



**Positivismo vs. Pospositivismo:
un aporte desde premisas filosóficas**

**Estudiante
Antonio José Cadavid Ospino**

**Directora
Dra. Cathalina Sanchez Escobar
Doctora en Ciencias Jurídicas**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas**

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2021

Declaración de originalidad

31 de octubre de 2021

Yo, Antonio José Cadavid Ospino:

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad”.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Antonio José Cadavid Ospino', written in a cursive style.

Firma del estudiante

Positivism vs. Pospositivismo: un aporte desde premisas filosóficas

Positivism vs. Postpositivist: an input based on philosophical premises

Sumario:

Resumen:	3
Abstract:.....	4
Introducción	5
Kant vs. utilitaristas	7
El positivismo y el pospositivismo	11
A modo de conclusión: aportes a la discusión.....	15
Referencias.....	18

Resumen:

Esta monografía tiene por objetivo realizar un aporte a la discusión que en la actualidad confronta a juristas positivistas y pospositivistas, a través de la incorporación de premisas fundantes de dos posiciones filosóficas acerca de la moral: el utilitarismo y el deontologismo. Este debate se concentra en el rol del juez: hasta dónde debe llegar su arbitrio y si resulta válido apartarse de la estricta legalidad.

La estructura argumentativa de esta monografía surge de una metodología descriptiva-interpretativa, que se ciñe a las premisas del modelo hermenéutico. Se acude a los postulados deontológicos de Kant, así como a las premisas utilitaristas de John Stuart Mill y Jeremy Bentham. Estos filósofos son considerados los precursores de las corrientes en cuestión; además, a la reflexión sobre los

comentarios de algunos juristas que en la actualidad han realizado críticas al Ordenamiento Jurídico Nacional, al considerar indeseables algunas resoluciones aplicadas por las autoridades competentes. cuando prepondera la estricta legalidad o se aplican normas que favorecen principios del ordenamiento.

Palabras clave: Positivism, positivism, deontologism kantiano, utilitarianism, justice.

Abstract:

This text has the purpose of making an-input to the discussion between positivists and post positivists jurists based on the premises of two philosophical positions about morality: utilitarianism and deontologism. This debate questions what's the role of the judge? How far does judicial discretion go? Is it valid to separate from strict legality?

To do this work, the hermeneutical method was used, going directly to the philosophers who first established these positions and others who later referred to them, as well as jurists who have recently criticized the national legal system, as they consider undesirable some of the solutions applied by the competent authority when strict legality prevails or when rules are not applied favoring certain principles of the legal system, but despite the multiple references to the Colombian legal system, the scope of this discussion is limited to the general theory of law.

Keywords: Positivism, Postpositivism, Kantian Deontologism, Utilitarianism, Justice

Introducción

Dentro de las discusiones contemporáneas sobre el derecho, una de las preguntas que mayor vigor ha provocado es: ¿cuál es el papel del juez hoy? Al respecto, se han sentado múltiples argumentos que se agrupan en dos posiciones: positivismo y pospositivismo. La primera, pretende que el juez dé mayor relevancia al principio de legalidad y, en consecuencia, sus decisiones no contradigan lo establecido en el enunciado normativo, por lo que el juez tiene una posibilidad interpretativa limitada. La segunda, opta porque la persona-juez adopte una visión integral del ordenamiento jurídico que le permita abarcar los principios escritos y no escritos (*hard law and soft law*). Según el caso, los principios podrían llegar a tener mayor valor que los enunciados contenidos en la literatura jurídica, por lo que el operador jurídico tendría facultad para apartarse de la aplicación literal de los códigos u estatutos, incluso aunque estos sean incompatibles con la aplicación del enunciado legal (Green 2008).

Esta discusión pondera el principio de legalidad con el de justicia material, acercándose a una de las cuestiones fundantes del derecho como disciplina: ¿qué es la justicia? Esta pregunta ha dado lugar a escribir libros enteros al respecto, sin llegar a ningún consenso o respuesta satisfactoria para todo contexto. Al respecto, el jurista Han Kelsen afirmó:

Comencé este estudio con el interrogante: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta de que no lo he respondido. Mi disculpa es que en este caso me hallo en buena compañía. Sería más que presunción de mi parte hacerles creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que no lograron los pensadores más grandes. En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. (1956)

De manera paralela, los filósofos han debatido preguntas cercanas a este tema desde una perspectiva de la filosofía moral, que es una pregunta por el rol, no del juez, sino del hombre bueno, y en ese orden, la valoración de las acciones de los hombres. (Cunningham 1982) Al interior de esta disciplina, también han surgido dos posiciones respecto a la controversia: el utilitarismo representado por las ideas de John Stuart Mill y Jeremy Bentham; así como el deontologismo, representado por los postulados de Emmanuel Kant.

