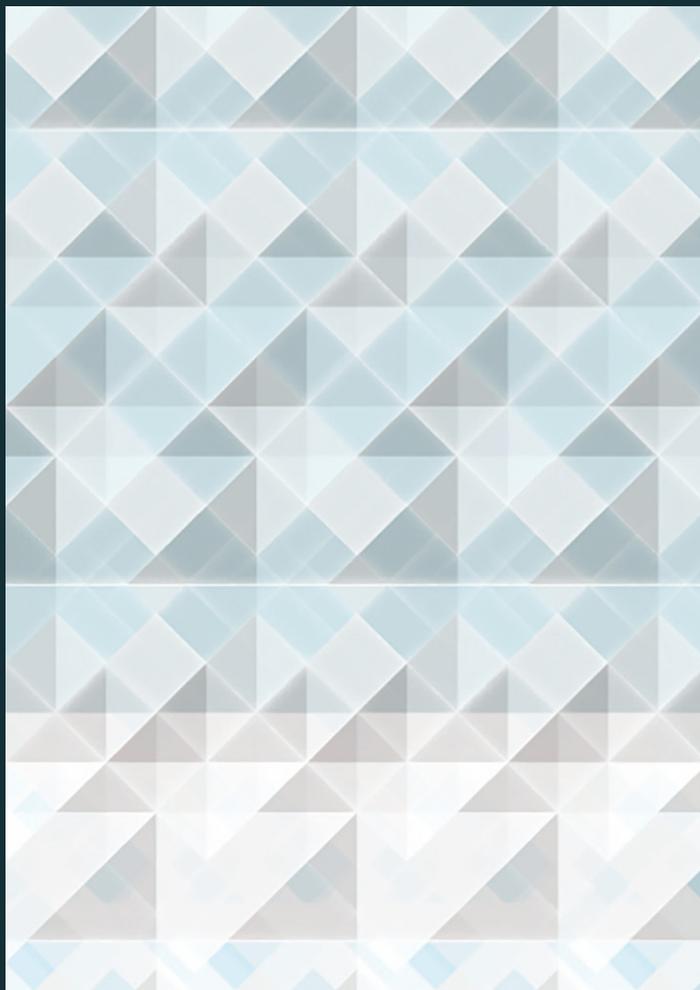


6

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Introducción al estudio del derecho



Henry Roberto Solano Vélez

Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal

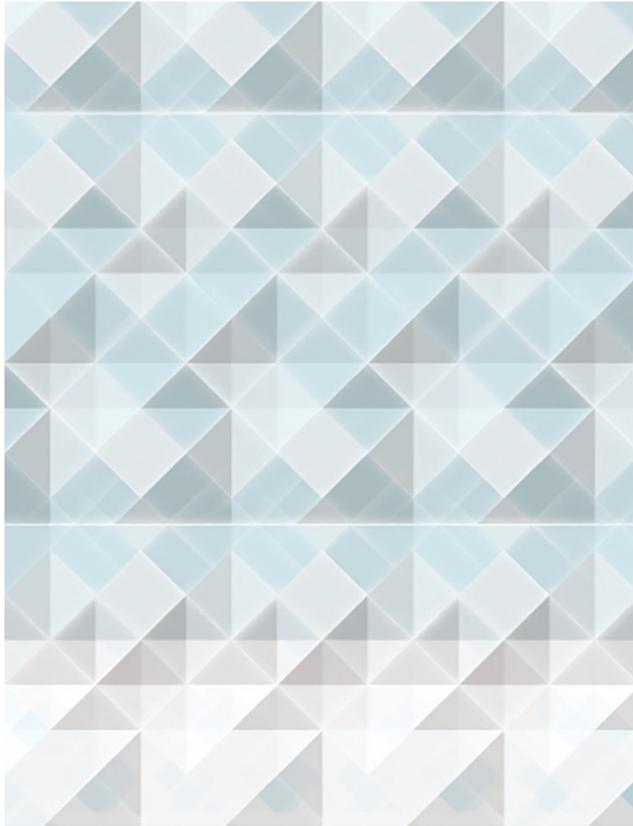


Universidad
Pontificia
Bolivariana

6

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Introducción al estudio del derecho



Henry Roberto Solano Vélez

Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal



340.1
S684

Solano Vélez, Henry Roberto, autor
Introducción al estudio del derecho / Henry Roberto Solano Vélez -. Medellín:
UPB, 2016.

316 páginas, 17 x 24 cm. (Colección de Investigaciones en Derecho, No. 6)
ISBN: 978-958-764-315-2 Versión impresa
ISBN: 978-958-764-316-9 Versión web

1. Derecho – 2. Política – 3. Dignidad humana – 4. Política jurídica – 5. Estado –
6. Norma jurídica – 7. Derechos humanos – 8. Justicia – I. Título – (Serie)

CO-MdUPB / spa / rda
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Henry Roberto Solano Vélez
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

Introducción al estudio del derecho

ISBN: 978-958-764-315-2 Versión impresa
ISBN: 978-958-764-316-9 Versión web
Primera edición, 2016
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editora (e): Natalia Uribe Angarita

Coordinadora de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Ana Milena Gómez Correa

Correctora de estilo: Adriana María Ruíz Gutiérrez

Imagen portada: Vecteezy

Dirección editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2016

E-mail: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1436-12-02-16

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

A los profesores
Carlos Jaramillo Restrepo
y Adriana Ruiz Gutiérrez,
con enorme gratitud.

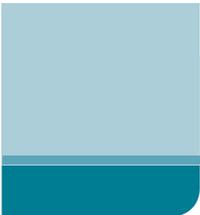


Tabla de contenido

Unidad I

Ubicación del derecho en el universo 11

Introducción.....	11
1. La realidad radical	12
2. La realidad natural.....	16
3. La realidad ideal	18
4. La realidad metafísica	19
5. La realidad cultural.....	24
6. La realidad y los valores.....	25
7. La realidad y el perspectivismo	27
8. El derecho y su aparición en la realidad radical	28

Unidad II

Derecho y política.....35

Introducción.....	35
1. ¿Qué es la dignidad humana?	35
2. Estado, derecho y dignidad humana.....	39
3. Un ejemplo de la relación <i>derecho y política</i>	43
4. Dos clases de política jurídica.....	44
5. El Estado colombiano: un Estado con tendencia al modelo del Estado personalista	46

Unidad III

El concepto de derecho..... 51

Introducción.....	51
1. Pensamiento y lenguaje.....	52
2. Patologías del lenguaje y de la expresión “derecho”	56
2.1. Equivocidad	56
2.2. Vaguedad	57
2.3. Carga emotiva	64

Unidad IV

El derecho en sentido objetivo o derecho objetivo 67

Introducción.....	67
1. Definición	67
2. Clasificación	68
3. Teoría de la norma jurídica	74
3.1. El concepto de norma	74
3.2. El concepto de norma <i>jurídica</i>	84
3.3. Características	90
3.3.1. Bilateralidad	92
3.3.2. Exterioridad	96
3.3.3. Heteronomía.....	102
3.3.4. Coercibilidad	104
3.4. Los conceptos de norma y enunciado normativo	106
3.5. Estructura	111
3.6. Clasificación	112
3.6.1. Clasificación propuesta por Riccardo Guastini, en su libro <i>Distinguiendo</i>	112
3.6.1.1. Normas teleológicas.....	112
3.6.1.2. Normas instrumentales.....	115
3.6.1.3. Normas constitutivas.....	119
3.6.2. Clasificación propuesta por H. L. A. Hart, en su libro <i>El concepto de derecho</i>	119
3.6.2.1. Reglas primarias.....	120
3.6.2.2. Reglas secundarias.....	120
3.6.2.2.1. Regla(s) de reconocimiento.....	122
3.6.2.2.2. Reglas de adjudicación.....	125
3.6.2.2.3. Reglas de cambio.....	126

3.6.3.	Clasificación propuesta por Alf Ross, en su libro <i>Sobre el derecho y la justicia</i>	128
3.6.3.1.	Normas de conducta	129
3.6.3.2.	Normas de competencia	129
3.6.4.	Clasificación propuesta por Robert Alexy, en su libro <i>Teoría de los derechos fundamentales</i>	129
3.6.4.1.	Reglas.....	130
3.6.4.2.	Principios	131
3.6.5.	Clasificación propuesta por Karl Larenz, en su libro <i>Metodología de la ciencia del derecho</i>	143
3.6.5.1.	Normas completas	143
3.6.5.2.	Normas incompletas	144
3.7.	Fuentes	144
3.7.1.	Ley	145
3.7.2.	Jurisprudencia.....	147
3.7.3.	Costumbre.....	161
3.7.4.	Doctrina.....	163
3.7.5.	Principios generales del derecho	164
3.8.	Interpretación	167
3.8.1.	Definición.....	168
3.8.2.	Formalismo y antiformalismo	170
3.8.3.	Clasificación	179
3.8.3.1.	Según el sujeto	179
3.8.3.2.	Según el método	181
3.8.3.3.	Según el resultado o el producto.....	184
3.9.	Funciones.....	187
3.9.1.	Función de promover certeza y seguridad	188
3.9.2.	Función de proveer posibilidades de cambio	189
3.9.3.	Función de evitación y de resolución de conflictos de voluntades	190
3.9.4.	Función de motivación o función motivadora.	191
3.9.5.	Función de organización, regulación e intento de legitimación del poder político	191
4.	Teoría del ordenamiento jurídico	192
4.1.	Concepto.....	192
4.2.	Vigencia, validez y eficacia	197
4.2.1.	Validez	198
4.2.2.	Vigencia	201
4.2.3.	Eficacia	207

4.3. Características.....	210
4.3.1. Unidad	210
4.3.2. Plenitud.....	215
4.3.3. Coherencia	219

Unidad V

El derecho subjetivo en el contexto de los conceptos

jurídicos fundamentales.....	227
-------------------------------------	------------

Introducción	227
1. Qué son y cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales	227
2. Teorías sobre los conceptos jurídicos fundamentales.....	232
2.1. Teoría de Kelsen.....	232
2.1.1. Sanción	234
2.1.2. Acto antijurídico.....	234
2.1.3. Deber jurídico.....	244
2.1.4. Derecho subjetivo.....	247
2.1.5. Persona	249
2.1.6. Responsabilidad.....	254
2.1.7. Orden jurídico	256
2.2. Teoría de Hohfeld	256
2.2.1. Derecho - deber	259
2.2.2. Privilegio – no derecho.....	259
2.2.3. Potestad – sujeción.....	261
2.2.4. Inmunidad- incompetencia	266
3. Otros conceptos.....	269
3.1. Acto jurídico.....	269
3.1.1. Concepto	269
3.1.2. Clasificación	271
3.2. Bien jurídico	276
3.2.1. Concepto	276
3.2.2. Clasificación.....	278
3.2.3. Teorías	279

Unidad VI	
El pensamiento jurídico	281
Introducción.....	281
1. Ciencia del derecho	281
2. Corrientes del pensamiento jurídico	285
Bibliografía citada y consultada	301

UNIDAD

I

Ubicación del derecho en el universo

Introducción

El universo —*uno que versa sobre el todo*— es el conjunto de todo cuanto hay (Ortega, 1983r, p. 319); es infinito, en tanto es ilimitado; lo es porque el *todo*, por esencia, carece de límites; de tenerlos, existiría otra entidad con la cual limitaría, dejando de ser el “todo”, convirtiéndose en una “parte” y, de paso, en un *multi-verso*.

Al respecto, afirma Lucrecio (1998):

Así pues, el universo no está limitado en ninguna dirección; pues de estarlo, debería tener un extremo. Pero es evidente que no puede existir un extremo de nada si más allá no hay algo que lo delimita; de modo que se vea el punto allende el cual ya no puede seguir nuestra vista. Ahora bien, como más allá del todo hay que reconocer que no hay nada, no tiene extremo y carece, por tanto, de límite y medida. (p. 58)

Eso que *hay*, cuyo conjunto compone el universo, es lo que suele llamarse la realidad; según Ortega y Gasset (1983b), la realidad es todo aquello que tiene consistencia y resistencia, es decir, que consiste en algo con independencia

del sujeto y, por ende, le resiste (p. 101); nos tropezamos literal o metafóricamente con ello. Literalmente, nos tropezamos, por ejemplo, con la realidad natural; metafóricamente, con la realidad ideal, por cuanto se nos impone a nuestro pensamiento, sin que podamos con este transformarla o deformarla.

