicado la fama no depende del artista, es como una especie de corriente incontenible, que se traduce en la voz popular, en la versión del enemigo, en las opiniones de los periódicos ingleses. El elogio y el vituperio son

⁸⁸ Para esta referencia ver Filebo, 48 a 50 b, p. 90.

aspectos de la fama, remitir a esta noción en Wilde, se comprende como una resistencia para salvaguardar el ser en vez del parecer, pero sin el último no habría posibilidad de plantearse con seriedad la pregunta acerca de quiénes somos, pues justamente el parecer, hace emerger la crisis. Por otro lado, la fama tiene distintas fuentes, lo social presenta matices tan complejos, pues el reconocimiento logrado en un amplio público de artistas y pensadores se halla atado a los valores estéticos y morales de la época, no es la misma mirada la que contempla el derroche y desenfreno de Wilde, si se trata de hombres de su misma posición, poderosos u observadores del mundo ordinario. En los primeros se puede apreciar la rudeza de la palabra pública, la imposibilidad de ser tratado como interlocutor, el silencio frente al drama del otro, así los juicios intelectuales y políticos hacen notar cuán similar es la bajeza y la pasión, cuán ordinario y pedestre puede ser un hombre cuyas obras ya no lo representan, abstraído del mundo, de la amistad intelectual, es abandonado al arbitrio de cierta opinión que no se cuestiona, ni interroga acerca de la verdad, una especie de tribunal que desconoce la razonabilidad y la consideración. La fama que comporta el daño, vacía de estética y con cierta carga de moralidad adormecida. Así la sociedad, en sus múltiples voces y bajo la óptica de la fama, se reconoce en lo transitorio, en lo efímero y convierte al escritor en mera sombra, no obstante, la caída al mundo desenfrenado, ya no será visible para el público en el teatro, para los amantes del intelecto, para los aprecio políticos, sino para el hombre en su más absoluta soledad, él mismo,

intenta despojarse de las imágenes mediante las cuales la sociedad lo caracterizó, al parecer ya no se es, en el sentido de la fama, pues despojado del buen nombre y de la posición social, al expensas del vacío interior, el ser deviene en cierta autenticidad al encuentro consigo mismo.

Además, la fama tiene una relación convencional y casual con el nombre distinguido y la elevada posición social, tómesese en cuenta que estos términos no tienen una validez general, sino que se analizan en correspondencia con la reflexión de Wilde. Con ello, se aprecia que el rasgo de la fama, remitida a los dioses paganos, se halla en un rango más alto, pues ella implica un reconocimiento espacial y temporal bastante rico e independiente de su duración permite resaltar una figura, que en definitiva gana un lugar en la literatura y puede asegurar su resurgimiento en una época posterior. En suma, el nombre distinguido se refiere a un valor hereditario, quizá familiar en Oscar Wilde y como he indicado, esta expresión se singulariza si se alude a la educación recibida, a las costumbres y maneras en las que se desarrolla una personalidad. El nombre tiene un importante valor simbólico, trae consigo una autoimagen y amor propio, -la experiencia del escritor lo llevó al extremo, quizá de una forma narcisista-, ahora bien, hay un juego entre la apariencia y la verdad de sí mismo, el orgullo de pertenecer a la familia Wilde, se debe al privilegio de las letras y las artes, a aquellas maneras urbanas que pueden remontarse a la Odisea de Homero, la capacidad oratoria, la posibilidad de guardar los hábitos sociales en pro del

desarrollo de virtudes cívicas y ello acompañado por la expresión corporal que exhibe un lenguaje dispuesto al diálogo, a la confrontación de ideas, el movimiento y la posición cultivadas para el decoro y las maneras bellas. El nombre distinguido entonces nos remite a un modo de ser concerniente a una identidad aristócrata, que no se identifica meramente con la nobleza de sangre sino con el impulso espiritual heredado de una idea antigua del *kalós agathós*⁸⁹. Así, frente a la pérdida del nombre distinguido por el efecto de la difamación o el reconocimiento negativo, el verbo *tener* en pasado que lleva como complemento esta característica de Wilde, no es una pérdida absoluta, pues la distinción se mantiene a través del ejercicio de la lectura y la escritura, ahora bien, ya no hay otro que reconozca a la personalidad singular del poeta, en el sentido del tiempo presente, pero hay escritor dando cuenta de sí mismo, intercambiando pobreza, abandono y dolor por las bellas letras, el nombre de Wilde y su distinción precisan de un amante que no se pronuncia y quien representa otro tipo de distinción y posición social, pues éstas no son suficientes sino se vive en concordancia con el arte. De este modo, el nombre y la distinción tampoco dependen enteramente de Wilde, si bien el artista requiere de la soledad, del autocuestionamiento y meditación personal, todo ello, como un rasgo del nombre y la distinción, precisa por supuesto de otros que le recuerden quién es, el nombre representa un modo peculiar de ser y lo vincula con la

⁸⁹ Esta idea es desarrollada en la *Paideia* de Werner Jaeger, 1957, capítulos I-III, p. 19-66, especialmente.

humanidad, le da un lugar en el mundo y le permite concebir una identidad propia, manifiesta en la experiencia del arte, el nombre y la distinción le permiten representarse a Oscar Wilde como un *dandi* o *flaneur*. No se trata de pensar el nombre y la distinción en el marco de la vida familiar, en la riqueza de una autobiografía, sino que los mismos, se hallan presentes en el contexto de la cultura artística y filosófica de la época del escritor, *nombre y distinción*, están contenidos en la experiencia de la fama.