El utilitarismo está directamente vinculado con la ética de la consecuencia; es decir, son las repercusiones que traen los hechos de los hombres (2015). Esta perspectiva brinda soluciones de carácter ético similar a las soluciones jurídicas cuando se privilegia la aplicación del principio de justicia material en un caso concreto.

¿Por qué comparar soluciones a dilemas morales con soluciones a litigios contenciosos? En diferentes ocasiones, se ha afirmado que los ordenamientos jurídicos se corresponden con la escala axiológica de sus diferentes sociedades. Esto se debe a que los discursos éticos de una sociedad aportan de manera explícita la motivaciones y determinaciones que tienen los sujetos para actuar y tomar decisiones existenciales, entre ellas, la toma de juicios: bueno-malo, feo-bello, justo-injusto (De Zan, 2004).

A su vez, el estudio de esta discusión jurídica de manera vinculada a los conceptos de la filosofía moral aproxima a la discusión que el jurista Hans Kelsen propuso al afirmar que el ordenamiento jurídico no puede asumirse definitivo, mientras no haya una revisión constante de las costumbres y el orden social (que dentro de ellas contienen el orden axiológico de los pueblos).

Por ello, el principio "a cada cual lo suyo" es aplicable únicamente cuando se presume que dicha cuestión ya ha sido resuelta. Sin embargo, solo puede estarlo mediante un orden social que la costumbre o un legislador hayan establecido como moral positiva u orden jurídico, esta debe fijar un valor absoluto que no puede asimilarse a los valores relativos que una moral positiva o un orden jurídico garantizan (1956).

Este estudio de las motivaciones de las acciones de los sujetos repercute en la concepción del derecho como un instrumento para la convivencia pacífica. Al respecto, el Dr. Henry Solano afirma:

Ahora bien, el derecho —que hace parte de las normas de conducta—, el positivo, es, como ya se dijo, un objeto cultural —proyección humana, vida humana objetivada—, creado por un porqué y con un para qué, por un motivo y con una finalidad, y dotado, por ello, de sentido, de significado; por qué, el motivo es la existencia de conflictos de intereses; el para qué, la finalidad es la de posibilitar la

existencia en coexistencia, en medio de la inexorable presencia de conflictos de intereses (2016).

De esta manera, resulta evidente que valores morales, derecho y justicia poseen elementos comunes, puesto que el hombre bueno también es un hombre justo, y el derecho quiere ser justo.

Esta investigación resulta oportuna y relevante dado su carácter interdisciplinar, que permite nutrir el debate desde las aristas argumentativas que han construido otros participantes desde áreas disciplinares distintas al derecho, pero complementarias. Estas perspectivas nutren el debate que en la actualidad surten entre los juristas y le permiten al derecho incorporar nuevos elementos de debate y juicio respecto a un tema tan relevante en su constitución disciplinar. Así pues, el presente estudio se pregunta por el estado de la discusión acontecida entre positivistas y pospositivistas, en aras de cuestionar ambas posturas e intentar, desde las premisas de la filosofía, plantear recomendaciones concretas para que los jueces tomen mejores decisiones, es decir, que realicen fallos que se consideren adecuados al derecho y a la justa protección de los sujetos implicados. En ese sentido, este trabajo primero explorará las bases fundantes de dos posiciones filosóficas clásicas en relación con la moral (utilitarismo y deontologismo), luego se explicarán las ópticas positivista y pospositivista, y finalmente se concluirán propuestas concretas.

Kant vs. utilitaristas

Las discusiones filosóficas pueden tornarse farragosas, por eso, esta monografía se aproximará a la divergencia de las premisas filosóficas deontologistas y utilitaristas a partir de dilemas morales. El primero que se revisará es el *dilema del tren* planteado por la filósofa Philippa Foot.

Un tranvía corre fuera de control por una vía. En su camino se hallan cinco personas atadas a la vía por un filósofo malvado. Afortunadamente, es posible accionar un botón que encaminará al tranvía por una vía diferente, por desgracia, hay otra persona atada a esta. ¿Debería pulsarse el botón? (2015).