Ahora bien, la realidad, cuya totalidad integra el universo, es tornasolada, tiene diversas formas y matices; pueden hallarse, al menos, cuatro clases de la misma: realidad natural, realidad ideal, realidad cultural y realidad metafísica (Solano, 2012b, pp. 26 y ss.). Todas esas realidades aparecen, se asoman, se arraigan, se radican —por ello son realidades radicadas— en una primera realidad, llamada por Ortega (1983b), realidad radical. Se dice “radical”, por provenir esta expresión de “raíz”; en esa realidad aparece toda otra; esa realidad, si bien puede no ser la más importante, es la primera, es la realidad “de raíz”, respecto de la cual todas las demás realidades son simplemente “radicadas” (pp. 99 y ss.).

1. La realidad radical

La realidad radical es la vida humana, apreciada esta como la vida de cada cual, mas no como la vida en abstracto (Ortega, 1983b, p. 100). Es en la vida de cada cual, precisamente, en la que aparecen los árboles y las montañas (realidad natural), los números y las figuras geométricas (realidad ideal), la música y la poesía (realidad cultural), Dios y el ser (realidad metafísica).

Con todo, la vida humana es un *drama* (Ortega, 1966, p. 400), es el producto de una dinámica relación existente entre dos elementos, a saber: el “yo” de cada cual y su circunstancia (Ortega, 1983n, pp. 49 y ss.).

Veamos:

La voz circunstancia proviene de las expresiones latinas *circum-stantia*, que significan “estar alrededor de”; circunstancia es, pues, todo aquello que envuelve al “yo” y lo rodea todo, comenzando por su cuerpo; el cuerpo no es el “yo”, mas todo “yo” requiere de un cuerpo para ex-istir, para estar fuera, para habitar en el mundo; el cuerpo es aquella parte de la circunstancia que más cerca se encuentra a la frontera con el “yo”, entendiéndose por frontera

ese algo donde una realidad comienza y otra realidad termina; el cuerpo es ese instrumento más próximo al “yo”, con el que este cuenta para habérselas con el resto de su circunstancia (Ortega, 1983b, pp. 154 y ss).

La circunstancia es, en esencia, un sistema de posibilidades o de imposibilidades para el “yo”, de ventajas o de desventajas, de caricias o de tropiezos (Ortega, 1983r, p. 416); la vida es la lucha del “yo” por realizarse, por desplegarse en medio de la circunstancia en la que se halla inexorablemente incrustado, cautivo o prisionero. Piénsese, por ejemplo, en la circunstancia más cercana: el propio cuerpo; cuántas batallas vitales no posibilita, pero, al tiempo, cuántas otras obstaculiza; un simple dolor abdominal o de cabeza bastan para que el “yo” sienta que naufraga, que sucumbe ante el mundo. Por veces, la circunstancia nos acaricia la existencia, nos la facilita; en ocasiones, nos tropezamos con ella, nos es desfavorable.

Ahora bien, la circunstancia posee, desde la perspectiva de la libertad del “yo”, una dimensión negativa y una dimensión positiva: la dimensión negativa consiste en que es aquella la que limita la libertad de este; la positiva, en que, amén de limitarla, posibilita su ejercicio.

Veamos con claridad lo dicho, siguiendo en este afán de claridad a Goethe, quien “confesó” ser del linaje de aquellos que de lo oscuro hacia lo claro aspiran (Ortega, 1983r, p. 342): la libertad es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales (Aftalión, Vilanova & Raffo, 1999, p. 364); entre cuáles, entre aquellas que al “yo” le ofrece la particular circunstancia en la que él se halla arropado; el “yo” podrá escoger, más aún, estará coaccionado a hacerlo, entre el repertorio de posibilidades existenciales que a él le ofrece su particular circunstancia, pero, en todo caso, dicho repertorio, y por ello es *repertorio*, contendrá siempre un número finito o limitado de posibilidades (dimensión negativa).

Por otra parte, si el “yo” no estuviese incrustado en una circunstancia, sería a tal punto infinito el abanico de posibilidades existenciales —el infinito es el número mayor de todos los números—, que al “yo” no le quedaría otro camino distinto al de la absoluta perplejidad, al de la radical estupefacción (Ortega, 1983e, p. 110); toda libertad ha de estar encauzada para que pueda ser ejercida; la circunstancia posibilita el ejercicio de la libertad (dimensión positiva). Expliquemos lo anterior con una metáfora que pudiere parecer

prosaica: si un comensal ingresa a un restaurante y solicita “la carta”, no se sentirá plenamente cómodo si “la carta” es de un tamaño similar al de un directorio telefónico.

Así, Dios, único “yo” sin circunstancia, de allí que se predique su ubicuidad, en quien proyectamos todo cuanto nos parece óptimo, es el único absoluta, infinitamente libre, omnipotente; a tal punto omnipotente que carece de libertad; quien todo lo puede nada puede (Ortega, 1983r, p. 431). Aunque puede afirmarse, en perspectiva tomista, que Dios es el Ser cuya esencia es la bondad misma, y cuya voluntad se vuelca no hacia lo que necesita, pues de nada carece, sino a la afirmación de su propia esencia (De Aquino, 2007, pp. 134 y ss.).

Bueno, y ¿qué o, mejor, quién es el “yo”? Es el sujeto de nuestras acciones; es quien ha de valorar, juzgar y decidir entre las diversas posibilidades existenciales; es quien ha de habérselas con todas las cosas que integran la circunstancia. El “yo” es un proyecto vital y, más que proyecto, es vocación, de *vocatio* (estar llamado a); es aquel que lucha por desplegarse, por realizarse en su circunstancia (Ortega, 1966, pp. 399 y ss.).

Si cada posibilidad existencial es a la efectiva existencia lo que la carrilera es al ferrocarril, bien puede decirse que el “yo” de cada cual es aquella carrilera a la que el hombre se encuentra llamado, en tanto es ella la que se corresponde con sus necesidades auténticas y radicales. Puede el hombre, en ejercicio de su libertad, equi-vocarse, alojando el ferrocarril de su efectiva existencia en una carrilera que no constituye su “yo” auténtico, su vocación; al hacerlo, el hombre se estará falsificando. Así, “Llega a ser el que eres”, la frase del poeta de la antigüedad Píndaro, se erige en el imperativo ético orteguiano: obra de conformidad con tus necesidades auténticas y radicales, so pena de falsificar tu existencia (Ortega, 1983f, p. 102).

La libertad es, pues, la posibilidad de escoger lo que se es por necesidad; sí, curiosamente, la libertad es la posibilidad de escoger “llegar a ser el que se es”; la posibilidad de escoger ser en acto lo que se es en potencia; la posibilidad de desplegar o no la vocación, el “yo” de cada cual. El hombre, al darse cuenta de su existencia, al saberse a sí mismo —atributo esencial de su vida—, se encuentra en un mundo, en una circunstancia que él no ha elegido, sin “viáticos y sin instrucciones”. Por ello, mientras la circunstancia nos es impuesta, la vocación nos es propuesta; el hombre decide si la atiende o la desatiende, si

acata los llamados, por veces los gritos, de su fondo insobornable o si escribe su existencia en forma inauténtica (Ortega, 1966, pp. 402 y ss.).

Ahora, ¿cómo des-cubre el hombre su vocación? La des-vela, la des-oculta a través de la realización de actos felicitarios, de actos que le proveen sensación de felicidad, de plenitud, de infinito, de totalidad envolvente (Ortega, 1966, pp. 406 y ss.).

Como ya se dijo, la circunstancia nos ha sido impuesta; la vocación, propuesta. La vida nos ha sido dada, mas no nos ha sido dada hecha; debemos ir construyéndola, a partir de incesantes ejercicios de libertad; la vida da mucho *quehacer*, y quehacer no es lo mismo que “hacer”, *quehacer* es hacer lo que se debe hacer, lo que se tiene que ser (Ortega, 1983n, pp. 73 y ss.); el hombre se ve forzado a tener que estar realizando siempre algo, para mantenerse a flote, para no ahogarse en la circunstancia (Ortega, 1983e, p. 23); hasta para decidir abandonar el mundo se requiere de un acto de escogencia; incluso, a quien escoge “no hacer nada” la vida lo condena a la más penosa labor: a esperar, a hacer tiempo.

En consecuencia, vosotros, dice Ortega (1983n), sois libres dentro de vuestra fatal circunstancia; más aún, sois fatalmente libres (p. 76); se es libre de escoger lo que vamos a hacer y, por ende, lo que de nosotros va a ser en el instante siguiente de nuestra existencia; sin embargo, no se es libre de escoger si se escoge o no se escoge; el hombre, como también lo afirma Sartre (2004), se halla condenado a la libertad (p. 43), se encuentra condenado a tener que estar escogiendo lo que va a hacer y, de esa manera, lo que de él va a ser en el instante siguiente de su existencia; por ello, dice Ortega (1983n), vivir es pre-ocuparse, ocuparse antes de ocuparse (p. 74). El hombre, pues, se ocupa de su futuro, y lo hace de la única forma como el hombre puede ocuparse del futuro: pre-ocupándose por este.

Y ¿cómo ejerce el hombre su libertad? Así: cada acto que el hombre realiza en su existencia, por regla general, lo hace por un porqué y con un para qué, por un motivo y con una finalidad. El porqué de nuestras acciones es una necesidad, penuria o urgencia; el para qué es la satisfacción de la necesidad, la superación de la penuria, la sofocación de la urgencia (Ortega, 1983k, pp. 280 - 281). En frente de un motivo, de un porqué, la circunstancia en la que se encuentra cautivo le ofrece al hombre varias posibilidades existenciales;

él, luego de ponderar, asignándole valor a cada una de tales posibilidades, escoge una de ellas, la prefiere, y rechaza al resto de las mismas, que pasan a convertirse en vidas posibles que nunca fueron, en vidas posibles cuyo asesinato se produjo antes de nacer (Ortega, 1983p, pp. 402 – 403) —la vida posible siempre es más rica y abundante que la vida efectiva; toda decisión, escogencia comporta múltiples sacrificios—.

El hombre, como ocurre con los demás animales, obra en ocasiones por instinto, esto es, hace uso del mecanismo automático de reacción en frente de las necesidades del cual la naturaleza lo ha dotado (Recaséns, 2003, pp. 18 y ss.); no obstante, por su capacidad de ensimismarse —de meterse en sí mismo para proyectar su existencia, dejando virtualmente de existir— y, por ello, de no hallarse en permanente estado de *alter*-ación es capaz de elevarse sobre sus instintos, de ponderar, de valorar, de sopesar, para preferir y desechar (Ortega, 1983b, pp. 79 y ss.). Así, por ejemplo, si a un perro le da hambre, come lo primero que encuentra en su derredor; el hombre, por el contrario, en frente de esa necesidad, podrá juzgar inapropiado apoderarse de la comida de su vecino u optará por hacer dieta; el hombre es el animal que valora, pero, también, el único que realiza estupideces.

Pues bien, en ese drama y pre-ocupación que es la vida, que da mucho *quehacer*, en el que el “yo” de cada cual lucha por desplegarse en su circunstancia, se radican, se asoman, se arraigan o aparecen todas las demás realidades, entre ellas, la natural, compuesta por los objetos que existen en el tiempo y en el espacio y que tienen en sí mismos el principio de su movimiento; la ideal, integrada por objetos intemporales, inmóviles e inespaciales, que sólo existen en el pensamiento; la cultural, compuesta por los objetos producto de la vida biográfica del hombre; la metafísica, referida al ser —este terrible vocablo, dice Ortega (1983k), de tan mínimo cuerpo y tan inagotable contenido (p. 258)— o “naturaleza de las cosas”.