Con relación a la elevada posición social, este rasgo fortuito es mucho más frágil que la fama y el nombre distinguido, en ella convergen características económicas, culturales o intelectuales, se trataría quizá de la clase burguesa⁹⁰, de ahí que el escritor haya podido pensar cuestiones tan relevantes como la pobreza, la riqueza y en general en los bienes materiales, sin los cuales no sería posible la actividad artística, se trataría de virtudes pertenecientes a una clase de orden aristócrata, y que le permitirían a Wilde experimentar la desmesura, el derroche y conocer a través de la amistad con Alfred Douglas, la ambición. De igual manera, dicha clase social representa ciertos valores morales, podríamos afirmar que se trata de la libertad de pensamiento y de expresión, el conocimiento como elemento transformador de la sociedad, el cuidado de las virtudes cívicas, el arte como un modo de pensamiento que guía la

⁹⁰ #historia#biografía#literatura. Oscar Wilde, la historia del escritor a quien un amor prohibido llevó a la cárcel (2022). (Archivo de video). Guion: Raquel de la Morena, edición, audio y video: Pedro Estrada, música: “Kiss the Sky”, de Aakash Gandhi. Recuperado en 2022 en: <https://youtu.be/YYd4dRdPzD8>.

vida humana. El hecho de pertenecer a una clase social privilegiada también trajo consigo las licencias que Oscar Wilde se tomó, pues en concordancia con los posibles valores enunciados, es propio del dandi explorar otras formas en las que se presenta la vida, entablar relaciones para quienes el dinero y no el conocimiento es un valor, contrastarse con maneras de producir y de ser, contrarias a las ideas estéticas de Wilde, emparentarse con caracteres asociados a la mezquindad, la desmesura y la banalidad, renunciar al gobierno de sí, intercambiar la soledad propia del arte por la que impide crear y de manera paulatina, perder todo lo que se tuvo, desde la experiencia del placer y el dolor.

Hallarse frente a la pérdida de los límites y comprometer el deleite y el divertimento, condujo al escritor a un cambio de posición social, de tal modo que entró en crisis su personalidad y gloria. Una prueba existencial de que una parte de la condición humana es pasajera y que la apariencia incide notablemente en la constitución de la verdad tanto en el arte como en la vida, dado que, en su condición de dandi, Wilde no niega la importancia de estos bienes externos, belleza corporal, dinero, la consideración y el elogio de un público, desde el punto de vista del reconocimiento positivo o negativo. De tal manera que no hay un esfuerzo por degradar la apariencia puesto que ella se intercambia con la verdad en el arte, y tal mutación implica el uso de la imaginación y la creación artística.

No parece casual que Oscar Wilde mencione la primera dádiva aportada por los dioses, la genialidad, la cual puede considerarse en la escala mencionada, desde un conjunto de virtudes relacionadas con la brillantez y osadía intelectual, puede afirmarse que este grupo de excelencias tienen un valor preeminente y si bien se complementan con la fama, el nombre, la distinción y la posición social, no dependen enteramente de éstas. A mi modo de ver, el ser genio tiene su fuente en la pertenencia a una tradición artística que tiene sus orígenes en los dioses paganos, en Wilde hay una vuelta a la antigüedad, aparece la noción de naturaleza, *physis* como ciertas esencias, nos encontramos con seres extraordinarios en el antagonismo con naturalezas menores, la idea de genio se vincula con lo trascendente y de ahí la importancia de lo etimológico, *daimon* en griego, *genus* en latín, no como una forma de entrar en contacto con el origen de un término sino como en un modo de conocimiento. El genio inspira la idea del *daimon* griego, como una especie de mediador, una naturaleza que está vinculada con los dioses, porque las artes son dádivas divinas, dones; así, lo divino, lo esencial, pensando en Platón se opone a un aprendizaje convencional, rompe con los cánones y escuelas de artistas, trasciende, brilla, rompe con lo social, lo institucional, lo cotidiano; esas rupturas se generan en Wilde cuestionando, transformando, haciendo, estos verbos denotan la transmutación entre arte y filosofía; en donde lo filosófico tiene peso a la hora de examinar el significado de *genio*, lo universal, el genio no se adscribe a un momento histórico, a una moral, a una época, sino que se confronta con ello y

produce otro tipo de valores que no están en el presente; el *genio* implica la creación, la imaginación y ver hacia el futuro; hacer del arte una filosofía y de la filosofía un arte, se nutre de otros valores que no son captados por visiones triviales u ordinarias. La idea de *genio* genera una duda, pensando en la sabiduría, esa experiencia en Platón a partir del *eros*, no puede decirse que el filósofo sea el sabio o que cualquier artista sea este ser maravilloso ¿el genio existe efectivamente?, al parecer Wilde, lo experimenta a sí mismo a título de dandi.

Los dioses legaron al artista bienes externos y virtudes intelectuales, las que en el pasaje examinado se constituyen en el preámbulo para comprender las relaciones entre arte y filosofía, se trata de unas condiciones materiales y espirituales para la actividad de un creador, difícilmente se hará producción artística en la indigencia y mucho menos la falta de imaginación y las limitantes sociales y culturales, con una escasa proyección intelectual, serían obstáculos evidentes para la construcción del talante del artista y de la inspección del mundo y del hombre, mediante una razón moldeada por un alto sentido de la estética y de la curiosidad arriesgada por el conocimiento de múltiples esferas de la existencia. Plegándose a la tradición, a la autoridad divina como lo hicieron los poetas griegos y romanos, el filósofo describe su actividad desde una perspectiva práctica, con el verbo *hacer*, nótese que no habla de discursos o de teorías en primera instancia sino que apela a una acción para introducir una temática relevante en el pasaje: “*hice del arte una filosofía y de la filosofía un arte*” (Ibid. p. 44), y se encuentra en esta

afirmación una posición propia del artista, la de transformar una cosa en otra, de tal suerte que el artista goza de la indistinción, de la combinación de elementos, para ello ha tenido que examinar, criticar y apartarse de las formas convencionales en las que han de entenderse tanto el arte como la filosofía, no se trata de realizar síntesis teóricas para dilucidar el papel de las mismas, más bien se comprende como algo nuevo, un experimento, en donde la transmutación tome el lugar de la apariencia, actuar como un filósofo, pensar como un artista. ¿de qué arte y de qué filosofía se trata?, acaso de las que exigen el momento histórico en el que se ubica Wilde, esta prefiguración la podrá realizar un dandi o *flâneur*. La filosofía no podrá ser la relacionada con los sistemas filosóficos o metafísicos, acaso la que puede poner en cuestión la vida, el desarrollo de la existencia.