Para resolver este dilema, se recurre de manera intuitiva a premisas utilitaristas que han sido explicadas, para el derecho, por el Magistrado y profesor: Martín Agudelo Ramírez. Este afirma que la lógica consecuencialista (que es al derecho lo que el utilitarismo a la filosofía) podría resultar evidente, pues solo se asesinaría a una persona en lugar de cinco, lo que llevaría a un juicio rápido de que la persona hizo a más personas felices, salvó más vidas y, por lo tanto, actuó de manera correcta.

De acuerdo con lo anterior, parece ser que el utilitarismo es la opción correcta a efectos de distinguir las conductas buenas de las malas. No obstante, con variaciones del paisaje del dilema aparecen nuevas percepciones sobre cómo actuar a la hora de enfrentar una situación como la planteada. Se trae a colación una versión alternativa del dilema del tranvía (desde ahora versión II) planteado por Juvis Travis Thompson, que consiste en que:

Como antes, un tranvía descontrolado se dirige hacia cinco personas. El sujeto se sitúa en un puente sobre la vía y podría detener el paso del tren lanzando un gran peso delante del mismo. Mientras esto sucede, al lado del sujeto sólo se halla un hombre muy gordo; de este modo, la única manera de parar el tren es empujar al hombre gordo desde el puente hacia la vía, acabando con su vida para salvar otras cinco. ¿Qué debe hacer el sujeto? (1978).

Esta variación del dilema inicial pone en aprietos a la corriente utilitarista, pues si se actúa solo pensando en las consecuencias, promoviendo un escenario en el que haya el mayor número de personas felices, el médico debería cometer el delito de homicidio contra la enfermera y utilizar sus órganos para donarlos al paciente.

Para abordar este dilema se suele asumir una posición deontológica, que es un poco menos intuitiva, pero tiene como fundamento el deber (según el cual no es posible asesinar a inocentes). Con esto, Kant pretendió crear un sistema hermético, es decir, independiente de las circunstancias fácticas en el que la moral es, ante todo, producto de la experiencia estética y por ello la verdadera objetividad reside en actuar teniendo en el deber, que se justifica en sí mismo, y no en una validación externa.

En consecuencia, Kant plantea el famoso imperativo categórico a partir de tres máximas, que como explica el Dr. Martín Agudelo Ramírez son:

1. Formula de la ley universal: según la cual solamente deberíamos obrar de conformidad con máximas que se quieran asumir como ley universal.
2. Formula de la ley de la naturaleza: que propone actuar como si la máxima de nuestra acción se tornara, debido a nuestra voluntad, en una ley universal de la naturaleza.
3. Formula de la humanidad: la cual consiste en abordar a todo ser humano - incluyéndose a sí mismo- como un fin y nunca meramente como un medio.

Este deontologismo kantiano también ha sido objeto de diversas críticas. Una que destaca es la del renombrado filósofo Arthur Schopenhauer:

It is this initial position which Schopenhauer characterizes as Kant's ethical. For, he cleverly asks: Who tells you that that 'ought' to take place, which in fact never does take place? Kant's 'moral law,' if it is to have any concrete significance, must derive its ultimate sanction from human ex-perience. "Moral laws, apart from human institution, state ordinance, or religious doctrine, cannot rightly be assumed as existing without proof." 'Thou shalt not lie' is no a priori moral law, operating over and above experience; whatever its philosophical justification may be, its authority it derives from long centuries of actual human experience. . (...) If Kant does employ a 'thou shalt' in his ethics, then he must point to the ancestry of his principle and justify its use in his method; but he has no right to assume it at all; far less, to assume it as necessary and categorically imperative.

Este filosofo considera que usualmente este deber moral que reivindica Kant al considerarlo como un imperativo, tiene como principal problema el hecho de que proviene desde siglos de experiencia humana, según lo cual la ética kantiana ya perdería su independencia de la experiencia empírica.

También cabe mencionar la crítica erigida por la profesora de la Universidad de Buenos Aires, Celia Cabrera (2017), quien ha estudiado a cabalidad al filósofo Husserl, quien considera que:

Sobre la base de esta presentación general, atendamos ahora sí, a las críticas dirigidas específicamente al imperativo categórico. Cabe aclarar que Husserl no concedió mayor relevancia a las diferentes formulaciones del imperativo kantiano. En sus críticas se refiere generalmente a la formulación básica *Grundformel* que prescribe: Obra de modo tal que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal (1982).