2. La realidad natural

La realidad natural, como se dijo, existe en el tiempo y en el espacio. El tiempo es una sucesión de instantes; es el que siempre fluye, el que siempre pasa; el que no se detiene; es fascinante, por cuanto crea las cosas, llevándos-

las del futuro al presente; es terrible, porque aniquila las cosas, las devora, transportándolas del presente al pasado (Ortega, 1983h, pp. 497 – 498); posee una estructura trimembre —presente, pasado y futuro—; el pasado es lo que ha sido, lo que ya no es; el futuro, lo que aún no es; el presente, lo que es en la actualidad, un momento inextenso, el instante en el que el pasado y el futuro son tales; sin el presente no existiría pasado ni futuro; sólo el pasado es pasado en un presente; sólo el futuro es futuro en un presente.

Debemos, según Jorge Luis Borges (1996), a Plotino esta valiosa reflexión sobre el tiempo: existen tres presentes, el presente del pasado, que es la memoria, que son los recuerdos —la palabra, dice Ortega (1983d), es maravillosa: re-cordar, es decir, volver a hacer pasar por el corazón lo que ya una vez pasó por él (p. 463)—; el presente del futuro, que son los temores y las esperanzas; y el presente del presente, que, como lo afirma Anatole France, se agota en cada instante, deja de serlo a cada instante (p. 200); el instante es un momento inextenso, es un momento en el que comienzo y fin confluyen, se confunden (Marías, 1981, p.374). Sólo hay instantes, dice Gómez Dávila (2002, p. 133), porque el pasado ya no es, ya “no lo hay”; el futuro, todavía “no lo hay”; sólo “hay” el presente, y “el presente es sólo instante”. La existencia, pues, discurre en una sucesión de instantes, cuan película cinematográfica; la existencia es una sucesión de “imágenes”; tenemos noción del tiempo, en tanto poseemos memoria para recordar el pasado y capacidad para pre-ver el futuro.

Ahora bien, un objeto existe en el tiempo, es decir, es un objeto temporal, si tiene comienzo y tiene fin, si su existencia comienza en un determinado instante y finaliza en otro; un objeto es intemporal si, al igual que lo eterno, no tiene comienzo ni tiene fin —lo sempiterno es aquello que tiene comienzo y no tiene fin—. Lo eterno y lo intemporal no son lo mismo, así puedan impunemente confundirse, en tanto el ser, en su más alto grado de abstracción, y la nada son lo mismo; lo intemporal no está en el tiempo; lo eterno sí dura, pero dura todo el tiempo (Ortega, 1983r, pp. 281 – 282); la eternidad, dice Comte-Sponville (2002), no está en el tiempo, el tiempo está en la eternidad; la eternidad lo contiene (p. 86).

Por otra parte, un objeto existe en el espacio si ocupa un lugar ahí o allí, fuera del sujeto; no aquí, puesto que aquí sólo está el “yo” (Ortega, 1983b, pp. 125 – 126); al Juan, profesor, indagar en el aula de clase por dónde está Pedro, este responderá: “estoy *aquí*, señor profesor”. El espacio es un

concepto negativo, es la negación de la sustancia (Ortega, 1983n, p. 92); hay espacio donde no hay sustancia. Por *su-stancia* (lo que está debajo) se entiende aquello que soporta los accidentes, todo aquello que existe de tal forma que no requiere de nada más para existir; el ser suficiente, el ser que se basta a sí mismo. El color, por esencia, es un accidente; comienza y termina donde comienza y termina la cosa sobre la cual se extiende y se proyecta. Con todo, solemos decir: “deje esa silla en ese espacio”, indicando un sitio no ocupado, un *lugar* en el que “no hay nada”.

Tiempo y espacio son conceptos interdependientes; el tiempo impide que todo nos sea dado de una sola vez (Bergson, 1963, pp. 1033 y ss.); posibilita que las cosas vayan discurriendo por el espacio, por el teatro de la existencia, que vayan pasando, fluyendo. Asimismo, el espacio, dice Ortega (1953), es el medio de la coexistencia: si a un mismo tiempo existen varias cosas, débese al espacio (p. 487).

Como ya se dijo, los objetos naturales existen en el tiempo, tienen comienzo y tienen fin; existen en el espacio, ocupan un lugar ahí o allí, fuera del sujeto; y tienen en sí mismos el principio de su *movimiento*; movimiento (*kínesis*) es todo cambio, toda modificación, no sólo el cambio de lugar al que alude la física moderna. Lo *natural*, pues, tiene en sí mismo el principio de su movimiento, de su cambio, de su modificación; lo artificial, por el contrario, encuentra el principio de su movimiento fuera de él (Aristóteles, 1967a, pp. 961 y ss.). Ejemplos de los objetos naturales son los ríos, las montañas, los árboles.

3. La realidad ideal

En la realidad radical, tal como se expresó, se radica no sólo la realidad natural; también, entre otras, la realidad ideal. Por realidad ideal se entiende el conjunto de los objetos ideales, es decir, de objetos que no existen en el tiempo, no existen en el espacio y carecen de movimiento; se trata de objetos que sólo *ex-isten* en el pensamiento, mas conservan su ser —y por ello son objetos— con independencia del sujeto; son iguales en el pensamiento de todas las personas y siguen siendo lo que son aun cuando nadie piense en ellos (Recaséns, 2003, p. 5); si nadie piensa en ellos, dejan de existir, de

aparecer, pero conservan su ser —ser y existir no son lo mismo; existir es ser o, mejor, estar fuera—. Ejemplos de estos objetos son los números y las figuras geométricas.

Los objetos ideales, pues, nunca existen como individuos, tan sólo existen como abstracciones; así, por ejemplo, el objeto ideal llamado “el triángulo” es el polígono de tres lados y de tres ángulos; el triángulo que dibujamos en el tablero es *un* triángulo, es un objeto cultural que, por reunir las características propias del objeto ideal —polígono de tres lados y de tres ángulos— llamamos “triángulo”; es un objeto cultural que re-presenta al objeto ideal; es más, si cerramos los ojos e imaginamos *un* triángulo, ese tampoco será un objeto ideal, pues será, simplemente, un producto de la imaginación, que llamamos “triángulo” por reunir los rasgos del objeto ideal.

4. La realidad metafísica

Otra realidad, que se radica en la vida de cada cual, es la realidad metafísica, *latente* en todas las demás realidades. Veamos: la expresión “metafísica” fue acuñada por Andrónico de Rodas (Siglo I a. C.), quien, al compilar la obra de Aristóteles, llamó así al libro que este destinó al estudio del ser, del “ente en cuanto ente”; la denominación tuvo un origen puramente casual; se debió a que dicho libro fue ubicado después del libro que Aristóteles destinó al estudio de la física. La metafísica, pues, es el estudio del ser, del ente en cuanto ente (Pardo, 2006, pp. 19 y ss.).

Los griegos, a partir del famoso *Poema* de Parménides (2007), diferenciaron al ser de los entes; los entes son todas las cosas que son; el ser es aquello que unifica la totalidad de las cosas; todas las cosas tienen algo en común: *son*. Los entes son muchos, contingentes, tienen movimiento, son imperfectos (incompletos), limitados y con vacíos; el ser es uno, inmóvil, necesario, imperecedero, se halla totalmente lleno y sin vacíos, es perfecto, completo, terminado por todas partes, es la totalidad envolvente, el todo en cuanto todo (Soto, 2010, pp. 61 y ss.).

Además, el ser, por hallarse en un estado de cribada desnudez, es siempre verdadero; los entes, por habitar en el mundo, por existir, por aparecer,

pueden ser verdaderos o falsos, según si se muestran o no con un ser distinto del que tienen; si muestran tener un ser distinto del que tienen, serán falsos; de lo contrario, serán verdaderos. Los entes, pues, cambian, mas su ser permanece (Marías, 1981, pp. 61 y ss.); el agua del río cambia, pero el río sigue siendo el mismo. Por tanto, el ser de las cosas, que Aristóteles (1967a) llamó “la naturaleza de las cosas”, es aquello que permanece en el cambio; que permanece, pese al cambio, modificación o mutación de los entes (Ortega, 1983g, p. 28).

El objeto metafísico, el ser, afirma Xavier Zubiri (1981), es

constitutivamente latente [...] Se comprende entonces que este peculiar objeto no puede hallarse separado de ningún otro objeto real, ficticio o ideal, sino incluido en todos ellos, sin identificarse con ninguno. Esto es lo que queremos decir al afirmar que es constitutivamente latente: latente bajo todo objeto. Como el hombre se halla constitutivamente vertido hacia los objetos reales, ficticios o ideales, con los que hace su vida y elabora sus ciencias, resulta que ese objeto constitutivamente latente es también, por su propia índole, esencialmente fugitivo. (pp. 29 - 30)

El ser, entonces, es por esencia profundidad, nunca superficie; es bosque, no árbol; los árboles no dejan ver el bosque. Con todo, el *ser* de las cosas pretende ser descubierto por el hombre a través de la abstracción, que es, dice Ortega, una operación mental consistente en suprimirle una o más notas a un determinado concepto, con miras a obtener otro de mayor extensión y de menor contenido (Ortega, 1983q, p. 457); la abstracción es la función esencial del pensamiento; la inteligencia es la capacidad de abstracción, por ende, el músculo del pensamiento.

La metafísica es, según lo dicho, el conocimiento en su mayor grado de abstracción (Ortega, 1983r, p. 323); está reservada, sin duda, su *creación* a las inteligencias más afiladas; desnuda al ente, le quita todo lo que le sobra, pretendiendo hallarlo en su mayor estado de cribada y acendrada desnudez; es este, según Ortega (1983b), el impúdico problema de la metafísica: pretender hallar la verdad desnuda (p. 141). Los griegos utilizaron la expresión *alétheia* para referirse a la verdad, que significa des-ocultar, des-cubrir, des-velar, quitar el cobertor, sacar de la profundidad y llevar a la superficie, hacer patente lo latente (Ortega, 1983h, pp. 446 - 447).

En lo dicho, precisamente, radica la diferencia entre la filosofía y la ciencia; la ciencia se ocupa de descubrir el ser de un determinado objeto del universo; así, por ejemplo, la biología se ocupa de los objetos naturales; las matemáticas, de objetos ideales; la historia, la sociología, de objetos culturales. Al *ser* de un determinado número de objetos se le llama la *esencia*; la ciencia, pues, pretende hacer espumar esencias del universo (Ortega, 1966, p. 422). La filosofía, por el contrario, y, específicamente, la metafísica, pretende hallar el ser de todas las cosas, aquello que unifica la multiplicidad de las cosas, que es latente en todas ellas, que las vincula sistemáticamente, aquietándolas, quitándoles su movimiento y permitiendo pensarlas, aprehenderlas con la tenaza del pensamiento.

El filósofo, contrario a lo que ocurre con la actitud de acumular conceptos propia del científico, obra siempre en actitud “de regreso”, buscando tallar, pulimentar, aquilatar un primer concepto que sirva de soporte para el resto. “Si toda ciencia versa sobre un objeto real, ficticio o ideal, el objeto de la filosofía no es ni real, ni ficticio ni ideal: es otra cosa, tan otra que no es cosa” (Zubiri 1981, p. 29).

Ahora bien, ¿podrá decirse que la filosofía es igual a la sumatoria de las ciencias? No, por supuesto que no; el todo es distinto de la sumatoria de sus partes; lo que al todo lo hace un *todo*, esto es, una entidad distinta de la simple sumatoria de las partes, no es el hecho consistente en que las partes se encuentren agolpadas, reunidas, sino la vinculación sistemática que existe entre ellas. Asimismo, la parte nunca es *parte* apreciada en forma aislada; es parte sólo vista en relación sistemática con las otras partes del todo (Blondel, 1996, pp. 106 y ss.). Pues bien, de eso que vincula sistemáticamente a las distintas partes del todo es de lo que se ocupa la filosofía.