En Wilde se revela la intención de concebir la unidad y la diversidad a través del arte y de la filosofía y cuando se piensa en esas maneras de comprender, debe descartarse la homogeneización de las mismas o la intención de realizar una síntesis sin que ambas puedan diferenciarse e inclusive entrar en tensión. Wilde está pensando de manera general en las artes, no obstante, tiene en cuenta al teatro, la novela, la prosa y al parecer la poesía logra concretar esa idea de unidad pues la considera un modo singular de creación, que influye en otras artes y especialmente en la producción teatral. De hecho, en el pasaje *De Profundis* que se toma como referencia en este escrito, hay un tono poético y teatral: “*el deseo acabó convirtiéndose en una enfermedad, una locura o ambas cosas*”, “*ya*

no era el capitán de mi alma, y no lo sabía”, “un abandono al dolor que inspiraba lástima al verlo, una rabia terrible e impotente, una amargura, un desdén y una angustia que lloraban a voz en grito, una tristeza muda y una pena sorda” (Wilde. 2012. P.45), de manera que hay una intención de experimentar desde los géneros literarios, las imágenes comprometen una sensibilidad dispuesta a expresar elementos complejos de la condición humana y no solo eso, sino que se revelan desde una singularidad que pone de relieve a la pasión, la analogía entre deseo y enfermedad convocan a un cuerpo perturbado y se dirige al lector que puede comprender esa experiencia psicológica y quizá identificarla en sí mismo, la imagen del deseo en su literatura tiene un enorme poder, pues parece que tuviera una dinámica propia que rebasa los límites morales, en Wilde pensamos el deseo como la personificación de un entidad bestial, fuente de modificaciones patológicas. Además, las expresiones señaladas parecen el signo de una confesión, una puesta en escena de una vida atormentada y trágica, así la poética se vincula con lo oscuro, lo doloroso, lo que siendo feo en sí mismo, derroche, desmesura, aparece bello en su condición de analogía, metáfora, hipérbole y personificación. En esta misma perspectiva, el imperio del deseo y de los apetitos, se expresan mediante la metáfora de la nave, la pérdida de la razón, la falta de un guía en el sentido moral, esta forma literaria nos vincula con los antiguos sobre todo con Epicteto⁹¹, pues la nave y su capitán implican la

⁹¹ En el filósofo Epicteto, en el capítulo 7 de su *Manual* aparece la mención a la nave, como una especie de razón trascendente al hombre, pero que lo guía como la propia: “Igual que en una travesía, si vas a aprovisionarte de agua al atracar el barco, puedes entretenerte en

posibilidad de vivir en conformidad con la libertad, con una voluntad que está dispuesta a asumir la responsabilidad de hacer de la vida una obra de arte, sin una dirección adecuada, sin gobierno y bajo el influjo del deseo, transformado en enfermedad o locura, se anula el sentido del recorrido de la nave, la posibilidad de crear nuevos valores, ¿qué es lo que queda en *De Profundis*, una vez se pone en cuestión una vida conforme a la pasión? Desde el punto de vista de la escritura, de la palabra tejida bajo los cánones del arte, una expresión teatral, similar al canto del dolor, pues Wilde despliega de manera poética, una esfera de la vida del hombre, un grito de tristeza, autocompasión, rabia e impotencia. Una cadena de pasiones que inmovilizan, en donde la escogencia de las sentencias y el patetismo del sentimiento se vuelcan a hacia la esfera literaria, así, lo efímero de la vida, la experiencia del sufrimiento se plasma en una manera de verse y enfrentarse a sí mismo, porque cuando se dice y se reflexiona sobre este entramado de penas, ya hay una manera de resistir, la respuesta a la enfermedad no es otra cosa que la meditación y la escritura que imprimen la fortaleza en un cuerpo vulnerable y en un alma que se descubre a sí misma en su singularidad a partir de la poesía.

el camino a recoger una conchita o una cebollita, pero has de estar pendiente del barco y volverte continuamente, no sea que llame el capitán; y si llama, has de dejar todo aquello para que no te metan dentro atado como las ovejas; así también en la vida, si te dan una mujercita y un hijo en vez de una conchita y una cebollita, no te será ningún estorbo. Pero si llama el capitán, corre a la nave y déjalo todo sin volverte. Y si fueras anciano, ni siquiera te apartes de la nave, no sea que faltes cuando te llame.” Epicteto, *Manual. Fragmentos*. (1995). p. 187

Arte y filosofía se presentan con aguda interdependencia y se les reconoce por su capacidad de generar cambios, esa transformación plástica entre sensibilidad y razón, tiene la intención, le parece al autor, de haber tenido un impacto en su contexto, se trata de una especie de fama o reconocimiento por parte de su actividad. De un lado, se encuentra el artista y del otro, las personas que se dejan seducir por su influjo. De este modo, Wilde se mueve bajo la convicción de haber cambiado la mentalidad de las personas. De nuevo el artista tiene el cometido de ser una especie de artesano, un arquitecto de ideas y de costumbres, las cuales inciden en su mundo de manera obligada, para que éste se refiera al artista mediante mitos, narraciones o con la pretensión de conocer la verdad en el arte. (Ibid. p. 44).