El siguiente texto del curso *Preguntas fundamentales de ética* resume las deficiencias de las que, según Husserl, adolece el imperativo kantiano:

Toda acción realizada según una máxima que no es apta para convertirse en ley universal, es inmoral. Y esto significa que: es inmoral si el intento de generalizar la máxima en cuestión, considerada de modo puramente formal, resulta en una contradicción. ¡Pobres hombres! En este momento tengo hambre y estoy sentado a la mesa para comer. Hay ternera asada. ¿Me es permitido comer? Si lo hago, la máxima subyacente es la siguiente: una persona hambrienta sentada a la mesa en la que es servida ternera asada comerá la ternera asada. ¿Podemos interpretarla como una ley general? Claramente no (1982).

Las críticas reseñadas están dirigidas de manera específica a la relevancia del concepto kantiano de las máximas de acción. Si este es irrelevante, está en tela de juicio la existencia del imperativo categórico kantiano. Husserl realizó en reiteradas ocasiones esta crítica a Kant, mencionó la trivialidad y el formalismo del imperativo.

Autores como Cabrera (2017) afirman que la reducción anterior a la propuesta Kantiana se debe a un problema de interpretación por parte de Husserl, pues es evidente que no toda intención/ afirmación es una máxima o no tendría que expresarse esencialmente así. De esta manera, si alguien comete un error en su conducta se debe a que no ha elegido bien y no porque no ha actuado según un principio no universalizable. Así, la voluntad que no actúa según el imperativo se debe a que no ha entendido las normas axiológicas-prácticas o carece de alguna motivación para ejercerlas.

Finalmente, es menester mencionar que, a pesar de tantas críticas a sus pensamientos, estos autores siguen siendo considerados como de los más relevantes de su siglo (además de la historia de la filosofía moral), tanto es así, que llama la

atención como actualmente su pensamiento aún permea los ordenamientos jurídicos anglosajones o del *common law* (para el caso del utilitarismo) y de derecho continental europeo (para el caso de Kant). Lo anterior se evidencia claramente cuando se ha caracterizado al sistema de *common law* como aquel que propone normas de mayor utilidad práctica -lo que resulta a penas lógico a la luz del consecuencialismo- esto sucede, poniendo un ejemplo específico, cuando las leyes penales de los Estados Unidos brindan un mayor arbitrio a los entes encargados de los procesos de criminalización para prescindir de algunas garantías y poder realizar acuerdos con miembros de organizaciones criminales en los que se brinda información que permita realizar más capturas a cambio de una disminución considerable de la pena e incluso la impunidad.

Mientras que, por otro lado, las leyes de los sistemas continentales europeos son eminentemente garantistas y poseen un amplio respeto hacia la dignidad humana, lo que conlleva a que los funcionarios tengan un menor arbitrio. Esto se demuestra, claramente, en los ordenamientos en los que la pena de muerte se encuentra prohibida por mandato constitucional.

El positivismo y el pospositivismo

Previa a la realización de un aporte al debate, es menester entender a cabalidad que es el positivismo y qué es el pospositivismo. Para esto, tomaremos lo que el texto del profesor de la Universidad de la República (Uruguay), Ricardo Marquisio. Este explica que el positivismo tradicional intenta responder a la naturaleza, las condiciones necesarias y suficientes para que algo pueda ser considerado un estándar jurídico. y la moral, y discrecionalidad judicial (2017).

Siguiendo esta perspectiva, Austin considera que el derecho es un conjunto de órdenes que se sustentan en la amenaza (1954). Como diría Pierre Bourdieu, la eficiencia del derecho radica en el hábito de la obediencia que sucede dado un *habitus social* que sustenta que el derecho está sentado sobre una base de justicia social definido por personas autorizadas (2000).

Una lectura menos radical del positivismo consiste en pensar el derecho cercano a una perspectiva, que caracteriza a los sistemas jurídicos por una unión de reglas aceptadas voluntariamente por los participantes del sistema jurídico. Sea cual sea la interpretación del positivismo que se asuma, queda claro que la finalidad de este era separar el derecho de la moral; es decir, construir un sistema de reglas específicamente jurídico (Dworkin, 1994).

