

# INTRODUCCIÓN AL DERECHO

## Aspectos teórico-prácticos

Diana Patricia Quintero M.

Serie Derecho y Ciencias Sociales

Colección  
DISCERNIR



# Introducción al derecho Aspectos teórico-prácticos

Diana Patricia Quintero M

Serie Derecho y Ciencias Sociales



Introducción al derecho. Aspectos teórico-prácticos / Diana Patricia Quintero Mosquera  
1 ed. –Cali: Universidad Icesi, 2008.  
142 p ; 24 x 18 cm.  
ISBN: 978-958-8357-05-8  
1. Teoría del derecho 2. Dogmática jurídica 3. Hermenéutica jurídica  
340 cd.21

*Introducción al derecho. Aspectos teórico-prácticos*

Colección “Discernir”

Universidad Icesi

Primera edición, julio 2008

© Derechos Reservados

**Rector**

Francisco Piedrahita Plata

**Secretaria General**

María Cristina Navia

**Director Académico**

José Hernando Bahamón

**Directora de investigaciones y publicaciones**

Ximena Castro Sardi

**Editor de ésta serie**

Rafael Silva Vega

**Diseño**

Pablo A. Sánchez

Impreso en Cali – Colombia

A.A. 25608 Unicentro

Tel. 555 23 34 Ext. 404

Fax: 555 17 06

E-mail: [exploraciones@icesi.edu.co](mailto:exploraciones@icesi.edu.co)

Cali, Colombia

ISBN 978-958-8357-05-8

## **Diana Patricia Quintero Mosquera**

Abogada, Magister en filosofía y candidata a Doctora en Derecho. Realizó el curso del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos en *American University*. Profesora de Tiempo Completo de la Universidad Icesi encargada de los cursos de Introducción al derecho, Filosofía del derecho, y Ética. Actualmente es Directora del Grupo de Acciones Públicas (GAPI) de la Universidad Icesi. Directora del grupo de Investigación Organizaciones, conflictos y responsabilidad social de la Universidad Icesi. Autora de múltiples trabajos sobre derechos fundamentales, Estado social de derecho y Teoría Jurídica. Ha estado dedicada por 14 años a la enseñanza de estos temas, gran parte de los cuales ha aprendido de las constantes reflexiones sobre pedagogía promovidas por la Universidad, en especial de los profesores Hipólito González, Lelio Fernández y José Hernando Bahamón.

# ÍNDICE

## Prólogo

## Presentación

## Capítulo 1

### El contenido o las fuentes del derecho

1. Distinción entre normas, reglas y principios .....	30
2 La ley positiva .....	35
2.1. Sobre validez y efectos de la ley .....	39
2.2. Vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio .....	41
3. La costumbre .....	44
4. La jurisprudencia .....	47
5. El acto administrativo .....	50
6. Otras fuentes subsidiarias .....	51

## Capítulo 2

### Aspectos vinculados al funcionamiento del derecho

1. Eficacia normativa .....	57
2. Las funciones sociales que cumple el derecho .....	59
3. Sistema jurídico y conflictos normativos .....	62
3.1 Antinomias .....	64
3.2 Colisiones .....	66
4. Problemas de lenguaje para definir el derecho .....	68
4.1 El concepto de sanción .....	70
4.2 Responsabilidad .....	71
4.3 Deber jurídico .....	72
5. El debate en torno al carácter vinculante de la Jurisprudencia ..	73
6. Reglas sobre interpretación jurídica .....	76
7. La reflexión teórica sobre los problemas de interpretación jurídica .....	81

## Capítulo 3

### El concepto de derecho: relaciones con la política y la moral

1. Sobre los conceptos de moral y de política .....	90
2. La relación derecho – moral .....	96
2.1 Teorías del derecho natural .....	97
2.2 Teorías del positivismo jurídico .....	105

### Anexos

1. Concepto elaborado por solicitud de la Corte Constitucional sobre la definición civil de impúber. Expediente nov 004866-actor: Jesús David Sanabria Ardila. Coautoría con Olga Lucía Restrepo. Noviembre de 2003 .....	113
2. Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la justicia restaurativa. Texto de la autora publicado en el portal de derechos humanos <i>sermashumano</i> de USAID en julio de 2006 .....	131

<b>Bibliografía</b> .....	137
---------------------------	-----





## A la memoria de un gran maestro

La Colección “Discernir”, que agrupa manuales y libros de texto, es un homenaje de reconocimiento a José Hipólito González Zamora, por su invaluable labor intelectual y pedagógica, durante todos los años en los que se desempeñó como profesor, investigador, Vicerrector y Asesor académico de la Universidad Icesi.

“Nos queda una herencia muy rica en su recuerdo, en sus escritos y, sobre todo, en esa cultura pedagógica tan particular de Icesi. El aprendizaje activo, el fortalecimiento de valores y capacidades, el pensamiento crítico, en particular, la lucha por una mejor evaluación del aprendizaje y tantas otras cosas que caracterizan lo que debe ser nuestro trabajo docente, nacieron de iniciativas de Hipólito. Él fue nuestro Maestro. Él nos convenció de que nuestro problema raíz estaba en el modelo pedagógico tradicional que usábamos y que las limitaciones en el aprendizaje de los estudiantes se derivaban de él. De allí nació el nuevo modelo educativo, diseñado básicamente por Hipólito; ese modelo fue el corazón de todo el plan estratégico de la Universidad, y se ha convertido en lo que yo considero la principal diferencia de Icesi y, por lo tanto, su mayor fortaleza.

Podría referirme extensamente a rasgos valiosos de su carácter que dejaron huella entre nosotros: su preocupación por la justicia en las decisiones de personal de la Universidad; su preocupación por la equidad en las oportunidades para los más necesitados; su discreción y bajo perfil; su franqueza sin tapujos. Este último rasgo se destacaba en otro aspecto que yo siempre admiré mucho en él: era maestro en el debate académico, respetuoso con las personas e implacable con las ideas cuando no eran claras o le parecían equivocadas”.

Francisco Piedrahita Plata  
Rector



## Prólogo

### Mapas y matorrales

A quienes nos dedicamos a la actividad académica nos produce una natural alegría la publicación de nuevos textos que, como el presente, ayudan a profundizar nuestra comprensión del derecho. Más aún, si los textos tienen como propósito ayudar a jóvenes generaciones de abogados a tener una primera aproximación al complejo y vasto campo de la experiencia social que denominamos bajo la palabra «derecho». Su autora, la profesora Diana Patricia Quintero de la Universidad Icesi de Santiago de Cali, es una de las voces más calificadas en el país para escribir sobre estos temas. En el presente libro se refleja la seriedad con la que ha venido estructurando su cátedra de Introducción al Derecho, buscando –como en efecto se trasluce en el libro– un adecuado balance entre las diversas formas posibles en que se le pueden ofrecer a jóvenes estudiantes de derecho una puerta de acceso a lo que ha de ser su profesión (y ojalá para muchos su vocación) durante su vida adulta.

La Introducción al Derecho es básicamente un esfuerzo de la academia jurídica por ofrecerle a los estudiantes un mapa del campo al inicio de sus estudios. El viajero, al conducir su carro por tierras extrañas, se siente mucho más seguro cuando tiene un mapa confiable que le permite guiarse por los caminos que aún no conoce suficientemente. El mapa, por definición, es una abstracción del campo en el que hay que eliminar muchos datos de la compleja realidad para tratar de representar solamente lo esencial que requerirá el viajero

novato. El mapa del derecho que se ofrece en un curso de introducción es una abstracción interpretativa de lo que el cartógrafo (en nuestro caso, una hábil cartógrafa) considera esencial en el campo. ¿Qué sea lo más esencial?, es una cuestión abierta a interpretación. Diversos profesores de derecho y abogados tienen desacuerdos sobre qué cosas deben enseñarse (es decir, qué accidentes y particularidades del campo deben «mapearse» en la clase o en los libros de introducción).

En primer lugar, el mapa casi siempre empieza definiendo los límites de lo que queda adentro y de lo que queda afuera del campo de interés. La primera definición de un libro de introducción, por tanto, consiste en determinar dónde queda y qué tan grande es el espacio del campo jurídico. En esto también los abogados de todas las épocas han tenido discusiones interesantes: la ciencia del derecho del siglo XIX (por ejemplo, la doctrina historicista de los alemanes *circa* 1840) tenía, en términos generales, una concepción muy porosa y abierta de los límites del derecho: el derecho se adentraba gustosamente en los terrenos de la costumbre social y se encontraba, en esa misma medida, muy cerca de la moral (bien sea social o crítica) en busca de su legitimidad. Gran parte de lo que le ha pasado al derecho desde los escritos de estos alemanes ha sido, precisamente, un esfuerzo por formalizar su producción en manos del Estado y, en esa misma medida, desembarazar su aplicación de la cultura, de las costumbres y de la moral. Este cambio, evidentemente, ha fijado los mojones del derecho de manera mucha más clara frente a las límites porosos del derecho decimonónico. Los libros de introducción al derecho desde finales del siglo XIX, por tanto, le dedican mucho tiempo a enseñarles a los estudiantes dónde están los límites del campo y cómo se han construido esos límites. Además, estos límites son generalmente presentados como una muralla alta e infranqueable. En mi opinión, estas fronteras espaciales han dejado de ser tan claras como llegaron a pensarlo los positivistas de mediados del siglo XX (es decir, para nuestros abuelos y padres juristas).

Una advertencia resulta necesaria a esta altura: como el campo del derecho (la cosa real) no es estática, es posible que los mapas siempre tengan desajustes con relación a lo que pasa con la realidad. Pero, contrario a lo que pueda pensar el estudiante, no siempre resulta fácil actualizar los mapas. La gente se encariña con ellos. Voy a poner un pequeño ejemplo para nuestros lectores más jóvenes: en el párrafo anterior culminé diciendo que mientras a la altura, digamos, de 1950, el derecho estaba confiadamente construido en torno a su producción estatal monopólica, a la separación entre derecho y moral, a la separación entre derecho y su legitimidad política, todas estas verdades ya no parecen funcionar con igual certeza en el derecho contemporáneo. No quiero decir con esto que no exista alguna diferencia entre derecho y moral: el derecho todavía tiene mecanismos muy claros para rechazar argumentos morales que sugerirían una cierta decisión para los casos en contravía de la ordenada por el derecho formal. Sin embargo, también es cierto que muchas doctrinas jurídicas, en el proceso de su desarrollo, van incorporando distinciones morales que consideran relevantes para la decisión de los casos. La legitimidad del derecho exige una cierta «moralización» del mismo. Es igualmente cierto que muchos procedimientos jurídicos quedan abiertos a nociones de moralidad popular y/o crítica, de manera que el derecho, como ideal normativo de la sociedad, se crea en conjunción compleja con el terreno de la moralidad y no, simplemente, como si fueran dos campos completamente diferentes.

Aunque creo que ello es en realidad así, es posible que el *mapa mayoritariamente positivista* que todavía aporta la Introducción al Derecho no cambie decisivamente en muchos años: los profesores todavía no tenemos una forma clara y concisa de explicar las formas en que derecho y moral interactúan y, además, la doctrina de la separación es tan fundamental para la consolidación del derecho positivo del Estado que existen muchas razones y presiones para que ella se enseñe a pié juntillas, en vez de adentrarse en los terrenos más peligrosos e inciertos en que los límites de los dos campos parecen estar integrándose. Pero existen otras razones por

las cuales, también, resulta difícil presentar otros mapas: un mapa, en algún sentido, tiene el propósito de homogenizar la mirada de muchos sobre un mismo objeto. Cuando se muestra uno nuevo, que cambia la percepción del objeto (así sea más cercano a la «realidad»), los proponentes de la nueva representación quedan desconectados de las opiniones mayoritarias del resto de su comunidad de viajeros. Los otros no reconocen el vocabulario que éstos últimos tratan ahora de imponer –y pertenecer a una comunidad exige, en algún sentido, hablar su lenguaje y vocabulario, así el mismo esté equivocado en puntos importantes. La Introducción al Derecho positivista de mediados del siglo XX es un mapa que requiere de rectificaciones importantes, pero todavía no hemos hecho las «expediciones» suficientes para poder entregar a los estudiantes un nuevo mapa, por demás completo, del campo del derecho. Que no lo hayamos hecho no quiere decir que no pueda hacerse o que no tenga que hacerse. Algunos viajeros viajan porque tienen que llevar mercancías o personas y con ello facilitar los intercambios comerciales; otros porque están de turismo o porque, simplemente, se les da la gana. Todos ellos necesitan los mapas de viaje por las razones prácticas que sean. Pero todavía se requiere de aquellos otros (quizá una minoría) que viajen con el ojo muy abierto a la geografía que surcan para poder hacer y rehacer los mapas de los otros viajeros. Esta tarea de cartografía corresponde específicamente a los que se dedican a la ciencia del derecho y se convierten en sus autores de doctrina. Reconozco que esta labor de hacer ciencia del derecho corresponde a unos pocos dentro de la gran masa total de abogados en una sociedad. Creo, sin embargo, que en Colombia (como en el resto de América Latina) los cartógrafos científicos todavía son muy pocos frente a la masa total de viajeros que requieren de buenos mapas. Se requieren viajeros, qué duda cabe, pero también se requieren los científicos que orienten adecuadamente sus viajes cada vez más largos, complejos y extenuantes.

Los estudiantes que ahora inician sus estudios de derecho a comienzos del siglo XXI están en una época de acelerado cambio del campo jurídico: los mapas antiguos son bellos y hay que reconocer que fueron elaborados por cartógrafos muy competentes para describir el derecho del estado moderno. Todos apreciamos esos mapas por la utilidad que nos han prestado, pero al mismo tiempo sabemos que requerimos de otros nuevos que reflejen las características del fenómeno jurídico contemporáneo. Los nuevos mapas que requerimos no son *completamente* distintos. Muchos hitos, alturas, ríos y mares siguen siendo los mismos. Pero, al mismo tiempo, los límites del campo y los actores en el mismo han sido corridos (aunque no radicalmente reubicados) de manera clara y significativa. Basta con estos corrimientos de los linderos para que los mapas actualmente existentes tengan errores significativos que exigen corrección. Muchas personas respetan los mapas antiguos, pero saben de sus errores y están dispuestos, con espíritu científico y liberal, a pensar cómo debe procederse a rehacerlos (en lo que sea necesario). Otros espíritus, en cambio, aman los mapas antiguos porque piensan que el derecho es un territorio perpetuamente bien definido que no ha cambiado de manera significativa. No es necesario que muchos de los estudiantes que inician hoy la carrera del derecho se vuelvan científicos del derecho (esto es, sus cartógrafos). Sin embargo, sí resulta fundamental que todos, en alguna medida, puedan leer y orientarse en los productos de la ciencia del derecho, es decir, que tengan un conocimiento básico adecuado del campo y su mapa, así la vocación de sus vidas sea viajar, no para fungir de cartógrafos, sino, por ejemplo, para transportar cosas.

Hemos afirmado, pues, que los estudiantes de derecho requieren de mapas introductorios al campo. El establecimiento de cátedras de Introducción al Derecho tuvo tal propósito en la universidad alemana. Los autores alemanes de finales del siglo XIX y comienzos del XX, por ejemplo, pensaron que la mejor introducción al derecho era ofrecer a los estudiantes una «Enci-

clopedia de las ciencias jurídicas». La «Enciclopedia», según uno de sus autores, es «el resumen o visión general científico y sistemático de toda la región del derecho, incluidos los datos de esa ciencia; su propósito es determinar la extensión y los límites del derecho, su relación con otras ciencias, sus divisiones internas y las relaciones mutuas entre sus elementos constituyentes». En esta definición es evidente cómo el derecho es concebido geográficamente como una «región». En Inglaterra, de otra parte, John Austin escribía un libro de introducción al derecho intitulado *The Province of Jurisprudence Determined* donde, desde su mismo título, buscaba determinar la amplitud de «jurisdicción» de lo jurídico, para así diferenciar qué era estrictamente derecho de otros objetos que se apropiaban metafóricamente de tal concepto. Tales introducciones al derecho son, por propósito y metodología, positivistas.

Pero ya he dicho que el derecho es un asunto complejo. En fuerte contraste con la «definición de la región» que asumieron como tarea los juristas positivistas, otros pensaron que los estudiantes debían recibir una introducción más compleja al derecho, mostrando no tanto los límites nítidos del campo sino las complejidades del mismo. Un importante jurista, Karl Llewellyn, escribió su propio libro de introducción al derecho en el año de 1930 y lo intituló en inglés *The Brumbe Bush*. La traducción literal sería algo así como *La mata de zarzamora*. Pero el título requiere ser interpretado para entender su sentido. La zarzamora es un arbusto espinoso y prolífico, de esos que en el campo denominamos «matorral». De la palabra «zarzamora», también conocida en español como «zarza», proviene el verbo «enzarzarse» que significa, literalmente, «enredarse en las zarzas, matorrales o cualquier cosa» y, metafóricamente, «enredar a varios entre sí, sembrando discordias y disensiones» y «meterse en negocios arduos y de salida dificultosa». Y aquí, Llewellyn parece estar dándonos una contra-metáfora muy lejana de la analogía cartográfica que ha dominado nuestra reflexión hasta ahora: el derecho no sería una región bien mapeada, sino un matorral espinoso que



saca los ojos a quien intenta cruzarlo. Porque para Llewellyn el derecho no es un «sistema de normas», sino que es el conjunto total de conflictos sociales y las formas como el derecho interviene en ellos para resolverlos, para disiparlos o, a veces, para ahondarlos y radicalizarlos. Esta última metáfora llewellyniana luce más realista, pero resulta menos inspiradora, menos retórica, menos grandilocuente y menos optimista en relación a los fines y funciones del derecho. A pesar de ello no debería ser rechazada, aunque nos cause disonancia. Los estudiantes deberían estudiar con toda pasión el derecho, pero eso no significa que tengan que contentarse con el que actualmente tienen. El derecho es también fuente de arreglos sociales injustos que deben ser corregidos. Los abogados, en esa medida, tenemos deberes complejos con relación a las normas: apreciamos las existentes por su capacidad de coordinar la realidad social; pero, al mismo tiempo, como abogados y cultores de la ley necesitamos pensar utópicamente, ver el potencial transformativo del derecho. Gran parte de la polémica entre positivismo y naturalismo se reduce, al final, a divergencias de actitud política sobre el derecho. Es muy temprano, por ahora, para ofrecer resúmenes o doctrinas fijas a los jóvenes estudiantes: en la vida no hay atajos, y sólo llegarán a tener una opinión propia y clara en la medida en que maduren en la vida del derecho y reflexionen sobre él.

No quisiera cerrar estas palabras al libro de manera tradicional. En un prólogo se esperaría alguna apreciación sobre su contenido o un elogio sobre su autora. Sobre el contenido yo tengo mis opiniones, y no siempre concordantes, con las que aquí se exponen. Sobre la solidez de la autora como escritora de derecho, los lectores ya tenemos suficientes muestras y esta es apenas otra de una obra que promete mucho más hacia el futuro. Más bien quisiera lanzarle varias preguntas a los estudiantes que han de leer el libro, a manera de grandes inquietudes que ustedes mismos deberán contestar mediante su esfuerzo: ¿cuál es el mapa del derecho que aquí se presenta?, ¿cuáles son los límites al derecho que propone

la autora?, ¿cómo funciona el derecho en la sociedad y con qué propósitos?, ¿cómo se posicionan ustedes frente a la presentación que nuestra cartógrafa hace?, ¿es el derecho un mapa bien ordenado, o se parece más al matorral de zarzamoras de Llewellyn?, ¿cómo entender la función del derecho en función a su extensión cartográfica? Estas preguntas las hago en el mismo espíritu crítico con el que la autora escribió el libro, porque estoy seguro que a pesar de ser una Introducción, ella no cree, como yo tampoco, que los jóvenes estudiantes vengan con la cabeza vacía en busca de algún relleno intelectual. Ellos vienen a pensar en serio sobre el derecho y a tomarse en serio la responsabilidad de ser los abogados, los profesores, los defensores de derechos, los funcionarios del sector público o privado del mañana. En cualquiera de esas funciones esperamos de ellos que sean individuos críticos, creativos, preparados, honestos y competentes, precisamente los que nuestra sociedad necesita para las tareas sociales del inmediato futuro.

Diego López Medina





## Presentación

La lectura y estudio de los textos clásicos de Introducción al Derecho, como los de Carlos Santiago Nino, Herberth Hart, Robert Alexy, y Hans Kelsen durante los primeros años de formación jurídica, es una oportunidad que no debería ser desaprovechada por ninguna facultad de derecho interesada en que sus futuros abogados y abogadas se formen adecuadamente. Sin embargo, la complejidad de estos textos en ocasiones dificulta al estudiante, no familiarizado con el lenguaje jurídico, la comprensión de muchos de los temas tratados. Una dificultad análoga pueden enfrentar los profesores que estudiaron una Introducción Civil, enfocada al estudio de la parte general del código, y una Filosofía del Derecho más histórica, tal como ha sido costumbre en muchas de las escuelas de derecho del país.

El sentido de este escrito es orientar la necesaria lectura de los textos clásicos, mediante la síntesis de temas más amplios, la presentación de algunas reflexiones propias y pequeñas reseñas de clásicos, así como el comentario o la presentación de fragmentos de legislación, de jurisprudencia o de doctrina relevantes. Ha sido elaborado con el objetivo de presentar la Introducción al Derecho de una forma sencilla, con fines exclusivamente pedagógicos, a fin de responder a las inquietudes y dificultades más comunes de quienes se inician en el estudio del lenguaje, los conceptos, el funcionamiento del derecho en general y del sistema jurídico colombiano en particular. Su extensión se determinó a partir de la experiencia de la autora, en el sentido de incluir solo aquellos temas que se pueden tratar adecuadamente en el lapso

de un semestre. El tratamiento adecuado comprende la realización de talleres, pequeñas investigaciones, tribunales simulados y demás herramientas pedagógicas que aseguren en los estudiantes el uso de los temas, y no solamente su comprensión abstracta. Finalmente, es importante advertir que el orden de los capítulos responde a la convicción personal de que iniciar con los temas más dogmáticos y terminar en los más conceptuales asegura una buena motivación en los estudiantes y una mejor comprensión de la teoría.

El texto se divide en tres capítulos y una última parte dedicada a anexos: el primer capítulo, tiene como objeto de estudio la disciplina, el segundo, el funcionamiento del derecho, y el tercero y último, el concepto de derecho. Además de los asuntos teóricos, el texto considera problemas prácticos o reales del funcionamiento del derecho, tanto referidos al sistema de normas, como aquellos sobre sus relaciones con el contexto político, social y económico en que esas normas operan.

En la parte dedicada a los anexos se incluyen dos escritos de la autora que permiten ilustrar algunos de los temas más teóricos o abstractos del manual, como forma de asegurar su mejor comprensión o apropiación. En el primer anexo se encuentra un concepto elaborado en coautoría con la profesora de Derecho de Familia Olga Lucía Restrepo, por solicitud de la Corte Constitucional dirigida a la Facultad.<sup>1</sup> En este escrito se integran diversos temas presentados en el manual, en particular sobre el concepto de normas, los problemas del lenguaje jurídico, y las reglas para la interpretación normativa.

El anexo 2 es un pequeño escrito de la autora publicado en el portal de derechos humanos *sermashumano* de USAID, entidad norteamericana de cooperación internacional, en julio de 2006. Su sentido es la evaluación crítica de una noción de justicia incluida en las normas penales vigentes, la «justicia restaurativa», mediante el recurso a ciertos aportes teóricos de la ética. Esto permite una

<sup>1</sup> Este concepto fue incluido en la sentencia C-507 de 2004, Magistrado Ponente Manuel J. Cepeda.

mejor comprensión de las discusiones dadas en el capítulo 3: las teorías del derecho natural y del derecho positivo. Al mismo tiempo facilita la comprensión de la dependencia de las normas jurídicas frente al contexto social y cultural en que operan, como parte de los criterios de interpretación jurídica.





Una introducción al Derecho, al igual que la introducción a cualquier otra disciplina, intenta definir el objeto (lo que se estudiará) y el método (la forma como se estudiará) que distinguen a la disciplina en cuestión de otras similares. Por ejemplo, si considerásemos que el objeto del Derecho es el conjunto de normas sociales, no habría un elemento que distinguiera al Derecho de otras disciplinas sociales como la Sociología, la Ética, la Antropología, que también incluyen al estudio de determinadas normas sociales. De esta forma es importante encontrar el elemento propio del Derecho, que lo distingue de otras disciplinas sociales, en especial de contenido normativo. Este asunto, que para muchas disciplinas o ciencias naturales como la Biología o la Física es más fácil de precisar, para las disciplinas sociales en general y para el Derecho en particular es complicado porque está sujeto a muchas polémicas e inacabados debates que se han llevado a cabo en buena medida en textos de teoría y de filosofía jurídicas.

Las teorías jurídicas, desde las clásicas hasta las contemporáneas, se centran principalmente en la tarea de definir el Derecho, describir su

estructura, valorar su carácter científico, enlistar sus funciones sociales y definir conceptos básicos comunes a todos los sistemas jurídicos.<sup>2</sup> Desde ambas perspectivas el derecho puede definirse provisionalmente como un sistema de normas coactivas, creadas por quienes tienen el monopolio del uso de la fuerza en el Estado, es decir por el poder político. Pero esta definición tiene varios problemas que deben ser considerados detalladamente. Es posible afirmar que el carácter coactivo de las normas no es definitorio de su naturaleza jurídica: las costumbres no son coactivas y desde cierta perspectiva teórica pueden ser consideradas como derecho. En segundo lugar, tener su origen en la voluntad del poder político tampoco sería un rasgo siempre presente en el derecho, porque es posible considerar como verdadero derecho al conjunto de normas efectivamente aplicadas por los jueces o a las decisiones tomadas por estos en los casos concretos. Y finalmente, tanto las normas coactivas como las decisiones de los jueces podrían no ser consideradas como derecho, si atentan o van en contra de las normas o principios morales.

Parecería que lo único definitorio del derecho es el elemento normativo y debido a las similitudes con la moral, en tanto ambos buscan regular la conducta humana para hacer posible la convivencia pacífica, las distinciones entre estos dos fenómenos ocupan una parte importante de los textos introductorios. Un problema análogo se presenta entre el derecho y la política, aunque es necesario aclarar que la teoría política no aspira a ser normativa en el mismo sentido de la moral. De hecho, desde sus orígenes en textos de filosofía griega antigua, la política se presenta como un arte enfocado a describir la naturaleza social del hombre, las instituciones existentes y las instituciones ideales, con el fin de garantizar una coexistencia acorde con dicha naturaleza. En la medida en que se trata de instituciones jurídicas, y que en la actualidad incluye la descripción (científica) de los procesos de creación de normas jurídicas en los

<sup>2</sup> Conjuntos de normas jurídicas que regulan la vida de las personas en diferentes Estados y durante diferentes periodos

cuerpos legislativos, es posible afirmar la existencia de vínculos fuertes entre los fenómenos político y jurídico.

Las teorías clásicas han establecido diferencias entre el derecho, la moral y la política como fenómenos normativos, mientras que las teorías contemporáneas se centran más en encontrar los elementos comunes entre estos tres fenómenos que en trazar las líneas que los separan.