Para comprender esa transmutación entre arte y filosofía, entendidas como una actividad y como una suerte de unidad, con distintas caras y con el cometido de convertir, de transformar, de este modo, el teatro, la novela, la lírica, los sonetos y los diálogos en el autor poseen el sello de la singularidad, de la individualidad, para Wilde, este es el logro de esa manera de hacer arte, como si dijéramos que el verdadero arte no gusta de repeticiones, cada vez aparece ante nosotros una nueva producción. El artista es un creador de palabras y de mundos, he aquí una exaltación de la interioridad revelada en algunas formas teatrales, por ejemplo. Este sello que imprime el artista en la obra, no podría generarse sino a través de la imaginación, la facultad suprema porque no solo puede convocar y aspirar a la belleza, sino que puede comprender la naturaleza humana y

producir formas de comprender el mundo mediante la paradoja⁹², de ninguna manera entendida como un juego de lenguaje sino como la

⁹² De acuerdo al Diccionario filosófico de Ferrater Mora, paradoja es “Etimológicamente, 'paradoja', $\chi^{\wedge}\rho\acute{\alpha}\delta\omicron\zeta\alpha$, significa "contrario a la opinión ($\delta\acute{\omicron}\zeta\alpha$)", esto es, "contrario a la opinión recibida y común". Cicerón (*De fin.*, IV, 74) escribe: *Haec παράδοξα itti, admirabilia dicarnus*, "Lo que ellos [los griegos]. llaman παράδοξα, lo llamamos nosotros 'cosas que maravillan'". En efecto, la paradoja maravilla, porque propone algo que parece asombroso que pueda ser tal como se dice que es. A veces se usa 'paradoja' como equivalente a 'antinomia'. A veces, y más propiamente, se estima que las llamadas "antinomias" son una clase especial de paradojas: las paradojas que engendran contradicciones no obstante haberse usado para defender las formas de razonamiento aceptadas como válidas. Por haber reservado el término 'antinomia' para referirnos a las "antinomias kantianas" (véase ANTINOMIA), emplearemos aquí únicamente el vocablo 'paradoja' para todas las formas de paradoja. Pueden clasificarse las paradojas de diversas maneras. En el presente artículo nos referiremos a tres nociones de paradoja: la noción "lógica" (y "semántica"), la noción "existencial" y la noción "psicológica". Trataremos principalmente de la primera de estas nociones. Se trata del tipo de paradojas de las que hallamos ejemplos ya en la antigüedad (Cfr. Crisipo, *apud* Diogenes Laercio, V, 49, VII, 196; Epicteto, *Discursos*, II, xvii, 34; Sexto el Empírico, *Hyp, Pyrr.*, II, 244; Aulo Celio, *Noctes Att.* XVIII, U, 10) y en la Edad Media (véase INSOLUBILJA). Estas paradojas pueden a su vez clasificarse en varias categorías. Por ejemplo, Quine habla de "paradojas verídicas" —en las cuales lo que se propone establecer es verdadero— y de "paradojas falsídicas" (el nuevo vocablo propuesto deriva del latín *falsidicus*, como "verídico" deriva del latín *vendions* — en las cuales lo que se propone establecer es falso. Hay que distinguir, indica Quine, entre "paradojas falsídicas" y "falacias" (o "sofismas" [véase SoFiSMAj), pues las falacias pueden conducir tanto a conclusiones verdaderas como a conclusiones falsas. Además de las "paradojas verídicas" y las "paradojas falsídicas" hay las "antinomias" a que hemos aludido antes, las cuales pueden también distribuirse en varios grupos. En este artículo dividiremos la primera noción —la "noción lógica (y semántica)"— de paradoja que pensamos tratar en tres tipos: las paradojas lógicas, las paradojas semánticas y las paradojas de la confirmación. Paradojas lógicas. Las más conocidas son las siguientes, (a) Paradoja de Burali-Forti (ya advertida npor Georg Cantor). Es la llamada *paradoja del mayar número ordinal*. Según la misma, si todo conjunto bien ordenado tiene un número ordinal, y todos los números ordinales pueden ser dispuestos en serie lineal de acuerdo con la magnitud, y si, además, todo conjunto bien ordenado de ordinales tiene un número ordinal que es mayor en una unidad que el mayor ordinal del conjunto, resultará que si imaginamos el conjunto de todos los números ordinales dispuestos en orden de magnitud y llamamos N al mayor ordinal del conjunto, el número ordinal del conjunto será $N + 1$, es decir, una unidad mayor que el ordinal del conjunto, (b) Paradoja de Cantor, llamada *paradoja del mayor número cardinal*. Como ocurre con la paradoja del número ordinal, hay un número cardinal que es y no es a la vez el mayor de los números cardinales, (c) Paradoja russelliana de las clases. Según ella, la clase de todas las clases que no pertenecen a sí mismas pertenece a sí misma si y sólo si no pertenece a sí misma, (d) Paradoja russelliana de las propiedades. Según ella, la propiedad de ser impredicable (o