Empero, lo fascinante y lo terrible de la filosofía estriba en que el *ser* no se deja de-finir (poner límites), no se deja conceptualizar; el contenido de los conceptos es lo que hay entre las cosas, y ¿qué hay entre las cosas?: límites; el *ser*, al ser totalidad envolvente, desborda todo límite; el ser es único en su género. Esa verdad incontrastable, que incluso conduce a afirmar que el ser —en su más alto grado de abstracción, en su más cribada, acrisolada, acendrada desnudez— y la nada son lo mismo (Hegel, 2006, pp. 102 y ss.) —si la luz no se tropieza con las cosas, dice Ortega, es lo mismo que la tiniebla—, hace que la metáfora sea imprescindible para la filosofía.

Ortega, maestro de la metáfora, nos dice que esta —la metáfora— consiste en el lenguaje que no dice sino que sugiere; la poesía, pues, será la metáfora que hermosamente sugiere. *Verbi gratia*, dice el meditador del Escorial, refiriéndose al crepúsculo: cuando el cielo se incendia con la sangre derramada por el sol moribundo. La metáfora no sólo sirve, haciendo uso de su “fulguración deliciosa de belleza”, para mostrarnos estéticamente el mundo, ni para, simplemente, atraernos “hacia la exactitud de la idea con la gracia del giro”; es un instrumento imprescindible para acceder a realidades remotas, huidizas, a realidades que escapan a las tenazas del pensamiento, apoyándonos en realidades que nos resultan ser más próximas (Ortega, 1983a, pp. 287 y ss.).

El ser eleático, sin embargo, no sirve para explicar al hombre, cuya vida es la realidad radical; el hombre no tiene un ser inmóvil, no tiene naturaleza, sino historia; el hombre no es, sino que va siendo; no es, sino que *vive*. El hombre, pues, es el único “ente que se hace a sí mismo”, que no tiene un ser definido de antemano, una trayectoria inamovible; se construye a partir de ejercicios de libertad.

Por ello, si por “naturaleza de las cosas”, como ya se dijo, se entiende aquello que permanece, pese al cambio, mutación, movimiento de las cosas, el hombre lo único que tiene de naturaleza es su pasado, lo que ha hecho y le ha pasado. La única forma, en consecuencia, de comprender lo humano es, según el “torero del espíritu”, contando —razón narrativa— una historia, revisando lo que el hombre ha hecho y lo que le ha pasado —*razón histórica*— (Ortega, 1983g, pp. 32 y ss.).

El pasado es imborrable, pero inclina mas no arrastra; dice Borges (1999), en su último libro *Los Conjurados*, escrito, en 1985, en homenaje a su amigo Maurice Abramowicz:

Tuyo es ahora, Abramowicz, el singular sabor de la muerte, a nadie negado, que me será ofrecido en esta casa o del otro lado del mar [...] Tuya será también la certidumbre de que el tiempo se olvida de sus ayeres y de que nada es irreparable o la contraria certidumbre de que los días nada pueden borrar y de que no hay un acto, o un sueño, que no proyecte una sombra infinita. Ginebra te creía un hombre de leyes, un hombre de dictámenes y de causas, pero en cada palabra, en cada silencio, eras un poeta. Acaso estás

hojeando en este momento los muy diversos libros que no escribiste pero que prefijabas y descartabas y que para nosotros te justifican y de algún modo son. (p. 54)

Ahora, el ser, en tanto se des-cubre, en tanto aparece en la realidad radical, no se halla ni en el “yo” (idealismo) ni en las cosas (realismo); el ser va des-ocultándose en la vivencia, en el drama que es la vida de cada cual, en la lucha del “yo” con su circunstancia, en ese habérselas del “yo” con las cosas. La razón, a través de la cual el hombre des-oculta el ser de las cosas, es la razón que se incrusta en la vida (*razón vital*), que se atiene al instante, prescindiendo de la pretensión de ajustar la realidad a unos esquemas conceptuales apriorísticamente fijados (*razón pura*). La razón vital es, así, la razón que se confunde con la vida misma (Ortega, 1983c, pp. 174 y ss.).

El “yo”, por tanto, al encontrarse en el mundo, teniendo que hacerle frente a su circunstancia, se halla en medio de un sistema de ventajas y de desventajas existenciales, de caricias y de tropiezos, de posibilidades y de obstáculos. El “yo”, al saberse existiendo, se siente radicalmente desorientado, debiendo trazarse un mapa existencial, por vía de la interpretación de su circunstancia (Ortega, 1983n, pp. 25 y ss.); al interpretarla, aparecen las cosas, con las cuales ha de habérselas para “llegar a ser el que es”. Las cosas son, vitalmente, ventajas o desventajas, caricias o tropiezos, obstáculos o posibilidades para la existencia del “yo”. “Yo”, según el portentoso decidor, “soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella —salvar en el sentido de comprender— no me salvo yo” (Ortega, 1976, p. 50).

En modo alguno, significa lo anterior que el hombre *exista* en el mundo sólo a través de su pensamiento, a través de sus *ideas*; la mayor parte de su vida se *soporta* en creencias. El hombre sostiene ideas, ocurrencias, pero al hombre, según el filósofo español, lo sostienen sus creencias.

En las creencias respiramos, nos movemos, estamos, existimos, somos; las creencias son todo aquello con lo que el hombre cuenta y en lo que no ha re-parado; se imponen al hombre con tal grado de evidencia que se le confunden con la realidad misma; no le producen a aquel inquietud alguna sobre si lo que ellas dicen se corresponde o no con la realidad. Las creencias constituyen, en efecto, el terreno firme en el que se apoya la existencia (Ortega, 1983i, pp. 384 y ss.).

Las ideas, por el contrario, sigue diciendo Ortega (1983i), son ocurrencias, interpretaciones que hace el hombre de su circunstancia, de la realidad de las cosas que integran su mundo (p. 385). Las ideas surgen por los huecos en las creencias; si una creencia falla, el hombre se siente *a-terrado*, sin piso firme para soportar su existencia, se siente “en un mar de dudas”. En la duda (*sképsis*), el hombre está, como está en sus creencias; pero está de un modo distinto, está como si estuviese en un abismo: cayendo.

Al la circunstancia hacerle cuestión al hombre, se produce la duda, el hueco en la creencia; ello mueve al hombre a fabricarse, con miras a recobrar la calma y habitar con sosiego el mundo, una interpretación sobre ella, sobre su realidad —carácter ortopédico de las ideas— (Ortega, 1983i, pp. 394 y ss.); ese conjunto de ideas, de ocurrencias, al refinarse, dan lugar a la ciencia y a la filosofía; ciencia y filosofía no son nada más, mas tan poco nada menos, que un conjunto de ideas sistematizadas fabricadas por el hombre, con ocasión de la oquedad en sus creencias, con miras a, la primera, hacer espumar esencias del universo, y, la segunda, des-cubrir aquello que unifica y vincula sistemáticamente la totalidad de la realidad.

En rigor, cosa y circunstancia no son lo mismo; la circunstancia es un sistema de posibilidades y de obstáculos; la cosa —y el conjunto de las cosas en el que el *mundo* consiste— es la circunstancia interpretada por el hombre, esto es, es la circunstancia sobre la que el hombre, pretendiendo hallarle su ser con miras a orientarse en el mundo, ha creado una *idea*. Afirma Goethe, con razón, que las cosas son lo que nosotros ponemos en ellas.

5. La realidad cultural

Otra de las realidades que se asoman en la realidad radical es la realidad cultural. La expresión “cultura” es una locución equívoca; puede ser entendida en varios sentidos. Por un lado, se entiende por cultura el sistema de ideas y de creencias en el que habita o se sostiene el hombre; se habla, en tal sentido, del, por ejemplo, “medio cultural” en el que aquel se desenvuelve. Por el otro, se entiende por cultura al producto de la vida biográfica del hombre.

Se alude a la vida biográfica para diferenciarla, como lo hace Ortega, de la vida biológica que, siendo una vida puramente orgánica, es común a hombres y a animales (*verbi gratia*, la respiración, la digestión, la circulación de la sangre). La vida biográfica es, pues, la que se construye a partir de ejercicios de libertad (Ortega, 1983k, pp. 299 y ss.).

Los objetos culturales son, en consecuencia, los objetos creados por el hombre. Así, por ejemplo, las casas, las herramientas, la poesía, la música, la ciencia, la filosofía, el derecho —el derecho *positivo*, por supuesto, esto es, el derecho puesto o impuesto por el hombre—. Estos objetos se diferencian de los demás objetos que existen en el universo en que, al ser “proyecciones humanas”, al ser “vida humana objetivada”, se encuentran dotados de sentido, de significado, por cuanto fueron creados por un porqué —por un motivo— y con un para qué —con una finalidad—; son el producto de una necesidad, penuria o urgencia, y fueron creados para satisfacer la necesidad, superar la penuria o sofocar la urgencia (Recaséns, 2003, pp. 25 y ss.).

6. La realidad y los valores

Los distintos objetos que existen en el universo no nos son indiferentes; unos son mejores y otros peores; unos son bellos y otros horribles; unos son útiles y otros inútiles; unos, justos, y otros, injustos; unos, verdaderos, y otros, falsos. Esa cualidad, pues, que se proyecta, encarna, reposa sobre los objetos, haciendo que no nos resulten indiferentes, son los valores (García, 2002, pp. 271 y ss.). Y ¿qué son los valores? El saber que se ocupa de estudiarlos recibe el nombre de axiología, estimativa o teoría de los valores (Cfr. Frondizi, 1997).

En la axiología existen dos grandes y opuestas corrientes: el relativismo y el absolutismo valorativo; la primera sostiene que los valores son impresiones subjetivas de agrado o de desagrado; no hay valores, tan sólo sujetos que valoran, por ello los valores son relativos; no son *objetos*, en tanto no tienen un ser con independencia del sujeto; cada sujeto, pues, según esta corriente, tiene su propia noción, su propia idea sobre lo justo, lo bello, lo útil, lo verdadero; “entre gustos no hay disgustos” dirá un buen relativista.

Por el contrario, según la segunda corriente —el objetivismo o absolutismo valorativo— los valores son objetos, como quiera que conservan su ser con independencia del sujeto; una cosa son los valores y otra las valoraciones; los valores son absolutos, por cuanto se imponen a los sujetos con independencia de sus impresiones de agrado o de desagrado —el hombre suele hacer cosas que le desagradan, mas se le imponen como valiosas—; las valoraciones, por el contrario, son operaciones de asignación de valor a un determinado objeto; la valoración requiere, por tanto, de la captación de un valor; los sujetos, así, disputan no sobre los valores sino sobre sus valoraciones; hay sujetos que captan adecuadamente los valores; otros, al captarlos en forma inadecuada, se equivocan (Ortega, 1983j, pp. 319 y ss.).

Al decir de Ortega (1983j), más cercano a la segunda corriente, los valores son *cuasiobjetividades*, carecen de sustantividad, requiriendo de otra entidad para encarnarse o proyectarse, para posarse sobre ella —no sólo se proyectan sobre los objetos culturales; un paisaje, por ejemplo, puede ser más bello que otro— (pp. 328 y ss.). Existen distintas clases de valores y se hallan jerarquizados entre sí: hay valores éticos, como la bondad y la justicia; estéticos, como la belleza y lo sublime; lógicos, como la verdad; vitales, como la fortaleza, la gallardía; útiles, como lo idóneo, lo conveniente —que son los valores de la política—; religiosos, como la santidad, la beatitud. Asimismo, tienen —los valores— a la polaridad como una de sus características esenciales; su existencia se produce gracias a la existencia de un antivalor o contravalor, *verbi gratia*, la justicia requiere de la injusticia, la belleza de la fealdad (Ortega, 1983j, pp. 334 – 335). Si todo el mundo fuera bello no se percibiría la belleza, la belleza no aparecería; sólo se perciben los cambios, las modificaciones; quien vive al lado de la cascada, dice Ortega (1976), no escucha su estruendo; cuando se aleja, percibe lo más inimaginable: el silencio (p. 47).

Si bien los valores se proyectan sobre toda clase de objetos, es en los objetos culturales en los que encuentran mayor significación, si se tiene en cuenta que, al ser los objetos culturales creaciones del hombre, son el producto de una valoración acertada o equivocada de este. Para *comprender* tales objetos no basta con describirlos; es menester, pues, interpretarlos, descubriendo la valoración realizada al momento de su creación. El producto de la vida biográfica es el resultado de valoraciones; de preferir, desechando a las demás, una posibilidad existencial, la más valiosa entre las que, en frente de una necesidad —de un porqué—, al “yo” le ofrece su particular circunstancia.