Esta postura plantea un dilema que afirma que, eliminando los dilemas morales del derecho, este puede ser injusto e, incluso, perverso, al promover la edificación de un sistema paralelo en el que los participantes del sistema jurídico apelen a la moral de sus actos y eludan la ley a raíz de su alejamiento de las reglas morales de una sociedad determinada. Sin embargo, Atienza describe de manera acertada algunos de los problemas lógicos que se derivan de esta falsa pretensión (2014).

Por una parte, la posibilidad de una contradicción entre los resultados que produce la decisión y los propósitos que se persiguen en el sistema jurídico. En este caso la racionalidad estricta equivale a actuar “de una manera puramente ritualista” (Atienza, 2006). Estas potenciales contradicciones han sido subrayadas por los defensores positivistas como un error potencial en cualquier modelo de justicia humana. (Shapiro, 2011)

Las posibilidades de las instituciones jurídicas de crear tanto bien como mal son inmensas, lo que proporciona un argumento para que, desde la sola caracterización de lo jurídico por la tesis social, se deje abierta la cuestión de la normatividad de las prescripciones de cualquier sistema. Para un teórico positivista la cuestión normativa del derecho es un pseudoproblema. Esto porque se aparta de la idea de validez jurídica como una idea de obligatoriedad y la validez solo es un concepto para la aplicación (Marquisio, 2017).

En contraposición a lo enunciado para el pospositivismo, el pospositivismo ve como inadecuado el positivismo para la comprensión del derecho constitucionalizado. Para Atria, existen tres tipos de pospositivismo: constitucional, crítico y normativos. De estos, el primero es el más popular, que se opone por completo a la noción de trivialidad y lo relevante de la ley no es reconstruir la decisión tomada por alguien, sino imputar un valor de justicia al texto. El texto ya no es un conjunto de mandatos,

sino más bien la descripción de algunos valores y las consecuencias sociales que trae su ejercicio (Atria, 2016).

Los críticos atacan el positivismo nombrándolo un paradigma agotado, que solo concibe el derecho desde una perspectiva normativa; que descarta cualquier implicación sociológica, axiológica o política. Aunque esta visión purista del derecho podría parecer ingenua tiene implicaciones concretas sobre la realidad como la distribución del poder, el elitismo de la norma y la concepción idealizada del derecho, que “lo condena a la inutilidad social y lo hace cómplice de la arbitrariedad” (Bovino y Courtis, 2000).

Los positivistas jurídicos tuvieron la idea de crear un sistema autónomo que reconociera los objetivos del ejercicio del poder, el pospositivismo busca promover una mayor mirada consciente al contexto social, lo que elabora una dogmática que interprete condiciones sociológicas con el fin de construir un sistema que afirme la posibilidad de la indeterminación jurídica como una condición sociológica de los criterios de un derecho que busque entender los fines humanos de manera correlacionada a un fin (Núñez Vaquero, 2015).

Un elemento importante para ambas perspectivas del derecho es la ponderación de valores, cuando en un caso concreto dos principios colisionan porque la decisión favorece a uno de los dos.

Por su parte, el profesor Carlos Bernal Pulido, quien actualmente es magistrado de la honorable Corte Constitucional, ha estudiado la racionalidad de la ponderación cuando se presentan choques de principios. Esto desde la perspectiva del jurista Robert Alexy, quien entiende que los principios son mandatos cuya aplicación se da en la medida de lo posible, de manera que, como se decía, en ocasiones lo determinado en la sentencia solo podrá satisfacer un principio u otro, lo que conlleva necesariamente una situación de dilema. Esto históricamente se ha visto en casos polémicos como el famoso *Marbury vs. Madison*, empero vale la pena destacar un caso similar aunque más reciente acontecido en la República Popular de China:

“en abril del 2003 Zhou Yichao entró en una oficina gubernamental en China y mató a dos empleados ya que se enteró que, luego de pasar exitosamente un concurso de ingreso a carrera administrativa, el puesto se le había negado por ser portador de anticuerpos de hepatitis B. Yichao fue condenado a muerte y posteriormente ejecutado el 2 de marzo de 2004 (...) Lo realmente sorprendente del caso es que la actuación discriminatoria de los empleadores no era ilegal. De hecho, la filtración de candidatos a la carrera administrativa se hace conforme a normas válidas del ordenamiento jurídico, usualmente de nivel provincial o municipal. Normas similares, de otro lado, también discriminan a hombres que midan menos de 1,60 metros o que pesen menos de 50 kilogramos (o 1,50 metros y 40 kilogramos para mujeres). El derecho chino es quizá uno de los últimos ejemplos de sistemas jurídicos del mundo donde no hay control de constitucionalidad de las leyes. En consecuencia, los jueces no tienen ninguna capacidad de invalidar o derrotar normas tan abiertamente injustas como las que originaron la terrible frustración de Zhou Yichao.