propiedad que no se aplica a sí misma) es predicable (o se aplica a sí misma) si y sólo si no es predicable, (e) Paradoja russelliana de las relaciones. Según ella, la relación de todas las relaciones relaciona a todas las relaciones si y sólo si la relación de todas las relaciones no relaciona a todas las relaciones. Paradojas semánticas. Mencionaremos algunas de las más conocidas: (a) Paradoja llamada *El Mentiroso*, *Epiménides* o *El Cretense*. Según la misma, se admite que Epiménides (el cual es cretense) afirma que todos los cretenses mienten. Como consecuencia de ello, Epiménides (o el mentiroso) miente si y si solamente dice la verdad, y dice la verdad si y sólo si miente. Esta paradoja suele simplificarse mediante la afirmación de que alguien dice: 'Miento', (b) Paradoja de P. E. B. Jourdain. Según ella se presenta una tarjeta en uno de cuyos lados hay el enunciado: 'Al dorso de esta tarjeta hay un enunciado verdadero'. Al dar la vuelta a la tarjeta se encuentra el enunciado: 'Al dorso de esta tarjeta hay un enunciado falso'. Si llamamos respectivamente (I) y (II) a dichos enunciados, se verá que si (I) es verdadero, (II) debe ser verdadero y, por ende, (I) debe ser falso, y que si (I) es falso, (II) debe ser falso y, por ende, (I) debe ser verdadero, (c) Paradoja de Grelling. Según ella pueden clasificarse todas las expresiones en dos clases: una clase de expresiones que se refieren a sí mismas, tales como 'polisilábico', que es polisilábico; otra clase de expresiones que no se refieren a sí mismas, tales como 'escrito en color verde', que no está escrito en color verde. Las primeras expresiones se llaman *autológicas*; las segundas, *heterológicas*. Si preguntamos ahora si 'heterológico' es heterológico o autológico, nos encontraremos con que en el caso de que 'heterológico' sea heterológico se referirá a sí mismo y será autológico, y en el caso de que 'heterológico' sea autológico no se referirá a sí mismo y será heterológico. En la Antigüedad y Edad Media las paradojas más frecuentes fueron las de tipo (2), aun cuando, como indica Bochenski, Aristóteles tuvo ya cierto conocimiento de la paradoja lógica de las clases e intentó solucionarla negando la clase de todas las clases y afirmando que lo que podría considerarse como tal ("el ser", "lo uno") no es una clase, por estar —como subrayaron muchos escolásticos— más allá de todo género y especie. La solución más común a las paradojas de tipo (2) fue la de indicar que se trata de círculos viciosos. Occam señalaba ya que ninguna proposición puede afirmar nada de sí misma, pues de lo contrario el círculo vicioso es automáticamente engendrado. En la época contemporánea se comenzó por no distinguir claramente entre paradojas lógicas y paradojas semánticas. Las soluciones dadas en un principio a las paradojas resultaron, pues, insuficientes. Así, Poincaré seguía afirmando que en todas las paradojas hay círculos viciosos, ya que pretendemos operar con clases infinitas. "Las definiciones que deben ser consideradas como no predicativas —escribe dicho autor— son las que contienen un círculo vicioso." Al comentar esta tesis de Poincaré, Russell indicó que hay paradojas que no introducen la idea del infinito, por lo cual es necesario para evitar las paradojas "recorrer a una refundición completa de los principios lógicos, más o menos análoga a la teoría de las *no clases*". No trazaremos la historia de las soluciones a las paradojas; nos limitaremos a indicar que la ya citada división de las paradojas en lógicas y semánticas, división propuesta por Ramsey, contribuyó grandemente a la aclaración del problema. En efecto, las soluciones propuestas pueden dividirse en dos tipos según la clase de paradojas de que se trate. La más famosa solución a las paradojas de la clase (1) es la dada por Russell con el nombre de *teoría de los tipos*." Ferrater Mora. Diccionario de Filosofía, tomo A-K. (1964). ed. Sud Americana. Buenos Aires: p- 365-368.

puesta en escena de la vida humana en su profunda contradicción y movimiento.

La hibridación entre arte y filosofía, responde al rechazo de los purismos en el plano artístico y teórico. Autoriza al artista y pensador a tocar, cambiar y esto significa embellecer. Aquí aparece la idea de belleza, es a partir de ella que lo verdadero y lo falso se acercan más a lo intelectual que a lo objetivo. El arte fue para Wilde la absoluta realidad y la vida una especie de ficción, esto significa que, desde la esfera del arte, se creó un nuevo tipo de vida, que mediante la creación se pretendía hacer una en la producción de la obra. Mediante la óptica del arte, de los personajes de las novelas o de las narraciones o poemas, se resumen de manera sintética los sistemas de pensamiento y se capta la existencia mediante un epigrama, formas que revelan un interés práctico y la necesidad de aceptar la brevedad de la vida.

En el pasaje de la página 44, es notable el uso de la primera persona, la exaltación del yo y de la singularidad, se establece una distinción entre el artista y la sociedad como si fuera necesaria esa diferenciación para exaltar una figura reconocida de su época. También pueden distinguirse el uso de los verbos hacer, tomar, despertar y resumir, como actividades realizadas por el artista con una pretensión de independencia y de influjo en el mundo. Las actividades que se exponen versan sobre el vínculo entre arte y filosofía, como si el artista requiriera de producir una

herramienta para crear asombro a partir de la impresión de la belleza tanto en los géneros del arte como en la existencia misma.

2. El artista o Dandi frente a la vida

Si bien el artista se ha asignado a sí mismo la función de generar una transmutación entre arte y filosofía y ha tomado al arte como la realidad o lo que es lo mismo como el principio, causa y sentido de su mejor obra que es la existencia, una suerte de ficción; habrá que entender aquí que no se trata de cualquier enfoque filosófico, pues uno del orden científico tomaría a la realidad como objetos, como seres que requieren de ser explicados y justificados, intentaría describir el mundo, interpretarlo bajo la idea de que puede ser semejante desde la perspectiva de un determinado modelo, tampoco puede ser una suerte de filosofía del orden metafísico, pues si bien en Oscar Wilde existen fundamentos para hablar de una idea de trascendencia, sobre todo en el pasaje de la página 44 relativa a los dioses, referidos en el aspecto tratado en el numeral 1 del presente comentario, más bien la filosofía que podría interesar al poeta se encontraría entre la conjunción de lo trascendente y de lo sensible como una unidad en el hombre, cuya primera manifestación es su cuerpo, tal y como puede dar cuenta su pensamiento alrededor del dolor y las pasiones, de un alma indisolublemente abrazada a lo somático. Entonces habría a mi parecer una filosofía preocupada por lo antropológico, por lo moral y de ahí que el artista en su continúa

transmutación, lo que haría sería prefigurar una manera de ser humano, a través de la generación de caracteres, por medio del *pasmo* que genera el arte, y el mismo entendido y e inscrito desde la perspectiva del dandismo, esto es, una apertura al mundo, la producción de una sensibilidad moderna que imite la libertad mediante la imaginación, que cultive la memoria a través del *conócete a ti mismo*, es decir, que la vida de Wilde y las del hombre moderno, puedan cultivar las formas bellas en una apariencia que se experimenta a través de la moda, las maneras, las costumbres y las palabras del *flaneur o dandy*, y que esta forma exterior, este gesto o lenguaje de artista revele una manera espiritual de encarar la vida; así, puedan ser dichas las pasiones, puedan ser revelados los excesos, pueda ser cuestionada la trivialidad, que la moral del momento se desborde para generar otros nuevos valores en concordancia con una filosofía del *conócete a ti mismo* y esto implica la investigación del mundo social y cultural, lo cual entraña una influencia mutua entre el arte y la filosofía.