7. La realidad y el perspectivismo

Hecho este recorrido por las distintas realidades radicadas, conviene preguntarnos por si, al arraigarse todas esas realidades en la realidad radical, la realidad *toda* es relativa o absoluta. La respuesta nos la ofrece Ortega afirmando el *perspectivismo*, que no es relativismo, puesto que, para el primero —el perspectivismo—, el conocimiento es absoluto y la realidad es relativa; para el segundo —el relativismo—, el conocimiento es relativo, lo absoluto es la realidad (Ortega, 1983c, pp. 231 y ss.).

Pues bien, según el perspectivismo la realidad es relativa, porque la perspectiva es constitutiva de la misma. Y ¿qué es la perspectiva? La expresión latina *spec* significa mirar (Ortega, 1983b, p. 121); de allí que: espectador, el que mira o contempla; inspector, el que mira por dentro, el que vigila; circunspecto, el que mira cauteloso lo que le rodea, su circunstancia, el prudente; aspecto, el lado de la cosa que se mira; respecto, la cosa o lado de la cosa que se mira; prospectivo, mirada hacia adelante; retrospectivo, mirada hacia atrás; espectáculo, lo que se mira; perspectiva, punto de vista.

Así, la perspectiva —punto de vista— es la forma en que el paisaje se le organiza a cada sujeto, atendiendo a la particular circunstancia en la que se halla incrustado —la perspectiva nos ofrece la realidad en diversos planos y, nos dice Ortega, nuestro corazón reparte los acentos—. Para el perspectivismo, tan cercano a la “teoría de la relatividad” como lejano al relativismo epistemológico, la realidad es relativa, mas el conocimiento de la misma es absoluto. Si las perspectivas fuesen intercambiables, que no lo son —lo que veo a través de mi pupila sólo lo veo “yo”—, cada sujeto, en idéntica perspectiva, percibiría lo mismo. Dios, quien es el único “yo” sin circunstancia, es el poseedor de la verdad absoluta, no porque se encuentre apreciando la realidad al margen del mundo, sino por confluir en él la totalidad de las perspectivas (Ortega, 1983c, pp. 199 y ss.).

Como ya se indicó, el perspectivismo no es relativismo; para el relativismo la realidad es absoluta y el conocimiento es relativo; para el perspectivismo no es que cada sujeto posea su propia verdad; tan sólo posee —el sujeto— la verdad que le corresponde a su particular perspectiva. Bien puede ocurrir que el hombre, en su perspectiva, se equivoque, incurra en un error, sea portador de un conocimiento falso, de un pensamiento que no se adecúe a la reali-

dad. Una cosa, pues, es que no haya verdad (escepticismo) o que la verdad dependa de cada sujeto (relativismo) y, otra cosa, muy distinta, es que a cada sujeto le corresponda una porción de la verdad, aquella a que es acreedora su particular perspectiva. ¡La perspectiva permite ver y conocer, ocultando!

Lo dicho, por supuesto, tiene consecuencias en el plano axiológico; Ortega no habría podido sostener, habiendo reivindicado el perspectivismo, un relativismo valorativo. Para Ortega el hombre, pues, se ve forzado a escoger lo malo sobre lo peor, en la particular circunstancia en la que se halla cautivo; mas al juzgar qué es lo malo y qué es lo peor puede equivocarse. El que, por tanto, el hombre sea un ser circunstanciado, no significa que la verdad sea relativa ni que los valores dependan de las valoraciones; el conocimiento es absoluto —desde cada perspectiva—, la realidad es relativa y los valores son *cuasiobjetividades*.

8. El derecho y su aparición en la realidad radical

La vida, el drama que ella es, consiste en una ocupación; en el “yo” teniendo que habérselas con su circunstancia. El hombre, pues, se ve obligado a tener que enfrentar su circunstancia y, para ello, se ve obligado a salvarla, esto es, a comprenderla. Así, los distintos matices de aquella llevan al hombre a reaccionar de diversas formas; para hacerse cargo de la parte de su circunstancia que es *natural*, el hombre acude a la técnica; es esta el acto reformativo de la naturaleza, por vía del cual se pretenden aminorar o suprimir las dificultades que, para la satisfacción de sus necesidades, al “yo” le reporta la circunstancia en la que se encuentra confinado. La técnica le permite al hombre vacar a lo que es para él radicalmente necesario, esto es, a lo “superfluo”; gracias a la técnica puede el hombre dejar de ocupar todo su tiempo en la satisfacción de las necesidades propias de la vida orgánica —la alimentación, por ejemplo—, y, en consecuencia, ocuparse en su destino ético, en “llegar a ser el que es”, en desplegar su “yo” auténtico, su vocación (Ortega, 1983o, pp. 326 y ss.).

Empero, la circunstancia no se agota en su parte natural; parte de la circunstancia del “yo” son “los otros”, que son sujetos libres al igual que el “yo”, impredecibles en sus reacciones en frente de los actos de este. Esa falta de seguridad, que imposibilita la existencia en coexistencia, lleva a los hom-

bres a crear las normas de conducta; estas pretenden aminorar el margen de incertidumbre existente en las reacciones del “otro” respecto de los actos del “yo”; pretenden, en efecto, que el hombre no haga todo lo que puede, ni deje de hacer todo lo que puede dejar de hacer; toda norma de conducta, por ello, limita la libertad, comporta el encauzamiento de la libertad.

El “otro” es, por tanto, un sujeto peligroso para la existencia del “yo”; de allí que el “yo”, para tratar con el “otro”, se acerque a este a través de ese acto de aproximación cautelosa que es el saludo. El origen, precisamente, del hábito de saludar, dando la mano —oprimiéndola, sacudiéndola y soltándola—, fue el de verificar que el “otro” no viniese armado; hoy, a lo sumo, el dar la mano comporta, al saludar, una solemne declaración, aunque tácita, de mutuo sometimiento a las reglas del trato social. Una vez el “yo”, dado su trato con el “otro”, limita en su mente el margen de posibles reacciones en frente sus actos, aparece el “tú”, con quien el “yo” aminora las formalidades del saludo, en tanto deja de serle un sujeto peligroso (Ortega, 1983b, pp. 174 y ss.). Al valorar positivamente el “yo” las reacciones del “otro” y, así, poder anticipar el entrelazamiento de los proyectos existenciales, surge la amistad.

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

Veamos: un interés, según Carnelutti (2004c), es una posición favorable a la satisfacción de una necesidad; el conflicto de intereses consiste en que la posición favorable a la satisfacción de una necesidad de una persona excluye la posición favorable a la satisfacción de una necesidad de otra (pp. 11 y ss). Los conflictos de intereses, que son inherentes, connaturales a la coexistencia, se producen por el desequilibrio que existe entre las necesidades y los bienes —medios para la satisfacción de aquellas—; las necesidades son ilimitadas y los bienes son limitados (Carnelutti, 2004a, pp. 9 y ss.).

Al derecho no le preocupa la existencia de conflictos de intereses, pues estos, como ya se advirtió, son ineluctables, inevitables en la coexistencia; al

derecho o, mejor, a su creador le preocupa el que a esos conflictos de intereses se les añadan conflictos de voluntades, pues son estos, precisamente, los que imposibilitan la existencia en coexistencia. El derecho, así, no pretende resolver los conflictos de intereses; para resolverlos sería menester un acto milagroso o un acto de martirio; milagroso, multiplicando los bienes existentes para que sean estos suficientes a efectos de suplir todas las necesidades; de martirio, suprimiendo, en clave franciscana, las necesidades, hasta decir: rico no es el que tiene muchos bienes, sino el que tiene pocas necesidades; necesito poco y lo que necesito lo necesito muy poco, diría San Francisco de Asís (Ortega, 1983r, p. 324).

El derecho, pues, pretende posibilitar la existencia en coexistencia, en medio de la inexorable presencia de conflictos de intereses; ello, por medio de la evitación o, en todo caso, de la resolución de los conflictos de voluntades que se les añadan a aquellos —a los conflictos de intereses—. Si a estos últimos se les suman conflictos de voluntades, aparecen los litigios; todo litigio supone la existencia de un conflicto de intereses, mas no todo conflicto de intereses es un litigio; el litigio es un conflicto de intereses calificado por un conflicto de voluntades, un conflicto de intereses calificado, dice Carnelutti, por una pretensión resistida (Carnelutti, 2004c, pp. 44 – 45).

El derecho, así las cosas, pretende evitar litigios o, en el caso de estos presentarse, resolverlos; pretende evitarlos, por medio del llamado derecho sustancial, a través de una repartición directa de los bienes; asegura esta, por vía de una armónica distribución de deberes de abstención y de prestación; de abstención, imponiendo deberes de no afectación de los bienes de otros; de prestación, imponiendo deberes de desprendimiento de determinados bienes en favor de los otros. Si, no obstante esa distribución directa de los bienes hecha por el derecho sustancial, se le añade un conflicto de voluntades al conflicto de intereses, el derecho pretende resolver o, mejor, disolver el litigio, a través del llamado derecho procesal, por vía de una distribución indirecta de los bienes; el derecho encarga a un tercero —el Juez— ajeno al litigio, para que sea él quien determine, en forma concluyente, con el respaldo de la fuerza del Estado, a quién corresponde el *bien* en disputa.

El concepto de bien, sin embargo, no puede ser reducido a su sentido económico; por *bien jurídico* se entiende, en un sentido amplio, todo objeto valioso protegido por el derecho; valioso en tanto es representativo de una

situación de ventaja para quien lo posee, consistente en que, quien lo posee, se halla en una posición favorable a la satisfacción de una necesidad —como quiera que cuenta con el medio para satisfacerla—. Bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la libertad, la integridad moral, el patrimonio económico, etc.

Por otra parte, el derecho realiza dicho encargo a un tercero ajeno al litigio, por cuanto sólo él, al no vivirlo, goza de la distancia espiritual suficiente para contemplarlo; la mujer del moribundo no contempla su muerte, pues la está viviendo. Todo objeto requiere de cierta distancia para ser contemplado adecuadamente, de conservar respecto de él, en palabras del tan mencionado Ortega (1983r), “la castidad de una distancia” (p. 344); de una distancia temporal, como la que requiere el historiador para reconstruir los hechos, en tanto debe esperar a que los mismos se aquieten, dejen de latir; de una distancia espacial, como la exigida para contemplar adecuadamente una catedral o una piedra —una piedra exigirá que sea aproximada a la vista hasta verle sus poros; una catedral, por el contrario, exigirá, para ser adecuadamente apreciada, que se le tome una distancia considerable, renunciando, indefectiblemente, a contemplarle sus poros—. Asimismo, se requiere de la mencionada distancia espiritual, esa que los juristas llaman imparcialidad —*im-partial, no parte*—, pues quien hace parte del conflicto, al estarlo viviendo, no tiene el sosiego aconsejable para contemplarlo.