Otra forma de definir al derecho es aquella más contemporánea que lo presenta como un conjunto de enunciados lingüísticos sobre las normas jurídicas o frases con sentido, formadas con palabras, sobre el derecho vigente. Desde estas teorías el método del derecho debe ser un método analítico, es decir, el estudio detallado de los significados de las palabras o expresiones contenidas en las normas jurídicas. Para estas teorías es importante mostrar los problemas del lenguaje en general y del lenguaje jurídico en particular. Estos problemas se refieren a la vaguedad o indeterminación de las expresiones que usamos, a la ambigüedad o pluralidad de significados que tienen y a la emotividad o la peculiaridad de generar en el oyente emociones de rechazo o de simpatía, que pueden nublar la comprensión de su significado. En general se refieren a la relación entre las expresiones o palabras y los usos que ellas tienen en cada contexto.

El enfoque analítico es muy común y usado incluso por quienes consideran al derecho como un conjunto de normas coactivas, más que como un conjunto de enunciados lingüísticos. La razón fundamental es que el derecho está conformado por palabras y por enunciados lingüísticos, que pueden ser estudiados con el propósito de encontrarles el mejor sentido posible o simplemente para su mejor comprensión. Este asunto no es solo útil para el inicio de la carrera porque el trabajo de definición de expresiones es importante a lo largo de la misma, en todas las áreas del derecho; de su buen manejo dependerá sin duda el éxito del ejercicio profesional de los futuros profesionales del derecho.

Además de los dos enfoques mencionados, desde el punto de vista teórico la definición del derecho se aborda al menos de dos formas: la que enfatiza en la reflexión sobre el sistema u ordenamiento jurídico y aquella que se concentra en los asuntos hermenéuticos o interpretativos. Dentro de la primera se puede ubicar el positivismo normativista de autores como John Austin, Hans Kelsen y más recientemente Herberth Hart. También contribuyen a esta comprensión autores contemporáneos como Robert Alexy, Ronald Dworkin, aunque ellos partan más de una preocupación por la hermenéutica o interpretación normativa. Estos autores tienen intereses teóricos alrededor del denominado objeto del derecho: las normas jurídicas. Algunos de esos intereses se pueden expresar mediante interrogantes: ¿En qué consisten las normas? ¿Cuáles son las partes de estas normas? ¿Cuál es la relación existente entre las distintas normas del ordenamiento jurídico? ¿Son iguales las reglas a los principios? ¿Cuál es el fundamento de validez de las normas del ordenamiento? ¿Cuáles son las características de los sistemas jurídicos?

En segundo lugar, quienes enfatizan en la cuestión hermenéutica como Chaim Perelman, Luis Recaséns Siches, Robert Alexy, Neil MacCormick, etc., parten de los problemas de la interpretación y aplicación normativas, o más generalmente de los problemas de la decisión judicial. Es necesario aclarar que los autores «normativistas» también hacen aportes valiosos a la labor interpretativa, ya sea desde la defensa de la discrecionalidad judicial —es decir, de la facultad de los jueces de decidir en los casos con base en su voluntad— o desde la adopción de posturas contrarias a dicha discrecionalidad —defensoras del carácter cognitivo o fundamentado objetivamente de la decisión de los jueces—, o finalmente mediante posturas intermedias que integrarían los aspectos volitivos y los cognitivos en la decisión judicial.

Las cuestiones tratadas desde la perspectiva hermenéutica se refieren en general al aporte que realizan la lógica, la retórica y la

teoría de la argumentación a la toma de decisiones de tres tipos: creadoras, interpretativas y de aplicación del derecho. Es decir, describen la forma como el legislador (creador del derecho), los jueces (aplicadores) y los operadores jurídicos (intérpretes) construyen enunciados de relevancia jurídica. Estos enunciados son normas jurídicas (reglas y principios), o descripciones de normas y en algunos casos valoraciones de las normas. Con esto, la norma como objeto de estudio del derecho vuelve a ser objeto de análisis teórico, pero desde una perspectiva dinámica, es decir, en sus procesos de creación, aplicación e interpretación. Todas estas visiones tendrían en común preocupaciones como las siguientes: ¿cómo puede ser la decisión jurídica una decisión fundamentada lógica y razonablemente? ¿Es suficiente que las decisiones sean conclusiones lógicamente derivadas de las premisas fácticas y normativas o se requiere que las premisas sean al mismo tiempo justificables? El propósito sería reducir la discrecionalidad judicial en la mayor medida posible, de tal forma que todas las partes en un litigio puedan encontrar justificada la decisión.

En todo el texto se estudian las fuentes en dos planos: el plano teórico, que es independiente de las normas jurídicas de algún Estado en particular, y el plano dogmático, es decir la forma en que se concreta su regulación en las normas jurídicas vigentes en el Estado colombiano. Quizá uno de los principales objetivos del curso de Introducción sea que al final los estudiantes estén en capacidad de definir y reconocer las diversas fuentes del derecho o aquellos fenómenos normativos como la ley, la costumbre, la jurisprudencia, el acto administrativo, el contrato, la doctrina y los principios generales del derecho. Este conocimiento es básico para emprender el estudio de las dos partes en que se divide todo ordenamiento o sistema jurídico: el derecho sustantivo y el derecho adjetivo. En el derecho sustantivo se estudiará derecho constitucional, civil, comercial, de familia, penal, laboral, administrativo, etc.; mientras que en el adjetivo se aborda el derecho procesal o mejor procedimental, en todas sus partes (es decir, en la teoría general del

proceso, la teoría del acto procesal, el procesal civil, penal, administrativo y laboral, y el derecho probatorio). En términos más sencillos, el derecho sustantivo estudia los deberes y derechos de los ciudadanos, mientras que el adjetivo se encarga de los mecanismos procedimentales para la realización efectiva de esos deberes y derechos.

En cada una de las partes o ramas del Derecho es necesario conocer y manejar las fuentes mencionadas. Esto se puede ilustrar con el ejemplo del derecho laboral, cuyos principios generales se encuentran incorporados en el artículo 53 de la Constitución y en el Código sustantivo de trabajo, compilación de normas de rango legal. También se encuentra múltiple jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional sobre asuntos laborales, que concretan el sentido de las disposiciones constitucionales y legales, a partir de su aplicación a casos concretos. Existen actos administrativos (decretos, resoluciones, circulares) que produce el Ministerio de la protección social (trabajo y seguridad social). Una vez se enfrenten casos reales será necesario estudiar el contrato de trabajo, y las convenciones colectivas que se firman en el lugar de trabajo, a pesar de su carácter de acuerdos entre particulares. Esto porque los contratos y las convenciones generan verdaderas obligaciones jurídicas.

## 1. Distinción entre normas, reglas y principios

A nivel teórico es posible afirmar que la primera fuente de derecho es la «norma», expresión general que tiene varios sentidos, uno de los cuales se refiere a la ley positiva o simplemente ley. El positivismo ha sido quizás la teoría que ha dedicado más esfuerzo al esclarecimiento de las normas jurídicas, como parte de la teoría jurídica. No es fácil separar el concepto de «derecho» del concepto de «norma jurídica», sin embargo, en lo que sigue se presentarán las versiones de algunos clásicos sobre la visión positivista del derecho: se trata de John Austin, Herberth Hart y Hans Kelsen. Los dos primeros forman parte de la tradición anglosajona, mientras que el último se inscribe en la tradición continental. Estas tradi-

ciones difieren en varios aspectos, pero de manera preliminar se afirma que la tradición anglosajona, en principio, considera a los precedentes o decisiones de los jueces como fuente principal de derecho. La segunda, o tradición continental, afirma el carácter de fuente primaria de las normas escritas, contenidas en códigos organizados racionalmente. En ambas tradiciones el derecho se considera integrado por normas que pueden revestir la forma de reglas o de principios.

La teoría de Austin, denominada imperativismo, considera que todas las normas son coercitivas, es decir órdenes respaldadas por amenazas. Se llama imperativismo debido a que el derecho es definido como el conjunto de mandatos dados por un soberano, con el poder de infringir un daño a un súbdito en caso de que se incumpla su mandato. En algunas versiones se traducen estos mandatos como «órdenes respaldadas por amenazas», porque el mismo Austin se interesa en distinguir la idea de mal (*evil*), de la idea de «sanción», en los términos en que la teoría tradicional la había concebido hasta ese momento. La expresión «sanción» incluía los premios o recompensas, tal como está consagrado actualmente en nuestro Código Civil, aunque a juicio de Austin este uso de la expresión impide comprender su verdadero sentido. La idea de «mandato» es inseparable de la noción de «obligación» y de «sanción», para decirlo con palabras de Austin: «cada uno de los tres términos significa la misma noción, aunque denota diferentes partes».

Otros elementos definitorios de los mandatos son la generalidad y el hecho de provenir de un superior o «superioridad». Esta se refiere a la fuerza o poder de causarle a otros un dolor o un mal. Lo que hace que una ley no pueda llamarse propiamente mandato es la ausencia de un daño o mal latente en la expresión del deseo. Y sin embargo, Austin reconoce que en ocasiones se incluye dentro del ámbito de la jurisprudencia algún tipo de derecho que no sea verdaderamente un mandato, debido a su falta de imperatividad. En este punto se refiere a las leyes declarativas o interpretativas, a las leyes que derogan las leyes prohibi-

tivas y establecen permisos en su lugar, y a aquellas leyes que exhortan o dirigen la voluntad de los inferiores, sin establecer sanciones ante su incumplimiento. Las normas que establecen facultades no se incluyen en esta lista, porque para Austin no existen leyes que solamente crean derechos o facultades: siempre que una ley consagra un derecho ella impone, de modo expreso o tácito, una obligación correlativa, y en esa medida es imperativa. Las normas que confieren potestades o facultades son fragmentos o partes de las normas.

La versión positivista de Hans Kelsen define la norma como un mandato, cuyo carácter general es mandar, prohibir, permitir, castigar. Desde esta perspectiva la norma está compuesta por dos partes: antecedente o supuesto de hecho (es la descripción de la conducta contraria al derecho) y el consecuente o sanción. Se equipara a la ley en la versión positivista formal o radical, aunque los positivistas actuales nieguen el carácter positivista de esta reducción del derecho a la ley. Las sentencias o decisiones judiciales son normas particulares porque van dirigidas a regular una situación jurídica concreta de una persona o personas determinadas, por lo que no serían normas jurídicas propiamente dichas, sino normas adscritas, creadas para regular un caso concreto mediante la aplicación de las normas generales y abstractas. La coacción es central en la definición del derecho de Kelsen, al punto que en el capítulo III de su *Teoría pura del derecho* señala que la norma fundamental de un orden jurídico estatal puede ser formulada de la siguiente forma: «si una condición determinada conforme a la primera constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado». De lo anterior se desprende que una norma jurídica completa o norma primaria es aquella que contiene, en sí misma, la descripción de la conducta y la determinación de la sanción. Esta sería una verdadera norma jurídica. La norma secundaria es la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción, es decir el deber jurídico, y por consiguiente es superflua. Según esta idea las normas penales ordenan a los funcionarios aplicar ciertas sanciones cuando ocurre la condición antecedente o cláusula condicionante.



Las normas sobre competencia de un tribunal serían condiciones a ser satisfechas, es decir, cláusulas condicionantes.

Hart critica esta versión limitada del objeto del derecho y propone un positivismo más acorde a lo que, de hecho, sucede en una sociedad democrática moderna. Según Hart el derecho no se agota o no queda bien definido como órdenes coercitivos, por lo que propone una noción distinta para entender el derecho: la idea de regla. Las reglas que define son de dos tipos: las del primer tipo imponen deberes u obligaciones, como la ley penal que trae en sí misma el antecedente y el consecuente. Las del segundo tipo confieren potestades, es decir, facultan o dan facilidades a los sujetos para crear o modificar actos jurídicos y establecen los procedimientos para la creación o modificación de dichos actos. Ejemplos de estos actos son los contratos, los testamentos, las sentencias. Pero estos actos jurídicos tampoco son verdaderas normas jurídicas y por tanto no son fuente de derecho. Los dos tipos de reglas se llaman reglas primarias y reglas secundarias. Las secundarias se subdividen en regla de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. La regla de reconocimiento es un hecho social que permite saber si una norma jurídica forma parte del ordenamiento o sistema de normas. Las reglas de cambio otorgan facultades públicas al legislador o soberano para crear o modificar las reglas existentes. Y las reglas de adjudicación facultan a los tribunales y les establecen competencias para la aplicación de las reglas a los casos concretos.

De acuerdo a Hart se puede decir que las reglas son normas jurídicas que no necesitan el elemento coactivo para su definición; basta con que impongan obligaciones, establezcan facultades, permisos, u organicen instituciones y procedimientos para la creación, aplicación y modificación de normas jurídicas. Desde el punto de vista del modo de origen, para Hart no todas las reglas se originan en una autoridad o soberano, ni están dirigidas a súbditos. Esto se explica porque el principio de legalidad establece que los creadores de la regla quedan

cobijados por ella. Además, porque en los Estados democráticos no existirían súbditos sino ciudadanos.

De otro lado, para Hart la costumbre también sería una norma jurídica y esta no es creada de manera deliberada por una autoridad; por el contrario, surge de las prácticas de los pueblos durante un período de tiempo. El positivismo inicial que surgió en Alemania, en el marco de la tradición continental, consideraba las costumbres como una expresión del verdadero espíritu del pueblo. En cambio para el positivismo francés, cuya influencia llegó más fuertemente a América Latina, debía primar la ley positiva como verdadera expresión de la razón humana, por ser el producto de la voluntad de un legislador igualmente racional. Nuestro Código Civil es una adaptación del Código de Napoleón, además de que heredamos de esta tradición la confianza en el carácter racional de las normas codificadas, y en su capacidad de resolver mejor los conflictos sociales de relevancia jurídica.

A pesar de que la teoría de Hart constituyó un avance para el positivismo jurídico, algunos autores más contemporáneos como Robert Alexy o Ronald Dworkin han mostrado que el derecho también contiene principios, que pueden diferenciarse de las reglas por su estructura o su modo de operación. Los principios, que en algunas ocasiones coinciden con los principios generales del derecho no escritos y en otras con los principios contenidos en las constituciones y en las leyes, se definirían como disposiciones jurídicas que contienen alguna dimensión moral, y que sirven de orientación para la creación de reglas, por su carácter más general. También se suelen definir como mandatos de optimización (R. Alexy), es decir, disposiciones normativas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, y no de manera absoluta. Ese «algo» es por lo general un derecho o un bien valioso para la sociedad y para el ordenamiento jurídico. Los derechos a la vida, a la intimidad, al buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, son ejemplos de estos principios. En la práctica ningún derecho puede ser absoluto, porque

incluso las sanciones penales implican la privación de alguno de ellos, como la vida, la libertad o la propiedad.

## 2. La ley positiva

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano la principal norma jurídica es la Constitución Política, aunque tradicionalmente ha sido la ley, entendida como una disposición cuyas características definitorias son la generalidad, la abstracción, la perdurabilidad y la obligatoriedad. En ocasiones la doctrina confunde la generalidad con la abstracción, pero una forma razonable de entenderlas puede ser la que se formula a continuación:

- a. Generalidad: que la ley no se dirige a una persona en particular sino a todos los ciudadanos y las ciudadanas (el principio de igualdad ante la ley nos dice que la ley obliga a todos por igual).
- b. Abstracción: la ley no regula una conducta concreta sino un tipo de conductas.
- c. Perdurabilidad: la ley tiene vocación de permanencia, es decir, existe para perdurar, aunque se acepte que las leyes son cambiadas o dejadas de lado por el paso del tiempo y los cambios en las costumbres.
- d. Obligatoriedad: esta es asegurada por la autoridad del legislador y el hábito general de obediencia de los ciudadanos frente a sus disposiciones.

En términos generales no hay textos que duden sobre el carácter de fuente del derecho que tiene la ley. Esto podría explicarse por las fuentes teóricas imperativistas o legalistas de la tradición jurídica dominante entre nosotros. Por el contrario, en la actualidad existe un debate sobre el *status* de la Constitución como fuente de derecho. La visión tradicional la considera una fuente distinta a la ley, mientras que para una visión más propia del constitucionalismo moderno la Constitución es una ley en sentido material, debido a que comparte las características

de generalidad, abstracción, perdurabilidad y obligatoriedad. Es necesario advertir que desde el punto de vista formal la Constitución es superior a la ley, porque regula los tipos de leyes existentes, los órganos competentes para su creación y los procedimientos para el mismo efecto. Esto se observa en el artículo 4 de la propia Constitución, en la cual se señala: “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Esta regulación de los tipos de leyes ha sido consagrada de la siguiente forma:

Art. 150 de la Constitución Política (en adelante C.P.) “Corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones[...]” Según sentencia C-527 de 1994, la cláusula general de competencia legislativa está radicada en el Congreso y no en el Ejecutivo. Este legislador también tiene la potestad derogatoria, es decir tiene la potestad de dejar una ley sin efectos y sustituirla por otra.

Según sentencia C-443 de 1997:

[...] la derogación tiene como función dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento[...] la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía, sino de la libertad política del legislador, el cual decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida.

También se pueden derogar otras normas inferiores a la ley, pero siempre hablaremos de derogatoria cuando la norma es expulsada por el mismo órgano competente para su creación. La inexecutable, por el contrario, es la expulsión de una norma de rango legal o ley por el órgano encargado de revisar su constitucionalidad. En el caso colombiano la inexecutable es declarada

por la Corte Constitucional, cuando la ley no se ajusta o contradice la Constitución, en aspectos formales y/o materiales, es decir cuando adolece de vicios de forma o de fondo. Esta definición es válida en principio, porque en derecho constitucional se estudiará cómo en ocasiones se pueden declarar inexecutable, además de las disposiciones legales, determinadas lecturas o interpretaciones de ellas. Es decir, existen declaratorias de inexecutable simple que expulsan del ordenamiento a una ley, y declaratorias condicionadas, que excluyen ciertas interpretaciones pero conservan el texto de la ley como parte del ordenamiento jurídico.

El artículo 71 del Código Civil (en adelante C.C.) señala: “la derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice que deroga la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

Comentario: de acuerdo a esta expresión del legislador colombiano una ley se puede derogar completamente o solo algunos de sus artículos.

Y el artículo 72 del C.C. afirma: «la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley».

Comentario: en nuestro derecho tienen igual significado «derogación» y «abrogación». En el derecho romano la abrogación comprendía toda la ley y la derogación sólo una parte.

El Código civil (que tiene *status* de ley en sentido formal) define en su artículo 4 a «la ley» como “una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional, cuyo carácter general es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

Una lectura crítica de esta disposición nos permite ver la incidencia del imperativismo de Austin y de Bentham, y de la visión kelseniana, en la definición de la ley como un mandato o declaración de voluntad de un soberano.

Desde la perspectiva dogmática las leyes se dividen en ordinarias y especiales. Las segundas son:

**Leyes orgánicas** (Art. 151 de la C.P.): “El congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecen los reglamentos del Congreso y de cada una de las cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales”. Nota: la Constitución no establece el procedimiento para la creación de estas.

**Leyes estatutarias** (Art. 152 del C.P.): Mediante estas el congreso regulará las siguientes materias: derechos y deberes, procedimientos y recursos para su protección, administración de justicia, organización de los partidos y de la oposición, funciones electorales, instituciones y mecanismos de participación ciudadana. Según la doctrina estas leyes son de trámite especial, El art. 153 del C.P. exige la mayoría absoluta de congresistas y una sola legislatura, así como la revisión previa de la Corte Constitucional para su aprobación.

**Leyes marco** (Art. 150 num. 19 de la C.P.): Mediante estas se regula en forma general los asuntos respectivos a los que se sujetará el gobierno para organizar el crédito público, regular el comercio exterior y el régimen de cambio internacional, modificar los aranceles, tarifas y en general el régimen de aduanas, regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora, fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y las prestaciones sociales mínimas de trabajadores oficiales.

**Leyes de facultades extraordinarias:** Trasladan al ejecutivo la facultad legislativa propia del congreso y tienen un trámite especial porque sólo el gobierno tiene iniciativa para presentar los proyectos respectivos. Requieren una mayoría especial para su aprobación y no pueden concederse para modificar cón-

gos, hacer leyes estatutarias, orgánicas, ni decretar impuestos, ni crear servicios de las Cámaras.

El conocimiento de estos tipos de leyes es relevante en la etapa inicial de la formación jurídica, porque la ley no puede regular materias para las cuales no es competente, de lo contrario tendría un vicio formal que obligaría a la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte constitucional.

## 2.1. Sobre validez y efectos de la ley

Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, presentó el tema de la validez de la norma en dos sentidos. De un lado distinguió entre validez en sentido estático y validez en sentido dinámico. De acuerdo a este último, una norma tiene validez si cumple con los requisitos de forma establecidos en la Constitución: es decir, que haya sido creada por el órgano competente, de acuerdo a los procedimientos previamente establecidos para ello y si no ha sido derogada. La validez en sentido estático se tiene cuando el contenido de la norma es conforme a la norma superior o Constitución, o al menos no va en contra de dicha norma superior.

Otro aspecto que plantea Kelsen sobre la validez o existencia jurídica de la norma es el referido a los ámbitos de validez. Una norma tendría al menos cuatro ámbitos de validez, que es necesario distinguir de los requisitos de validez arriba señalados, y cuyo conocimiento posibilita la solución adecuada de los casos jurídicamente relevantes. El primero es el ámbito de validez temporal, que se refiere al tiempo en que es vigente o rige la norma. El segundo es el ámbito de validez espacial, referido al espacio o territorio en el que se aplica la norma. El tercero es el ámbito de validez personal, según el cual podemos saber cuáles son las personas destinatarias de la norma (funcionarios públicos, contribuyentes, legisladores, etc). Y el cuarto ámbito corresponde a la validez material, que se define como la materia objeto de la regulación (económica, civil, penal, administrativa, laboral, familiar, etc.)

Es común que los textos de introducción usen indistintamente las expresiones validez y vigencia. Sin embargo, resulta útil hacer una precisión teórica, a partir de una idea expresada en una conferencia por el filósofo del derecho y especialista en derecho penal italiano Luigi Ferrajoli. Según este autor la validez es la existencia jurídica de una norma en sentido material, debido a que su contenido es acorde al contenido de la norma suprema o Constitución, mientras que la vigencia es la existencia formal de la misma. La existencia formal se refiere al cumplimiento de los requisitos de procedimiento y competencia establecidos en la misma norma suprema.

De hecho, el texto *Lecciones de teoría jurídica* de Jerónimo Betegón (*et alii*) clasifica la validez en dos tipos: validez como mera existencia y validez como pertenencia. Y se estudia la pregunta: ¿cuándo o en qué condiciones podemos decir que una norma es una norma jurídica y que por tanto su validez es una validez jurídica? Según este texto citado existen dos caminos para contestar:

- a. En el caso de los enunciados prescriptivos (normas) es necesario comprobar que reúnan los requisitos de pertenencia.
- b. En el caso de las prácticas sociales (como la costumbre) se debe comprobar en qué medida la práctica se vincula al ejercicio de la fuerza.

La validez como pertenencia se presentaría en el contexto colombiano cuando la norma reúne todas las siguientes condiciones:

Haber sido creada por el órgano competente, v. gr. Art. 152 de la C.P., según el cual las leyes estatutarias serán creadas por el Congreso, para determinado tipo de materias.

Mediante el procedimiento establecido, v. gr. Art. 153 de la C.P.: La aprobación, modificación, o derogación de las leyes estatutarias



requiere mayoría absoluta de los miembros del Congreso, se hará en una legislatura, y tendrá revisión previa de la Corte.

No haber sido derogada, v. gr. la Constitución de 1991 derogó la de 1886.

Y no ser contradictoria con una norma superior. El orden jerárquico simple se expresa en términos de la superioridad de la Constitución, seguida de la ley, de los decretos legislativos, y después de los actos administrativos como los decretos, las resoluciones, las circulares, las ordenanzas, y los acuerdos. Este tema, en sus aspectos más particulares se estudia en los cursos de «Derecho constitucional» y de «Derecho administrativo». v. gr., a las leyes declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, o los actos administrativos declarados nulos por el Consejo de Estado, debido a su ilegalidad, les faltaría este requisito de tipo material.

Es importante anotar que en la actualidad la teoría ha cuestionado la idea de jerarquía entre las fuentes,<sup>3</sup> y sin embargo esta sigue cumpliendo una labor importante en el mantenimiento de la superioridad constitucional y, en general, contribuye al funcionamiento adecuado del sistema jurídico. Los problemas teóricos que trae esta visión jerárquica son parte del estudio de la Filosofía del Derecho.

## 2.2. Vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio

La regla general que rige la vigencia de la ley en el tiempo se puede formular de la siguiente forma: la ley entra en vigencia al momento de ser sancionada y promulgada, y rige hasta su derogación o su declaratoria de inexequibilidad. También rige hasta que cae en *desuetud* por no haber sido aplicada durante muchos años. En el estudio del tema de la eficacia se verá que la ausencia de aplicación significa desobediencia reiterada de los ciudadanos sin que se aplique la sanción, o ausencia de violaciones de los ciudadanos a su contenido.

La sanción es una palabra ambigua que tiene diversos sentidos, pero en este caso se trata de la sanción constitucional, es

<sup>3</sup> Ver Ots, Francois, et al., *Elementos para una teoría crítica del derecho*, U. Nacional, Bogotá, 2001.

decir, de la firma que hace el Presidente de la ley, una vez ha sido aprobada en el Congreso de la República. El código la expresa en estos términos:

Art. 7 del C.C.: “La sanción constitucional que el poder ejecutivo de la unión da a los proyectos acordados por el Congreso, para elevarlos a la categoría de leyes, es cosa distinta de la sanción legal de que habla el artículo anterior”.

Comentario: si el Presidente considera que la nueva ley es inconstitucional o inconveniente puede objetarla o negarse a firmarla. La promulgación es la publicación en el diario oficial, lo que asegura la publicidad de la ley y permite dar aplicación a la presunción en virtud de la cual *La ignorancia de la ley no sirve de excusa para su incumplimiento*. La entrada en vigencia puede no ser inmediata; en ocasiones el propio legislador fija una fecha posterior a su sanción y promulgación. Aplazar por meses o años dicha entrada en vigencia suele ser un mecanismo para asegurar las condiciones fácticas que permitan su operatividad o cumplimiento efectivo. Un ejemplo de esto fue la entrada en vigencia del sistema acusatorio en materia procedimental penal, que se produjo de manera gradual, en unas ciudades primero que en otras, año tras año. El trámite de creación de la ley será estudiado en su totalidad en el curso de Derecho Constitucional.

La vigencia es hacia el futuro, como forma de asegurar que al ciudadano no le sean aplicadas normas que carezcan de vigencia al momento en que sucedieron los hechos. Aplicar una ley no vigente en el momento en que suceden los hechos es una vulneración del principio de *legalidad*. En materia penal este principio puede formularse de esta forma: *no hay crimen si no hay ley previa que lo defina*. Sin embargo, existe el principio de *retroactividad de la ley*, como una excepción a la regla general de vigencia en el tiempo. Según este principio la ley puede aplicarse a situaciones sucedidas con anterioridad a su entrada en vigencia, si con ello se asegura la favorabilidad en materia penal. La favorabilidad permite aplicar la

ley más benéfica a una persona involucrada en una investigación de tipo penal –por la comisión de un delito– cuando aún no se ha producido la sentencia condenatoria o absolutoria y entra en vigencia una nueva ley que regula la misma materia. En ocasiones las partes en un proceso solicitan la aplicación del principio de favorabilidad en materias distintas a la penal, pero la favorabilidad en otros terrenos, como en el laboral, opera sólo entre normas vigentes.