En suma, aparece en el pasaje de la página 45 una especie de distinción y de ruptura, el gozo de cuestiones de otro orden. Esta sería una relación del arte y del artista con lo que es la negación de sí mismo, pero que se constituye en una suerte de experimentación, sin la cual, el contenido del arte y la objetivación del mismo en una obra de orden teatral, prosa, novela, cuento o poema, y con ello, por necesidad, la objetivación de vestidos, atuendos, adornos que no solo transforman la apariencia en pos de la belleza, sino que también hacen al alma partícipe de las voluntades,

caracteres y pensamientos que exhiben, de este modo, *cambiar el color de las cosas*, es asignar nuevos significados que del dominio del artista se publicitan en una sociedad que se deja sorprender. Esto implicaría una filosofía moral y estética abierta a las posibilidades del ser y del aceptar el conflicto permanente que conlleva la trasmutación de lo bello en el ámbito de la vida y allí encontramos el juego de la razón y la pasión.

Este es un peligro que debe encarar el artista, puesto que la conducción al mundo vital de los excesos, se hace a partir del impulso de lo placentero, se trata de un principio humano y propio del artista, en específico del dandi o *flâneur*, ello implica asumir la vida en conformidad con la sensualidad, el imperio del cuerpo sobre el alma, la asunción de la moda, como una actitud de cuidado hacia la exterioridad, la presencia de una realidad que toma los dones de la belleza en el atuendo, en el esfuerzo por cultivar la apariencia y sobre todo, en dependencia de las opiniones acerca de lo que es el artista, el ánimo de la innovación en los detalles del vestido, en las formas y actitudes de llevarlo, en últimas, en la sanción social que lo califica, lo promueve y lo obliga a distinguirse de cualquier otro, semejante al artista, como si se tratara del juego de un actor que lleva la delantera en términos de la creación de la mejor de las obras, el dandi, es el sí mismo, hecho arte. (Wilde, 2021. p. 44)

En la naturaleza del dandi o lo que es lo mismo en la elección de su existencia no existen impedimentos morales para ingresar a otros mundos. Por ello, Wilde señala una especie de cansancio con el que debe lidiar el artista o si se quiere una naturaleza humana que se piensa a sí

misma, en la cumbre de la fama, consciente de los privilegios sociales de cuna y de su maravilloso ingenio, en suma, hastiado de sus dones divinos, el poeta explora el mundo oscuro de la vida, se relaciona con talentos mezquinos, carentes de la cultura y de la visión del artista. No puede valorarse la riqueza exterior y espiritual sin realizar el contraste con su carencia; la actitud filosófica y artística ha de alimentarse con el conocimiento de primera mano, sin el cual un personaje bien elaborado y una frase o un pensamiento condensado, solo serían meras repeticiones de estereotipos ideados para una venta masiva. El arte pertenece al ámbito de la experiencia e incluye lo inesperado, el azar, una suerte de novedad que trasciende cualquier plan del creador. El peligro radica en que sólo hay una primera etapa de la que se tiene conciencia y control, sumergido en el bajo mundo, desnudando la naturaleza de su elegancia entrañable, de las maneras cordiales de la cultura y la educación, hay una vía sin retorno y esto es encantador para un dandi. Aun así, puede apreciarse que el arte resiste la fragmentación del mundo y de la obra, la tensión entre ese mundo sombrío de los apetitos y el esfuerzo creador del arte radica en conformar una unidad bajo el insumo de la nobleza de la idea y de la miseria de la vida; esto es lo que significa la paradoja desde la perspectiva del pensamiento y la perversidad en la pasión, una relación lógica entre la esfera teórica y práctica, hasta aquí hay una posición ampliamente deliberada en el artista, quien sabe que puede perderse en el mundo puesto que desconoce los límites y las medidas de manera harto intencionada, pues no actúa como el moralista que prevé sus

acciones futuras y se insta a seguir una idea de bien o un deber bastante robusto que niega la experiencia de ciertas cosas. El artista se halla en independencia de la moral, toma el placer como fin último de la vida, sus expresiones apoyan un modo de vida que enaltece al gozo, el arte está al servicio del placer, de la pasión y de las relaciones triviales y ordinarias con las que el escritor o dramaturgo ha intercambiado su alma creadora. El hecho de abandonarse a los propios deseos, de ignorar cierta forma de la racionalidad, de retar a la moral religiosa dan como resultado el fortalecimiento de una actitud egoísta o lo que es lo mismo, el olvido de los demás y de un mundo que reclama de nosotros deberes y cuidados hacia los otros. Este es el precio de la atracción que hace resistencia a lo bello, se requiere de lo feo o lo grotesco para poder distinguirla. Una vez, Wilde ha sido arrastrado por la encarnación de la paradoja que es la vida, se ve a sí mismo, como un esclavo de sus apetitos, ya no es dueño de sí, lo cual no es una sorpresa sino más bien el reconocimiento de cierta ignorancia que solo puede generarse cuando se ha vivido de manera desenfrenada y cuando el material del carácter se ha formado a partir de la trivialidad; de este modo, el artista es coherente con sus pensamientos, puesto que de la figura que exhibe en su absoluta indigencia tanto intelectual como moral, surge una obra producto de la interioridad, la devastación humana, la angustia, el tormento y el dolor, fruto de una relación de amor y odio entre un joven y su propio padre, las pasiones relacionadas con el dominio del deseo estarían asociadas con formas de incontinencia e intemperancia, así como el temor frente a lo grotesco, en

especial desde la perspectiva de una personalidad vil representada en el padre de quien fuera el mejor amigo para perderse en la vida de los placeres.