Con todo, el derecho es, pues, un orden coactivo regulador de la conducta humana, creado con miras a posibilitar la existencia en coexistencia, por vía de la atadura, articulación o ligazón de las existencias individuales, evitando o resolviendo los litigios, y provocando seguridad, confianza en las relaciones interpersonales, al hacer, valiéndose de la fuerza institucionalizada —esto es, de la fuerza regulada en cuanto al quién puede ejercerla, cómo y en qué magnitud debe ejercerla—, que el hombre no haga todo lo que puede y no deje de hacer todo lo que puede dejar de hacer. Por ello, afirma el maestro Francesco Carnelutti (2001), respecto de los conceptos de Estado y de derecho, lo siguiente:

En efecto, Estado es una palabra más transparente que derecho [...] no creo que haya necesidad de romper las palabras cuando dejan ver, como un vaso de cristal, su contenido. Una palabra cristalina es, precisamente, Estado. El verbo latino *stare* es lo que se ve a través del cristal; y eso trasparente

una idea de firmeza, de lo que está. El pueblo, en cuanto logra una cierta firmeza, se convierte en Estado. Entre el pueblo y el Estado se encuentra la misma diferencia que entre los ladrillos y el arco de un puente. El Estado es verdaderamente un arco [...] Hay, sin duda, una fuerza que mantiene a los ladrillos unidos en el arco. Pero esa fuerza no obra sino cuando el arco se ha terminado. ¿Y cómo se hace para terminarlo? He aquí el problema. Los ingenieros saben que el arco, mientras se construye, necesita una armadura [...] El derecho es la armadura del Estado. (p. 2)

Y, luego, advierte:

Ahora la palabra derecho empieza a dejar ver su contenido. El cristal estaba un poco empañado; nuestras reflexiones han servido para limpiarlo. Acaso una palabra todavía más clara sea la latina *ius*. Yo creo que el latín es el más transparente de todos los idiomas del mundo. Los lingüistas no han descubierto hasta ahora el vínculo entre *ius* y *iungere*; sin embargo, no dudo de que en la misma raíz de estas dos palabras se manifieste una de las más maravillosas intuiciones del pensamiento humano. El *ius* une a los hombres como el *iugum* liga a los bueyes y la armadura a los ladrillos. (p. 2)

¿Y por qué el hombre juzga importante, valioso y, más que ello, imprescindible posibilitar la existencia en coexistencia? Porque no hay existencia sin coexistencia: en primer lugar, porque la coexistencia tiene un carácter instrumental para la satisfacción de las necesidades individuales; en segundo lugar, porque sólo la coexistencia permite comunicar la interpretación sobre el mundo; hemos de ser cuidadosos con la advertencia de Sartre: ¡creímos que el mundo era nuevo porque nosotros éramos nuevos en el mundo!

No se crea, por último, que el derecho es el único instrumento de *control social*, esto es, el único instrumento con el que cuenta la sociedad para influir en el comportamiento de sus miembros (Recaséns, 2004, pp. 225 y ss.); las reglas del trato social, la educación, la moda, incluso las religiones, etc. son todos instrumentos de control social. Es más, muchos de ellos, la mayor parte de las veces, ejercen, con mayor eficacia, la presión o estímulo necesarios para que los individuos “no hagan todo lo que pueden”. Sea lo que de ello fuere, el legislador, al crear el derecho positivo, pretende, por supuesto, estimular y desestimular la realización de conductas; estimula aquellas conductas que entiende valiosas para la existencia en coexistencia,

asociándoles a su realización en el mundo una recompensa; desestimula, por el contrario, aquellas otras que considera disvaliosas, en tanto imposibilitan la existencia en coexistencia, atribuyéndoles una pena a su despliegue en el mundo.

UNIDAD

II

Derecho y política

Introducción

El contenido de las normas jurídicas depende, total o parcialmente —según la postura que se asuma— de cambiantes decisiones políticas. Por ello, para el estudio riguroso del fenómeno jurídico es menester ubicarlo en el contexto político en el que este aparece; dicho contexto, como se verá, varía según la relación existente entre el poder y la dignidad humana.

1. ¿Qué es la dignidad humana?

La dignidad humana es el valor que le asiste al hombre debido a su condición; la condición humana consiste en que el hombre es, por esencia, un ser incrustado, circunstanciado, finito, limitado, que resbala, que se tropieza fácilmente con su circunstancia; en suma, un ser que fracasa, que claudica con facilidad. La condición humana, cuya explicación metafórica se halla en la caída original, radica en que el hombre no es “Adán en el Paraíso”, sino un “yo” incrustado, cautivo, prisionero en una circunstancia, en un mundo lleno de adversidades para su des-

pliegue existencial. Sólo cuando el hombre muere, su “yo” se desincrusta del cuerpo, de la circunstancia, disolviéndose en el ser, en la nada; de allí que, dicho metafóricamente (o literalmente para los creyentes), al morir, el hombre se encuentre con Dios; nadie puede verle el rostro a Dios y seguir viviendo, dice el éxodo 33,20; de allí que el hombre, mientras vive, no pueda ser radicalmente feliz; al morir, lo es, pero lo es en forma tal que ya no puede percibirlo; la felicidad requiere de la infelicidad; la felicidad, dice Gómez Dávila (2002), es un instante de silencio en medio de dos ruidos de la vida (p. 106).

El hombre, pues, es un Dios de ocasión (Ortega, 1983g, pp. 35 – 36), es creatura pero también creador; por ello, el hombre se halla a caballo entre Dios y las cosas, entre Dios y las bestias; tiene de Dios lo que tiene de “yo”; tiene de bestia, de cosa lo que tiene de circunstancia. El mito del vino, racionalizado y vuelto metáfora, nos ayuda a entender lo dicho. El vino —otro día un Dios y hoy un problema administrativo— hace que el “yo” sienta que se entreteje armónicamente con su circunstancia, que la absorbe; el “yo” se siente totalidad envolvente; el vino hace que los pies lleguen a la danza, el corazón al amor, la garganta al canto, los labios a la sonrisa, el cerebro a la idea. Al embriagarse, el “yo” siente alegría —expresión esta que viene de aligerar, perder peso—, de allí que el beodo suele ir a trompicones con las cosas. Al día siguiente, recordándole al hombre su condición, recordándole que no es Dios —único “yo” sin circunstancia—, adviene el guayabo; el hombre siente que su “yo” se empequeñece y que su circunstancia, agrandándose, lo avasalla, lo atropella, lo arrastra, se lo traga; la felicidad da mucho guayabo (Ortega, 1998b, pp. 50 y ss.).

Así, la virtud, que es el objetivo de la ética, esto es, la *perfección en acción* de lo que se es en potencia, se logra obrando de conformidad con la condición; sabiéndose un “yo” incorporado en una circunstancia; obrando sin creerse sólo “yo” y sin reconocerse sólo “circunstancia”. El hombre es un “yo”, un centro vital, pero también es circunstancia, paisaje o periferia de los otros hombres; los otros hombres son circunstancia respecto del “yo”; existen, estorbándole o facilitándole el despliegue de su proyecto vital; mas son también centros vitales, al igual que el “yo”.

Ortega, con su teoría sobre la realidad radical, nos permite entender, con particular claridad, el justo medio o término medio aristotélico; la virtud se halla en el justo medio, que es, según Aristóteles (2007), el término equi-

distante a los dos extremos —al exceso y al defecto—; el vicio, en dichos extremos (pp. 23 y ss.); esto es, debe el hombre comportarse de tal manera que no obre ni como si fuese “yo” sin circunstancia, ni como si fuese sólo circunstancia, paisaje o periferia. Es la *frónesis* —prudencia— la que permite hallar el término medio en cada particular circunstancia.

Por ejemplo, en el arrojarse a los peligros, ha de obrarse con valentía (término medio) —“yo” incrustado en una circunstancia—, sin cobardía (defecto) —como si fuese sólo circunstancia—, ni temeridad (exceso) —como si fuese “yo” sin circunstancia—; en el manejo de los bienes, ha de actuarse con liberalidad (término medio) —“yo” cautivo en una circunstancia—, sin ser pródigo (exceso) —como si se tratara de un “yo” sin circunstancia—, ni avaro (defecto) —como si fuese sólo circunstancia—; en el control de las pasiones, ha de obrarse con templanza, sometiendo las pasiones al dominio de la razón (término medio) —“yo” circunstanciado—, sin ser desenfrenado (exceso) —“yo” sin circunstancia—, ni apacible —sólo circunstancia—.

Por lo dicho, según Comte-Sponville (2005), la humildad es el ateísmo en primera persona, es el reconocimiento de la limitación —quien no pueda lo que quiere, que quiera lo que puede, dice Leonardo—; mas humildad no es humillación (pp. 149 y ss.). En cuanto al reconocimiento de la limitación, el término medio, al el hombre saberse un “yo” en una circunstancia, es la humildad; por el contrario, el defecto, al reconocerse sólo paisaje o periferia de los demás, esto es, sólo circunstancia, es la humillación; asimismo, el exceso, al creerse un “yo” sin circunstancia, es la soberbia, el orgullo.

La dignidad humana es, pues, el valor que le asiste al hombre por ser “yo” (centro vital) y circunstancia (paisaje o periferia); por ser, a la vez, fin (centro vital) y medio (circunstancia de los otros hombres). La dignidad humana se conculca por dos vías, por exceso y por defecto; por exceso, si al hombre se le sobrevalora, tratándose exclusivamente como fin en sí mismo —como si fuese un “yo” sin circunstancia—; por defecto, si se le subvalora, concibiéndolo exclusivamente como medio —como si fuese sólo circunstancia respecto de los otros hombres, como si existiese sólo para estorbar o posibilitar sus proyectos vitales.

Ha habido, curiosamente, un lugar común, una insistente equivocación en la interpretación del concepto de dignidad humana propuesto por Kant,

en su *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*: suele decirse que, según Kant, la dignidad humana consiste en que el hombre es un fin en sí mismo y, por ende, no puede ser cosificado, esto es, utilizado como medio para el logro de fines distintos de aquellos que él mismo se ha propuesto, imponiéndole un destino ético, un modelo ideal de vida o proyecto existencial que le es ajeno. Todas las cosas, en tanto tienen valor de cambio, tienen precio; el hombre no tiene precio; tiene dignidad.

Empero, lo que afirma Kant (1996) es lo siguiente:

Pues bien, yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, *existe* como fin en sí mismo, *no meramente como medio* para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre *a la vez como fin* [...] los seres racionales se denominan *personas*, porque su naturaleza ya los distingue como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede lícitamente ser usado *meramente* como medio, y por tanto en la misma medida restringe todo arbitrio [...] El imperativo práctico será así pues el siguiente: *obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio.* (pp. 187 y ss.)

Don José Ortega y Gasset (1998a), sin ser esa su expresa pretensión, hace una magistral interpretación de lo afirmado por Kant, a partir de su tesis sobre la realidad radical:

Pero lo que es sólo elemento de mi periferia, objeto de mi paisaje, tiene el carácter de cosa y no de persona. Cosa es lo que yo veo, palpo, uso, formo, transformo y destruyo. Está ahí para mí, sirviéndome o molestándome. Persona, en cambio, es algo cuando *no sólo* consiste en que yo lo vea y aproveche, en que sea objeto para mí, sino cuando, además de esto, resulta que es también centro vital como yo; por tanto, que también él ve y palpa, se sirve de cosas en su derredor, entre las cuales, tal vez, estoy yo—*cursivas extratexto*—. (p. 346)

Por tanto, el “yo” reconoce al “otro” como persona, como ser con dignidad, si entiende que ese “otro”, además de hacer parte de su circunstancia, de su periferia (medio), es también centro vital (fin), y, por ende, al reconocerle su carácter de centro vital, el “yo” se concibe, también, como parte de la circunstancia del “otro” (medio). El único que es fin en sí mismo, sin ser

nunca medio, es Dios, quien es el único “yo” que no tiene circunstancia. El hombre, pues, en tanto ser con dignidad, es medio y fin *a la vez*; ni sólo medio (sólo circunstancia), ni sólo fin (sólo su “yo”).

Así, si a un hombre se le concibiese sólo como medio, sería cosificado, instrumentalizado; mas si se le tuviese sólo como fin, se le estaría atribuyendo carácter de divinidad, de deidad, con lo que se les estaría violando la dignidad a los demás hombres, en tanto estos serían considerados sólo como circunstancia, paisaje o periferia de aquel, es decir, se entendería que los últimos constituyen, únicamente, tropezos o caricias para el proyecto vital del primero.

2. Estado, derecho y dignidad humana

Como el contenido del derecho, esto es, lo prescrito y lo proscribo por este, depende, según lo ya afirmado, de decisiones políticas, uno será el contenido del derecho propio de un Estado respetuoso de la dignidad humana —Estado personalista—; otro, muy distinto, será el contenido de aquel en un Estado irrespetuoso de la misma —Estado transpersonalista—. Partamos de una metáfora para explicar lo dicho: el derecho es el libreto que regula la novela de la *coexistencia*. Por ello, la exhaustividad con que dicho libreto regule el *rol, papel o personaje* que cada individuo deba desempeñar en dicha novela dependerá, indefectiblemente, del respectivo modelo de Estado.