Una segunda excepción a la regla general de vigencia en el tiempo la constituye la *ultractividad de la ley*. Es la posibilidad de que una ley derogada continúe surtiendo efectos hacia el futuro, como forma de asegurar derechos adquiridos de los ciudadanos. Este último caso se regula en Colombia en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, disposición según la cual los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Este principio es ratificado por el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil.

A continuación se presentarán algunos fragmentos tomados del libro *Derecho civil: personas y familia*, de Fabio Naranjo Ochoa, en los que hay ejemplos que permiten una mejor comprensión de este tema.

[...] M. Portalis, uno de los redactores del Código de Napoleón, señalaba en la exposición de motivos del Título I de dicho código: «El oficio de las leyes es reglar el porvenir; el pasado no está en su poder». Las leyes positivas, obra de los hombres, no existen para nosotros sino cuando se promulgan y no pueden tener efectos sino cuando existen. No confundamos los fallos con las leyes. Aquellos reglamentan el pasado, por cuanto no pueden recaer sino sobre acciones entabladas y sobre hechos a los cuales se aplican leyes existentes. Pero el pasado no podría estar en el dominio de las leyes nuevas que no lo rigen [...]

No existe problema respecto de estas situaciones:

1. Cuando la situación jurídica nace después de la vigencia de la nueva ley.

2. Cuando la situación jurídica ha desaparecido o terminado a la fecha de la vigencia de la nueva ley.

Pero surge el problema cuando la situación jurídica nacida antes de la vigencia de la nueva ley, continúa produciendo efectos después de la promulgación de la misma.

### **Derechos adquiridos y meras expectativas**

Los juristas de la Edad Media modelaron la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, la cual fue admitida por los comentaristas de nuestro Código. Según ellos, derecho adquirido es un derecho que definitivamente ha entrado en un patrimonio, o que constituye una situación jurídica definitivamente creada. Las meras expectativas son unas esperanzas no realizadas aún, un derecho que sólo se espera. De allí que una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos, en virtud de la ley antigua; pero no lo es cuando solo vulnera simples expectativas de derecho.

Finalmente, con relación a la vigencia en el espacio el Art. 18 del C.C. establece: “Territorialidad de la ley: La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”.

Art. 19. “Extraterritorialidad de la ley: Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles: En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la unión. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

## **3. La costumbre**

Aunque en muchos textos se presenten dudas sobre su valor como fuente de derecho, es útil recordar que una versión del positivismo jurídico muy importante en nuestra cultura jurídica, la versión alemana, surgió reivindicado a la costumbre como la expresión del «espíritu

de un pueblo». Es cierto que posteriormente nos llegaría la influencia francesa, cuya versión consideraba a la ley como la expresión mayor de racionalidad. Sin embargo, en la actualidad múltiples factores que se verán en esta primera parte han contribuido a que la costumbre tome nuevamente fuerza como fuente primaria de derecho. Es posible concluir que el positivismo jurídico normativista no considera a la costumbre, en principio, como fuente primaria de derecho. Por el contrario, desde una perspectiva moderada o realista la costumbre podría incluso ser la principal fuente de derecho. Esto es así porque ella surge de las prácticas de los pueblos y, en esa medida, está conformada por normas aceptadas íntimamente por los ciudadanos, en su conciencia.

De acuerdo a las normas vigentes en Colombia la costumbre se considera como una fuente subsidiaria, se acude a ella sólo en el caso de que no exista una ley que regule la materia, es decir, tiene valor integrador. A pesar de esto, en materia comercial la costumbre tiene mucho valor como fuente, este asunto se puede entender mejor si se estudia el tema de la costumbre mercantil o *lex mercatoria*.

La definición legal de costumbre es la siguiente:

Art. 8 del C.C.: “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea”.

Para entender el contenido de este artículo es importante referirse a los elementos definitorios de la costumbre, tal como los suele presentar la doctrina o los textos teóricos. Estos elementos normalmente se dividen en dos clases: elementos objetivos y elementos subjetivos. Dentro de los primeros o elementos objetivos tenemos:

- a. La existencia de una práctica reiterada, es decir conductas repetidas a lo largo del tiempo y aunque no se determine exactamente la extensión de este tiempo, en el lenguaje ordinario sabemos cuando llamar a algo una costumbre.

- b. El carácter uniforme de dicha práctica. Debe ser siempre la misma conducta; se excluye así la posibilidad de que se denomine como costumbre a conductas contradictorias entre sí.
- c. La publicidad. Las costumbres deben ser conocidas por todos sus practicantes o destinatarios, sin que sea necesaria su escritura o inclusión en textos legales.

Dentro de los elementos subjetivos está la convicción íntima del carácter obligatorio de estas prácticas, que en textos como el de Betegón (*et alli*) se denomina *opinio juris*.

En el artículo 13 de la ley 153 de 1887, norma sobre fuentes e interpretación normativa aun vigente en Colombia, se señala que “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. La Corte Constitucional mediante la sentencia (de constitucionalidad) C-224 de 1994 declaró constitucional la expresión «moral cristiana» en el entendido de que significa «moral general» o «moral social». Esto es importante porque la Constitución colombiana define a la nación como plural en términos religiosos. No existe una religión oficial, es decir, del Estado colombiano.

En estas disposiciones se observa el carácter supletivo del valor de la costumbre como fuente de derecho, porque debe existir lo que técnicamente se denomina una laguna o vacío en el ordenamiento (ausencia de norma aplicable a un caso), para que sea posible aplicar una costumbre.

Finalmente, es importante decir que la costumbre en términos jurídicos puede ser de tres tipos — sus nombres más comunes se expresan en latín:

- a. *Contra legem*. Es la costumbre que va en contra de lo dispuesto en una ley formalmente válida. En Colombia no tiene, en principio, valor como fuente. ¿Por qué en principio? Porque en ocasiones el asunto es más complicado. Por ejemplo, a las comunidades indígenas la Constitución (ley de leyes) les reconoce la posibilidad de regirse por sus propias costumbres. Algunas de esas costumbres

son contrarias a nuestras leyes, como la costumbre de castigar a quienes cometen delitos mediante la imposición de sanciones a toda su familia (esto es, jurídicamente, una forma de responsabilidad colectiva que se encuentra proscrita de nuestra legislación penal). A pesar de esto es una costumbre válida para los miembros de esas comunidades, aunque según la propia Constitución ellos también deben someterse al imperio de la Constitución y la ley debido a su condición de colombianos.

b. *Praeter legem*. Es la costumbre que va más allá de lo que la ley establece. Su aceptación como fuente en Colombia es confusa, depende de lo que se interprete como «ir más allá». Si por esto se interpreta consagrar algo que la ley no ha considerado, se puede reconocer aquí el valor supletivo de la costumbre del que habla el artículo 13 mencionado.

c. *Secundum legem*. Es la costumbre que ha sido incorporada al sistema de normas válidas formalmente, y que de esta forma ha obtenido un reconocimiento legal. La costumbre al convertirse en ley escrita pierde su valor como costumbre y solo puede afirmarse que ha desaparecido como tal. En su lugar se instaure una ley que se fundamenta o tiene su origen en una práctica generalmente aceptada por los ciudadanos.

#### 4. La jurisprudencia

La tercera fuente de derecho es la Jurisprudencia, que es producida por «los jueces», a diferencia de la ley, proveniente del legislador o del pueblo. La Jurisprudencia son las sentencias o decisiones de las Cortes o Tribunales de mayor jerarquía, que pueden tener valor de precedente para casos futuros. El precedente es una decisión que debe ser tomada en cuenta por el mismo tribunal que la profirió para resolver un caso futuro (precedente horizontal), o por un juez o tribunal inferior (precedente vertical). El tema se estudia a fondo en los cursos de derecho constitucional, sin embargo hay unos conocimientos básicos que es

necesario adquirir desde los inicios de la carrera, con relación a su valor como fuente y a su origen.

La administración de justicia en Colombia corresponde, en principio, a distintos órganos de la rama judicial del poder público; órganos de otras ramas también pueden ejercer esta función en determinadas materias. Por ejemplo, el Congreso, a pesar de ser un órgano legislativo puede ejercer ciertas funciones judiciales, según los artículos 174 y 178 de la C.P.: La ley está autorizada para dar esta función a algunas autoridades administrativas y a los particulares, como cuando actúan de conciliadores, jueces de paz o árbitros habilitados por las partes para fallar en equidad. La categoría teórica de «El juez» en Colombia se integra fundamentalmente por la rama judicial del poder público. Esta rama ejerce como su función propia la función judicial, de manera permanente y en los términos legales. Está integrada por jurisdicciones, y la jurisdicción se define como el poder del Estado aplicado a la función de administrar justicia. Las jurisdicciones en la versión dogmática o constitucional colombiana son:

**a. Jurisdicción Ordinaria:** propiamente dicha, cuyo máximo órgano es la Corte Suprema de justicia y su labor es resolver conflictos entre particulares, en ciertas circunstancias especiales.

**b. Jurisdicción Constitucional:** el máximo órgano es la Corte Constitucional. Está conformada por todos los jueces que resuelven tutelas, con independencia de su condición de jueces civiles, penales, laborales, de familia o administrativos. Tiene la labor de revisar algunas de las tutelas que presentan los ciudadanos por violación o amenaza a sus derechos fundamentales. También se encarga de declarar la exequibilidad o inexecutable de las leyes (validez o existencia jurídica), dependiendo de si éstas se ajustan o no a la Constitución Política. Finalmente



estudia la exequibilidad de los proyectos de acto legislativo o proyectos de reforma constitucional.

**c. Jurisdicción disciplinaria:** su máximo órgano es el Consejo Superior de la Judicatura. Se encarga de labores administrativas de la rama judicial y de asuntos disciplinarios de los jueces y abogados. Estos últimos surgen ante el incumplimiento de las obligaciones profesionales contenidas en normas vigentes como el estatuto profesional del abogado.

**d. Jurisdicción de lo Contencioso administrativo:** cuyo máximo órgano es el Consejo de Estado. Su papel es resolver conflictos en los cuales al menos una de las partes es el Estado o sus órganos (por ejemplo el municipio, el departamento, una empresa pública, las fuerzas armadas, etc.), la otra parte puede ser un ciudadano colombiano, una sociedad, o el mismo Estado.

**e. Jurisdicciones especiales:** dentro de las cuales se encuentran la penal militar, la indígena y de paz.

En cualquiera de las jurisdicciones encontramos, a su vez, tribunales y juzgados. La jurisdicción ordinaria se divide en jurisdicción civil, penal, de familia, laboral, etc.; mientras que las demás son únicas: administrativa, constitucional, disciplinaria, a excepción de las especiales que ya han sido enlistadas. La Fiscalía General de la Nación forma parte de esta rama judicial, aunque su labor es de investigación y acusación en casos de delitos, no cumple labores de juzgamiento.

Estos jueces crean una fuente denominada Jurisprudencia. Su valor, como fuente, es más controvertido que el valor de la costumbre, en parte porque ser creador de fuentes de derecho es tener poder político, y las ramas del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial) se mantienen en constante lucha por este poder. La controversia y la cuestión de los casos en los cuales la jurisprudencia es fuente primaria o secundaria se estudia, generalmente, en la parte dedicada al funcionamiento del derecho, más que en

su estructura. Pero se puede anticipar que el debate sobre el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho ha sido extenso y en ocasiones contradictorio. Su exposición detallada se encuentra en el libro de Diego López Medina *El derecho de los jueces*.

Art. 17 del C.C.: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

La existencia de este artículo en el ordenamiento colombiano también permite entender la existencia de un debate alrededor de la jurisprudencia como fuente. Es una disposición que le niega a ésta el carácter general que tiene la ley, es decir la posibilidad de cobijar a todos los ciudadanos.

## 5. El acto administrativo

La cuarta fuente es el acto administrativo (AA), y se estudia a fondo en el curso de Derecho Administrativo. Es el principal mecanismo jurídico por medio del cual actúa la administración. No existe un concepto único de AA, porque tal como señala el libro *Derecho administrativo*, de Libardo Rodríguez (pp. 193-206), el concepto depende de diferentes criterios o puntos de vista estudiados: criterio orgánico (órgano que expide el acto), criterio material (el asunto del que versa), criterio funcional (competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa) y uno jerárquico (su ubicación por debajo de la ley). Es más fácil dar ejemplos de AA, a fin de saber de qué se trata: son los decretos del Presidente y los gobernadores, las resoluciones de los ministerios, las circulares de las superintendencias, etc.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que los actos administrativos son normas que concretan las disposiciones contenidas en las normas generales como la Constitución y la ley. En este sentido su valor como fuente no se controvierte. Es necesario recordar que el control de

su legalidad compete al Consejo de Estado, quien podrá declararlo nulo en caso de encontrarlo contrario a la ley, o dejarlo vigente.

## 6. Otras fuentes subsidiarias

En este listado encontramos a la doctrina, los principios generales del derecho y el contrato. Sobre la doctrina es suficiente señalar que está conformada por los comentarios de la ley hechos por los tratadistas especializados en una materia determinada (v. gr., civil, penal, laboral, administrativo, constitucional, etc.). Se originan en la voluntad de los particulares, a diferencia de las fuentes primarias creadas por quienes tienen la competencia legislativa. Cuando se consulta un código comentado sobre cualquier materia jurídica se encuentra esta doctrina al lado de los artículos objeto de comentario por parte del especialista. También se considera doctrina a los salvamentos de voto de las sentencias, es decir la opinión jurídicamente fundamentada, diferente al criterio seguido por la mayoría de los miembros de una Corte o Tribunal, v.gr. los salvamentos de voto de los fallos de constitucionalidad o de tutela de la Corte Constitucional. Son, en síntesis, las razones que dan los magistrados para oponerse a la decisión de la mayoría, pero en la medida en que su criterio ha sido derrotado no se incluyen en la parte motiva de la sentencia y por esto no constituyen jurisprudencia.

Los principios generales del derecho ya han sido incorporados a la legislación colombiana en su gran mayoría y sirven, al igual que la doctrina, como criterio auxiliar de interpretación de las leyes. Su origen se encuentra en la tradición, debido a que pasan de generación en generación, dentro de una comunidad jurídica particular. Ejemplos de principios generales del derecho son: «lo pactado es ley para las partes», «nadie puede beneficiarse de su propio dolo», «la ley no es retroactiva», «no hay crimen sin ley previa», «no se puede hacer más gravosa la situación del apelante (*no reformatio in pejus*)», «toda duda se resuelve a favor del reo (*in dubio pro reo*)», «la ignorancia de la ley no sirve de excusa», etc.

Sobre el contrato, como última fuente de derecho, es posible anotar que se trata de un acto jurídico originado en la voluntad de dos partes, que debe ser lícito en su objeto y causa, y que no puede ir en contra de la ley. Sus aspectos básicos se pueden encontrar en el código civil, norma que se refiere al contrato en los siguientes términos:

### **Fuentes de las obligaciones**

ART. 1494.: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o mas personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

### **L57 de 1887**

ART. 34.: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa”.

**Jurisprudencia:** “El enriquecimiento sin causa constituye una fuente de las obligaciones. «Dentro de la ciencia jurídica moderna han prevalecido, entre las diversas clasificaciones que se han hecho de las fuentes de las obligaciones, unas excesivamente complejas y otras muy sintéticas, la que vincula su nacimiento a una de estas cuatro fuentes: 1. El acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo del contrato, del cuasicontrato, y del hecho voluntario de la persona que se

obliga, en la enumeración del artículo 1494 del C.C.; 2. El hecho ilícito, o sea el calificado legalmente como delictuoso y el simplemente culposo, que comprende el delito y el cuasidelito de nuestra clasificación legal; 3. La ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciadas también en el sistema del Código; 4. Enriquecimiento sin causa». (CSJ., Cas. Civil, Sent. sep. 6/40).

### **Noción de contrato**

Art. 1495.: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

COMENTARIO: incongruencias de la definición de contrato. El art. 1495 del C.C. ha sido criticado por cuanto de su texto se pretende la conclusión equívoca de que los contratos producen obligaciones solamente a cargo de una de las partes y en favor de la otra, desconociendo que en la mayoría de los casos producen obligaciones recíprocas. Por ejemplo, en el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio; en el arrendamiento, el arrendador se obliga a conceder el goce de la cosa y el arrendatario a pagar el precio del arriendo entre otras obligaciones, etc. Igualmente, es objeto de controversia la asimilación que hace el artículo en comento de las nociones de contrato y convención, tema que se desarrolla a continuación.

**Jurisprudencia:** “Diferencias entre contrato y convención. «Distínguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no sólo de este objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es género y el contrato especie. El nacimiento de obligaciones constituye, pues, el efecto propio del contrato»”. (CSJ., Civil, Sent. Oct. 18/72).

## Contrato unilateral y bilateral

ART.1496.: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

**Doctrina:** Diferencias entre el acto unilateral, el contrato unilateral y el contrato bilateral. «Al hablar de contrato unilateral es conveniente para evitar confundirse, hacer previamente una clara distinción entre dos nociones de naturaleza distinta: el acto de formación unilateral y el contrato unilateral.

El primero, como su nombre lo indica, es un acto que emana de una sola voluntad. Es la voluntad de una sola persona que se manifiesta aisladamente, pero que, sin embargo, produce efectos jurídicos (el testamento, la oferta, la aceptación de una herencia, la estipulación para otro, la promesa de recompensa).

En cambio, el contrato unilateral supone el acuerdo de dos o más voluntades. Desde que se diga contrato, se significa concurso, acuerdo de voluntades. Tal es la etimología de la palabra (*Tractare cum.*, entenderse con otro, ponerse de acuerdo con otro). Pero se habla de contrato unilateral teniendo en cuenta sus efectos ya que este contrato solamente genera obligaciones a cargo de una de las partes contratantes. Ejemplo de ello lo constituye el mutuo, el comodato, el depósito y el mandato no remunerados

El acto de formación unilateral es obra de una sola persona, en tanto que el contrato unilateral es obra de dos personas o de dos partes, aunque una sola resulte obligada. El contrato unilateral es bilateral en su formación (acuerdo de voluntades) pero unilateral en sus efectos, debido a que sólo obliga a una de las partes. Una de las partes es solamente deudora, y la otra es solamente acreedora.

En cambio, el contrato bilateral es aquel que crea obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. Cada una de ellas es acreedora y deudora al mismo tiempo.

Cada uno de los contratantes asume obligaciones frente al otro, razón por la cual existe reciprocidad de obligaciones. En síntesis, este contrato es bilateral tanto en su formación como en sus efectos [...]». (Tamayo Lombana, Alberto, Manual de Obligaciones, pp. 84–85).

Según otros artículos del Código Civil que permiten entender mejor la doctrina expuesta, se entiende por comodato, mutuo y depósito lo siguiente:

El comodato: es el préstamo de uso: una parte entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz para que haga uso de ella con la obligación de devolverla.

El mutuo: una parte entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles (consumibles) con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Depósito: contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.





### 1. Eficacia normativa

La eficacia es definida como la virtud para alcanzar un fin propuesto. En este sentido el texto de Betegón distingue al menos dos tipos de eficacia de las normas jurídicas: la eficacia como cumplimiento y como instrumento.

Según la primera, las normas jurídicas son eficaces en la medida en que sus destinatarios –determinados de acuerdo al ámbito de validez personal de las mismas– cumplan el contenido de sus disposiciones. Sobre este aspecto Kelsen señala que los destinatarios reales de las normas son los funcionarios y por este hecho las normas son eficaces cuando los funcionarios encargados responden ante el incumplimiento de los deberes jurídicos, con la aplicación de las sanciones contenidas en el consecuente de la norma. Es decir, la norma es eficaz para Kelsen si los funcionarios castigan su falta de acatamiento.

Como esta primera forma de eficacia se refiere a la relación destinatario–norma, textos como el de Betegón plantean una tabla de eficacia según la cual las normas se podrían clasificar de acuerdo a su mayor o menor grado de eficacia. Esta es la tabla, organizada desde el mayor grado de eficacia hasta el menor:

- a. Normas que se cumplen sin el recurso a la sanción. Aquí se incluyen las normas acatadas espontánea y libremente por los ciudadanos. Su aceptación como obligatorias sería un asunto más moral que jurídico.
- b. Normas generalmente obedecidas por el temor a la sanción. Esta situación puede presentarse cuando las normas jurídicas no coinciden con las normas morales dominantes en una sociedad o con las normas aceptadas por el individuo.
- c. Normas habitualmente incumplidas a pesar de que se aplican las sanciones. Esta situación se presenta cuando a los ojos de las personas resultaría menos gravosa la sanción; o porque la conducta debida es tan intolerable que se prefiere padecer la sanción, v.gr. los casos de desobediencia al derecho.
- d. Normas habitualmente incumplidas sin que el aparato coactivo pueda o tenga interés en imponer la sanción. Aquí se constata la *desuetud* de las normas.

La eficacia como instrumento es un asunto intrasistemático. Mientras la eficacia como acatamiento se refiere a la relación entre el destinatario y las normas, es decir a una relación extrasistemática, la eficacia instrumental se refiere a la capacidad de la norma de lograr los fines sociales que el legislador y la sociedad le han trazado. Esta eficacia se puede dar cuando una ley realiza los fines sociales que se encuentran en sus principios generales. También puede ser eficaz para desarrollar los fines constitucionales, contenidos en el texto constitucional y en las sentencias del tribunal constitucional. Finalmente, un examen de la eficacia más decididamente sociológico se puede desarrollar mediante el estudio de las exposiciones de motivos que se presentan en el marco del trámite de presentación y aprobación del proyecto de ley respectivo. En ambos casos el estudio de la eficacia puede entenderse, como hizo Norberto Bobbio en su *Teoría general del derecho*, como el problema sociológico del derecho.

## 2. Las funciones sociales que cumple el derecho

a. Función de organización: sin un mínimo de organización la sociedad no podría mantenerse ante el difícil desequilibrio de voluntades y poderes existentes. El derecho cumple esta función en los ámbitos de las relaciones jurídico-públicas y el de las relaciones jurídico-privadas. Estas relaciones se refieren en su orden a las relaciones en las que el Estado es una de las partes, y en segundo lugar a las relaciones entre particulares. El derecho también ordena y jerarquiza los distintos intereses sociales, dándole primacía o mayor importancia a unos intereses sobre otros. Por ejemplo, se considera que el interés general prima sobre el interés particular.

b. Función orientativa-persuasiva: el derecho establece criterios de ordenación sociales que a pesar de ser mandatos deben respetar, en la mayor medida posible, los valores dominantes en esa sociedad, o en la sociedad global de la que esta forma parte. La función educativa se relaciona directamente con los rasgos culturales de los destinatarios de la norma y con la forma como perciben al derecho. El derecho cumple la función de disuadir al sujeto de realizar conductas contrarias al ordenamiento jurídico y persuade a favor de las conductas jurídicamente deseables.

c. Función distributiva: alude al reparto que realizan las normas jurídicas de derechos, recursos y cargas o deberes entre los ciudadanos. Algunos autores, en general de filosofía moral o de economía, mencionan que es necesaria una ponderación cuando los recursos sociales son escasos. Hay quienes trazan como criterio de distribución de esos recursos al mérito, o la capacidad o las necesidades. La aplicación de estos criterios ofrece varias dificultades de naturaleza normativa o fáctica. En primer lugar el principio de igualdad establece que la ley debe tratar a todos los ciudadanos por igual. La aplicación de estos últimos criterios también encuentra obstáculos reales, como el hecho de que ciertas organizaciones o grupos logren una promoción

desmesurada de sus intereses, en detrimento de la igualdad de acceso del resto de ciudadanos.

d. Función promocionadora: el derecho es un instrumento para alentar los valores que están en las constituciones políticas de los Estados. Aunque la promoción de valores en un Estado absolutista pueda cumplir una función más represora que de promoción, en un Estado de derecho se trata de los valores propios del libre mercado y la competencia. Por el contrario, los Estados definidos como Estados sociales de derecho otorgan mucha importancia a los derechos sociales, económicos y culturales de sus ciudadanos. Se trata de Estados en los que prima el principio de legalidad, se busca la disminución de las desigualdades sociales y el respeto de los principios democráticos.

e. Función de control social: el derecho es un instrumento para controlar las conductas de los individuos en la sociedad, a fin de permitir a los conciudadanos el establecimiento de relaciones libres de violencia. En los contextos totalitarios el control social se utiliza para limitar al ciudadano al punto de dejarlo sin libertades y sin posibilidad de escoger su proyecto de vida. Desde el establecimiento de las sociedades democráticas actuales se percibe el control social como una función que encuentra una justificación y un límite. El control social se justifica en la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos y, al mismo tiempo, el poder tiene como límite el respeto de esos mismos derechos. De tal modo que los derechos son esa justificación y ese límite a la función de control social.

f. Función de tratamiento jurídico de conflictos: corresponde a la tradicional función de resolución de conflictos sociales. En la actualidad la relación entre el derecho y los conflictos sociales es más compleja. En primer lugar, hay que destacar que no todos los conflictos son indeseables para el derecho, solo aquellos que implican el uso de la violencia y la violación de los derechos y deberes ciudadanos básicos. Frente a estos conflictos no indeseables el derecho puede abstenerse de obrar en algún sentido. En segundo

lugar, el derecho puede dar por terminado un conflicto de manera formal, mediante una sentencia que concede la razón a una de sus partes. La terminación del conflicto puede ser formal, si ese conflicto queda latente en la realidad, es decir no resuelto en términos reales. En tercer lugar, en ocasiones el derecho crea los conflictos porque sus disposiciones no son recibidas por los ciudadanos como justas o como coherentes con los postulados democráticos.<sup>4</sup>

Algunas de estas funciones han sido atribuidas tradicionalmente al derecho. El control social, entendido como opresión o uso de la fuerza física para asegurar el orden, así como la resolución de conflictos, forman parte de la lista de funciones clásicas del derecho. Sin embargo, algunas de las funciones enlistadas no han sido aceptadas ampliamente, ni por quienes crean el derecho, ni por quienes se encargan de su aplicación o de su descripción. Esta es la suerte que ha corrido por ejemplo la función distributiva, pues pocos textos jurídicos enfatizan en la tarea distributiva que realizan las normas jurídicas. A pesar de esto, en todas las ramas del derecho encontramos sujetos jurídicos que buscan la protección, promoción y/o satisfacción de sus intereses, derechos, necesidades y aspiraciones, mediante mecanismos jurídicos. Sus demandas se reflejan en el derecho positivo, cuyas reglas consagran u operan a partir de criterios de distribución de ventajas y cargas sociales. Las reglas jurídicas también realizan compensaciones y distribuciones entre los ciudadanos. Las normas sobre impuestos, servicio militar obligatorio, las acciones positivas a favor de grupos vulnerables como las madres cabeza de familia, etc., son ejemplos visibles de esta labor distributiva que cumple el derecho en el contexto colombiano.

La eficacia normativa también se determina utilizando herramientas sociológicas. La sociología jurídica se ha preocupado por estudiar las funciones que cumple efectivamente el derecho en la sociedad. Es importante

<sup>4</sup> Estas funciones son parte de una reseña del texto *Sociología del derecho*, de Ramón Soriano, Ed. Ariel, Barcelona, 1997

aclarar que no se trata de las funciones que debería cumplir o esperaríamos que cumpliera, sino de aquellas que de hecho cumple. La utilidad de este estudio radica en que es posible medir la eficacia de las normas jurídicas estableciendo de qué forma ellas contribuyen al logro de las funciones sociales, en un sentido favorable a los valores y fines social o globalmente aceptados. Es decir, no cualquier forma de organización, de solución de conflictos o de control social, puede ser considerada deseable desde una perspectiva social o global. En ocasiones las normas jurídicas internas pueden ir en contra de ideales globales, como la mayor democratización de la propiedad, la protección del medio ambiente, el respeto de los derechos ciudadanos, etc. En esos casos las funciones se cumplirían en un sentido negativo, contrario a los fines razonables que la comunidad internacional les asigna.