Nuevamente el arte filosófico realiza una transmutación, la inmovilidad y quietud que aletargó a la imaginación, hoy se ofrece como una suerte de reflexión absolutamente personal acerca de una vida malgastada, de un tiempo consumido en la cárcel, de un pasado que derrumba y vivifica a Wilde. La obra que aflora de una experiencia trágica no es otra que el aprendizaje de la humildad y del dolor. Los excesos pasionales y el placer mostraron la nueva cara traducida en angustia y amargura. (Ibid. p. 44)

En el mencionado pasaje de la página 45, Oscar Wilde, realiza una narración de sí mismo, puede notarse el acento personal que se expresa en los verbos conjugados en la primera persona, también ciertas frases van denotando una especie de transformación que se opera en el tiempo pasado y en el estilo del escrito hay una especie de interpelación y una clara intención de dirigir su escrito a quien fuera la persona de sus afectos. La manera de escritura también podría considerarse como una forma de confesión al estilo cristiano y una pista de ello, es como una especie de arrepentimiento implícito y la mención de la humildad como aquello que se descubre después de la experiencia vivida, además de la distinción que se halla entre lo privado y lo público, pues al parecer la vida social tiene una gran fuerza en el sentido de que ponen en cuestión las acciones secretas. No obstante, el artista continúa la tensión pues su respuesta implica hacer pública su vivencia, solo que de manera muy bien elaborada

a través de la escritura de sí mismo como una forma de salvar tanto al arte como a la vida pasada.

3. La unidad entre la Idea y lo sensible en el arte

En *De profundis*, in *El secreto de la vida*, de Oscar Wilde, podemos encontrar un ejercicio de orden artístico que no solo recrea la poesía y la prosa, sino también uno de la índole de la escritura que conlleva al conocimiento de sí mismo, una especie de conciencia moderna que realiza el descubrimiento de la individualidad, esta experiencia quizá es bastante desconocida en el mundo antiguo, tal vez en un filósofo como Sócrates podríamos hallar una prefiguración de la individualidad, por ser una figura que no puede clasificarse de manera fácil y esto no por lo que signifique su filosofía, divulgada y escrita por otros, sino porque su vida goza de ciertos aspectos de la singularidad que causan asombro en sus discípulos, especialmente por la búsqueda de coherencia entre un discurso filosófico y la vida. Pero Wilde ha tomado de Sócrates la consideración del conocimiento de sí mismo como un movimiento que emerge del placer y del dolor; para Wilde los dioses de Sócrates o de la tradición pagana se hallan en los modos de vida de la cultura, se parecen mucho más a figuras terrenales, a ciertas fuerzas que inciden en la experiencia de los hombres, en general la vía del descubrimiento de la individualidad no versa sobre la certeza de un yo que pretende conocer al mundo a través de la verdad fundamental del pensamiento, no se

adscribe, al menos como punto de partida a una trascendencia como principio protector y esperanzador de los hombres, ni mucho menos en la promesa de un reino por devenir en el sentido cristiano. La idea del yo no es una evidencia detrás de las apariencias, es más bien un resultado de un modo de vida desenfrenado que rompió con normas morales que la sociedad le impuso en su momento o con deberes que se fundamentan en una razón moral. El yo, la individualidad, la singularidad son una creación que deviene del vínculo entre arte, filosofía y vida; esto implica una evaluación no sólo de los géneros artísticos en su más alta expresión, sino de la existencia que puede tomar distancia de la cultura, de las costumbres y de los modos de pensar y como esta actitud no es teórica, exige un rompimiento de quien ha sido y es Wilde, una transformación de sí a través del reconocimiento de la desmesura, de la pasión y del egoísmo. Esta vía del conócete a ti mismo, a diferencia del Sócrates platónico no se da por la exaltación del *logos*, de una naturaleza del hombre que contempla y realiza el bien excelso, no tiene a la vista la Idea de belleza que contempla al alma y que como el acto de un héroe el hombre se esfuerza por aprehenderla a través de la experiencia estética y de una vida que la imita y es cobijada por la misma; todo lo contrario, no hay una Idea de lo bello que intenta dar sentido a lo desordenado y feo, a lo caótico. Para Wilde en esta meditación angustiante de la existencia, todo paradigma es como una especie de verdad en lo falso, esto es, que la idea está en el corazón del hombre y se ilumina en el del artista, así, el conocimiento de sí mismo, de la individualidad se genera a

través de la contradicción y lo grotesco, el apetito desenfrenado que ha sido sancionado con la vergüenza pública, en cuya forma la moral puritana ha puesto su panóptico, esto a través del padre de Alfred Douglas y del silencio y abandono de éste en la mencionada obra. El artista ha explorado los campos de la sensualidad y como diría Aristóteles en su *Ética Nicomáquea* (Aristóteles. 1985. L, 5, 1094 b, 15-30, p. 134), existen tres géneros de vida, la vida del placer, la política y la teórica; Wilde, desencantado de los sistemas antiguos, continúa ese modo de vida y a través de ella descubre no la máxima aspiración en la vida del sabio, sino la idea arquitectónica que había dado frutos en su vida de presidio y del abandono de todos los privilegios que había tenido en su condición de dandi, la norma arquitectónica del dolor.