Según la ortodoxia jurídica china, en caso de choques entre normas locales y normas nacionales los jueces deben suspender el juicio y mandar el conflicto a que sea directamente decidido por un comité permanente del Congreso Nacional Popular ya que la anulación judicial del derecho vigente trastornaría la separación de poderes. Con este razonamiento las normas laborales discriminatorias han sido rigurosamente aplicadas por los jueces chinos ya que los ellos no se atreven a acudir a este mecanismo de reenvío al legislativo. El legislativo, de otro lado, no tiene ni el tiempo ni el interés para dedicarse a estos asuntos de aplicación concreta del derecho”. (López Medina, 2008).

Entonces, en tales circunstancias, la naturaleza de los hechos hace que estén en contraposición principios tales como el de legalidad, la separación de poderes o la igualdad; y el juez deberá satisfacer uno u otro, pero jamás todos al mismo tiempo.

Por lo que, a modo de solución, se ha empleado la denominada Formula del Peso:

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}$$

“Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la

importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve 2.º, es decir, 1; medio 2, es decir, 2; y grave 2, es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2, es decir, 1; plausible 2, es decir 1/2; y no evidentemente falso 2, es decir, 1/4 (41).

Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el «peso concreto» (42) del principio P_i en relación con el principio P_j en el caso. Si el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j es mayor que el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i , el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio P_i . Si, por el contrario, el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i es mayor que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j , entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio P_j . Si P_i fundamenta la norma N_1 que prohíbe \emptyset y P_j fundamenta la norma N_2 que ordena \emptyset , en el primer caso debe prohibirse \emptyset y en el segundo caso debe ordenarse”. (Pulido Bernal, 2006).

Ahondar en este sistema de Formula del Peso y sus diferentes criticas podrías ser objeto de otro trabajo. Sin embargo, lo anterior es valioso en tanto que expone como desde el ámbito jurídico existe la intención de generar un sistema que tenga en cuenta las circunstancias específicas que atañen al caso concreto (y sus consecuencias). Pero también hay una pretensión de objetivizar los procesos de toma de decisiones de manera que haya menor arbitrio en las decisiones judiciales.

A modo de conclusión: aportes a la discusión

Al enterarnos del contenido de ciertas posturas filosóficas y, sobre lo planteado por juristas positivistas y pospositivistas, es necesario hallar un punto de encuentro entre

las dos últimas, en aras de determinar las falencias en las cuales podría incurrir el fallador al momento de proferir una providencia.

Mientras la doctrina positivista brinda mayor certeza al ciudadano acerca del futuro, ya que tiene mayor compatibilidad con el principio de legalidad y parecería que todo está sentado sin necesidad de recurrir a la interpretación de terceros. Es indispensable que el Derecho tenga presente el riesgo de incurrir en una afectación a los sujetos y su integridad.

Mientras la doctrina positivista brinda mayor certeza al ciudadano acerca del futuro, ya que tiene mayor compatibilidad con el principio de legalidad y parecería que todo está sentado sin necesidad de recurrir a una argumentación que puede ser política, sino ciñéndose a las técnicas hermenéuticas convencionales. Es indispensable que el Derecho tenga presente el riesgo de incurrir en una afectación a los sujetos y su integridad, máxime cuando estos sujetos en muchas ocasiones son catalogados sujetos de especial protección constitucional.

Por su parte, las doctrinas pospositivistas generan mayor incertidumbre entre los participantes del sistema jurídico; sin embargo, permite responder con mayor claridad a preguntas como las propuestas sobre el comportamiento humano en las políticas ¿El juez debería fallar los casos asumiendo una posición política en relación con si se vulneran o no principios de mayor jerarquía para el ordenamiento jurídico?,

Atienza, al reflexionar sobre este tipo de casos, afirma que la racionalidad en el derecho debe leerse como una cuestión procedimental, por eso el resultado debe entenderse como aceptable (1987) De esta manera, las decisiones razonables no ocurren solo cuando se siguen criterios razonables; pues decisiones tomadas bajo el paradigma interpretativo de la norma también pueden ser consideradas de esa manera.