### 3. Sistema jurídico y conflictos normativos

Las visiones clásicas del derecho contribuyeron a fijar las características de los sistemas u ordenamientos jurídicos, tal como se advirtió al inicio de este texto. La expresión «sistema» remite a la biología y expresa la idea de que las normas jurídicas no se encuentran aisladas entre sí. Por el contrario, existirían relaciones de interdependencia entre ellas, tal como existen entre las partes del sistema respiratorio o del sistema nervioso de los humanos. La idea más tradicional de sistema define al ordenamiento jurídico como un conjunto de normas que comparten al menos tres características: coherencia, completitud y unidad.

La unidad se expresaría en la existencia de un único fundamento de validez de las normas del sistema, que reside en la norma fundamental o Constitución. La noción de fundamento de validez se puede expresar en una pregunta: ¿por qué razón son válidas las normas del sistema? A lo que se responde que la validez descansaría en el cumplimiento de los requisitos contenidos en la Constitución o norma fundamental.

La completitud consiste en la vocación del derecho de prever todas las posibles situaciones jurídicamente relevantes y regularlas mediante sus normas. En sentido negativo se puede definir como la

ausencia de lagunas o vacíos en la legislación, debido a la capacidad del legislador de anticipar todas las posibles situaciones de la realidad que requerirían una regulación jurídica.

Finalmente la coherencia es la pretensión de que las normas jurídicas que componen el sistema se encuentren completamente articuladas entre sí, no existiendo disposiciones contradictorias en ellas. En sentido negativo se entiende como la ausencia de conflictos entre las disposiciones de las normas.

Estas tres supuestas características de los sistemas jurídicos son importantes porque su aceptación como una verdad *prima facie*, es decir en principio, permite el funcionamiento del sistema jurídico. Sin embargo, las críticas de estas visiones clásicas han contribuido a mostrar sus problemas: es decir, el hecho de que en la práctica los sistemas jurídicos tienen lagunas o vacíos y contradicciones entre sus normas. Las normas sobre interpretación normativa contienen por lo general disposiciones que orientan al intérprete sobre la forma de integrar lagunas y de resolver conflictos normativos. Este hecho sería una prueba del carácter poco novedoso de estos problemas de los sistemas. En el caso colombiano las disposiciones de la ley 153 de 1887 y la ley 57 del mismo año, sobre interpretación normativa, establecen criterios para integrar lagunas y para resolver antinomias (conflictos entre reglas, y entre reglas y principios) y colisiones (conflictos entre principios). Pero Diego López, en su *Teoría Impura del derecho*, mostró cómo las visiones clásicas enfatizaban más en el carácter excepcional o raro de las lagunas y las contradicciones. Por el contrario, las críticas de esas visiones clásicas tratan a los vacíos y contradicciones normativas como aspectos normales de los sistemas jurídicos.

La unidad, como tercera y última característica del sistema, se ve cuestionada por la existencia de una jurisdicción como la especial indígena, cuyas normas (generalmente no escritas) difieren sustancialmente de los principios y reglas de nuestro sistema jurídico. Una respuesta formal a este cuestionamiento resaltaría el reconoci-

miento constitucional de la jurisdicción indígena y su sujeción a la Constitución y a ley colombianas. Pero sin duda hay razones para dudar del carácter unitario de nuestro sistema si se considera que la cosmovisión propia de estas comunidades, su visión del mundo, opera como una especie de fundamento de validez de sus normas. Además, estas normas no estarían escritas en el sentido nuestro, sino inscritas en la cultura, su obediencia estaría asegurada por el respeto a las autoridades (vivas o muertas), y transmitidas mediante diversos medios, entre los que se incluye la tradición oral.

### **3.1 Antinomias**

---

De acuerdo al debate académico las reglas pueden entrar en contradicción entre sí: estos casos se conocen como antinomias. Para su solución se debe recurrir a criterios previamente definidos en las mismas normas jurídicas. Las antinomias pueden ser de dos tipos: reales y aparentes. Las reales son aquellas en las que entran en conflicto dos reglas que contienen disposiciones contradictorias entre sí, pero que son igualmente válidas. Su validez es un hecho verificable, porque reúnen los requisitos de validez jurídica definidos en este escrito.

Las antinomias aparentes son aquellas en las cuales una de las dos reglas o las dos que se contradicen no son válidas, debido a la falta de alguno o varios de los requisitos de validez. En estos casos es necesario demandar la regla ante el órgano competente: si es una ley, ante la Corte Constitucional, y si se trata de un acto administrativo que va contra la ley la demanda se presenta y tramita ante el Consejo de Estado. Una vez surtido el trámite, el tribunal correspondiente decidirá cual regla es expulsada del ordenamiento jurídico y cual se mantiene dentro del mismo como norma válida. Esto se hace mediante un control de la constitucionalidad de la ley o de la legalidad del acto administrativo. La antinomia aparente será resuelta por el tribunal respectivo, utilizando los criterios de jerarquía y competencia. De manera excepcional se pueden re-



resolver por el operador jurídico, mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad. De acuerdo a esta, un funcionario puede decidir no dar aplicación a una norma vigente, a su juicio abiertamente inconstitucional.

Mientras que las antinomias reales deben ser enfrentadas directamente por los abogados, los funcionarios y por sus destinatarios en general, los criterios para resolverlas son la especialidad y la temporalidad. Esto se observa en el ordenamiento jurídico colombiano en las siguientes disposiciones:

Art. 4 C.P.: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (Jerarquía y competencia)”.

Art. 5 Ley 57 de 1887: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella (Jerarquía y competencia).

Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. (especialidad).

Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior (temporalidad); y si estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: civil, de comercio, penal, judicial, administrativo, fiscal, de elecciones, militar, de policía, de fomento, de minas, de beneficencia y de instrucción pública” (esto de la prevalencia entre códigos ya no aplica, salvo lo siguiente):

1. El art. 20 del Código Sustantivo de trabajo da prevalencia a las disposiciones laborales sobre las demás normas legales, y
2. El art. 93 de la C.P. le confiere prevalencia a los tratados y

convenios internacionales en materia de derechos humanos, sobre las demás disposiciones en el orden interno.

Esto se denomina la doctrina del bloque de constitucionalidad, cuando se considera que los tratados en materia de derechos se integran al texto mismo de la Constitución.

En aquellos casos en que entran en contradicción un principio y una regla el asunto se resuelve con el criterio de jerarquía, pero si se trata de dos principios estamos frente a una colisión, que no puede ser resuelta aplicando los criterios de solución de antinomias.

### **3.2 Colisiones**

---

Los principios tienen varios rasgos que hacen imposible la solución de los conflictos entre ellos mediante la aplicación de la lógica deductiva del silogismo o de los criterios de solución de antinomias. En primer lugar, están en el mismo nivel jerárquico, generalmente en la Constitución Política, a pesar de que las leyes o códigos contengan sus propios principios. En segundo lugar, son cláusulas que tienen un mayor grado de vaguedad y que por eso pueden ser interpretadas de maneras muy diversas. En tercer lugar, la solución de las colisiones no requiere la declaratoria de invalidez de alguno de ellos. Este último punto los distingue de las reglas que siempre son disposiciones escritas, mientras que un principio es generalmente un derecho fundamental o constitucional que al ser una facultad subjetiva de un sujeto concreto, como un niño, una mujer, etc., puede verse enfrentada a otra facultad subjetiva igualmente importante (de los padres, una empresa, etc.). Debido a que tienen una dimensión moral sus conflictos se resuelven mediante mecanismos como la ponderación. Este mecanismo consiste en sopesar los principios enfrentados, a fin de determinar cuál de los dos tiene más peso o importancia jurídica y fáctica en el caso concreto. El principio que logre el mayor peso será el aplicable a la situación concreta, sin que ello signifique una pérdida de validez

del principio «derrotado». Robert Alexy se refiere a este mecanismo como la ley de la colisión, según el cual la decisión del juez en caso de colisiones es una regla R, que establece que dada una circunstancia C, el principio P1 primará sobre el principio P2. Esta relación de precedencia o de mayor importancia de P1 frente a P2, es transitoria, porque depende de la circunstancia C. Si cambiase la circunstancia a C1, sería posible obtener una relación en la que P2 precediese a P1.

Un ejemplo para ilustrar este asunto se puede ver en el caso de una estudiante expulsada del colegio por estar embarazada, C. El colegio aduce en su defensa que la estudiante firmó un contrato al ingresar a la institución, en el que se comprometía a acatar el manual de convivencia, y en este se consagraba la prohibición de permanecer en la institución bajo condiciones de embarazo. El principio al que apela el colegio es el de *lo pactado es ley para las partes*, P1. La estudiante por su parte argumenta que la Constitución le reconoce el derecho *a la educación*, P2, según el cual el colegio no puede privarla de este derecho por encontrarse en embarazo. La solución del caso podría ser la siguiente regla R: cuando las estudiantes sean expulsadas de los colegios por encontrarse embarazadas C, primará el derecho a la educación P2, sobre el principio que obliga al cumplimiento de lo pactado P1.

Cuando se estudia el tema de la Jurisprudencia en los cursos de argumentación jurídica se verá la forma como el juez debe justificar esta decisión, a fin de que ella sea razonable para las partes y para la sociedad. En el curso de derecho constitucional se estudiarán algunos test o mecanismos más sofisticados de resolver determinadas colisiones entre principios, como el test de igualdad o de proporcionalidad. Un ejemplo de aplicación de este test se encuentra en el anexo 1.

#### 4. Problemas de lenguaje para definir el derecho

Los manuales de Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, de Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, o el texto de Genaro Carrió, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, contienen una exposición detallada y ejemplos adecuados de las características de los lenguajes naturales y, en concreto, del lenguaje jurídico. En ellos se exponen la ambigüedad, la emotividad y la vaguedad de dicho lenguaje como realidades que dificultan la tarea de definir el derecho, y al mismo tiempo nos ilustran sobre la complejidad de su determinación. Este asunto se remite a un problema filosófico más general: el tema de las relaciones entre el lenguaje y las cosas. Aquí se plantea como pregunta si las palabras que usamos para referirnos a las cosas tienen una relación esencial con dichas cosas, es decir, nos muestran la esencia invariable de dichas cosas; o si por el contrario ese lenguaje es convencional, decidido por la cultura y en esa medida sujeto a variaciones.

El debate se ha denominado esencialistas vs. convencionalistas y Nino lo expone magistralmente utilizando para ello la palabra «derecho».<sup>5</sup> El debate es importante porque para un esencialista hay una única definición de las cosas, mientras que para un convencionalista habrá tantas definiciones cuantas convenciones o acuerdos existan. Finalmente es bueno acoger la conclusión de Nino sobre la existencia de múltiples definiciones de derecho, en lugar de pretender infructuosamente encontrar la definición esencial del mismo.

Una vez aclarado el debate los textos explican en qué consisten esas tres propiedades problemáticas del lenguaje jurídico; en particular, el texto de Atienza es de gran utilidad debido a que plantea la distinción entre la vaguedad extensional y la vaguedad intencional de un término. Así, mientras la ambigüedad o pluralidad de significados se refiere al hecho de que usemos una misma palabra para

<sup>5</sup> Es importante que cuando vayas a referirte a una palabra o una expresión la pongas entre comillas.

referirnos a varias cosas, piensa en la palabra «radio» y sus múltiples usos, o la expresión «sapo»; la vaguedad es la dificultad para hacer una lista detallada de todas las características o propiedades que definen a una expresión. Esta característica es denominada vaguedad intencional y se evidencia cuando no es fácilmente determinable el listado de elementos definitorios que siempre deberían estar presentes en la cosa a la que se asigna la palabra. La vaguedad extensional se refiere a la dificultad de identificar claramente todas las cosas o situaciones a las que aplicaremos la palabra. ¿Se puede aplicar la palabra «persona» a un feto? Es extensional porque se refiere al campo de aplicación de la palabra, entendido como las situaciones, personas o cosas a las que es posible aplicar la palabra de manera legítima.

Estas dificultades son mayores en algunas palabras que en otras, dependiendo del uso que les damos en el lenguaje ordinario, es decir, en el lenguaje que usamos de manera corriente. Herberth Hart, en su *Concepto de derecho*, se refiere al asunto de la vaguedad mediante la idea de que cada palabra tiene un núcleo duro de significado, una zona de penumbra y un área claramente excluida.

La emotividad es aquella propiedad de una expresión que por su uso genera rechazo o simpatía entre los que la escuchan y de esa forma bloquea la posibilidad de conocer claramente su significado. Si al escuchar la palabra «abogado» las personas hacen mala cara o un chiste perverso estarán expresando el rechazo hacia lo que ella simboliza y esto les impedirá aproximarse sin prejuicios al concepto, y claro, también al abogado de carne y hueso. Las explicaciones teóricas de este asunto dirían que los problemas de ambigüedad, vaguedad y emotividad dificultan el proceso cognoscitivo, es decir, hacen difícil el conocimiento de las palabras y de los fenómenos que con ellas se designan.

## **A manera de ilustración: algunos conceptos básicos del derecho**

Los doctrinantes o teóricos del derecho han realizado importantes esfuerzos para reducir, en la medida de lo posible, la ambigüedad y vaguedad de expresiones jurídicas fundamentales. Las nociones de «sanción», «responsabilidad», y «deber» son quizás las más estudiadas en los textos introductorios al derecho, en parte por el lugar central que ocupan en las definiciones normativistas del derecho. En lo que sigue se presentará el tema, sintetizando la forma como lo aborda Carlos Santiago Nino en su texto introductorio.

Según Nino la teoría del derecho busca analizar y reconstruir un esquema conceptual que sea éticamente neutral. Esta investigación se lleva a cabo en el uso de los conceptos en el lenguaje ordinario y en el de los juristas. A partir de esta presentación es posible mostrar la existencia de criterios definitorios indeterminados y en ciertos casos ambiguos. Para el autor esta existencia de indeterminación justifica la necesidad de reconstruir los conceptos, a fin de dotarlos de precisión y univocidad. Sin embargo, se advierte que esta labor tiene una consecuencia negativa de tipo inevitable: se tendrá que renunciar, en aras de eliminar la vaguedad, a que el esquema conceptual recoja todas las variantes de los usos lingüísticos vigentes. Es decir, el estudio de los posibles usos de cada expresión no puede ser completo.

La tarea propuesta por Nino es triple: se trata de investigar los criterios vigentes en el uso espontáneo de las expresiones, de reconstruirlos para eliminar su vaguedad y ambigüedad, y de reflejar en la reconstrucción relaciones lógicas, buscando la coherencia del sistema y el respeto de la economía.

### **4.1 El concepto de Sanción**

---

Uno de los conceptos de «sanción» más elaborados es el de Hans Kelsen, quien intenta reducir su vaguedad intencional haciendo una lista de las condiciones necesarias y suficientes del término:

- a. Es un acto coercitivo o de fuerza efectiva o latente. El significado de esta característica es doble: involucra los casos en que la fuerza debe ser ejercida efectivamente y también aquellos en los que el uso de la fuerza es una simple posibilidad.
- b. Tiene por objeto la privación de un bien. La idea de bien en esta característica se refiere a aquello que la sociedad considera como tal, y no a lo que parece un bien a ojos del sancionado. Es posible que el destinatario de la sanción considere, por ejemplo, que la libertad no es un bien, pero ese hecho no le quita el carácter de bien jurídicamente protegido a la libertad.
- c. Quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida. El funcionario debe estar revestido de la autoridad por parte de una norma vigente.
- d. Debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo, o actividad voluntaria de un agente.

Nino presenta algunas objeciones y aclaraciones sobre este concepto kelseniano que no disminuyen su importancia explicativa.

## 4.2 Responsabilidad

---

Este es uno de los conceptos más complejos debido a su ambigüedad y vaguedad. En primer lugar existen distintos sentidos de la expresión en el lenguaje ordinario, que Nino presenta de la siguiente forma:

1. Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel, etc., v. gr. el padre es responsable de sus hijos.
2. En el sentido de factor causal, v. gr. la tormenta es responsable de los daños.
3. Como capacidad y como estado mental: el menor no es responsable penalmente.
4. Como punibilidad o reproche moral. El asesino es responsable por el homicidio cometido.

En segundo lugar la responsabilidad tiene distintas clases, de acuerdo a la exposición de Kelsen, que expresan en parte la vaguedad extensional del término:

1. Responsabilidad directa. Cuando el individuo es pasible de una sanción como consecuencia de un acto que él mismo ejecutó. Esta forma de responsabilidad es propia del derecho penal.
2. Indirecta o vicaria. Se refiere a la circunstancia en la que un individuo es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero, y el término «tercero» puede cobijar a toda la familia o clan del individuo autor.
3. Subjetiva o por culpa. Kelsen distingue varios grados: el primero es cuando hay una intención de causar daño, en el segundo está presente la intención de cometer el acto antijurídico aunque no de dañar sino de beneficiarse, el tercer grado es cuando el resultado es previsible aunque indeseable.
4. Objetiva o por resultado. Se presenta cuando el individuo es susceptible de sanción, con independencia de que haya querido o previsto el acto antijurídico. Está en general proscrita del derecho penal, aunque opera en civil.

### **4.3 Deber jurídico**

Es definido como sinónimo de obligación, para algunos es la creencia subjetiva de estar coaccionado, aunque también puede existir un deber jurídico en ausencia de temor. Austin y Bentham propusieron definirlo en relación a la probabilidad objetiva de sufrir un mal en caso de no actuar de cierta manera. De acuerdo a Kelsen el deber es la conducta opuesta al acto antijurídico, definido este como una de las condiciones de la sanción establecida por una norma válida. En las normas jurídicas primarias no aparece el deber jurídico, como lo hace en las secundarias. En estas tres versiones clásicas el deber jurídico se encuentra ligado a la sanción de manera



interna, lo que es comprensible si se toma en cuenta su idea del derecho como mandatos o conjunto de normas coactivas.

Para Hart en cambio “el deber no sirve solo para predecir que habrá sanción, sino también para justificar la sanción”. Lo decisivo para el concepto es la existencia de reglas o normas que permitan enjuiciar al individuo obligado; hay regla social cuando una conducta regular es tenida como modelo de comportamiento. Es decir, para Hart existe deber jurídico allí donde una regla impone un comportamiento determinado.

Nino presenta además la visión crítica de Genaro Carrió, para quien la expresión deber jurídico tiene usos heterogéneos. Mientras que el concepto de Kelsen le resulta operativo para el derecho penal, no funcionaría así en otras ramas del derecho como el derecho internacional, el constitucional, el laboral, etc.

Parece razonable concluir que la visión de Hart es más adecuada para la tarea de considerar los distintos tipos de deberes contenidos en los sistemas jurídicos para la elaboración del concepto. Además, lo que distingue a un deber jurídico real del deber que resulta en los casos de la amenaza de un delincuente no es la creencia subjetiva de estar obligado, sino la existencia objetiva de una regla que impone la obligación. Hart ilustra bien este asunto mediante la distinción entre «verse obligado» y «tener la obligación». Cuando una persona es asaltada puede usar la primera expresión, no parece sensato la utilización de la segunda: «tuve la obligación de entregar la billetera». Con este ejemplo se pretende mostrar el carácter más objetivo de la segunda expresión. La objetividad viene dada por la existencia de una regla en virtud de la cual suena lógico expresar «tuve la obligación de pagar impuestos». Esta segunda frase es independiente de la forma como se siente quien la pronuncia, en términos de sentirse o no coaccionado.

## 5. El debate en torno al carácter vinculante de la Jurisprudencia

En Colombia presenciamos desde hace unas décadas la incorporación de algunos elementos de la tradición anglosajona a las prácticas jurídicas actuales. Los precedentes judiciales forman cada vez más una parte central del estudio del derecho, al lado de las normas jurídicas con forma de ley. Este proceso es en parte resultado de la tarea hermenéutica realizada por el tribunal constitucional colombiano durante sus años de existencia. Dicho tribunal estableció en un primer momento la noción de doctrina constitucional para referirse al conjunto de decisiones que tomaba en la revisión de los fallos de tutela. Mediante dichos fallos se fijaba el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Estas decisiones, se consideró, trascienden el efecto entre las partes (*inter partes*) y se tornan obligatorias para todos, es decir tienen el mismo efecto que la ley creada por el legislador (*erga-omnes*). A esta doctrina se le conoció como doctrina «Angarita», y fue derrotada con posterioridad, mediante la sentencia C-131 de 1993. La denominación derivó del nombre de su defensor, el magistrado Ciro Angarita Barón. A pesar de su derrota posterior, en la actualidad se acepta su valor jurídico, no sin resistencia de ciertos sectores más conservadores en materia jurídica.

La Corte Constitucional ha dado carácter obligatorio a algunas de sus decisiones mediante el recurso a la noción de cosa juzgada. Estas decisiones se consideran pautas que unifican y orientan la interpretación constitucional. Los jueces tienen el deber de utilizarlas como precedentes para los casos similares, a fin de respetar el principio de igualdad según el cual las situaciones similares deben decidirse de igual manera. También resulta obligatorio para los jueces el principio de cosa juzgada consagrado en el artículo 243 de la C.P. «Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional». Las sentencias SU (de unificación), e incluso las C (de constitucionalidad) al tener efectos de cosa juzgada pueden considerarse como

precedentes verticales o decisiones que deberán ser acatadas, en principio, por los jueces inferiores para la solución de casos futuros. Es importante anotar que los jueces inferiores pueden apartarse del criterio dado en los precedentes si logran justificar ampliamente la decisión. Estos jueces no pueden desconocer la existencia de los precedentes en una materia determinada, aunque muchos jueces y magistrados la desconozcan de hecho en el ejercicio diario de sus funciones judiciales. Esta necesidad de que el juez conozca los precedentes y los integre en su fallo, para apartarse con fundamento de su criterio o para acogerlo, es una consecuencia lógica de un principio del derecho según el cual *el juez es perito en ley*. La misma Corte Constitucional aclaró en uno de sus fallos que por «ley» debía entenderse en la actualidad todo el ordenamiento jurídico y no solamente la ley en sentido formal.

Esta incorporación de los precedentes como fuentes primarias de derecho enfrentó numerosos obstáculos desde sus inicios. La Corte debió reconocer el contenido del artículo 230 de la C.P. según el cual «Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley [...]», y sorteó diversos intentos del legislador de poner límites a su capacidad de generar derecho.<sup>6</sup> Dichos intentos se expresaron, por ejemplo, en la expedición del decreto reglamentario de la acción de tutela, en el sentido de reducir los efectos de la decisión o fallo a las partes vinculadas; y también en la ley estatutaria de la administración de Justicia. La Corte utilizó con posterioridad su facultad de determinar la constitucionalidad de las leyes para eliminar tales restricciones a su poder, declarando inconstitucionales los artículos pertinentes de la ley estatutaria. Asimismo la Corte defendió frente al legislador su autonomía funcional, es decir, su

<sup>6</sup> Sobre la historia de esta disputa, Corte-Congreso, por la hegemonía sobre la creación de pautas generales y obligatorias, se encuentra un estudio interesante de D. López Medina, una versión primera publicada bajo el título «El valor del precedente constitucional», en *Derecho constitucional perspectivas críticas*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999, pp. 123–146. En la actualidad se consigue la segunda edición de su libro *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2006.

facultad de fijar el efecto y alcance de sus fallos. Y manifestó que en atención al principio de cosa juzgada sus fallos tienen carácter obligatorio de manera general y no solamente para las partes.

Es común el señalamiento por parte de los juristas de la existencia de contradicciones en las posiciones de la Corte con relación al valor jurídico de sus fallos. En algunos casos se acepta el carácter «auxiliar» de estos y la consiguiente supremacía de la ley; mientras que en otros ha sido muy fuerte la lucha con el legislador para controlar el sistema de fuentes del derecho. Ejemplos de esta lucha lo constituyen las sentencias tipo SU y el recurso a las nociones de autonomía y de igualdad en la solución de casos similares.

El reconocimiento del carácter normativo de las decisiones judiciales es algo generalmente aceptado. Kelsen se refería a ellas como *normas particulares* y lo que resulta novedoso es su incorporación a nuestro ordenamiento como precedentes. Es decir, como normas con efectos generales (*erga omnes*) que imponen un deber de obediencia a los ciudadanos en general y a la comunidad jurídica en particular. Esta perspectiva hace de los precedentes una parte esencial del derecho, que debe ser considerada para el éxito de la labor de predecir lo que decidirán los jueces. Su lugar en el esquema de fuentes del derecho deja de ser secundario y subsidiario (se consideran fuentes en casos de vacíos legales) para tornarse en fuente primaria de derecho.

## 6. Reglas sobre interpretación jurídica

En la legislación colombiana el tema es tratado en algunos artículos del Código Civil, que se presentan a continuación seguidos de un pequeño comentario de la autora.

Artículo 25: La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador.

Comentario: sobre este artículo es posible decir que tiene al menos dos lecturas o interpretaciones posibles. Desde una pers-

pectiva exegética se debe entender que sólo el legislador puede, mediante una nueva ley, interpretar el sentido y/o el alcance de las expresiones ambiguas o vagas contenidas en otra ley. Pero si se escoge una perspectiva sistemática, debemos incluir en esta forma de interpretación a las sentencias mediante las cuales los tribunales hacen interpretación prejudicial de las expresiones contenidas en una ley. En este segundo caso los jueces no resuelven un caso concreto, solo se limitan a esclarecer el sentido de expresiones vagas o ambiguas, a fin de evitar futuros conflictos derivados de la interpretación de esas expresiones.

Un ejemplo de este tipo de interpretación en su versión tradicional se encuentra en la Ley 97 de 1993: (Por la cual se interpreta con autoridad la Ley 20 de 1969 y se dictan otras disposiciones).

Artículo 1o.: Reconocimiento excepcional de propiedad privada sobre hidrocarburos. Para efectos de la excepción prevista en los artículos 1 y 13 de la Ley 20 de 1969, se entiende por derechos constituidos a favor de terceros las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969 [...]. Artículo 3o. Las disposiciones contenidas en los artículos 1o y 2o de la presente Ley, constituyen la única interpretación autorizada de la Ley 20 de 1969, artículos 1o y 13.

Artículo 26: Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares. Las reglas que se fijan

en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina.

Artículo 27: Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Comentario: según este artículo hay casos fáciles que pueden resolverse mediante un proceso de deducción silogística. La premisa mayor sería la norma, la premisa menor la conducta o hecho de relevancia jurídica y la conclusión es la imposición de una consecuencia jurídica descrita en la norma, para el caso o hecho concreto. Pero al lado de estos casos, más comunes en el derecho penal y en el disciplinario, también hay casos que implican ejercicios más complejos de interpretación. En estos casos, denominados oscuros, el intérprete tiene al menos dos posibilidades. La primera es remitirse a los principios contenidos en la misma ley, a fin de buscar en ellos la «intención o espíritu» que permita entender ese sentido incierto. De esta forma el análisis se circunscribe al plano de la misma ley. La segunda posibilidad es buscar en otras fuentes, distintas a la ley, a fin de determinar el sentido de las expresiones contenidas en ella. Esas fuentes a las que se refiere el artículo 27 son las exposiciones de motivos o los debates que se presentan durante el trámite de creación de la ley (historia fidedigna de su establecimiento). En este caso el análisis es socio-jurídico, porque los debates no son normas que formen parte del ordenamiento jurídico, son la historia sucedida con anterioridad a la sanción y promulgación de las normas vigentes.