Esta experiencia hay que saberla comprender en sus dimensiones, placer y dolor son dos caras de la condición humana, la una no puede valorarse sin la otra. El aporte filosófico que trae este modo de vida es la dilucidación de lo que es el hombre y su papel en la existencia, si al artista se le arrebatan sus bienes, su gloria, familia y amigos, el tiempo vivido, le queda todavía algo, no el reconocimiento optimista de una virtud que brilla en medio de la carencia a la manera estoica, sino la absoluta humildad y la esperanza de vivir conforme al arte. No queda solo un hombre arrepentido, un ser que se resiste al odio, queda un hombre que pretende hacer de su principio de vida el amor, puesto que este sentimiento es absolutamente creador y preserva una condición fundamental de la existencia, evita la renuncia a lo bello, de esta manera,

del dolor nace la más hermosa sinfonía de la existencia de acuerdo a Wilde, el cuerpo y el alma hacen una sola unidad y las cosas se presentan en suma identidad, porque el arte no tiene por tarea únicamente la objetivación de las creaciones bellas sino también la expresión de una subjetividad que vive, que se transforma a partir de la idea, lo sensible aparece de manera nueva, ya no con los tonos del placer referidos a la desmesura, el dolor ya no está puesto en las obras pasadas de Wilde que le revelaban teóricamente un mundo aterrador, los personajes se han encarnado en él, ha sido títere de otro, ha pasado por la esclavitud de sus pasiones y ha vivido en concordancia a la decisión de un hijo, de un padre, de una sociedad que lo enaltecía y luego lo humilló. Placer y dolor en una unidad, en un cuerpo y un alma, en un tiempo pasado, presente y futuro se han materializado en el arte; no existe dualismo entre la idea de belleza y la experiencia concreta y corporal de la misma como lo enseñó Platón, no hay una vida de contemplación perfecta y de suma felicidad como lo promulgó Aristóteles, pero sí hay una aspiración a la felicidad del artista, al reencuentro de sí mismo con la naturaleza y ello solo es posible si la angustiante carta dirigida a Alfred Douglas en *De Profundis*, llega a su destinatario, pues el conocimiento de sí mismo y de la individualidad, en el sentido de lo singular y el sello de una vida particular, requiere de la configuración de una verdadera amistad, este diálogo interior debe influir en el otro, no por medio del olvido sino a través de la memoria de quienes hemos sido, para Wilde el pasado puede cambiarse mediante la

experiencia de esa unidad entre lo corporal y espiritual, por medio de una ética del conócete a ti mismo, la vida como una creación artística.

Conclusión:

Los pasajes de las páginas 44 y 45 *De Profundis*, puede considerarse la construcción de una herramienta conceptual y artística por la intención de Wilde por realizar una transmutación entre arte y filosofía, esto implica una nueva manera de entender su ejercicio literario y filosófico, como la expresión de la individualidad que cabe dentro de la esfera de lo creado, la conciencia de un yo que incursiona en el mundo de lo bello; de esta manera las artes más objetivas como el teatro se revestirán en Wilde de un tinte absolutamente personal y singular, quizá todo aquello que se había considerado como bellas artes, tendría que ser cuestionado a la luz de la propuesta del autor en mención. A partir de la idea de lo irrepetible, de lo que no se deja estereotipar, el artista realiza un proceso de embellecimiento, el cambio de pensamiento a través de este ejercicio artístico, no puede ser otro que la construcción no solo de obras de arte en el sentido tradicional sino de la constitución de caracteres que el mismo arte trata de captar a través de la experiencia. Además, Oscar Wilde se revela como el artista que posee unas notas distintivas de una tradición aristocrática, plegada a la tradición pagana, donde el arte se percibe como una inspiración divina, un acceso privilegiado por los dones de la naturaleza, la cultura y el espíritu.

Filosofía y arte, serían dos máscaras que se confunden para la vida de un dandi o *flâneur*, y los mimos se contrastan con todo aquello que no es el artista, el mundo bajo, no se refiere en Wilde a la distinción estereotipada entre ricos y pobres, que también puede encontrarse en algunos pasajes de su obra, se trata de una experiencia que rompe con la diferenciación social, lo ruin, mezquino, egoísta, etc., se halla en las relaciones que entabla con Alfred Douglas y su padre, pero se refiere a la negación del arte a una forma de vida de la pasión, de la desmesura y el derroche, a sus dos años de cárcel y la experiencia de pérdida de amigos, familiares, bienes y todo cuanto apreciaba Wilde, incluyendo su honra y reconocimiento social. Esto le lleva a experimentar en sí mismo, pasiones que habían sido perfiladas en sus obras, ahora el escritor de sí mismo, hubo de descubrir la verdad matizada por el dolor como suprema pasión creadora.

Los pasajes en mención, revelan la producción de una carta que toma como contenido la vida de Wilde, el escritor se toma a sí mismo como tema artístico, hace un análisis del pasado y del presente, nos muestra las etapas de transformación de su vida, de cómo conoció la fama y cómo se percibe en tanto artista talentoso y dandi; este ejercicio no es sólo una confesión cuyo destinatario es el joven de antiguos afectos, también va dirigidos a los filósofos y artistas. ¿de qué arte y filosofía se tratan? De una que propende por una unidad del cuerpo y del alma, un vínculo profundo entre lo interior y lo exterior. Así la filosofía y el arte se vinculan con la vida, porque los primeros son los principios creadores de obras, de

caracteres y de pensamientos, y la vida es el contenido que está en profunda tensión con los mismos, desde donde el artista se ve influido por el azar y lo inesperado. La obra que pudo construir privada de todo, menos de su imaginación y su conocimiento es el sí mismo que lucha por rechazar el odio y reivindicarse con el amor. Así la forma o la idea, se expresa en su modo de ser artista y humano, es la expresión de lo bello que se cultiva en tensión con lo grotesco y dañino, y sobre todo con lo que no es el arte.

Bibliografía

Oscar Wilde, *De profundis*, in *El secreto de la vida*, trad. Miguel Temprano García, ed. Lumen/Ensayo, 2012, pp. 44-45.

Oscar Wilde en <https://liderazgoymercadeo.co>

Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofía*, tomo A-K. (1964). Buenos Aires, ed. Sud Americana.

Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea*. Gredos, Madrid.

Platón. (1995). *Apología de Sócrates, Banquete, Fedro*. Gredos. Madrid