Así, un Estado *transpersonalista* (*Totalitario*), esto es, un Estado que absorbe los distintos ámbitos de la sociedad, en tanto instrumentaliza a cada ser humano en función de un ideal colectivo, regulará en forma exhaustiva el mencionado personaje, des-humanizando o des-individualizando con ello al sujeto (Ortega, 1983s, p. 191). Tal Estado funcionará a la perfección, cuan aparato de relojería, en el que los engranajes de la maquinaria se encontrarán perfectamente aceitados, perfectamente dispuestos. En última instancia, en dicho Estado, al confundirse él con la sociedad misma, todos sus integrantes terminarán siendo considerados como funcionarios públicos. A medida que el Estado crece, el individuo disminuye, dice Gómez Dávila (2002, p. 28).

Por el contrario, un Estado *personalista*, esto es, un Estado respetuoso de la dignidad humana, deberá, necesariamente, diferenciar, en cuanto a la ex-

haustividad de la regulación de los *personajes* se refiere, entre particulares y funcionarios públicos.

El *personaje*, pues, que el funcionario público debe desempeñar en la novela de la coexistencia, ha de estar regido por el postulado de la legalidad, según el cual todo lo que no le está expresamente señalado, a título de *función*, le estará prohibido realizarlo. Por ello, es adecuado afirmar, con miras a preservar la dignidad humana, que la función pública, al deshumanizar al sujeto, convirtiéndolo en un simple *personaje*, cuyo *rol* le viene trazado con exhaustividad en ese libreto que llamamos *derecho*, ha de ser interpretada en forma restrictiva.

Contrario sensu, el libreto de la novela de la coexistencia deberá, en dicho modelo de Estado, concederle un amplio margen de *improvisación* al particular, con miras a que sea este quien, producto de ejercicios de libertad, construya su propio *personaje*. Así, el liberalismo de un Estado se medirá atendiendo a la mayor o menor amplitud, al mayor o menor margen que este le conceda al particular para que improvise su actuación en la aludida novela. Por ello, con razón, se afirma que en un Estado personalista, respecto de los particulares, rige el postulado de la libertad individual y no el de la legalidad: les está permitido realizar todo aquello que no les esté expresamente prohibido, y les está permitido dejar de realizar todo aquello que no les esté expresamente ordenado; el ámbito de libertad constituye la regla general; las prohibiciones y los mandatos, la excepción.

Por lo dicho, el Estado totalitario o transpersonalista desconoce la dignidad humana, como quiera que concibe al hombre sólo como medio al servicio de ideales colectivos, como circunstancia o periferia; nunca como fin, nunca como centro vital. Al hacerlo, el Estado pierde su condición de instrumento y se convierte en fin en sí mismo, pretendiendo deificarse, adquirir la condición de divinidad; como lo afirma Recaséns Siches (2002), se aniquila al individuo, divinizándose a la colectividad (pp. 497 y ss.).

Por el contrario, el Estado personalista, al posibilitar, bajo ciertos lineamientos generales necesarios para la coexistencia, que cada individuo improvise su *personaje* en dicha novela, reconoce en el hombre su condición de fin en sí mismo, de centro vital, además de su condición de *medio*. Precisamente, por ser también *medio*, al hacer parte de la circunstancia de los

otros hombres, traza esos lineamientos generales, sin, por supuesto, desconocerle su carácter de centro vital.

Existe hoy, en el mundo del derecho, un desafortunado mal entendimiento del concepto de dignidad humana: se suele citar a Kant, para aludir a tal concepto, pero, al desarrollarlo, se hace una tan inconsciente como inapropiada mezcla (toda mezcla —que no *intertextualidad*—, en la vida contemplativa, es inapropiada) con la filosofía de Sartre. Se pretende afirmar que el hombre es un fin en sí mismo, nunca un medio, lo que es un absurdo por lo ya dicho. Si ello fuera así, no existiría el derecho, pues este, por esencia, es encauzamiento de la libertad, con miras a posibilitar la coexistencia —si se concibiese al hombre sólo como un fin en sí mismo, surgiría, políticamente, la anarquía—. Asimismo, la idea del libre desarrollo de la *personalidad* termina por leerse como si se tratase del libre desarrollo de la *animalidad*. Con razón, afirma Gómez Dávila (2002), en la obra ya citada, que, hoy, la idea del libre desarrollo de la personalidad nos parece admirable, hasta tanto tropezamos con individuos cuya personalidad se haya desarrollado libremente (p. 87).

Con todo, el Estado personalista, al posibilitar tal margen de improvisación en la construcción del mencionado *personaje*, es el único que le permite al hombre desarrollarse como ser ético, permitiéndole, recordando a Píndaro —el ya mencionado poeta de la antigüedad— “llegar a ser el que es”, desarrollar su *vocación*, esto es, construir su existencia de conformidad con sus necesidades auténticas y radicales; evita, por tanto, que el “yo” se vea *necesariamente* falsificado, inauténtico, al tener que construir su personaje con un *libreto* distinto de aquel en el que él consiste, distinto de su *vocación*, distinto de aquel *personaje* que él está llamado a re-presentar.

En consecuencia, es el Estado personalista el ámbito jurídico político en el que el hombre, respetando los lineamientos aludidos, puede darle aplicación al “*se formare*” senequiano: fabricándose, moldeándose, esculpiéndose, creándose, organizándose, educándose, escribiéndose, pero, sobre todo, ajustándose, acomodándose a sí mismo. Es, pues, el único espacio jurídico político en el que Lucilio pudo haber atendido los consejos de su maestro: “[...] y antes que todo procura ser coherente contigo mismo, [...] el deber máximo de la sabiduría [...] la igualdad constante del hombre consigo mismo” (Séneca, 1943, pp. 404 y ss.).

La política, entonces, siendo, según palabras de Gómez Dávila (2002), el arte de dosificar la libertad que el hombre puede soportar y la servidumbre que necesita (p. 235), es distinta, atendiendo al respectivo modelo de Estado; en el Estado personalista, será mayor la dosis de libertad que la dosis de servidumbre; en el Estado transpersonalista, será mayor esta última que aquella. Ahora, como la libertad requiere de talento para ser ejercida, la masificación del hombre, su des-individualización constituye un caldo de cultivo para el surgimiento de Estados transpersonalistas; la libertad, así esté encauzada, produce temor, incluso, en el hombre con talento; será siempre más fácil y ordenado, aunque indigno, que el Estado le suministre al individuo el libreto de su personaje, a que este tenga que ingeniarlo, configurarlo, improvisarlo; el des-orden, dentro de ciertos límites, es el precio que ha de pagar el Estado personalista.

Sándor Márai (2006), escritor Húngaro, cuenta que, en una velada de mediados de marzo de 1944, en plena guerra mundial, a punto de ser invadidos por los comunistas, sostuvo una discusión con un pariente adepto al nacional-socialismo; al afirmar Márai que era menester romper los vínculos con los alemanes, su pariente le “dio una respuesta inesperada y sorprendente: —¡Yo soy nacionalsocialista! —dijo a viva voz, y me señaló—: Tú eres incapaz de comprenderlo porque tienes talento. Yo no tengo talento, así que necesito el nacionalsocialismo” (p. 14) —!Qué tratado comprimido de ciencia política!—.

El que el derecho, pues, tal y como lo afirman los positivistas, no esté atado a unas esencias referidas a su contenido, y, por ende, el que dicho contenido sea el producto de decisiones políticas que, al convertirse en usos fuertes, adquieran el carácter de vigencias colectivas, no significa que el contenido ideal o esperado del derecho pueda ser cualquier contenido; es condición de toda realidad, afirma Ortega (1983h), pasar por dos aspectos de sí misma: lo que es cuando es con plenitud o en perfección y lo que es cuando es en ruina —de *ruere*, “lo que se ha venido abajo, lo caído, cadente o decadente”— (pp. 447 - 448); el derecho, así, atendiendo a su contenido, puede tener su “ser en forma” o puede hallarse en sus modos deficientes o ruinosos.

Dice Ortega (1983h):

Supongamos que la única vez que han visto y hablado a un hombre coincidió con una hora en que este hombre sufría un calambre de estómago o tenía un ataque de nervios o cuarenta grados de fiebre. Si alguien después les preguntase qué opinión tenían ustedes sobre lo que aquel hombre es, ¿se considerarían ustedes con derecho a definir su carácter y dotes? Evidentemente no. Lo habían ustedes conocido cuando aquel hombre no era propiamente, sino sólo la ruina de aquel hombre [...] Pues como harían ustedes mal en definir a un hombre según su apariencia cuando le vieron enfermo, el Teatro y toda realidad deben ser definidos según su «ser en forma» y no en sus modos deficientes y ruinosos [...] Recuerdo haber escrito en mi primera juventud —me refiero, por tanto, a remotas cronologías; el párrafo debe encontrarse en unos de mis primeros libros— que prefería en la mujer esa hora vendimial del otoño, cuando la uva, precisamente porque han pasado por ella todos los soles del estío, ha logrado hacer con ellos su sublime dulzura. (pp. 446 – 447)

El derecho, por tanto, propio de un Estado personalista será el “derecho en forma”; el derecho propio de un Estado transpersonalista será el “derecho en estado de deficiencia o de ruina”. ¿Por qué? Porque sólo el primero es idóneo para crear, a largo plazo, circunstancias propicias para la ausencia de conflictos de voluntades que imposibiliten la coexistencia. El Estado transpersonalista o antihumanista, al deshumanizar el individuo, al someterlo a condiciones de vida indignas, si bien puede lograr una tranquilidad inmediata —qué cementerio no es pacífico y ordenado—, es provocador de conflictos de voluntades, de rebeliones, de disolución social; el derecho injusto, como ya se dijo, “es un principio de violencia” (Ortega, 1998b, p. 210).

3. Un ejemplo de la relación *derecho y política*

Un ejemplo de lo dicho: en materia penal, los Estados personalista y transpersonalista persiguen cometidos distintos; el primero, en aras de no instrumentalizar a ningún ser humano en función de la seguridad colectiva, busca que ningún inocente sea castigado y que el castigo del culpable se realice con el menor sacrificio posible de sus derechos, sacrificio mínimo, mas en todo caso necesario para evitar la venganza privada; el segundo pre-

tende, en orden a alcanzar seguridad colectiva al costo que ello implique, que todos los culpables sean castigados.

Por tal razón, el derecho penal propio de un Estado personalista estará rodeado por un sistema de garantías, que constituyen límites al ejercicio del poder punitivo del Estado; el derecho penal propio de un Estado transpersonalista, por el contrario, flexibilizará o suprimirá tales garantías, con miras a alcanzar dicho cometido. Así, *verbi gratia*, en el Estado personalista rige la presunción de inocencia y, por ende, cualquier duda que surja en el proceso penal, en torno de la responsabilidad del procesado, deberá ser desatada en favor suyo —*in dubio pro reo*—; *contrario sensu*, en el Estado transpersonalista rigen la presunción de culpabilidad y, en consecuencia, el *in dubio contra reo*. El Estado personalista prefiere absolver a un culpable que condenar a un inocente; el Estado transpersonalista prefiere condenar a un inocente que absolver a un culpable (Ferrajoli, 1997, pp. 105 y ss.).

Estados personalista y transpersonalista, pues, corren riesgos en materia punitiva; el riesgo del primero consiste en absolver culpables —las garantías, en procura de salvaguardar la dignidad humana, provocan impunidad—; el riesgo del segundo consiste en condenar inocentes —en la eliminación de la impunidad se corre el riesgo de sacrificar inocentes y, de paso, de conculcar la dignidad humana—. El riesgo del liberalismo consiste en absolver culpables; el del totalitarismo, en condenar inocentes. Pues bien, la condena de un inocente perturba la tranquilidad pública más que el delito mismo; será causante, a largo plazo, de mayores conflictos de voluntades, de rebeliones, de disolución social (Solano, 2012b, pp. 143 y ss.).