Artículo 28: Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;

pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Comentario: el artículo se refiere a la posibilidad de reducir la ambigüedad y vaguedad de las expresiones o palabras contenidas en la ley mediante la búsqueda de su definición en la ley o en el uso que de ellas se hace en el lenguaje ordinario. Este uso puede encontrarse en el diccionario, pero siempre es más seguro conocer la forma como la comunidad jurídica las entiende. La expresión «comunidad jurídica» se refiere a los jueces, los abogados, y a los operadores jurídicos en general.

Artículo 29: Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Comentario: en virtud de este artículo, cuando el legislador no defina las expresiones de la ley de una forma determinada su sentido deberá buscarse en los textos de la disciplina encargada de estudiar la materia, v. gr. cuando las normas regulen aspectos telemáticos el sentido de las expresiones de dicha ley debería fijarse acudiendo a los textos de ingeniería telemática, debido a que se consideran los más autorizados para esta labor.

Artículo 30: El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Comentario: el contexto que aquí se trata puede entenderse como la totalidad del ordenamiento jurídico, y en este caso se referiría al contexto normativo, dentro del marco de una interpretación sistemática. También es posible pensar en el contexto económico, político, social, cultural, etc., en que la norma vive. En este caso el

tipo de interpretación escogido sería extrasistemático y su ejercicio supone un conocimiento adecuado de ese contexto por parte del intérprete. La formación interdisciplinaria o la disposición para acercarse a ella serían condiciones necesarias de esta última forma de interpretación normativa.

Artículo 31: Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

Comentario: este artículo hace sentido si se considera cómo las partes en un proceso tienen intereses, a menudo contrapuestos, que inciden claramente en la interpretación que se escoja para las expresiones contenidas en la ley. El legislador ha buscado prever la existencia de esos intereses, a fin de prohibir a las partes que fijen el sentido y alcance de las expresiones de las normas a partir de ellos. Sin embargo, la segunda parte del artículo es más problemática, porque supone aceptar que en derecho las expresiones pueden tener un único sentido, un sentido genuino y varios sentidos erróneos. Esta premisa o supuesto es bastante discutible, alrededor de ella hay un debate teórico que se estudia en los cursos de argumentación y de filosofía del derecho

Artículo 32: En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Comentario: este artículo es profundamente indeterminado, porque tanto el «espíritu general de la legislación» como la «equidad natural» son nociones confusas o vagas. A pesar de esto parece remitirse a la interpretación sistemática de las normas, en un sentido amplio, a fin de incluir los principios generales del derecho, pero



también la justicia del caso concreto. De hecho, la equidad puede definirse como la justicia aplicada al caso concreto, aunque la expresión natural parezca remitir al intérprete a una idea iusnaturalista de justicia. En un nivel más general se puede entender equidad como aquella noción intuitiva de justicia que todos los seres racionales tenemos cuando enfrentamos un caso concreto. Finalmente se puede decir que los artículos citados pretenden dar al intérprete elementos o herramientas lógicas para su labor hermenéutica.

Para una mejor comprensión de la forma como funcionan estas reglas de interpretación normativa se recomienda consultar el **anexo 1** de este escrito. En primer lugar se trata de una acción de inconstitucionalidad real, para cuyo análisis se utilizaron diversas reglas y criterios de interpretación normativa. Además contiene algunas referencias a la vaguedad del término o palabra sujeta a examen. En el texto se encuentra el recurso al diccionario, la búsqueda del sentido otorgado a las palabras por parte de determinada comunidad científica, el intento por desentrañar la voluntad del legislador, por comprender el contexto cultural y social en que actualmente se desenvuelve la norma y los aportes de distintas disciplinas para la comprensión del tema.

## **7 . La reflexión teórica sobre los problemas de interpretación jurídica**

Es común la afirmación según la cual siempre han existido y existen aún oposiciones y coincidencias en las apreciaciones de quienes toman al derecho como su objeto de estudio. Los textos clásicos de teoría jurídica tendían a considerar que la Sociología, la Historia y la Filosofía del derecho no aportaban mucho a la comprensión y a la práctica jurídicas, debido a su carácter «externo». Jurídico, según esta visión, es sólo el conjunto de normas vigentes en un ordenamiento jurídico particular, en un tiempo determinado. La reflexión sobre la eficacia del derecho y su impacto en la sociedad, sobre su carácter histórico o variabilidad a lo largo del

tiempo y sobre las relaciones entre su validez, su eficacia y su justicia, se consideraban tareas de sociólogos, historiadores y filósofos, nunca de juristas. El jurista, desde esta perspectiva, es sólo quien aplica estas disposiciones o normas para dar solución a los casos prácticos que se presentan en la sociedad. En el mejor de los casos, el jurista doctrinante es quien describe tales disposiciones y logra arrojar luces sobre una legislación oscura, incoherente o con vacíos. Esta perspectiva se enfoca en el aspecto normativo del Derecho y por esta razón no siempre lo considera como una ciencia: ¿cómo puede la ciencia ser normativa, cuando su labor siempre ha sido explicativa, o descriptiva de una realidad natural o social?

A esta objeción al carácter científico del Derecho se sumó el carácter cambiante de la legislación, expuesta a la siempre inestable voluntad política del legislador. ¿Cómo puede fundarse una ciencia en premisas inestables? Las premisas serían las normas creadas por ese legislador. Si la Física ha logrado avances importantes hasta la actualidad es precisamente porque el conocimiento nuevo se cimienta sobre los conocimientos anteriores –como la ley de la relatividad– cuya firmeza permita la construcción de un «edificio conceptual sólido».

El profesor Albert Calsamiglia se dedica a caracterizar la dogmática jurídica y a mostrar precisamente ese carácter paradójico de considerar científico algo llamado dogmático. Él se preocupa por mostrar que la Jurisprudencia –sinónimo de dogmática– no excluye la discusión racional. Esta última es una condición básica de toda ciencia, sobre todo después de la nueva ciencia moderna que desligó los prejuicios, los mitos, y las creencias religiosas de las explicaciones sobre el mundo natural. Además, también la ciencia tendría su grado de dogmatismo porque si todo el tiempo los científicos cuestionan las leyes básicas, ¿cómo podrían seguir avanzando en el conocimiento? La dogmática jurídica tendría unos presupuestos y unas reglas de juego que, en principio, requieren aceptación acrítica por parte del jurista, a fin de hacer avanzar el

conocimiento jurídico. A pesar de esto, la dogmática no es necesariamente arbitraria, porque tiene su propia racionalidad, una racionalidad distinta a la de las matemáticas –demostrativa– que puede considerarse como argumentativa o persuasiva. Esto supone un margen de discrecionalidad al intérprete de las normas, elemento que tampoco parece propio de otras ciencias duras. ¿Puede el entomólogo actuar discrecionalmente al caracterizar un insecto determinado?, y si lo hiciese, ¿lo respetaría la comunidad científica a la que él pertenece?

El dogmático sale a defender el carácter científico de la disciplina manifestando que su labor es conceptual. Esos conceptos que él elabora –tipo penal, descanso, remuneración, vicios en el consentimiento, dolo, acto administrativo, nulidad, perención, etc.– permiten a los operadores jurídicos interpretar los hechos de la vida real sujetos a su conocimiento y las disposiciones normativas a ellos aplicables, de una manera aceptable para el resto de la comunidad dogmática. La labor cognoscitiva descrita ha sido calificada por muchos teóricos como *pseudocientífica*, porque detrás del trabajo conceptual-teórico cada jurista escondería sus prejuicios, sus convicciones morales y sus ideales políticos. Otros la consideran una tecnología o técnica cuyo principal objetivo es dirigir la acción y concentrarse en los problemas prácticos de la aplicación de las normas. El carácter técnico viene dado por las operaciones y procedimientos que son requeridos para resolver los problemas prácticos de la vida cotidiana.

En esos dos extremos se han movido la mayoría de los dogmáticos jurídicos. Recordemos a Hans Kelsen intentando hacer una teoría pura del derecho, descontaminada de preocupaciones y problemas prácticos, y de otro lado Lombardi o Mir, preocupados por resaltar la labor práctica del dogmático y desconociendo la cuestión cognoscitiva. Los partidarios de la técnica –escuela de la exégesis– lograron su mejor triunfo con la construcción de la técnica del silogismo para la aplicación del derecho. Quizá la gran

importancia del teórico Francois Geny para la comprensión del Derecho, ha sido intentar conciliar los elementos conceptual y técnico afirmando la mayor importancia del segundo. La dogmática, desde su perspectiva, sería a la vez una ciencia y un arte, en la cual tanto la inteligencia como la voluntad se combinarían en la actividad del jurista. El Derecho no tendría que renunciar a ser científico ante la urgencia de los problemas prácticos que la sociedad le impone.

La dogmática no es un conjunto unitario, coherente de convicciones, y sin embargo es posible caracterizar al menos dos estilos o corrientes metodológicas que han dominado durante mucho tiempo la comprensión del saber jurídico. Se trata de los estilos formalista y finalista, el primero asigna al derecho una finalidad conservadora –conservar el orden social– y se apoya en los procesos de codificación normativa, razón por la cual la fuente principal o única en los casos del formalismo positivista radical es la ley positiva. El principal valor para esta corriente sería la seguridad jurídica en su versión tradicional: su existencia supone la positividad, operatividad e invariabilidad del derecho. Esta metodología habría sido privilegiada por escuelas como la exégesis francesa y la jurisprudencia conceptualista alemana.

El estilo finalista, por su parte, considera que la finalidad del derecho es más la solución de los conflictos producidos por la pluralidad de intereses contradictorios que existen en la sociedad. Esta metodología, que puede denominarse antiformalista, aceptaría la existencia de otras fuentes distintas a la ley, incluso otros criterios metajurídicos –es decir económicos, políticos y sociales– para resolver jurídicamente los conflictos. El finalista prefiere la solución justa de los casos a la seguridad jurídica y por lo general es posible ubicar aquí a la Jurisprudencia de intereses, la escuela de derecho libre o la escuela de la libre investigación científica de Geny, el análisis económico del derecho y las formas modernas del *iusnaturalismo*.

Larenz resuelve varios de los interrogantes que quedaron planteados por Calsamiglia al afirmar que la Jurisprudencia es una ciencia normativa. Esto es posible porque él la concibe como un sistema de enunciados sobre el derecho vigente. Ya se había señalado que si la Jurisprudencia fuese sólo el conjunto de normas vigentes no podría ser ciencia, pero Larenz resuelve este asunto afirmando que si bien el sentido de las normas jurídicas no puede determinarse mediante la observación experimental, o la medición —como procede un geógrafo o un vulcanólogo— sí es posible hacerlo mediante la formulación de enunciados «pertinentes» sobre ese derecho vigente. El ejemplo de la validez sirve bien para ilustrar este punto: el jurista que intenta valorar la validez de una norma emite enunciados sobre los actos que le dieron origen a la misma, sobre las personas legitimadas para crearlas en virtud de una norma superior y tendrá que detenerse al llegar a la pregunta por la validez normativa de la propia Constitución. Todos estos «pasos» son discursivos, no son hechos observables o cuantificables, aunque se pueda observar los debates de los legisladores en televisión; pero estos sucesos perceptibles no sirven por sí solos para valorar la validez de la norma. Larenz explica esto de manera muy acertada, al referirse a dichos sucesos perceptibles dirá:

[...] todo ello es sólo el aspecto externo de un suceso cuya relevancia jurídica sólo resulta si tiene el *sentido* (para aquellos que han participado en él y para aquellos a quienes se dirige) de ser un acto de legislación. Siempre que se construyen enunciados hay unos hablantes y unos destinatarios de esos actos de habla. Y siempre que hay una tal relación de hablantes y destinatarios hay múltiples sentidos en juego.

En el derecho, dirán otros autores, la lucha por el poder se expresa en la búsqueda de fijar el sentido real o pertinente de las disposiciones jurídicas. Esto explica en parte las luchas que se han presentado históricamente en Colombia por fijar el sentido de las

expresiones contenidas en la ley 153 de 1887 (de esto se trata la explicación de Diego López en la *Teoría impura del derecho*).

El jurista, a diferencia del científico natural, trata con sentidos, no con hechos observables. El autor vuelve y explica esto con relación al contrato: ¿Cuál es el sentido jurídico de las expresiones o enunciados en él contenidas? Esta fijación del sentido es difícil debido a que las expresiones siempre tienen más de un sentido que se les puede atribuir, y en ocasiones pueden ser sentidos opuestos. Por esto Wittgenstein consideraba que el significado de una palabra dependía del uso que se le diera en determinados juegos del lenguaje. Para poder atribuir un sentido a las palabras, al menos uno pertinente, es necesario participar de ese juego. Somos participantes de juegos de lenguaje normativos como niños, adolescentes y luego como adultos. El derecho también comparte este rasgo, para participar de su lenguaje es necesario tener una comprensión de la cosa sobre la que se «habla»: en el caso de la Jurisprudencia «el derecho vigente», dado en leyes y en resoluciones judiciales.

La Jurisprudencia intenta comprender ese derecho vigente en su sentido normativo. ¿Qué es lo que se comprende en la Jurisprudencia? Se trata de expresiones lingüísticas contenidas en las leyes, las resoluciones de los tribunales, los actos administrativos y en los contratos. A estas expresiones se puede acceder de modo inmediato —es decir irreflexivo— o se puede intentar una interpretación de las mismas. Por interpretación se entiende una labor de mediación entre los posibles significados de un término y la comprensión final del mismo. El intérprete sigue varios pasos como considerar el contexto, su propio conocimiento del asunto y las circunstancias que puedan resultar relevantes y, finalmente, hace una elección suficientemente motivada de una interpretación que por esto se considerará pertinente. Esta idea es polémica porque algunos juristas creen que no se trata de una elección sino de un proceso de llegar a la única respuesta correcta, algo así como una revelación de una verdad firme y única.

Larenz concluye que la Jurisprudencia es una ciencia porque interroga o problematiza a los textos jurídicos, frente a las distintas posibilidades hermenéuticas o de interpretación. Para él todas las expresiones jurídicas le dejan al intérprete un margen de asignación libre de sentido, es decir, reconoce la textura abierta del derecho de que hablaba el filósofo inglés H.L. Hart. Es por tanto un error considerar que la interpretación de los textos jurídicos sólo es requerida allí donde hay vacíos u oscuridades. Frente a este proceso Larenz plantea su idea del círculo hermenéutico, según la cual el intérprete inicia el proceso de comprensión con una conjetura de sentido (su propia hipótesis sobre el sentido de los enunciados o las expresiones contenidas en un acto jurídico), que él puede formular por la precomprensión con la que llega al texto. El jurista no llega al texto «desnudo»: a lo largo del proceso de formación universitaria y de su experiencia ha adquirido formas de pensar, de establecer conexiones lógicas, lenguajes, conocimientos del contexto, que le permiten tener dicha precomprensión. Aquí sin duda pueden aparecer los prejuicios, pero lo interesante es que también entran en juego las formas de pensamiento jurídico de muchas generaciones de juristas –podríamos hablar de las tradiciones jurídicas–

El jurista se aproxima a las normas o disposiciones también con una visión de los intereses contrapuestos en los actos de relevancia jurídica y de los intereses generales de tipo socio-económico en que él se desenvuelve. Larenz añade que en el conocimiento de estos aspectos, es decir de los intereses particulares y generales en juego, la formación de los juristas contiene fallas que no les permiten tener una adecuada precomprensión de los mismos.

El autor expone la idea que tiene Esser –y que comparten muchos teóricos– sobre la perspectiva del juez, para quien la precomprensión le permite además de la conjetura de sentido, tener una «convicción de rectitud». En términos más sencillos es algo así como tener una idea de lo que es justo en el caso concreto y luego aplicar el derecho vigente para justificar su convicción sobre lo

correcto. Larenz critica esta visión por considerarla ilegítima, un juez que obra así se considerará a sí mismo más inteligente que la ley. Por el contrario, el juez debe tener sentido crítico frente a la opinión previa que él tiene sobre la decisión justa en el caso concreto. Los prejuicios están siempre presentes, pero como son una barrera para el conocimiento es mejor oponerles un proceso constante de autoexamen y el deseo constante de comprender la cosa de que se trata, en el caso de la Jurisprudencia, una comprensión contextualizada del derecho vigente. A la arbitrariedad del jurista, Larenz opone la crítica constante de los propios prejuicios y una preocupación real por el conocimiento del Derecho.

En la interpretación y aplicación de las normas como proceso dialéctico, el autor está preocupado por mostrar cómo la ley es sólo el punto de partida del proceso de interpretación. Alrededor del texto contenido en la ley hay una serie de interpretaciones, restricciones y complementos que se han venido produciendo por la labor de aplicación de los altos tribunales a los casos concretos. En este proceso van surgiendo reglas, que deben ser aplicadas del mismo modo a todos los casos a fin de lograr la idea de justicia como igualdad. Larenz reconoce que este proceso tiene sus límites, pero en general los tribunales siguen los precedentes por economía (ahorrar tiempo y trabajo) y para que no se pierda la «igual medida» que otorga seguridad a los ciudadanos. Esto no quiere decir que la interpretación dada al texto legal no sufra modificaciones en su aplicación a los casos concretos, pero estas no pueden sacrificar la función regulativa de la norma. En palabras sencillas podemos señalar que la seguridad jurídica no requiere defender la idea según la cual la norma o ley contiene por sí sola la respuesta a los casos concretos, sino que en su aplicación se generan nuevas normas –precedentes– que deberán ser atendidos por los juristas, a fin de que no se pierdan dos valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico: la justicia como igualdad y la seguridad jurídica.



Un elemento común entre el «derecho», la «moral» y la «política» es el carácter ambiguo de estos términos. En los tres casos las palabras pueden referirse tanto a la disciplina, como al objeto de estudio. Al mismo tiempo los tres fenómenos que esas palabras designan parecen compartir una naturaleza normativa, porque sus objetos de estudio serían ideales de organización social, tendientes a lograr fines sociales como la armonía, el autodespliegue del individuo, la convivencia pacífica entre los ciudadanos, etc. Estas similitudes iniciales son observables en el uso común u ordinario de las tres palabras. Sin embargo, los estudiosos de cada uno de estos fenómenos y de las palabras con que se denotan «derecho», «moral», «política», han realizado esfuerzos productivos por aclarar la naturaleza de cada uno, cuyo estudio es indispensable para entender sus interrelaciones.

En lo que sigue se presentan formas más precisas de definición de estas palabras, que permiten reducir su ambigüedad inicial y al mismo tiempo aseguran una mejor comprensión de la dificultad para distinguir entre los fenómenos que ellas designan. En el intento de distinguirlos o de separarlos se ha desarrollado buena parte de

la labor conceptual alrededor del derecho, y también de la ética y de la política. Es por esto que se presentarán breves reseñas de los textos: «La esencia de la moral», tomado del libro *Ética*, de Adolfo Sánchez Vázquez, «De la moral a la ética», tomado de la *Introducción a la ética*, de Esperanza Guisán, «La política como vocación», tomado de *El político y el científico* de Max Weber, y el Libro cuarto («Teoría general de la ciudad perfecta»), de la *Política* de Aristóteles.

## 1. Sobre los conceptos de moral y de política

La moral está integrada por cuerpos o conjuntos normativos que dicen de antemano a los individuos qué hacer en cada circunstancia, con base en tradiciones, costumbres, creencias religiosas, mitos, etc. Al mismo tiempo la moral comprende las conductas que en concreto realizan dichos individuos. La relación que se presenta entre las normas y conductas es compleja, en tanto las primeras existen para ser realizadas y las segundas siempre se relacionan con una norma, bien sea negándola o aplicándola.

La expresión moral puede tomarse en sentido amplio, es decir, incorporando las normas y conductas, o en sentido restringido: haciendo referencia exclusiva a las normas. Ambos sentidos son considerados por sus estudiosos como legítimo objeto de estudio, pero si se considera el lenguaje ordinario resulta más adecuado tomar a la moral en sentido restringido: conjunto de normas, y utilizar el término «moralidad» para referirse a las conductas efectivas de los sujetos.

Aunque la moral existe y se transmite en sociedad, los problemas morales deben ser resueltos, en principio, por los individuos en particular. Son estos quienes deben actuar acatando o desconociendo las normas morales de su entorno social. Es por este alto grado de responsabilidad individual que se considera un progreso moral la disminución del peso asignado a las tradiciones y costumbres, en la orientación de las conductas individuales, y la consiguiente elevación del grado de conciencia y raciocinio personales. La Ética

busca entonces que el individuo actúe a conciencia y no de manera repetitiva o mecánica, para guiar su conducta individual y en la resolución de los conflictos y dilemas cotidianos.

La moral es el objeto de estudio de la Ética, sobre lo que es necesario hacer algunas precisiones de método. La Ética no es una disciplina encargada de describir la moral como hecho social, lo que correspondería más a una sociología moral, sino que se encarga de un trabajo conceptual y valorativo sobre el vocabulario moral, así como del ejercicio crítico o argumentativo sobre sus normas. En este sentido podemos afirmar que la Ética utiliza sus instrumentos, la razón y el lenguaje, para fijar y dar sentido a las normas morales y a los conceptos que las sostienen o soportan, o para explicitar la pérdida de sentido de los mismos.

Un individuo transita de la moral a la ética cuando comprende los fines de las normas y valores morales que ha adquirido, su relación con la realidad social y en esa medida descubre cuáles han quedado obsoletos y cuales aún guardan vigencia en tanto siguen cumpliendo una función social importante. No todas las normas por el hecho de derivar de la tradición merecen ser abandonadas. El ejercicio ético puede buscar fortalecer la moral existente y en cierto sentido justificarla, con los efectos negativos que dicha justificación pudiese tener. Generalmente la justificación descansa en el logro del bienestar y armonía colectivas, en la protección y desarrollo de los individuos en una comunidad determinada, es decir, en objetivos sociales valiosos. En otras palabras, las normas y valores son considerados válidos si expresan los anhelos más básicos de los seres humanos en general, con independencia de la sociedad a la que pertenezcan, o los anhelos que una comunidad determinada ha ido construyendo a lo largo de su historia. Esperanza Guisán se referirá a estas normas como primarias y secundarias.

El fortalecimiento que por su depuración trae la ética a la moral hace que ésta última pueda cumplir de mejor manera su fin básico: el logro de la convivencia en paz y amistad entre los seres huma-

nos. Este fin se expresa en palabras de otros autores en términos de hacer compatibles los intereses de las distintas personas en la sociedad, a fin de que sea posible la vida armoniosa y pacífica. Que este fin sea igualmente perseguido por la política y por el derecho es un elemento que es considerado por aquellos interesados en distinguir estos tres fenómenos normativos entre sí. Finalmente, es necesario aclarar que la palabra «normativo» se usa en sentido amplio para referirse a los ideales sociales, en contraposición a la realidad como objeto de cada una de estas disciplinas. En efecto, en el estudio de los tres fenómenos es importante no confundir los terrenos normativo y fáctico. Por ejemplo, mientras el derecho y la moral son normativos en la medida en que sus contenidos son en parte normas, es decir ideales, ambas tienen un componente fáctico compuesto por las prácticas o costumbres inscritas en la vida individual y social de sus destinatarios. El *status* normativo o fáctico de la política es un asunto un poco más complejo, que requiere aproximarse a algunos conceptos de política de manera más profunda.

En el lenguaje común la expresión «política», a menudo se encuentra cargada de vaguedad y emotividad; la primera se expresa en los diferentes usos que reviste la expresión, v. gr., la política de recorte en la empresa X, la política financiera, etc.; y la segunda en la emoción que suelen expresar quienes apelan a su uso. Para un joven contemporáneo de una sociedad como la colombiana es muy posible que la sola expresión tenga una carga emotiva desfavorable, que le produzca repulsa moral. Además, asumir una definición de política puede significar de antemano la escogencia de una relación determinada entre el objeto (en este caso la política) y otro objeto distinto como la moral, o incluso la valoración moral del fenómeno.

Max Weber planteó un concepto sociológico de «política», es decir descriptivo y no valorativo que aún hoy es considerado como

valioso, como ocurre con buena parte de su pensamiento.<sup>7</sup> Para él la política se define como la dirección o influencia sobre la dirección de una asociación política circunscrita a un determinado territorio. En la época moderna dicha asociación recibe el nombre de Estado. Esta forma de organización tiene como medio característico para el logro de sus fines el monopolio sobre la violencia legítima. El poder que tiene el Estado debe ser acatado u obedecido por los miembros de la comunidad política, por lo que es necesario que exista algún fundamento o base de la legitimidad del mismo, es decir, alguna razón por la cual los asociados deban obedecer al poder político. El autor explica los tres tipos de legitimidad que a su juicio se constatan en el Estado: la legitimidad dada por la costumbre o tradición, la que proviene del carisma de un líder o caudillo, y la que está fundada en la legalidad.

En otros textos, como el *Diccionario de Política* de N. Bobbio, ésta se define como el conjunto de actividades referidas a la *polis*<sup>8</sup> o ciudad Estado. Tal noción se vincula con la de poder, cuyas tipologías se remontan a la clásica división aristotélica entre poder paterno, despótico y político. Si bien el primero se ejerce en interés del hijo, el segundo en interés del déspota o jefe y el tercero en interés de quien gobierna y de quienes son gobernados. Aunque Bobbio no lo mencione, se trata de un poder basado en el principio de legalidad, a partir del cual las actuaciones de los gobernantes quedan igualmente cobijadas por las leyes que rigen a los gobernados en el Estado. Y el ejercicio del poder de acuerdo a las leyes lo legitima frente a los ciudadanos. La ley tiene como rasgo el que se preste obediencia a sus normas debido al elemento

<sup>7</sup> Fernández, Eusebio. *El observador comprometido, reflexiones jurídicas-políticas*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

<sup>8</sup> Forma de organización de la vida colectiva en Grecia durante los siglos VIII–VI a.C. Sus estudiosos señalan que no existía una única forma y que por el contrario existían polis aristocráticas, oligárquicas o democráticas. Incluso en los orígenes de Roma se presentó esta forma de organización. Sin embargo, el *Diccionario de política* de N. Bobbio considera a la polis, griega por antonomasia.

coactivo que conllevan, a diferencia de las normas morales que aspiran a ser acatadas de manera libre y espontánea por sus destinatarios. Esto explicaría por qué, incluso en esta definición de política, la fuerza o violencia sigue siendo el medio básico para el logro de sus fines, tal como sucede con la definición weberiana.

Algunos estudiosos del estagirita (nombre dado a Aristóteles por haber nacido en Estagira) creen que él nunca utilizó la expresión ética. Consideran que *La política* (L.P.) es una continuación de la *Ética a Nicómaco* (E.N.), nombre este que el filósofo no habría dado a su texto, sino que habría sido asignado posteriormente por sus traductores. En el capítulo III del libro I de E.N. se refiere Aristóteles al fin de la ciencia política, en términos de la excelencia o el bien humano, que es igual para los hombres que para la ciudad. No se trata, aclara, de un bien pasivo o metafísico sino de un bien concreto y real dado en el orden de la acción humana. El bien de la ciudad se le presenta como el mejor y más hermoso de los bienes que pueden ser alcanzados por el hombre. Tampoco se trata del «bien en sí» platónico, porque Aristóteles considera que éste, en tanto inasible en la práctica, no le sirve a su investigación de naturaleza empírica.