El planteamiento anterior supone un avance al pensar las relaciones entre el derecho, la filosofía moral y la función del juez, pues que una decisión se tome bajo estrictos criterios de racionalidad, no conduce necesariamente a que una decisión racional; al contrario, el aplicar normas de manera procedimental puede derivar en formas erróneas de interpretar un caso.

Lo anterior resulta notorio en distintas sentencias, de las cuales se resaltan dos:

a. El caso de la Sentencia T-681 del 2016, en cual la honorable Corte Constitucional colombiana ordenó al Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín otorgar al accionante subsidio municipal para vivienda de interés social. Lo anterior se realizó bajo la figura de excepción de inconstitucionalidad, inaplicando la norma jurídica que facultaba a la entidad para realizar el desalojo de la persona en consideración de la supremacía del derecho a la vivienda digna.

b. En contravía de lo anterior está el caso previamente mencionado, acontecido en China, dentro del cual el fin que se encontraba previsto por el ordenamiento jurídico es la prevalencia de la legalidad, en tanto que se dé el renvío al legislador y se mantenga indefinidamente –hasta que el legislador decida actuar- la aplicación de normas que en el caso concreto favorecen la discriminación de sujetos divergentes.

Finalmente, a lo largo de este escrito ha sido notable que todas las posturas aquí expuestas (tanto jurídicas como filosóficas) poseen una amplia cantidad de críticas. No obstante, después de analizar estas se plantean tres propuestas en aras de reducir los efectos nocivos que cualquier fallo proferido es susceptible de acarrear.

1. En situaciones de dilema, en las que haya que recurrir a fórmulas para la ponderación de principios (como la sugerida por Robert Alexy) sería beneficioso que se ponderen más de dos principios. Un caso hipotético de lo anterior sería que en casos como el de los ciudadanos chinos, el operador jurídico no solo tuviera en cuenta la ponderación entre la legalidad y la libertad de contratación, sino, por ejemplo, una ponderación entre el principio de igualdad y no discriminación en contraposición a la libertad de cultos (que se emplea como justificación habitual a la discriminación en función del tipo de sangre), la libertad de contratación y la legalidad. Lo anterior no necesariamente supone que triunfe en la ponderación la opción que mayor número de principios tenga para considerar, sino que también se deben tener en cuenta factores como los señalados por Alexy, o sea, la importancia en abstracto de cada uno, el grado de afectación en el caso concreto, entre otros.

Resultaría de suma utilidad que en países como Colombia se aplique el sistema de reenvío al legislador, pero con una variación, la cual consistiría en que el fallador

pueda apartarse de la aplicación del enunciado y si encuentra que el supuesto de hecho del caso no fue tenido en cuenta en la exposición de motivos de la norma presuntamente aplicable, de manera que esta decisión pueda mantenerse en el tiempo e incluso convertirse en precedente judicial como consecuencia de la inacción del legislador. Lo anterior podría disminuir dos aspectos criticables de las posturas positivista y pospositivista, en tanto que, en principio, sí se daría amparo al sujeto al encontrar que la aplicación de la norma podría ser perjudicial para su identidad, pero, por otro lado, como consecuencia del reenvío al legislador se podría modificar la norma (y que dicha modificación tenga como consecuencia la revisión de la decisión inicial) de manera que, en últimas, prime el valor democrático. Esto resulta preferible a los métodos que se vienen empleando dado que sería un absurdo que el operador jurídico actúe como un exegeta, aún sabiendo que su actuar puede ser contradictorio con lo perseguido por el ordenamiento, sin embargo, terminaría primando la decisión del legislador, quien representa la voluntad del pueblo y, en ese sentido, posee la capacidad de determinar con mayor legitimidad el alcance de una disposición normativa. Esto último tendría como excepción evidente que el reenvío al legislador no se realice tratándose de situaciones en las que se encuentren en cuestión sus propios intereses.

Referencias

Atienza, Manuel. (2014). "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", en: Revista Argentina de Teoría Jurídica, V. 15, pp. 1-29.

Atienza, Manuel. (2006). "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en: J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.), El positivismo jurídico a examen.. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 765-780.