Además, para él continúa vigente el anhelo socrático de construir ciudadanos excelentes para una *polis* excelente, ideal que por su naturaleza práctica requiere de un bien real y no puramente teórico. En E.N. ese bien se define como la *eudaimonía* o felicidad, y su logro constituye la excelencia propia del hombre. La felicidad tiene un doble carácter: de un lado es el criterio de la moralidad de la acción; es decir, la acción humana será buena o mala en tanto con ella se alcance o no la felicidad, y de otro lado, es el fin de la vida pública. No es una felicidad subjetiva, a modo de emoción, sino la actividad o acción racional de acuerdo con la virtud, en donde esta última es determinada por la *polis*. Esta noción de felicidad es muy amplia porque involucra no sólo la *theoría* o actividad contemplativa propia de los filósofos, sino de manera fundamental la

acción propia del político. Involucra además todos los bienes reales que el hombre debe buscar a fin de satisfacer las tendencias de su naturaleza. Dicha naturaleza es política, toda vez que él define al hombre como *zoon politikón*, o animal político, que solo en la *polis* alcanza su *érgon* o fin último, y en esta medida la felicidad.

El libro cuarto de *La política* es una teoría general de la ciudad perfecta. En él Aristóteles considera que el ciudadano y el Estado tienen como fin común alcanzar la virtud y la prudencia. El Estado perfecto es aquel que al estar bien administrado y poseer buenas leyes permite al ciudadano la práctica de la virtud. El poder político no puede apelar a medios injustos para alcanzar sus fines porque perdería su legitimidad. Esta se basa en la ley, por lo que la violencia tiene un papel subsidiario en la persecución de los fines del poder político. Los ciudadanos deben tener la inteligencia y el valor necesarios para que el legislador pueda llevarlos fácilmente por el camino de la virtud. El Estado no puede ser virtuoso si todos los ciudadanos que lo conforman no lo son, además sólo la voluntad inteligente de los que forman el gobierno trae virtud al Estado, y todos los ciudadanos deben formar parte de dicho gobierno.

Hasta aquí se observa cómo para Aristóteles son inseparables la virtud de los ciudadanos y la virtud del Estado. La primera se consigue por cierta disposición natural, una educación en la práctica de la virtud o hábito, y la elección racional que preceda a la acción. El Estado debe asumir la tarea de educar la razón y el hábito de sus ciudadanos, a fin de hacerlos virtuosos. Para lograrlo debe evitar dedicarse solo a la conquista, pues de esta manera transmite a sus miembros el deseo de usurpar el poder por la fuerza; se trata de que el legislador solo despierte en sus corazones sentimientos nobles y que tenga claro que incluso la guerra tiene como fin básico la paz y el bienestar. Toda la educación de los ciudadanos, desde la infancia hasta la edad adulta, debe estar encaminada a producir el tipo de ciudadanos capaces de construir una ciudad o Estado virtuoso.

Es posible concluir que la política, desde sus orígenes en el mundo clásico hasta la actualidad, es acción o actividad humana en un espacio y tiempo específicos, encaminada a la satisfacción de los intereses de gobernados y gobernantes, mediante el recurso a la violencia legalmente establecida o por medio de la educación de los ciudadanos. Sus resultados son socialmente verificables y sujetos a valoración. Si se admite, de otro lado, que la Ética es una reflexión crítica sobre las normas y actos morales, parecería que la política así definida reúne los elementos necesarios para ser reducida a la moral. De aceptarse esta argumentación podría incluirse a la política en el listado de objetos de la reflexión ética.

La reducción de la política a la moral o de la moral a la política son formas de indistinción entre ambos fenómenos, dentro de las que cumple un papel importante la teoría aristotélica, como una de las más sólidas y estructuradas. Ello se debe en parte al momento histórico que le tocó vivir a Aristóteles, en el cual la *polis* o ciudad-Estado cumple el doble papel de asociación política y de entidad capaz de dotar de sentido la vida personal de los ciudadanos. La polis no es solamente un marco político sino un marco moral para la acción individual.

## 2. La relación derecho-moral

Para el estudio del derecho es pertinente el estudio de la teoría del derecho natural o *iusnaturalismo* y de la teoría del positivismo jurídico o *iuspositivismo*, corrientes que se definen por su forma de entender la relación entre el derecho y la moral, y desde ciertas perspectivas entre el derecho y la política. Tanto los textos de introducción al derecho como los de filosofía del derecho presentan este debate acudiendo a explicaciones históricas y a distinciones analíticas. El libro de Nino *Introducción al análisis del derecho* es de mucha utilidad porque ilustra las diferencias entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* mediante un debate hipotético entre tres jueces (Cayo, Sempronio y Ticio) que discuten sobre las posibilidades de



condenar a los criminales de la segunda guerra mundial, a pesar de que hubiesen obrado cobijados por normas jurídicas. De otro lado, en *Qué es la justicia* Hans Kelsen presenta las objeciones más fuertes contra los distintos *iusnaturalismos* al tiempo que en su *Teoría pura del derecho* se esfuerza por mostrar al Derecho como una disciplina autónoma de la moral.

En lo que sigue se plantean algunos aspectos generales de ambas corrientes teóricas, con el único propósito de mostrar el concepto de derecho defendido en cada una de ellas. El propósito es definir el Derecho, no las normas o su contenido, sino la disciplina jurídica, que en el caso de Austin se denomina «Jurisprudencia».

## 2.1 Teorías de derecho natural

---

Para algunos el derecho natural es una moral permanente e inmutable, es decir, que no cambia con el tiempo ni con el lugar en que se vive, que se encuentra formada por valores, principios, leyes o reglas que pueden ser comprendidos por la razón humana. La moral sería un conjunto de normas que regulan la conducta individual para el logro de la convivencia pacífica. El derecho positivo suele definirse igual, aunque se añade el origen de esas normas: normas creadas por quienes tienen el poder en el Estado y son coactivas, es decir tienen en sí mismas la amenaza del uso de la fuerza, dispositivo pensado para los casos en los cuales sus disposiciones sean desobedecidas por los ciudadanos.

Para las teorías *iusnaturalistas* existen dos fuentes de normas jurídicas: la convención y la naturaleza (*nomos y physis*). La primera fuente se refiere a aquellos acuerdos que surgen de las prácticas de los pueblos o de los hombres, en especial de la costumbre o del derecho legislado. La segunda es más complicada, porque puede tener diversas fuentes pero en todos los casos es una idea metafísica, que no podemos observar en alguna parte, tal como si observamos una costumbre. La *physis* es una naturaleza, independiente de la

voluntad de los seres racionales, en ocasiones más cercana a la voluntad divina.

Una de las principales críticas que se formula a la doctrina del derecho natural es la diversidad de contenidos que tienen las normas que forman el llamado derecho natural. Por ejemplo, para algunos como Aristóteles la esclavitud resulta natural. Para otros, como los contractualistas, lo natural es la libertad o la igualdad humana. Una norma de derecho natural en este sentido sería aquella que señale que «se debe respetar la libertad de todas las personas en la sociedad».

Para otros la doctrina del derecho natural es una teoría de la moral, en tanto reflexiona sobre los fenómenos morales. Existen distintas escuelas o teorías de derecho natural: el *iusnaturalismo* teológico voluntarista, el *iusnaturalismo* teológico intelectualista y el *iusnaturalismo* moderno o racionalista. Lo común a todas estas teorías es que consideran a los principios morales no como cuestiones relativas a cada persona, o que dependen de las apreciaciones subjetivas, sino como objetos que tienen una existencia externa u objetiva. Se trata del objetivismo ético, perspectiva opuesta al subjetivismo o relativismo ético. Desde esta perspectiva, la norma que establece la libertad (por ejemplo) no es subjetiva, porque ella existe con independencia de que los individuos creen o no en ella. Su carácter de norma universal es opuesta a la creencia de su variabilidad social o individual. La norma moral, desde la perspectiva objetivista, sería válida en cualquier lugar y tiempo, para cualquier persona, en cualquier cultura. Mientras que desde la perspectiva del relativismo se dirá que las normas o principios morales son válidos sólo para una sociedad y un tiempo determinados, ellas coincidirían con las costumbres que esa sociedad considere válidas.

Un segundo rasgo común a todos los *iusnaturalismos* o teorías del derecho natural existentes, según Carlos Santiago Nino en el texto citado, es el dualismo jurídico o existencia de un derecho natural y de un derecho positivo. Entre ambos existe una relación

jerárquica, con superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo. Un *iusnaturalista* dirá que para considerar las normas como derecho es necesario que ellas estén acordes o al menos no vayan en contra de las normas de derecho natural. Si una norma producida por quienes tienen el poder viola normas de derecho natural no es una norma jurídica, no formaría parte del sistema jurídico porque no tendría validez.

El derecho positivo se puede definir, desde una perspectiva *iusnaturalista*, como el conjunto de normas creadas o autorizadas por el poder político, coactivas, que cumplen algún mínimo de justicia y que son obedecidas porque existe un deber moral de obediencia al derecho justo. A una norma que le falte el requisito de ser justa habría que negarle el calificativo de derecho o de norma jurídica. Esta última visión hace que el dualismo jurídico no siempre pueda ser defendido por un *iusnaturalista*, a pesar de la idea de Nino que se expuso anteriormente. Si una norma injusta no es jurídica, no tiene sentido afirmar que existen normas de derecho natural (justas) y normas jurídicas inferiores o injustas. Esto hace del dualismo jurídico un asunto al menos problemático.

También es común a todo *iusnaturalismo* el que se propone un modelo que inspira y fundamenta los ordenamientos jurídicos; es decir los sistemas de normas jurídicas. Esto significa que quien hace las normas jurídicas debe considerar e incorporar en ellas esos principios y valores morales de validez universal. A menudo se afirma que la función histórica que ha desempeñado el *iusnaturalismo* es civilizadora y emancipadora o liberadora: protege a los ciudadanos frente a los excesos del poder y también sirve para garantizar la existencia de un derecho justo o racional.

Para entender estas teorías es útil remitirse a algunas cuestiones históricas claves. Durante el periodo homérico en la Grecia antigua hay coincidencia entre los preceptos morales y los jurídicos (un ejemplo es que el orgullo intencionado es el pecado de transgredir el orden moral, y lo bueno es ser hábil, valiente y majestuoso). En

este periodo no tiene sentido decir que hay normas jurídicas injustas, porque toda norma jurídica sería justa por el sólo hecho de provenir de un poder justo, bueno, virtuoso. Aquí no se distinguen lo político, lo jurídico y lo moral, porque las normas creadas por el poder son jurídicas y morales al mismo tiempo.

En la Grecia posthomérica y preclásica se derrumba la jerarquía social que sostenía a los conceptos morales tradicionales. A partir de este derrumbamiento hubo más conciencia sobre el carácter convencional de las normas jurídicas propias. Los sofistas como Protágoras ayudaron a profundizar este proceso y lo resolvieron a favor de *nomos*. No existía para ellos una justicia universal (natural), sino la justicia particular de cada ciudad-Estado (convencional). Las prácticas dominantes en cada sociedad serían lo justo. Para algunos sofistas como Calicles lo natural es lo peculiar de cada individuo (su fuerza, su debilidad o su talento) lo que nos diferencia a unos de otros. Pero aún en este caso lo natural no sirve para fundar normas jurídicas que regulen la conducta de todos los ciudadanos en el Estado; si lo natural es lo violento, o lo instintivo, de ahí no se pueden sacar normas. Luego, lo justo es lo convencional, no lo natural. La relación entre normas morales y jurídicas se resuelve aquí a favor de las segundas, por ser expresión de las convenciones, de la idea particular de justicia que tiene cada sociedad.

Durante el período clásico, caracterizado por ser de esplendor de la *polis* o ciudad-Estado equivalente del Estado moderno, no hay razón para creer que no coincidan la ley natural y la ley positiva. Las normas creadas en esa ciudad-Estado son consideradas por todos como justas. De nuevo se vuelve a la indistinción aristotélica entre lo moral, lo político y lo jurídico.

Durante la crisis de la ciudad-Estado o helenismo, se considera necesario refugiarse en la vida individual, tal como hizo Epicuro. Ya no se aspira a que las normas jurídicas sean acordes a principios morales, porque hay un desencanto frente a la política y al poder; luego la moral sirve para garantizar que los individuos lleven una

vida privada virtuosa. Las virtudes serían el resultado de vivir una vida acorde a principios morales: la búsqueda de placeres espirituales, el sacrificio, la buena utilización del tiempo, etc. Ya no tiene sentido pensar en normas de derecho natural universal que estén por encima del derecho positivo.

El estoicismo es una doctrina que irá más allá de esta visión, porque si bien la ley natural es una apelación individual a la virtud (como sucedía en el epicureísmo), en el terreno jurídico es una pauta para entender e interpretar el derecho positivo. En otras palabras, el derecho positivo debe interpretarse de manera acorde a los principios o normas morales que orientan la conducta individual.

**Iusnaturalismo teológico voluntarista.** En el mundo medieval encontramos la idea que será muy útil para entender ésta perspectiva *iusnaturalista*: «la ley natural es promulgada por Dios, accesible a la razón humana y ajena al derecho positivo». Para el cristianismo la naturaleza humana está corrompida por el pecado original, por eso es necesario buscar la ley natural en la voluntad de Dios. La razón es corrupta, Dios crea la ley natural. Para San Agustín como exponente de esta corriente, un Estado y el derecho positivo son justos sólo si son cristianos. En muchos textos de Ética se ilustra esta defensa mediante la anécdota de un pirata, que al ser llevado ante el emperador Alejandro Magno le dice que entre ellos dos la única diferencia radica en el tamaño de sus naves –ambos serían igualmente villanos aunque uno de los dos tenga el poder político—. Con esta anécdota San Agustín ilustra su idea de que los reinos sin justicia son latrocinios, o que un poder político legítimo se distingue de un poder espurio en que aquel produce normas justas.

Según este *iusnaturalismo* teológico voluntarista los mandatos de Dios son buenos porque él lo quiere y los manda, no los manda porque sean buenos como afirma Santo Tomás. En esta visión no existiría un dualismo jurídico, porque para que un conjunto de normas escritas o positivas sean jurídicas es necesario que sean justas, provenientes de la voluntad de Dios. Luego, solo existen

normas jurídicas o normas que no merecen este calificativo debido a su carácter injusto o contrario a la voluntad divina.

**Iusnaturalismo teológico intelectualista.** Su principal exponente es Santo Tomás. Desde su perspectiva hay un mayor objetivismo moral porque el contenido de las normas de derecho natural no depende de la voluntad de Dios, se puede decir incluso que están en la razón; aunque sea una razón que participa en la ley eterna dada por Dios. Santo Tomás buscaba un equilibrio entre razón y fe, entre revelación y derecho natural. Lo importante de esto es que aunque Dios sigue siendo la fuente de la ley eterna, la ley natural sirve de criterio para valorar el derecho o la ley positiva. La ley natural está por encima de la ley positiva. En uno de sus libros dice:

[...]la fuerza de una ley depende de la magnitud de su justicia [...] de acuerdo con los dictados de la razón. Pero el primer imperativo de la razón es la ley natural [...] por consiguiente, cada ley humana tiene tanta más naturaleza de ley cuanto más se derive de la ley de la naturaleza. Y si en algún punto se aparta de la ley natural, ya no será una ley, sino una perversión de la ley.

En otro aparte dirá refiriéndose a la ley positiva que: «la ley no es más que la ordenación de la razón tendente al bien común, promulgado por aquel que tiene a su cargo el gobierno de la comunidad». (Extractos de la *Summa theológica*, q. 96 art. 4 y q. 95 art. 3).

Esta visión es *iუსnaturalista* porque a partir de ella la ley eterna es superior a la ley positiva, aunque entre ambas existe una ley natural racional, cuyo conocimiento es accesible al hombre en tanto ser racional. La naturaleza humana no es vista solo como pecadora, aunque de hecho lo sea, también es una naturaleza racional, capaz de comprender los dictados de la razón y de ajustar a ellos las leyes humanas o jurídicas. En esto hay una diferencia importante con la antropología descrita por San Agustín, que percibe a la naturaleza humana como pecadora. A la postre el supuesto dualismo jurídico

también puede cuestionarse en la visión de Santo Tomás, porque una ley no será positiva si no es racional o si es contraria a la voluntad de Dios. La justicia es un requisito o elemento indispensable de su validez jurídica.

**Iusnaturalismo racionalista moderno.** La mayor contribución del derecho natural racionalista moderno será profundizar ese proceso de independencia de la ley natural frente a la ley divina, iniciado por Santo Tomás. Los principios morales universales están en la razón humana, ella los descubre y los formula sin el concurso o la ayuda de Dios. Hugo Grocio dirá en uno de sus textos sobre estos principios morales que «serían válidos incluso si lográsemos demostrar que Dios no existiese». Esta independencia permitirá asegurar que los principios sean válidos incluso en una sociedad no creyente, o con creencias religiosas diversas.

Un aporte de los teóricos contractualistas, en su mayoría<sup>9</sup> *ius-naturalistas* modernos, fue elaborar la idea de los derechos naturales como derechos anteriores a la existencia del Estado. Estos son distintos al derecho natural como conjunto de normas, pero podemos decir que los derechos forman parte de ese derecho natural, de su contenido. Los derechos naturales como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad —v. gr. para John Locke— son derechos que tienen los hombres antes de vivir en un cuerpo político o Estado. Cuando se crea ese Estado mediante el pacto o contrato social el derecho positivo que se produce no podrá nunca ir en contra de esos derechos anteriores. Los derechos naturales son un límite a aquello que pueden legítimamente hacer quienes tienen el poder en el Estado. Más aún, el poder se justifica o legitima si logra proteger

<sup>9</sup> En algunos textos se califica a Thomas Hobbes de iuspositivista, porque aunque defiende la idea de la igualdad y la libertad naturales, anteriores al orden político, su idea de justicia es positivista. Para él la justicia es respetar los contratos, lo que solo existe allí donde hay leyes positivas que regulan la vida social y aseguran la posibilidad del soberano de mantener la seguridad y la paz colectivas. En otras palabras, para Hobbes los hombres son iguales naturalmente pero como esa condición natural es peligrosa para la supervivencia humana, el derecho positivo es la piedra de toque de la moralidad. Sin Estado y por consiguiente sin derecho positivo no hay moralidad posible.



efectivamente esos derechos. Los derechos naturales no deben su existencia a la voluntad del poder político, están inscritos en la naturaleza humana y por tanto todo poder debe garantizar que el derecho o conjunto de normas sea un instrumento de protección efectiva de tales derechos. La amenaza del uso de la fuerza, es decir, la coacción que tiene el derecho positivo, logrará garantizar dicha protección. Por el contrario, en el estado de naturaleza los hombres vivían sin normas jurídicas que los protegieran de las agresiones que los demás les causaban.

**Pertinencia del iusnaturalismo.** Durante el Juicio de Nuremberg que siguió a la Segunda Guerra Mundial se necesitaron argumentos para juzgar las conductas de los militares y funcionarios alemanes perpetradores de los horribles crímenes de guerra. No podía juzgarse a los participantes sobre la base de algún derecho positivo, porque sus actuaciones se basaron, en su mayoría, en las normas positivas nazis. En ese momento los vencedores en la guerra acudieron a argumentos de corte *iusnaturalista* y juzgaron a los criminales bajo distintos cargos, uno de los cuales era la comisión de «crímenes contra la humanidad». Pero estas acusaciones revestían varios inconvenientes. ¿En qué código o ley estaban esas normas que los acusados transgredieron o violaron? ¿Acaso no eran jurídicas las normas producidas por el poder político en la Alemania hitleriana? Esto era importante y debía determinarse debido a la existencia de un principio general del derecho que establece «que no hay crimen sin una ley previa que establezca la conducta y la sanción». A fin de no violar este principio y cometer así una peor injusticia era necesario buscar esas leyes en la razón humana, y su validez debía ser universal. Esta ley violada diría algo así: «la razón prescribe o manda respetar la dignidad y vida de las personas, su propiedad y su libertad». Pero en todo caso no se trataba de una ley escrita o de derecho positivo, verificable empíricamente. Esta solución sin duda era la más justa, pero no resolvía los interrogantes trazados por los defensores de la legalidad.



En la actualidad se considera que los problemas prácticos del derecho, como resolver casos difíciles y las situaciones donde se alega la violación de un principio como la dignidad, la igualdad, o el libre desarrollo de la personalidad, no logran resolverse con la simple aplicación del derecho positivo. En la labor interpretativa el operador jurídico necesita remitirse a alguna teoría o explicación de esos principios, que no encontrará en la misma ley positiva.

El *iusnaturalismo* tendría como triunfo el que sus valores y principios se incluyan en las Constituciones de los Estados modernos y que sus conceptos y argumentos sirvan a la labor de interpretación del ordenamiento jurídico. De manera paradójica esta «positivación» de los principios morales es esgrimida por los positivistas como prueba del carácter innecesario de las teorías del derecho natural. Si los principios ya son positivos no sería necesario defender el carácter objetivo y superior de ellos frente a la ley positiva. A pesar de la fuerza de esta objeción la práctica de solución de conflictos entre derechos ha mostrado su carácter moral, independiente de su consagración positiva. Este carácter moral se expresaría en la necesidad de hacer ponderaciones entre ellos, más propias del modo de proceder ético que del jurídico.

## 2.2. Teorías del positivismo jurídico

La justicia es una meta humana cuya búsqueda puede ser considerada como una preocupación de tipo universal. Casi todas las disciplinas han reflexionado, con sus propios métodos y desde sus perspectivas, sobre la naturaleza, posibilidades y límites de la justicia. La encontramos referida en la poesía griega, y ha sido estudiada con mayor sistematicidad por la filosofía clásica, medieval y contemporánea —la Filosofía Política, la Ética y la Filosofía del Derecho— la Economía, la Antropología, la Sociología, etc. A pesar de esto no existe una visión única de la justicia que permita incorporarla fácilmente como un requisito de validez de las normas jurídicas.

Esta diversidad de contenidos de la idea de justicia o indeterminación en el derecho natural fue usada por los gobernantes en contra de los derechos e intereses de sus gobernados. La incertidumbre generada por este fenómeno explica en parte el surgimiento de una corriente teórica opuesta, preocupada por encontrar criterios más objetivos para la definición del derecho válido. El positivismo jurídico surge como un intento por proteger a los ciudadanos de las consecuencias perjudiciales de un derecho natural superior, con contenido incierto y por ello manipulable por parte de quienes ostentan el poder político. En esta pretensión emancipadora o liberadora de los ciudadanos descansa la fuerza del positivismo, tal como sucedió en su momento con las corrientes de derecho natural.

El positivismo jurídico tiene versiones radicales y algunas más moderadas. Unas y otras comparten ciertos aspectos básicos, que se presentarán en este escrito a partir de las versiones de John Austin, Hans Kelsen y Herberth Hart. Estas doctrinas han tenido un influjo significativo en la conformación de nuestra perspectiva *iuspositivista*. Austin, el primero de ellos, se propuso distinguir el derecho, «the law» que es objeto de la Jurisprudencia, de aquellos usos impropios de la expresión. La Jurisprudencia es una disciplina descriptiva cuya finalidad es describir esos mandatos que el soberano da a los súbditos. Austin definió al derecho como un conjunto de mandatos creados por un superior político o soberano, dirigidos a unos súbditos que comparten un hábito general de obediencia. El contenido del derecho depende directamente del poder político, y al mismo tiempo se desvincula de cualquier noción de moral.

Hart, cuyos trabajos son posteriores, critica al positivismo de Austin, a pesar de que lo considera la mejor versión de positivismo jurídico hasta entonces. Para hacerlo intenta una distinción que presenta en estos términos: «en este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados». Es decir, no se trata

de negar la existencia de conexiones entre estos tres fenómenos sino de mostrar los elementos propios de cada uno que le permiten distinguirse de los otros. Esta tarea se comprende si entendemos al mismo tiempo que distinguir no es separar.

Kelsen trata de definir el derecho en su *Teoría pura al derecho* y, en el capítulo III, califica al positivismo del siglo XIX como una reacción de la burguesía liberal contra la metafísica y la teoría del derecho natural. Este autor afirma que después de las guerras mundiales la teoría jurídica retornó hacia el *iusnaturalismo*, frente al cual propone su visión del derecho como un orden coactivo. La moral y el derecho son órdenes positivos, es decir «órdenes puestos o creados» por actos que se cumplen en el tiempo y en el espacio, situación que hace necesario distinguirlos entre sí, a fin de determinar lo propio del derecho. En este punto el jurista alemán actúa analíticamente porque intenta distinguir el derecho de otros órdenes normativos como el orden moral, y al hacerlo comparte el propósito de Hart.

En su *Teoría general del estado* Kelsen defiende la neutralidad, que a su juicio todo jurista debe observar si aspira a permanecer dentro de los límites del derecho positivo o del Estado real e histórico. El derecho positivo es desde el punto de vista estático un sistema de normas u orden jurídico coactivo, cuya validez descansa en una supuesta Constitución última. Se trata de la plena identificación entre el Estado, el Derecho y el derecho positivo, definidos como sistema de normas coactivas que regulan las conductas de los asociados. La identificación entre el derecho y el Estado se expresa en su definición de los clásicos elementos del Estado –población, territorio y poder estatal– en términos de la validez de un orden jurídico y de sus dominios. La población del Estado está constituida por las personas que permanecen unidas solo por los lazos establecidos por el orden coactivo. El territorio se concibe como el dominio espacio-temporal de validez del orden jurídico estatal, y el poder del Estado se manifiesta en la producción y aplicación de

las normas jurídicas coactivas por parte de la comunidad jurídica, sobre un territorio y lapso determinados.

Como el Estado es un orden coactivo, su poder es el poder del derecho positivo y no el de un derecho natural ideal. En este sentido el jurista advierte que no se debe identificar la positividad del derecho con la eficacia de la representación de sus normas; por lo que al Estado de derecho en sentido material o técnico<sup>10</sup> opone un concepto formal cuya característica definitoria es la adecuación de todos sus actos al orden jurídico.<sup>11</sup> El ejercicio de la coacción requiere de la división del poder público en ramas que garanticen la legalidad y respeten los procedimientos para la creación y ejecución de las leyes. El poder judicial no tiene como tarea básica la garantía de los derechos individuales y la consiguiente limitación del actuar estatal, tal como acontece en los Estados materiales de que Kelsen pretende distanciarse. Su misión es velar por la preeminencia de una legalidad cuyo contenido es irrelevante, al tiempo que se fundamenta en una Constitución hipotética, irreal. El poder ejecutivo y el legislativo deben respetar los procedimientos constitucionalmente establecidos para la creación y ejecución de las leyes. Cualquier conducta de los poderes que se lleve a cabo dentro de este marco es válida y en esa medida vinculante para los asociados.

La potencia del Estado es la eficacia del orden jurídico estatal, subordinado de manera exclusiva al orden jurídico internacional. Esto hace que el sistema jurídico sea excluyente con relación al conjunto de normas ético-políticas que configuran el Estado desde

<sup>10</sup> H. Kelsen *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1957, pág. 120. Es decir, un «Estado con determinadas instituciones jurídicas, tales como la legislación democrática, la sujeción de los actos ejecutivos del jefe del Estado al refrendo del ministro responsable, la libertad política y civil de los ciudadanos, la independencia del poder judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, etc».

<sup>11</sup> H. Kelsen, *ibíd.*, pág. 120 «Todo Estado tiene que constituir un orden coactivo de la conducta y con independencia del método —autocrático o democrático— de su creación y de su contenido, es un orden jurídico que se concreta desde la Constitución hipotética hasta los actos jurídicos individuales».

otras perspectivas teóricas. La exclusión se explica si consideramos que para Kelsen cuando el Estado adquiere un sentido ético o político no puede encontrarse relacionado con el derecho. El orden coactivo estatal es un sistema cerrado y autosuficiente que no requiere de fundamentación o justificación ante una instancia externa. Su soberanía es incompatible con la existencia de un valor superior (como la justicia) que le confiera validez.<sup>12</sup> El Estado concebido en estos términos es un medio para la realización de todos los posibles fines sociales, y el derecho es sólo la forma de todos los posibles contenidos. Se trata de una visión procedimental y no sustantiva del derecho.

Kelsen se propone desligar el Estado de fines superiores de naturaleza moral, y para ello recurre al dualismo derecho subjetivo-derecho objetivo. El primero se identifica con el derecho natural o justo y el segundo o derecho objetivo con el derecho positivo. La clásica utilización del derecho subjetivo (derechos o facultades humanas) como límite para el derecho objetivo, a fin de proteger a los individuos es descartada por su carácter *iusnaturalista*, es decir no neutral.

El orden político es superior a los individuos, a quienes obliga su autoridad y fuerza. Al no existir derechos naturales individuales que impongan límites a las actuaciones del Estado, la libertad se debe explicar como libertad jurídica en el Estado. Kelsen afirma, acerca de la relación entre soberanía del Estado y libertad de la voluntad, que sólo la persona Estado es absolutamente libre y en esa medida su soberanía se instaura en el lugar de la libertad personal. La única noción de libertad que reconoce es la libertad jurídica, como la posibilidad que tienen los sujetos de hacer todo aquello que no esté prohibido por el orden jurídico estatal. La libertad

<sup>12</sup> H. Kelsen, *ibíd.*, pág. 52. «La idea de soberanía del Estado coincide esencialmente con el principio fundamental del positivismo, en cuya virtud el orden jurídico afirma su validez independientemente de toda legitimación por una norma superior de justicia, rechazándose todo recurso ante el Derecho natural».

jurídica existe en la medida en que el Estado no puede o no desea regular todos los aspectos de la vida individual y social de las personas, y no como una facultad adquirida natural o históricamente por ellas. La existencia de cierta esfera privada, resguardada como un espacio de independencia humana, depende de la voluntad soberana del Estado.<sup>13</sup>

La seguridad y la igualdad jurídicas, al igual que la libertad, encuentran su lugar en el orden jurídico coactivo o Estado. Es el primero de estos valores el que más inspira el esfuerzo kelseniano de desligar el derecho positivo de un derecho natural ideal. Allí donde hay un orden superior al orden jurídico los asociados no identifican con facilidad las normas que deben guiar su conducta. De manera contraria, el derecho positivo es el marco más seguro en el que se puede dar el desenvolvimiento personal, por su delimitación espacio-temporal. Como el orden jurídico cobija a todos los asociados por igual, el valor de la igualdad jurídica esta de igual modo garantizado. La igualdad formal es la única igualdad a la que pueden aspirar los miembros de una comunidad jurídica, en tanto las demás diferencias entre ellos constituyen hechos sociales inmodificables por el orden coactivo estatal.

Kelsen pretende agotar el fenómeno político en el derecho como forma, prescindiendo de todo contenido, porque sabe que no existe otra manera de concebir el Estado sin referencia a valores éticos y políticos. En el intento olvida un asunto básico: un Estado de este tipo solo es posible en el plano teórico, por que en la realidad el derecho no solo «tiene», sino que «es» un contenido determinado. Las normas procedimentales definen el Derecho de la misma manera en que lo hacen las normas sustantivas que dan facultades y trazan deberes y competencias a los sujetos jurídicos. Esas normas requieren del marco de un Estado material, con fines y límites determinados por las concepciones morales y políticas de la comunidad jurídica en la que se inscriben. Kelsen,

<sup>13</sup> Ver H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa S.A., México D.F., 1995, pp. 55–57.

y en general los defensores del derecho procedimental, incurren en una petición de principio porque olvidan que el derecho que pretende trazar un marco amplio para la acción de los ciudadanos solo es posible en un Estado que adopta previamente los valores sustantivos de la tolerancia, y el reconocimiento de la diversidad ideológica y cultural.

En síntesis, a Kelsen le interesa subrayar cómo las normas morales no prescriben sanciones, en oposición a las normas jurídicas o normas coactivas. Desde su perspectiva el derecho establece sanciones que son socialmente organizadas; es una técnica social utilizada para inducir a los individuos a conducirse de una manera determinada. En este sentido el derecho no es un fin, sino un medio para mantener un determinado orden social. Su función es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. La fuerza sólo puede ser utilizada por ciertos individuos que están autorizados para tal efecto; por fuera de tal autorización un acto de fuerza se considera ilícito. El derecho establece así un monopolio de la fuerza en favor de la comunidad jurídica.

Las versiones más contemporáneas del positivismo buscan estrategias de defensa de tipo lógico-argumentativo. Por ejemplo, el texto de Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, sostiene que al positivismo le han sido atribuidas por sus críticos tesis que ningún positivista sostendría en la actualidad. Se refiere por ejemplo a la tesis de la ley, según la cual el derecho se reduce a la ley en sentido formal. Esta tesis es calificada como falsa, porque los positivistas reconocerían la existencia de fuentes distintas a la ley, como las costumbres y los precedentes. El autor parte de exponer estas tesis tradicionalmente atribuidas al positivismo, para mostrar posteriormente la independencia lógica entre ellas. La consecuencia de esa independencia es que es posible sostener algunas y negar otras, sin que ello implique desvirtuar al positivismo jurídico en conjunto. A su juicio las tesis centrales al positivismo jurídico son dos: la idea de la definición neutral del contenido del derecho y la

idea del subjetivismo ético. Ambas nociones están formuladas en la perspectiva kelseniana.

El positivismo puede definirse, en sus múltiples vertientes, como una corriente teórica que excluye a la *corrección moral* del listado de requisitos de validez de las normas jurídicas. En otras palabras, una norma injusta puede ser considerada derecho, en parte por el carácter subjetivo de las nociones de justicia y de otro lado porque un concepto neutral de derecho daría mejor cuenta de los fenómenos jurídicos tal como se encuentran en la realidad. Los sistemas jurídicos tienen a menudo normas que pueden ser considerados por sus destinatarios como injustas y sin embargo es común el uso de la expresión «derecho vigente» para referirse a ellas. Además, solo si se mantiene la estricta separación entre el derecho y la moral es posible utilizar a las normas y principios morales como criterios para valorar la justicia de las normas jurídicas.

El **anexo 2** sobre la justicia restaurativa es un escrito de la autora que evalúa esta clase de justicia en relación con las clases de justicia tradicionales: la justicia distributiva y la justicia correctiva. La reflexión se realiza desde una perspectiva filosófica sobre el concepto de justicia, como forma de mostrar la pertinencia de este debate clásico para la comprensión de la función que cumplen las normas penales en el contexto colombiano actual.



## **Anexo 1**

### **Concepto elaborado por solicitud de la Corte Constitucional sobre el expediente nov 004866-actor: Jesús David Sanabria Ardila**

Elaborado por Diana Patricia Quintero y Olga Lucía Restrepo, Profesoras de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Icesi, Cali, noviembre 18 de 2003.

En la formulación de nuestro concepto procederemos de la siguiente manera:

En primer lugar estableceremos como antecedentes las peticiones del demandante, y las razones con las que las justifica. Sobre éstas haremos un análisis, para concluir que existe un único cargo contra las disposiciones acusadas: *vulneración injustificada del derecho a la igualdad en razón del sexo*.

Aunque no compartimos la idea del demandante en virtud de la cual las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado fundado en el sexo, consideramos necesario que la Corte estime este cargo, en atención a las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan para varones y mujeres como efecto de la aplicación en el código civil del artículo 34. Seguidamente, procedemos a determinar la intensidad en que debe aplicarse el *test*, para concluir que se trata de un *test* débil, el cual aplicamos siguiendo los pasos propuestos por los precedentes en la materia. Como resultado de este examen concluimos la inexistencia de una discriminación contra los varones mayores de 14 y menores de 18 años en razón del sexo. Ante la falta de determinación científica de una edad exacta de arribo a la pubertad, y la importancia del desarrollo psíquico y emocional para la determinación de la capacidad jurídica, proponemos que la Corte recomiende al legislador desvincular la determinación de la capacidad de la definición contenida en el artículo 34.

## 1. Antecedentes

---

El Abogado JESÚS DAVID SANABRIA ARDILA presenta **acción pública de inconstitucionalidad** con el fin de demandar la exequibilidad condicionada de los artículos 34 y 140 Numeral 2 del Código Civil, y demás normas que consagran más o menos facultades a hombres por ser mayores de catorce años y a mujeres por ser mayores de doce. Para este efecto propone:

1. Modificar la definición de IMPÚBER señalada en el artículo 34 para que en adelante se entienda por ese término toda persona menor de catorce años sin distinción alguna por razón del sexo. Adicionalmente propone dar a esta definición el carácter de presunción legal, es decir que podrá admitir prueba en contrario.
2. Modificar los alcances del art. 140 Num. 2, a fin de establecer la causal de nulidad matrimonial, en razón de la edad, para aquellos casos en los cuales al menos uno de los contrayentes sea menor de 14 años.
3. Declarar la exequibilidad condicionada de otras normas que consagren la misma diferencia entre varones y mujeres.

## 2. Análisis de los cargos

---

A pesar de la pluralidad de disposiciones constitucionales invocadas, el cargo único contra las normas acusadas es la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, contenido en el artículo 13 superior y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia. En efecto, la totalidad de la argumentación se enfila hacia la prueba de discriminación que establecería la norma acusada. La inclusión del preámbulo, y los artículos 5, 43 y 44 de la Constitución, dentro de las disposiciones presuntamente vulneradas, debe entenderse en lo atinente al fin de asegurar a los varones entre los 12 y los 14 años el derecho a la igualdad.

El accionante se refiere en la última parte de la demanda a la violación de otros derechos y recurre para su prueba a diversas

disposiciones del ordenamiento jurídico, en materia comercial, civil, y procedimental civil. Sin embargo, estas disposiciones no son demandadas por inconstitucionalidad, y el trato diferenciado que establecen entre hombres y mujeres es consecuencia de la diferenciación establecida por el legislador en las normas acusadas y de su vínculo con la capacidad.

### 3. Evaluación de los cargos

Encontramos una utilización indiscriminada de argumentos religiosos y prudenciales, que la Corte debe abstenerse de considerar; los primeros por el carácter pluralista de la Carta política y los últimos debido a que se desligan del examen constitucional del asunto. También se hacen afirmaciones que parecen basarse en la propia experiencia del accionante y no en el estudio disciplinado que exige una decisión como la que está en juego; por ejemplo: «yo me atrevo a afirmar –libre de prejuicios– que el varón a sus 13 años tiene mayor agudeza intelectual que las mujeres de su misma edad» (folio 13). Tampoco es claro por qué el demandante abandonó el criterio según el cual la madurez depende de las circunstancias individuales y optó por generalizaciones carentes de fundamento.

Como el cargo versa sobre vulneración al derecho a la igualdad, es necesario considerar en principio, si hay lugar a la aplicación del procedimiento denominado *test* de igualdad, o si el accionante encuentra una discriminación allí donde no existe. No habría lugar al *test* si la diferencia establecida por el legislador entre varones y mujeres fuese sólo un trato diferenciado fundado exclusivamente en situaciones de hecho, consideradas de manera constante como claramente diferentes. Al decir «de manera constante» entendemos referirnos a situaciones tenidas como claramente diferentes, por la estimación común y por el consenso científico, tanto en el momento en que se produjo la legislación como actualmente.

Con respecto a la primera disposición (Artículo 34 del Código Civil) considerada aisladamente, no habría lugar al *test* si se hu-

biesen dado tal estimación y tal consenso sobre la determinación de la pubertad como una etapa que empezara a los 12 años en las mujeres y a los 14 en los hombres, y si esa apreciación de los hechos perdurase aún. Obviamente considerarla de manera aislada no tiene sentido porque ella está establecida en vista de otras disposiciones. De todos modos, como veremos tal estimación y consenso distan hoy de ser lo que fueron en el momento de creación de la norma acusada.

Para los especialistas en derecho de familia resulta claro que siglo y medio atrás, cuando se redactaron las disposiciones acusadas, se partió simplemente del criterio de idoneidad para la reproducción sexual. Para tales disposiciones, el desarrollo personal se medía con base en la menarca o primera menstruación femenina, cuya aparición se ubicaba a los doce años de edad, y la espermarca o primera eyaculación masculina, alrededor de los catorce años. En ambos casos, un momento de obvia determinación en términos generales, para la capacidad de reproducción. La posibilidad de concebir era entonces el criterio que el legislador tomaba en cuenta para definir los términos impúber y púber, como palabras de uso frecuente y necesario en la ley. Existía la convicción de que la mujer llegaba primero a la pubertad así entendida, es decir, en edad más temprana, lo que justificaba la distinción normativa. Hay que tener en cuenta que la concepción dominante en el momento de establecer la definición legal de pubertad circunscribía lo sexual dentro de los límites de un finalismo reproductivo. De esto se seguía una concepción moral que podríamos considerar biologizante en un sentido muy estrecho.

El modo de comprender la sexualidad, la pubertad, y el sentido de la misma se ha transformado profundamente desde ese momento hasta la actualidad, gracias a los avances y a la difusión del conocimiento científico. Sobre el valor actual de la distinción en cuestión consultamos a la Dra. Audry Mary Matallana, reconocida endocrinóloga de la ciudad de Cali. Según ella, existe hoy un consenso

acerca de que el término pubertad indica un período caracterizado por una serie de cambios químicos, que producen transformaciones físicas y psíquicas en la persona. Más que un momento exacto en la vida, se trata de una etapa que empieza en las mujeres alrededor de los ocho años y se prolonga aproximadamente hasta los *doce*, y en los hombres va, aproximadamente, desde los diez hasta los *catorce*. Esta etapa culmina, en ciertos aspectos, en el momento en que se adquiere la capacidad reproductiva. De todos modos, el que empiece antes o después depende de factores genéticos, ambientales y alimenticios entre otros, por lo que no podría establecerse con precisión términos muy exactos de inicio y de fin.

La distinción establecida por el Legislador coincide entonces, a primera vista, con una conclusión actual de la endocrinología: en cuanto a la capacidad reproductiva, la mujer se anticipa al varón con una diferencia aproximada a la que se encuentra en la legislación. Pero resulta claro que la definición legal sólo tiene en cuenta una determinación cronológica precisa que es, además, la del término final. Para nosotros la pubertad no comienza entonces a los 12 y los 14 años para las mujeres y los varones, sino que esas edades marcarían el final de la misma. De manera paradójica lo que queda en pie de la definición no es lo definido sino una edad que se determina en vista de disposiciones legales posteriores.

Es ilustrativo al respecto dar un vistazo a las acepciones que traen hoy algunos diccionarios prestigiosos. El *Diccionario de la Lengua Española* da esta única acepción de «púber»: «que ha llegado a la pubertad». Y de «pubertad», esta: «Primera fase de la adolescencia en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta». Ninguna determinación de edad. Además, por supuesto, ninguna referencia explícita a lo sexual. En el *Oxford Dictionary* «*puberty*» is «*the stage when a person's sexual organs are developing and he or she becomes capable of having children*». Tampoco se encuentra aquí una determinación cronológica, pero importa lo que caracteriza a la etapa: las transformaciones genitales y el

avance hacia la capacidad reproductiva. *Il grande Dizionario Garzanti della lingua italiana* menciona límites cronológicos variables, sin diferenciarlos con respecto al varón y a la mujer: «período de la vida, generalmente comprendido entre los 11 y los 15 años, en el cual en el hombre y la mujer tienen inicio las funciones sexuales y se desarrollan los caracteres sexuales secundarios».

Mucho más importante que la edad de culminación son los aportes para el conocimiento general sobre esa etapa de la vida realizados por la endocrinología, la psicología (evolutiva, clínica, social), la sociología y la antropología. Estos han generado un consenso creciente desde hace más de un siglo sobre la compleja unidad biológica, psíquica y emocional de la condición humana. Una unidad de desarrollos no necesariamente simultáneos, ni homogéneos y siempre condicionados por factores culturales diversos. En todo caso estas disciplinas complementan la información que proviene de las ciencias médicas.

El problema no consiste simplemente en el cambio del sentido de la palabra «pubertad», descrito líneas arriba. La cuestión se centra en el efecto que la definición va a tener sobre las disposiciones basadas en ella. Ahora bien, esa definición sólo atiende a la diferencia cronológica en el momento de arribo a la capacidad de reproducción; como si este fuese un criterio válido para distribuir facultades entre varones y mujeres. La situación de clara diferenciación entre ambos no tiene hoy el sentido y el peso que se le atribuyó en el pasado. Actualmente es más importante la capacidad de deliberación para la toma de decisiones, a la cual no se accede automáticamente por el solo hecho de alcanzar la maduración sexual. Esta situación se hace evidente por ejemplo en el artículo 1061 del código civil, que al negar a los impúberes la habilidad para testar, otorga a las mujeres desde los 12 años la posibilidad de hacerlo. El trato diferenciado entre hombres y mujeres se funda en un error, lo que hace razonable la aplicación del test de igualdad.

Se trataría de examinar la posible vulneración a la igualdad formal e igualdad de trato. La primera es una forma básica según la cual la ley no puede hacer distinciones infundadas, porque al hacerlo pierde su legitimidad y fuerza vinculante. La igualdad de trato requiere que ante situaciones fácticas iguales el legislador contemple consecuencias jurídicas iguales. Es una inferencia errónea considerar que la mujer al alcanzar más rápidamente la edad reproductiva, adquiere por ello más temprano el entendimiento necesario para la celebración de ciertos actos jurídicos.

#### **4. Pertinencia de un test débil de igualdad**

La distinción establecida por el legislador tiene consecuencias jurídicas distintas para varones y para mujeres, por lo que podría parecer pertinente hacer un *test* de igualdad estricto.

Sin embargo, a nuestro juicio resulta pertinente en el caso estudiado la aplicación de un *test* débil. Esta conclusión se funda en dos razones: la inexistencia de un criterio sospechoso en sentido estricto, y la amplia potestad de configuración del legislador en esta materia. La primera se explica porque la discriminación no debe entenderse de manera formal –sin atender al contexto de su producción– como un trato diferenciado fundado en un criterio como el sexo o la raza.

El criterio sospechoso debe entenderse como un fenómeno profundamente vinculado con el modo de estimar lo biológico en un contexto cultural determinado. La incorrección del trato diferenciado se debe calificar en el marco de dicho contexto. Sobre ese aspecto podemos señalar que si algo no caracteriza nuestra historia cultural es la valoración del varón como inferior, ni la sobrevaloración de la mujer en virtud de su condición. La conclusión es que la condición de varón no ha sido la razón para que el legislador establezca una definición estipulativa que parece ser desventajosa para él. Ya en otras ocasiones la Corte ha utilizado una noción de

criterio sospechoso que atiende a las peculiaridades culturales en que se enmarcan los tratos diferenciados.

Al analizar la distinción hecha en las normas acusadas en términos del cumplimiento de los requisitos para la configuración del criterio sospechoso, podemos concluir que:

- a. Ser varón es un rasgo permanente de la persona, del cual no se puede prescindir, en principio, sin que se produzca una pérdida de la identidad.
- b. La condición de varón no ha sido culturalmente valorada como inferior, digna de menosprecio o de aislamiento social.<sup>14</sup>
- c. Los varones no se han visto asociados, en virtud de su sexo, a prácticas discriminatorias.
- d. La condición varonil o femenina no es un criterio sobre el cual se pueda hacer, *prima facie*, un reparto racional de derechos, ventajas y cargas sociales.

Sin duda los elementos a y d nos hacen pensar en una discriminación que justificase un escrutinio riguroso por parte del juzgador. Pero los puntos b y c, vinculados con la cultura, inclinan la balanza a favor de un *test débil*.

Al considerar la denotación supuesta por la definición estipulativa de pubertad encontramos que ella apunta a lo sexual. Pero si atendemos a la connotación, nos damos cuenta de que ella está dada por elementos culturales de la época, tales como el ingreso del varón al mercado de trabajo y la suposición del papel principal-

<sup>14</sup> Esta afirmación no pretende desconocer la represión que han sufrido como resultado de una cultura machista que intenta impedirles el desarrollo y la expresión de otras formas de ejercer la masculinidad. Nos referimos en especial a la expresión abierta de sus sentimientos, la incorporación en sus juegos infantiles y conductas adultas del cuidado del otro, de la ternura, etc. La existencia de esta represión social es sin embargo un elemento a favor de nuestra tesis, porque las conductas «prohibidas a los hombres» lo han sido en tanto percibidas como «femeninas» y en esa medida, bajas e indignas de reproducción.



mente reproductivo de la mujer. No parece sensato pensar que el legislador buscaba, al promulgar las normas acusadas, discriminar al hombre a favor de la mujer. No sólo por los rasgos de nuestra cultura dominante, sino porque la misma legislación dejaba a las mujeres un margen de autonomía muy restringido. La mujer no tenía la posibilidad de administrar su propio patrimonio, estaba sometida a la potestad marital, no podía ejercer la patria potestad sobre los hijos, etc. Esta realidad jurídica hacía inocua la supuesta ventaja consagrada por el artículo 34 del código civil.

Es necesario señalar que la potestad de configuración del legislador en las materias de que versan las disposiciones acusadas es amplia. El artículo 34 forma parte de las definiciones de uso frecuente en la ley. Estas definiciones encuentran su razón de ser en la necesidad de brindar certeza a los operadores jurídicos, al momento de interpretar las disposiciones del código civil referidas a ellas. Su sentido es intentar reducir al máximo la vaguedad en el lenguaje jurídico. La elaboración de definiciones estipulativas es una práctica legítima en el derecho, tal como sucede en cualquier otra disciplina. Dentro del sistema jurídico se faculta al legislador para el desarrollo de esta tarea. Sin embargo, estas definiciones no son reglas primarias mediante las cuales el legislador establezca deberes, o reglas secundarias que consagren potestades; lo que haría menor la potestad configurativa del poder legislativo. Tampoco desconocemos que con base en ellas se establezca el modo de hacer el reparto, en otras disposiciones, de deberes y potestades públicas y privadas.

En cuanto a la segunda disposición demandada, es decir, la causal de nulidad del matrimonio en razón de la edad de los contrayentes, para la doctrina tradicional puede ser catalogada como regla primaria cuyo consecuente es una sanción. Roberto Suárez Franco, tratadista de derecho de familia, considera que la inobservancia de los requisitos de validez del matrimonio conlleva sanciones de tipo legal. Podría concluirse que en esta materia la potestad configura-

tiva del legislador se encuentra restringida, en tanto las sanciones son privaciones de *bienes básicos* para las personas. Estos bienes se asocian a derechos fundamentales, cuya reglamentación debe estar sometida al control estricto de la corte constitucional, limitándose así la potestad del legislador. Según lo dispone el código civil esta disposición es una sanción civil, porque establece una consecuencia negativa a su violación (la nulidad del matrimonio).

Pero, si consideramos que ella no priva a la persona de un bien básico como la vida, la libertad o la propiedad, acogiendo la teoría de Hart, resulta más razonable pensar en la nulidad como un límite que le establece el legislador a la libertad de vincularse, en este caso, mediante el contrato matrimonial. Esta regla secundaria no establece restricciones a un derecho, en cuyo caso el margen de configuración del juez sería menor, sino que limita una libertad cuyo ejercicio tiene profundo impacto en la sociedad. Es la importancia del impacto social lo que justifica la limitación legislativa de su ámbito de ejercicio.

El matrimonio no es un acuerdo puramente formal, sino un vínculo que conlleva deberes de tipo económico y moral. Dentro de los segundos encontramos el cuidado del otro y de los hijos, la responsabilidad de sustentar el hogar, la tarea de servir de espejo en el cual los menores construyen su propia identidad y adquieren los rasgos morales que harán posible el establecimiento de una relación adecuada con el entorno social. Estas razones sirven para entender el amplio margen de acción con que cuenta el legislador para esta materia, en el marco de una sociedad democrática.

El respeto del principio democrático impone su margen de acción a la Corte, pero es necesario precisar que no se trata de esa democracia formal en virtud de la cual se reclama, desde ciertas perspectivas jurídicas, dar tratamiento de presunción jurídica al carácter racional y sabio del legislador. Por el contrario, la democracia sustancial consagrada en la Constitución de 1991 y su definición de Colombia como un Estado social de derecho, justifican la

intervención de la Corte para velar por los derechos y libertades de los ciudadanos, mediante la determinación de los márgenes de acción del legislador. Es importante recordar que las libertades no son absolutas, su campo de intervención por la sociedad y el Estado es directamente proporcional al impacto que su ejercicio trae sobre la vida pública.

Podemos concluir que ante la amplitud del marco de acción del legislador en las materias que nos ocupan resulta más adecuado aplicar un test débil o de menor intensidad. Se podría objetar a este análisis que no ha considerado a los sujetos involucrados en la disposición demandada. Sin embargo, los sujetos no pueden considerarse de manera aislada con respecto al tipo de disposiciones que les conciernen. Los varones no son un grupo especialmente vulnerable y las disposiciones acusadas no restringen sus derechos, tal como hemos señalado líneas arriba. Si se considera que es el carácter de menores lo que restringe la potestad de configuración del legislador, es necesario recordar que el cargo en la demanda es la vulneración de la igualdad entre sexos y no la igualdad entre menores y adultos.

## **5. Aplicación del test al caso examinado o sub-examine**

Hemos determinado la intensidad del examen, por lo que pasaremos a realizarlo en cada uno de los pasos que la Corte ha establecido en los siguientes términos: «cuando se trata de una potestad amplia, el juicio de igualdad se dirige a examinar si el fin es contrario a la Carta, si el trato diferente no ha sido prohibido por la Constitución y si éste resulta inadecuado o carente de relación racional con el fin que pretende alcanzar».

### **a. Determinación del fin y su adecuación a la Constitución.**

Parece razonable pensar que el fin del legislador en la primera disposición es eliminar la vaguedad en el lenguaje, mediante el establecimiento de una definición estipulativa de impúber; lo que en sí mismo no contraría disposiciones de rango constitucional. Además,

el legislador mediante la definición acusada fijó un criterio para la determinación de disposiciones posteriores sobre capacidades. A partir de esta definición los operadores jurídicos tienen un criterio interpretativo claro, al tiempo que los destinatarios de la norma ganan en seguridad jurídica porque pueden orientar con certeza su comportamiento.

El fin de la segunda disposición es establecer una protección a la familia y a los contrayentes cuando exista una duda razonable sobre los alcances del matrimonio. La limitación introducida por el legislador y la excepción a la misma buscaban proteger a la familia y a los menores. La protección de los menores tenía la tarea de garantizarles el nacimiento en el seno de una familia; recordemos que los hijos nacidos por fuera del matrimonio eran considerados como procedentes de «dañado y punible ayuntamiento». Esto puede derivarse del contexto en que se dio creación a las disposiciones acusadas.

De otro lado, el matrimonio es un contrato *sui generis*, que de todas maneras requiere para su nacimiento válido del cumplimiento de unos requisitos, cuya definición es tarea del legislador. La protección a la familia y a los menores constituye un fin constitucional, pues la propia Constitución define la primera como el núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye por «vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio». El adjetivo «libre» remite, entre otros aspectos, a la existencia de un suficiente desarrollo intelectual y emocional que garantice la comprensión de los alcances de la propia decisión. La libertad en un Estado social de derecho no es simple libertad negativa o ausencia de interferencias externas; ella requiere de capacidades que permitan la elección y la actuación acorde a dicha elección.