Agudelo Ramírez, M., & Estela Agudelo, L. (2015). Cine y derechos humanos. Medellín, Colombia: Ediciones Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAUULA).

Austin, John. (1954). The Province of Jurisprudence Determined. Indianapolis: Hackett Publishing Company Inc.

Bernal Pulido, C. (2006). LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN. Revista Española De Derecho Constitucional, 77, 51-75.

Bourdieu, P. Teubner, Gunther. (2000) La fuerza del derecho: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Bovino, Alberto y Courtis, Christian. (2000). "Por una dogmática conscientemente política", en: Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid: Boe, pp. 178-213.

Buygin, Eugenio. (2004). "Está (parte) de la filosofía del derecho basada en un error", en: Doxa, 27, pp. 15-26.

Cabrera, Celia. (2017) La apropiación husserliano del imperativo categórico Revista de Filosofía Vol. XXIX, N° 1pp. 29-58

Calsamiglia, Albert. (1998). "Postpositivismo", en: Doxa, 21, pp. 209-220.

Cárcova, Carlos. (2001). "Notas acerca de la teoría crítica del derecho", en: Christian Courtis (comp.), Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, pp. 19-38.

Cianciardo, Juan y Zambrano, Pilar. (2016). "Los a priori de la cultura de los derechos", Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 34, pp. 103-142. DICKSON, Julie (2012). "Legal Positivism: Contemporary Debates", en: Andrei Marmor (ed.), The Routledge Companion to Philosophy of Law. New York: Routledge, pp. 48-64.

Cabrera, C. (2017). La apropiación husserliana del Imperativo Categórico. En Areté vol.29 no.1. Lima.

Cunningham, S. (1982). Virtues and Vices and Other Essays in Moral philosophyphilippa Foot Oxford: Blackwell; Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1978. Pp. Xiv, 207

Foot, Philippa. (1978). The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect, En: WOODWARD, P. A. (edit.) 2001. The Doctrine of 143 Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle. Notre Dame, Indiana, EE.UU, University of Notre Dame Press.

Foucault, Michel. (1991.) Saber y verdad. Tr. De Julia Várela y de Fernando Alvarez-Uria. Madrid: La Piqueta, 1991.

Friedrich, Carl (1964). La Filosofía del Derecho. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 443p.

Gadamer, Hans-Georg (1993). Verdad y Método; fundamentos de una hermenéutica filosófica. 5ed. Salamanca: Sigúeme, Vol. 1, 697p.

Green, Leslie (2008). "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", en: New York University Law Review, V. 83, pp. 1035-1058.

Habermas, Jürgen. (1998) Facticidad y validez. Tr. De Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 689p.

Hegel, G. W. Friedrich. (1999) Principios de Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política. Tr. De Juan Luis Bernal. 2ed. Barcelona: Edhasa, 500p.

Heidegger, Martin. (1958), Arte y Poesía. Tr. Y prólogo de Samuel Ramos. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, P. 148.

Husserl, Arnold. (1982). La idea de la fenomenología, Miguel García-Baró (trad.), FCE, México. | 1973, Die Idee der Phänemonologie. Fünf Vorlesungen, Hua II, W. Biemel (ed.), M. Nijhoff, La Haya.

Kant, Immanuel. (1993). La metafísica de las costumbres. Barcelona: Alfaya, 374p.

Kaufmann, Arthur. (1999). Filosofía del Derecho. Tr. De Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 347-355. 655p.

Kelsen, H. (1956). Qué es la justicia? Córdoba: Impr. De la Universidad.

Marquisio, R. (2017). Tres modelos de positivismos jurídicos. Revista Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. UNLP, 47.

Solano, H. (2016). Introducción al estudio del derecho. Medellín: UPB.

Thomson, J. (1985). The Trolley Problem. The Yale Law Journal, 94(6), 1395. Doi: 10.2307/796133.

Tsanoff, R. (1910). Schopenhauer's Criticism of Kant's Theory of Ethics. The Philosophical Review, 19(5), 512. Doi: 10.2307/2177314.

_____. (1998) La filosofía del derecho en la posmodernidad. Bogotá: Temis, 90p.

_____ et al. (1992) El Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Madrid: Debate, 449p.

_____ (2009). "Legal Positivism", en: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.).

_____Verdad y Método (1993) fundamentos de una hermenéutica filosófica. 5 ed. Salamanca: Sigüeme,. Vol. 2, 429p.