Sobre la protección a los contrayentes es necesario señalar que el artículo 45 de la Constitución establece el derecho de los adolescentes a la protección y a la formación integral. Parece admisible

que el fin buscado es mantener por fuera del ámbito de las responsabilidades matrimoniales a las personas que aún no completan su formación o desarrollo integral. Este fin protector se encuentra en la Constitución, en concordancia con el art. 44, según el cual, corresponde también al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En este caso el Estado se encuentra representado por el legislador.

b. El segundo paso es examinar si el trato diferente se encuentra o no prohibido por la Constitución. El derecho a la igualdad ha evolucionado, tal como describe el teórico del derecho Luigi Ferrajoli, desde la negación jurídica de las diferencias hasta la protección y promoción de las mismas. Esta evolución justifica que el legislador pueda establecer tratos diferenciados fundados en el sexo, si con ellos busca reconocer como valiosos aquellos rasgos que forman parte de la identidad de las personas, o promover una protección socialmente deseable. Existen varios ejemplos de este fenómeno en nuestro ordenamiento jurídico; uno de ellos es la consagración positiva de acciones afirmativas a favor de las mujeres, como la ley de cuotas. También encontramos un trato diferenciado en materia de pensión de vejez (5 años antes que los hombres) como consta en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. La Corte ha determinado que estas acciones no constituyen una discriminación contra los hombres, sino una forma legítima de equiparar a personas que en la realidad no se encuentran en igualdad de condiciones.

En el caso *sub-examine* podemos concluir que la calificación del trato diferenciado como medio ajustado o contrario a la Constitución depende de la legitimidad del fundamento fáctico de la distinción. Como los investigadores del desarrollo humano aún afirman que los varones llegan a la pubertad más tarde que las niñas, podemos concluir que la diferenciación legal no se funda en un prejuicio que ponga en peligro la identidad y dignidad masculinas. El legislador buscó brindar mayor protección al varón durante

esa etapa de su formación, y se apoyó para ello en una convicción que aún en la actualidad resulta razonable.

c. Adecuación del medio al fin que se pretende alcanzar. Establecido el carácter constitucional del fin buscado y del medio utilizado por el legislador, es necesario determinar si este es razonablemente adecuado para alcanzar aquel. El examen de adecuación sólo es completo si determinamos con precisión el criterio para definir lo razonable. Puede considerarse razonable algo que produzca mayores beneficios que costos o que contribuya a la mayor felicidad para el mayor número de personas. En cualquiera de los casos es posible reconocer que estamos ante criterios de naturaleza ética, en tanto estos permiten llenar de contenido una noción tan abstracta como de lo razonable.

La pregunta que debemos hacer en este punto es: ¿cuál criterio ético puede aplicarse, sin desconocer la neutralidad moral que debe exhibir el Estado en sus actuaciones y decisiones? Si aplicásemos el criterio utilitarista (la obtención de la mayor felicidad para el mayor número de personas) la cuestión se resolvería como un simple cálculo, pero no parece plausible que el marco constitucional sea compatible con este razonamiento. Por el contrario, una perspectiva fundada en la dignidad de la persona resulta no sólo deseable sino un imperativo constitucional. La pregunta puede formularse en los siguientes términos: ¿Es un atentado a la dignidad de los varones entre los 12 y los 14 años el trato diferenciado que ha establecido el legislador? Debemos señalar que al momento de promulgación de la norma, la diferenciación tuvo como fin asegurar la validez de ciertos actos, con base en la capacidad procreativa. Hoy en día la distinción debe analizarse en función del interés superior del menor y de la familia.

El intento de responder la pregunta es un ejercicio ético, pero incorporado por el constituyente como criterio de determinación de las conductas ilegítimas. Sin duda la naturaleza protectora de la diferenciación, en las dos disposiciones acusadas, pretende en

último término «blindar» a la persona, a la familia y al orden jurídico, contra los atentados a su desarrollo y equilibrio. Los varones entre 12 y 14 años en este caso, no son tratados por el legislador como objetos para fines extraños a ellos mismos. Es decir, no se les asigna un valor instrumental, sino que se consideran valiosos en sí mismos. La protección que les otorga el legislador se funda en criterios razonablemente objetivos y es compatible con su dignidad y derechos.

De la argumentación que hemos elaborado concluimos que no existe en las disposiciones acusadas vulneración al derecho a la igualdad de los varones entre los 12 y 14 años, ni mucho menos un atentado a su dignidad. Esta conclusión es resultado de una reflexión sobre el cargo único contra la norma acusada; pero debido a su extensión normativa con disposiciones sobre capacidades de los impúberes, resulta imperativo medir el impacto que las consecuencias de la diferenciación tienen en el juicio de constitucionalidad.

## **6. Análisis de las consecuencias de las disposiciones demandadas**

Para entender la trascendencia del artículo 34 del Código Civil debemos considerarlo en su carácter de referente para la aplicación del artículo 1504 del mismo código. Esta disposición señala los rangos de edad para precisar a quién se considera capaz de pleno derecho, a quién se tiene por impúber y por tanto incapaz, y a quién por púber y en esa medida capaz relativo.

El código Civil define dos tipos de capacidad de las personas: la capacidad de goce y la capacidad legal. La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se traduce en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Se adquiere desde el instante mismo en que se es persona, bajo el supuesto del cumplimiento de tres condiciones: nacer vivo, respirar al menos un instante y haberse desprendido del cordón umbilical. En su adquisición no se formulan distinciones de sexo, raza, edad o condición.

La capacidad de ejercicio, o legal, es la posibilidad de la persona para contraer obligaciones por sí mismo y ser reconocido por el derecho. Esta, a diferencia de la capacidad de goce, no es atribuida a todas las personas jurídicas individuales, porque supone el entendimiento de los propios actos. La ley señala quiénes se presumen plenamente capaces, relativamente capaces e incapaces absolutos. El artículo 1504 del código Civil señala las incapacidades absolutas e indica las personas comprendidas en ella, cuyos actos no producen obligación alguna. Se trata del demente, el sordomudo que no puede darse a entender por señal alguna, y el impúber, este último definido en los términos del artículo 34 del mismo código.

El artículo 1504 distingue otro tipo de incapacidad, la relativa, e indica así mismo que en ella se comprende al interdicto por disipación y al menor adulto, definido como aquel que ha dejado de ser impúber, pero aún no alcanza los 18 años. La incapacidad relativa le supone a la persona la posibilidad de realizar algunos actos jurídicamente válidos, sin necesidad de representación, en determinadas circunstancias y situaciones fijadas por la ley. Esto tiene sentido porque significa una gradualidad en cuanto a la adquisición de la capacidad plena. El legislador protege de esta forma a quien está en un proceso de maduración en cuanto a sus capacidades cognitivas y volitivas, para que en una etapa superior sea plenamente capaz de autodeterminarse y obligarse con trascendencia jurídica frente a terceros. Se le protege de los riesgos en que puede incurrir cuando no tiene capacidad de entender a conciencia la trascendencia de sus actos y decisiones.

## 7. Propuesta

---

En la actualidad, dentro de las disposiciones del código civil, la capacidad y sus alcances dependen de la definición de impúber dada en el artículo 34 del código civil. Como la denotación del término «pubertad» es explícitamente sexual, éste debería desligarse de la determinación de las capacidades absolutas y relativas, que no



dependen ni exclusiva ni inmediatamente del nivel de desarrollo sexual alcanzado. Existe un fuerte vínculo entre las capacidades y el entendimiento y la experiencia muestra que el segundo opera en momentos diferentes de la vida humana, con respecto a los distintos aspectos que reclaman su uso.

La propuesta que hacemos a la Corte es que aproveche esta oportunidad para instar al legislador a que desvincule el artículo 34 del tema de la incapacidad relativa o absoluta. De esta manera se trasladaría la determinación de la capacidad a una edad, y no a la pubertad, porque este concepto es difícil de definir: su análisis depende en mayor medida de lo científico y cultural que de la voluntad del legislador. Al hacer esto, la discusión se desplazaría hacia la determinación de cuál es la edad promedio en que las *personas* gozan de una capacidad de discernimiento adecuada para ejercer, por cuenta propia, ciertos derechos de carácter civil y comercial y tomar decisiones con efectos a largo plazo, como la de contraer matrimonio. No se trata de una propuesta novedosa, en algunas legislaciones como la brasileña, se consideran incapaces absolutos a las personas menores de 16 años, e incapaces relativos a quienes se encuentran entre los 16 y los 18 años.

En Colombia el legislador podría determinar, a partir de los dictámenes médico psicológicos, que se entienda por incapaz absoluto para todos los efectos a toda persona menor de 14, y por incapaz relativo a todos los menores entre los 14 y los 18 años. La incapacidad así determinada se presumiría de derecho, en contraposición a lo propuesto por el demandante, de tal manera que se proteja el interés superior de los menores y su libertad de actuar en asuntos de índole civil y comercial.

La vacilación del demandante entre la igualdad y la subjetividad, frente a la capacidad relativa, no debería ser una cuestión que corresponda resolver a la administración de justicia en cada caso concreto. El resultado contribuiría al incremento de la congestión

de la rama judicial; y una controversia sobre la incapacidad relativa o absoluta de un individuo difícilmente se decidiría mientras permanezca en ese estado.

La propuesta de modificación que introducimos tiene las siguientes ventajas:

a. La separación entre pubertad y capacidad contribuiría a eliminar las incoherencias más evidentes que se presentan en el sistema jurídico. En la actualidad se considera inimputable al menor de 18, debido a una supuesta incapacidad de comprensión del alcance de sus actos; mientras que la ley civil, partiendo de un supuesto diferente le permite testar a partir de los 14 o 12 años. De otro lado, al varón mayor de 12 y menor de 14 se le permite trabajar, mediante un permiso, pero se lo excluye del manejo de su propio peculio profesional (dinero ganado mediante su trabajo), como resultado de su condición de impúber.

b. Al desligar las causales de nulidad del matrimonio de la definición de impúber, el legislador podría hacer un examen de esta disposición más ambicioso, que consultase la trascendencia del matrimonio como fuente de la familia. También podrían tenerse en cuenta las nuevas realidades de la mujer en la vida familiar y social. La supuesta ventaja establecida por el legislador se fundaba, entre otras razones, en la expectativa de vida que tenían las mujeres como resultado de las muertes durante el parto, y en su consideración social como destinadas para la procreación. Existía la convicción de que la mujer no necesitaba un desarrollo más allá del biológico para contraer matrimonio, porque el sostenimiento del hogar corría a cargo del hombre.

El establecimiento de una edad superior para otorgar validez al matrimonio de las mujeres les brindaría una protección mayor, y la garantía de mejores condiciones para el ejercicio de su libre de-

sarrollo de la personalidad. También se reconocería que las mujeres en la actualidad, además de la procreación, también contribuyen o se encargan solas del sostenimiento económico del hogar.

## **Anexo 2**

### **Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la justicia restaurativa**

Elaborado en julio de 2006 y publicado en el portal de derechos humanos *sermashumano* de USAID.

Recientemente en Colombia se discute mucho en torno a la justicia restaurativa, como opción de salida al conflicto armado interno. Los organizadores del Seminario convocado por la Fundación Alvarallice, hace unos meses en Cali, definieron la justicia restaurativa como un modelo alternativo de justicia, cuyo propósito es la restauración de las relaciones comunitarias fragmentadas por el conflicto o el hecho ilícito. El elemento central de dicha justicia sería la rehabilitación de las víctimas, de los agresores y de la sociedad. Otros documentos académicos presentados en el seminario ponen el acento en la noción de humanización de la justicia, en la comprensión y explicación de las infracciones a la ley penal. También se alude al reemplazo de la justicia formal por una justicia culturalmente más relevante para los miembros de las comunidades. En otras ocasiones se habla de justicia comunitaria y mediación o de sanación de las heridas causadas por el delito, a través de la mediación como forma de «sanar lo que ha sido roto, reunir lo que ha sido dividido y fortalecer a la comunidad para prevenir daños mayores».

Si se consideran las disposiciones de la Corte constitucional puede definirse esta justicia como una forma de solución de conflictos distinta a la judicial, en la cual se constata la participación de

las partes del conflicto, la interacción de la víctima, el agresor y la comunidad para la discusión y explicación de la agresión causada, la expresión del propósito de enmienda y el logro de un acuerdo, la reparación del daño, y la restauración del vínculo comunitario.

Uno de los problemas que parecería tener esta forma de justicia se refiere al hecho de que no resulta posible encuadrarla en alguna de las formas de justicia, según ha sido entendida en nuestra tradición filosófica y jurídica. Las formas tradicionales de justicia son la justicia correctiva y la distributiva, en los términos propuestos por Aristóteles; no parece posible enmarcar la justicia restaurativa en alguna de estas dos modalidades. Esto explicaría las distancias entre esta «nueva noción de justicia» y las formas clásicas cuyo origen se remonta al pensamiento griego producido en el siglo IV a.C.

Para ilustrar esta dificultad voy a considerar los elementos que podrían ser tomados como definitorios de la justicia restaurativa, de acuerdo a las categorías utilizadas en los distintos discursos tejidos alrededor de ella. Me refiero a los siguientes aspectos:

- Discusión participativa de la agresión entre todas las partes involucradas.
- Explicación y comprensión de las agresiones.
- Logro de un acuerdo y establecimiento de principios sociales de vida entre todas las partes.
- Rehabilitación de los afectados (víctimas), de los agresores y de la sociedad.
- Restauración de las relaciones personales o comunitarias fragmentadas.

La justicia en nuestra tradición jurídico-penal piensa el asunto de manera distinta. Las agresiones son conductas indeseables que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido por el legislador, descritas como punibles, es decir como dignas de castigo, y a las cuales se les asignan sanciones de acuerdo a rangos

preestablecidos. Esta sanción siempre se refiere a la privación de un bien fundamental como la vida, la propiedad o la libertad. El encargado de imponerla es el Estado, a través de sus aparatos de administración de justicia, y el énfasis se pone en la determinación de la responsabilidad por la agresión (centrada en el acto cometido o en el sujeto que la comete).

En la discusión académica sobre las formas de justicia es relativamente fácil determinar la clase de justicia a la que responde este modelo jurídico-penal, la justicia correctiva, de acuerdo a la explicación de Aristóteles. Esta forma de justicia es propia de las relaciones voluntarias entre individuos y puede definirse como una igualdad en las ganancias y pérdidas. Un tercero, llamado juez, es el encargado de restablecer la igualdad alterada con el daño. Pero resulta más complejo hacer un ejercicio análogo con la noción de justicia restaurativa. ¿Forma parte de la justicia correctiva? No parece ser este el caso, porque los elementos como la discusión participativa, la explicación de la agresión, el acuerdo, etc., no encuadrarían en el estrecho margen de la corrección.

Quedaría la alternativa de que se tratase de la otra forma de justicia ampliamente conocida en nuestra tradición filosófica: la justicia distributiva. Sobre esta se puede recurrir de nuevo a Aristóteles para quien lo justo es una proporción en relación con alguna cosa y con algunas personas, de forma tal que quienes son iguales tengan o reciban partes iguales y quienes no lo son no tengan ni reciban partes iguales. Las cosas o bienes deben ser adecuadas al valor o mérito de las personas entre quienes se distribuyen, y ese valor o mérito puede descansar en un rasgo como la virtud, la libertad, la riqueza, etc., el cual depende de la naturaleza de la Constitución política y del régimen político. Según se trate de una Constitución democrática, aristocrática, u oligárquica, así serán establecidos los criterios de la distribución.

De nuevo es posible constatar que los elementos que componen la llamada justicia restaurativa desbordan el ámbito de la

justicia distributiva; nociones como la discusión participativa, la explicación y comprensión de las agresiones y la rehabilitación del agresor y de la sociedad, quedarían por fuera de ella. Pero en este aspecto la reflexión aristotélica sobre las clases de justicia me sirve para mostrar la mayor utilidad de reconocer el vínculo interno entre la igualdad y la justicia. Bajo esta perspectiva es posible concluir que la justicia restaurativa responde a una forma de igualdad social, encaminada a establecer los vínculos comunitarios inexistentes, o a restaurar aquellos que han sido rotos como resultado de la agresión o la violencia en el marco de comunidades ya existentes.

En las sociedades democráticas e individualistas la razón de ser de la justicia restaurativa es la construcción de condiciones de posibilidad para el respeto de los derechos fundamentales consagrados en las constituciones políticas. Tendría dos componentes, uno correctivo de las agresiones o ilícitos y otro distributivo de las reparaciones; su finalidad es dar forma a una sociedad en la que a pesar de los inevitables conflictos de la vida social existan instituciones y estructuras que garantizan el respeto de los derechos fundamentales de todos sus miembros. O como diría Aristóteles en el texto reseñado: «la justicia política existe por razón de la autarquía, en una comunidad de vida entre personas libres e iguales».

Es necesario hacer una última aclaración sobre este punto. Las justicias posibles no se agotan en las construcciones teóricas como la aristotélica, si bien ésta nos permite entender mejor las cuestiones involucradas en la discusión. Las justicias deseables y posibles surgen de la naturaleza de las injusticias que se viven en una comunidad política determinada. Y se encuentran condicionadas por fenómenos como el poder económico, político y el reconocimiento social logrado por esos diversos actores armados, así como por las pulsiones vengativas de las víctimas.

Los problemas ideológicos que enfrenta *la Justicia restaurativa* son mucho más complejos, por lo que su estudio detallado requiere un trabajo más amplio del que me he propuesto en este escrito.

Pero sin duda estos problemas operan fuertemente como limitantes externos a las posibilidades de la institucionalización de formas de justicia restaurativa, y al mismo tiempo para encontrar una salida pacífica al conflicto armado. Estos problemas son tensiones que vienen siendo resaltadas por quienes participan en el debate y las de mayor presencia en el mismo pueden sintetizarse en los siguientes aspectos:

1. La apelación a formas comunitarias de justicia en el seno de una sociedad individualista, desde la perspectiva institucional propia del Estado liberal.
2. El retorno a lo comunitario frente al discurso modernizador en la administración de justicia, centrado en la eficiencia, el resultado calculable en términos de procesos fallados y sentencias condenatorias ejecutoriadas.
3. Los límites que impone el derecho internacional de los derechos humanos al Estado colombiano, en especial los derechos a la verdad, justicia y la reparación de las víctimas, frente a la autonomía configurativa del legislador y del poder ejecutivo, en materia de procesos de paz.
4. La evolución del derecho penal internacional hacia la responsabilidad individual por los crímenes de lesa humanidad, frente a las posibilidades de establecer procesos de negociación entre las víctimas y los agresores.

Ante el panorama descrito parecería impensable que la justicia restaurativa se constituya en una opción viable para la salida negociada del conflicto colombiano. Sin embargo, la fuerza con que se presenta la necesidad de la reconciliación entre los colombianos presiona los límites de esta forma de justicia más allá de sus fronteras tradicionales. En otras palabras, es posible que la magnitud de los desequilibrios comunitarios y la ruptura de los lazos de convivencia operen como justificación, desde una perspectiva política, para la creación de formas alternativas a la justicia ordinaria penal, y a la

justicia internacional de los derechos humanos. Pero en todo caso son los individuos y las comunidades más duramente afectados los llamados a participar en la discusión de los hechos de agresión, a establecer las condiciones de su rehabilitación y de restauración de las relaciones fragmentadas o de construcción de los lazos sociales inexistentes. La justicia restaurativa excluye la posibilidad de que el Estado asuma un perdón y olvido genéricos, porque el perdón no se decreta y el olvido es un peligro para la existencia misma de cualquier nación. Para usar términos tomados de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, presidida por el arzobispo Desmond Tutu, «se trata de encontrar una vía alternativa entre Nuremberg y la cancelación de la memoria».

Una ventaja del proceso, aunque suene paradójico, radica en el hecho de que en Colombia las injusticias de la violencia recurrente son tan graves y afectan de tal forma a todas las partes involucradas que el deterioro moral y social hacen converger al Estado, a los agresores y a las víctimas en el interés común de poner fin al conflicto. Los mismos agresores han terminado siendo aprisionados por la violencia como única opción de vida posible. La violencia ha pasado de ser un medio para el logro de fines de justicia distributiva o correctiva a convertirse en la única forma de relación social que conocen. En esta situación límite, la justicia restaurativa puede ser concebida como una salida de dicho deterioro, y una forma de ir construyendo las condiciones de posibilidad de disfrute de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos y las ciudadanas de Colombia.



## Bibliografía

Ackerman, Bruce. *La justicia social en el Estado liberal*, Edit. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993.

Ackrill J.L., *La filosofía de Aristóteles*, Ed. Monte Avila, Caracas, 1984.

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

Alvarez Ledezma, Mario I., *Introducción al derecho*. Ed. McGraw-Hill, México, 1995.

Aranguren J. L., *Ética*, Ed. Altaya, Barcelona, 1994.

Aranguren J. L., *Ética y Política*, Ed. Orbis, Madrid, 1985.

Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Ed. Planeta, Madrid, 1997.

Aristóteles, *La política*, Ed. Planeta, Madrid, 1997.

Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Ed. Fontamara, México D.F., 1998.

\_\_\_\_\_, *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Ed. Ariel, Barcelona, 1993.

Bentham, Jeremy, *Fragmento sobre el gobierno*, Aguilar, Madrid, 1973.

Bentham, Jeremy *The principles of morals and legislation*, Prometheus Books, New York, 1988.

Berlin, Isaiah, *Contra la corriente*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1992.

Betegón, Jerónimo, *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997.

Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1997.

Bonorino, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia, una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Siglo del Hombre Editores y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.

Botero Marino, Catalina, «Tutela contra providencias judiciales», en: *Precedente Anuario Jurídico 2002*, Facultad de Derecho y

Humanidades, Universidad Icesi, Cali, 2003, pp. 5–46.

Calsamiglia, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990.

Carrió G, *Dworkin y el positivismo jurídico*, en Cuadernos de crítica 16, Instituto de Investigaciones filosóficas Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

Díaz García, Elías. *Sociología y Filosofía del derecho*, Edit. Taurus, Madrid, 1984.

Dieterlen, Paulette. *Ensayos sobre justicia distributiva*. Ed. Fontamara, México D.F., 1996.

Domenech A., *De la ética a la política*, Ed. Crítica, Barcelona, 1989.

Dreier, Ralf. *Derecho y Justicia*, Ed. Temis, Bogotá, 1994.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.

\_\_\_\_\_ Estudio preliminar de C. Rodríguez, *La decisión judicial*, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, 1997.

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía Política*. Ed. Paidós, Barcelona 1999.

Giraldo Ángel, Jaime y otros, *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*, Legis, Bogotá, 1999.

Guisán E., *Introducción a la ética*, Ed. Cátedra, Madrid, 1995.

Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Hegel G.W.F., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Ed. Siglo veinte, Buenos Aires, 1987.

Held, David , *La democracia y el orden global – del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.

Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992.

Hoffe, Otfried. *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*, Ed.

Fontamara, México D.F., 1992.

Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ed. Fontamara, México D.F., 1999.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México D.F., 1995.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

Lopera Chaves, María Teresa. *Justicia distributiva: ¿legitimidad o consenso?*. Ed.-Universidad de Antioquia. Colombia, 1999.

López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, segunda edición, Legis, Bogotá, 2006.

\_\_\_\_\_, *Teoría Impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Ed. Legis, Bogotá, 2004.

Lyons, David, *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1989.

MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, Ed. Paidós, Barcelona, 1991.

\_\_\_\_\_, *Tres versiones rivales de la ética*, Ed. Rialp, Madrid, 1992.

Marcuse, Herbert, *Razón y Revolución*, Ed. Alianza, Madrid, 1979.

Mejía Quintana, Oscar. *Justicia y democracia consensual*, Edit. Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá, 1997, pp. 35-56.

Nino, Carlos Santiago, *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994.

\_\_\_\_\_, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.

Ost, Francoise, *et al.*, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Ed. Unibiblos, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

Perelman, Chaim, *El imperio retórico*, Editorial Norma, Santafé de Bogotá, 1997.

\_\_\_\_\_, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.

Pérez Escobar, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, Temis, Bogotá, 1999.

Petev, Valentin. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*, Universidad Externado, Bogotá, 1996.

Quintero, Diana Patricia. «La seguridad jurídica: entre la tradición y la renovación del derecho», en: *Precedente Anuario Jurídico* 2001, Facultad de Derecho y humanidades Universidad Icesi, Cali, pp. 127–141.

Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del derecho*, Edit. Fondo de Cultura económica, México, 1951.

\_\_\_\_\_, *El espíritu del derecho inglés*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2001.

Recasens Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1973.

Reyes Mate, M. *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11*, Trotta, 1996.

Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Ed. Eudema. Buenos Aires, 1997.

Rousseau, Juan Jacobo. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Colección Grandes pensadores, Edit. Libsa, Madrid, 2002.

Sánchez Vásquez, Adolfo, *Ética*, Ed. Grijalbo, México D.F., 1969.

Sandel, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*. Ed. Gedisa, Barcelona. 2000.

Uprimny Rodrigo, *et al.*, «Entre deductivismo y activismo: hacia un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica». Actualización del artículo «Estado social de derecho y respuesta judicial correcta», en: VV. AA. *Hermenéutica jurídica*, Bogotá, Universidad del Rosario, Bogotá, 1997.

Valencia Zea, Antonio, *Derecho Civil Tomo III de las obligaciones*, Temis, Bogotá.

Vázquez Carrizosa, *El poder presidencial en Colombia*, Enrique

Dobry editor, Bogotá, 1979.

Vásquez, Rodolfo. *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

Varios autores, *Derecho constitucional perspectivas críticas*, Facultad de derecho Uniandes y siglo del Hombre editores, Bogotá, 1999.

Varios autores, *La Corte Constitucional el año de la consolidación*, Facultad de derecho Uniandes y siglo del Hombre editores, Bogotá, 1998.

Varios autores, *Revista Pensamiento Jurídico N. 12*, «Justicia Comunitaria» Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 2000.

Varios autores, *Obras clásicas del pensamiento político*, ED. Grupo praxis, Universidad del Valle, 2002.

Vernengo, Roberto. *Curso de Teoría general del derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia*, Ed. F.C.E., México, 2001.

Weber M., *El político y el científico*, Ed. Altaya, Barcelona, 1995.

Wroblewsky, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.





A quienes nos dedicamos a la actividad académica nos produce una natural alegría la publicación de nuevos textos que, como el presente, ayudan a profundizar nuestra comprensión del derecho. Más importante resultan, además, si los textos tienen como propósito ayudar a jóvenes generaciones de abogados a tener una primera aproximación al complejo y vasto campo de la experiencia social que denominamos bajo la palabra «derecho». Su autora, la profesora Diana Patricia Quintero de la Universidad Icesi de Santiago de Cali, es una de las voces más calificadas en el país para escribir sobre estos temas. En el presente libro se refleja la seriedad con la que ha venido estructurando su cátedra de introducción al derecho, buscando -como en efecto se trasluce en el libro- un adecuado balance entre las diversas formas posibles en que se le pueden ofrecer a jóvenes estudiantes de derecho una puerta de acceso a lo que ha de ser su profesión (y ojalá para muchos su vocación) durante su vida adulta.

Diego López Medina

ISBN: 978-958-8357-05-8



9 789588 357058