4. Dos clases de política jurídica

Existen, en consecuencia, dos clases de política jurídica. Veamos: ¿Qué es la política? Según Aristóteles (1967b), la política es el arte de gobernar los pueblos (pp. 1411 y ss.), es decir, es el arte de disponer, de determinar los medios que resultan ser idóneos, necesarios, proporcionados, útiles para alcanzar ciertos fines que le interesan a la *polis*, a lo público, a la colectividad en general; por ello, la política es esencialmente valorativa, en tanto asigna valor a (o reconoce valor en) dichos medios para alcanzar tales fines.

La política jurídica, pues, es aquella parte de la política que se materializa en el arte de legislar, es decir, en el arte de dotar de contenido al derecho, de dotar de contenido a las normas jurídicas, con miras a alcanzar un determinado fin, cual es el de posibilitar la existencia en coexistencia.

Ahora bien, existen, por lo menos, dos clases de política jurídica: la política jurídica propia del Estado personalista, de una ideología humanista o personalista, y la política jurídica propia de un Estado transpersonalista, de una ideología antihumanista o transpersonalista (Cfr. Recaséns, 2002). La política jurídica propia del Estado personalista confiere una mayor dosis de libertad que de servidumbre; la política jurídica de un Estado transpersonalista, por el contrario, confiere al individuo, como ya se dijo, una mayor dosis de servidumbre que de libertad.

¿Por qué razón al hablar de la política jurídica nos referimos al “arte de legislar”? Esa expresión, «arte de legislar», es una expresión metafórica, que, por ende, no *dice* sino que *sugiere*; y esa expresión sugiere que con el derecho ocurre algo similar a lo que ocurre con una obra de arte, específicamente, sugiere que la función que cumple legislador al crear el derecho es similar a la actividad realizada por el artista, especialmente, a través de la pintura: el artista, al crear un cuadro, al crear su obra de arte, cosifica unos hechos, entendiendo por hecho a la cosa en movimiento y por cosa al hecho inmóvil, al hecho sin movimiento (Carnelutti, 2001, p. 16). El artista, al crear un cuadro, abstrae unos hechos (de “*abstrahere*”, que significa sacar), es decir, los saca, los desincrusta de su circunstancia, les quita su movimiento, los aquieta y los crucifica en el cuadro.

Pues bien, dice Ortega y Gasset (1998c) que la diferencia existente entre el marco de un cuadro y el marco de una ventana radica en que a través del marco de la ventana se ven las cosas en movimiento, esto es, se ven los hechos discurriendo, incrustados en el mundo (de “*motu*”, que significa movimiento), en la circunstancia. Por el contrario, a través del marco de un cuadro, se ven simples “formas” liberadas de su existencia, esto es, simple forma liberada de su *ser fuera*, de su discurrir, de su circunstancia, de su *ser en el mundo*. A través del marco de un cuadro, se ven sólo hechos cosificados, aquietados, desincrustados de su circunstancia, esto es, hechos sin movimiento. El artista, entonces, al crear su obra de arte, realiza un acto liberador: libera, al abstraerlo, al hecho de su circunstancia. Por eso dice

Ortega y Gasset que su amigo, el escritor Pío Baroja, que vivía su existencia tan intranquila, hubiese sido feliz si hubiese podido irse a vivir a un cuadro del Greco. El marco de un cuadro, según Ortega, es un aislador; su función consiste en aislar ese “mundo” irreal creado por el artista del mundo real; el marco impide que ese mundo irreal creado por el artista se derrame por los cuatro lados del lienzo y se confunda con la realidad (pp. 307 y ss.).

El legislador, pues, al crear el derecho positivo, realiza una actividad similar a la actividad del artista, porque, al crear el derecho, abstrae unos hechos, esto es, los desincrusta de su circunstancia, cosificándolos en las normas y asignándoles una determinada consecuencia jurídica a su realización en el mundo, consecuencia jurídica que puede consistir bien en una pena (si lo que pretende el legislador es desestimular la realización de tales hechos, en tanto los ha desvalorado o, lo que es lo mismo, los ha valorado negativamente por imposibilitar la existencia en coexistencia), o bien en una recompensa (si lo que pretende es estimular su realización, en tanto los ha valorado positivamente como quiera que posibilitan o favorecen la existencia en coexistencia).

5. El Estado colombiano: un Estado con tendencia al modelo del Estado personalista

La Constitución Política de 1991, que es Constitución porque es el pacto fundacional que *constituye* el Estado, trazó el diseño del Estado colombiano con tendencia a ser un Estado personalista, pues, señaló, en su artículo primero, que este se encuentra fundado sobre el respeto de la dignidad humana. La Constitución de 1991 diseñó el Estado colombiano como un Estado social y democrático de derecho.

¿Ello qué significa? Veamos:

¿Qué quiere decir, en primer lugar, que sea un Estado?

Carnelutti (2001), en su obra ya citada *Arte del derecho*, hace esta reflexión: comienza por decir que en el pensamiento, como en el hecho de caminar, se encuentran caminos de llanura y caminos de montaña; los caminos de llanu-

ra se caminan en forma rectilínea, sin mayores contratiempos; los caminos de montaña se caminan en forma circular, dando vueltas hasta llegar a la cima. En el pensamiento existen caminos que son fáciles de recorrer; otros, por el contrario, en los que es necesario dar vueltas alrededor del concepto con miras a tratar de atraparlo; he allí la importancia, ya señalada, de la metáfora en el pensamiento; hay conceptos huidizos, escurridizos, a los que sólo es posible llegar sugiriéndolos, haciéndoles un gesto, aludiendo a ellos, apoyándonos en realidades conceptuales que nos son más próximas (pp. 1 y ss.).

Dice, además, como ya se citó, que con la expresión “Estado” ocurre algo muy distinto a lo que ocurre con la expresión “derecho”. La expresión Estado proviene de la expresión latina “*stare*” que significa estar; Estado, entonces, es lo que *está*; la expresión Estado nos deja ver, en su etimología, una idea de firmeza. Estado es, por tanto, según su etimología, el pueblo que ha adquirido firmeza.

Para tratar de explicar, pues, esa realidad compleja que es el Estado, Carnelutti (2001) se vale de una metáfora: si comparamos al Estado con el arco de un puente, y al pueblo, a los individuos que integran el Estado con los ladrillos que integran dicho arco, debemos afirmar que el derecho es la armadura del Estado, porque es la armadura que posibilita que esos ladrillos se encuentren articulados en dicho arco; si se retira la armadura del arco, mientras este se está construyendo, mientras este no se encuentre por sí mismo ya en un estado de firmeza, el arco se destruiría, se vendría al piso. Por ello, como ya se advirtió, dice Carnelutti que el Estado es el pueblo que ha adquirido firmeza y que el derecho es la armadura del Estado, en tanto es el instrumento que, valiéndose de la fuerza institucionalizada, mantiene atadas, ligadas, articuladas las existencias individuales (pp. 2 y ss.).

El Estado sólo *está* cuando el pueblo ha adquirido firmeza; es fácil entender por qué el Estado, precisamente, surgió como un Estado *absolutista*; era requisito necesario, indispensable para que el Estado *estuviese*, el que este hubiese concentrado el monopolio de la fuerza, el monopolio de la violencia, y ello, en el Estado absolutista, lo lograba el monarca, con legitimidad mesiánica, valiéndose de cualquier medio.

Luego, y con miras a evitar la arbitrariedad del monarca de turno, el Estado se convirtió en Estado de derecho; después de haber monopolizado el ejer-

cicio de la fuerza, dicho ejercicio fue encauzado, disciplinado, acotado jurídicamente; sólo hay Estado de derecho, por tanto, si el ejercicio del poder se encuentra sometido a una reglas de juego, a unos cauces. Dice Zaffaroni (2000) que el Estado de derecho se diferencia de los Estados autoritarios, que él llama Estados de policía, en que, en estos, los individuos están sometidos a la voluntad del que manda; en aquellos están sometidos al derecho, a la ley (p. 5). Estado de derecho, pues, es poder público jurídicamente encauzado, jurídicamente limitado.

Ahora bien, el Estado de derecho constituye un Estado *democrático* de derecho, al prever unos rigurosos procedimientos para que el contenido del derecho, esto es, de ese derecho que encauza el poder, que encauza el ejercicio de la fuerza sea expresión de la voluntad de la mayoría. Ese concepto de democracia se conoce con el nombre de democracia en sentido formal o procedimental. Luego de la segunda guerra mundial, y debido a los abusos de esas voluntades mayoritarias, surge un modelo de Estado llamado el “Estado constitucional de derecho”. Ese nuevo modelo de Estado redefine el concepto de democracia, así: para este modelo de Estado no basta, para que haya democracia, con que se prevean los procedimientos que garanticen que el contenido del derecho sea expresión de la voluntad de las mayorías; se requiere, además, que la Constitución del Estado, esto es, su pacto fundacional, prevea un sistema de garantías preordenado a la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, incluyéndose, por supuesto y muy especialmente, a las minorías y, de alguna manera, “des-protegiéndose” a las mayorías, en tanto estas, según se dice, se protegerían solas (Ferrajoli, 2004, pp. 19 y ss).

A este nuevo concepto de democracia se le llama democracia material o sustancial, y, por tanto, en los Estados constitucionales de derecho, y Colombia, al menos desde el modelo trazado en la Constitución, es uno de ellos, la voluntad mayoritaria no sobre todo puede decidir y no sobre todo puede dejar de decidir (Ferrajoli, 2004, pp. 15 y ss.); no puede conculcar (violar) derechos fundamentales y no puede dejar de protegerlos (Peña, 1997, p. 73).

Por último, el Estado se convierte en Estado *social* y democrático de derecho si, además de hallarse el poder jurídicamente encauzado, si, además de disponer los procedimientos que garantizan que el contenido del derecho

sea expresión de la voluntad de la mayoría, si, además de la Constitución prever un sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales de todos, incluyendo los de las minorías, la Constitución traza un programa, de contenido predominantemente económico, que el Estado debe cumplir, encaminado a posibilitarle a las personas unas condiciones mínimas de existencia digna; el Estado *social* entiende que no basta con que el hombre tenga libertad; requiere de medios para ejercerla, para alcanzar su proyecto existencial.

Toda esa Teoría del Estado, que hemos importado acríticamente, es el producto de una prolongada evolución histórica, y surge, especialmente, de la realidad europea ¿Por qué se dice “acríticamente”? Para que haya un Estado social y democrático de derecho, en primer lugar, el Estado tiene que *estar*, y, para estar, el Estado tiene que pacificar, concentrar el monopolio de la fuerza; luego, someter esa fuerza a unos cauces; luego, garantizarles a las personas participación en el diseño de esos cauces; luego, garantizar que las mayorías no arrasen con los derechos fundamentales de las minorías; por último, suministrarles las condiciones mínimas de existencia digna a todas las personas, garantizarles medios para ejercer sus libertades. En Colombia comenzamos al revés: llamamos Estado social y democrático de derecho, en el papel, a un Estado que no tiene firmeza, que no está, que no tiene terreno firme en que soportar todos esos adjetivos, todas esas connotaciones.

UNIDAD

III

El concepto de derecho

Introducción

En 1961, quien es considerado como el filósofo del derecho inglés más importante, al menos del siglo XX, Herbert Lionel Adolphus Hart (H.L.A. Hart), publicó una obra que se ha convertido en un texto clásico. Ese texto apareció publicado con el título: *El concepto de derecho* (The concept of Law).

En esa obra, Hart (1998) comienza por denunciar algo que ya había sido denunciado por Kant a finales del siglo XVIII; afirmó, así, que, pese a existir una vasta literatura que pretende responder a la pregunta consistente en qué es el derecho, esa profusa literatura revela, sí, un primer dato de gran importancia para quien se aproxima al estudio del derecho: los estudiosos del derecho, incluyendo a los más rigurosos, no tienen claridad sobre lo que el derecho es, sobre el concepto de derecho (pp. 1 y ss.).

Dice Hart, en la primera parte de su obra, que, en otras disciplinas, como por ejemplo, en la química o en la medicina, no existe esta vasta literatura que sí existe en la nuestra, con miras a determinar lo que ellas consisten

y sus respectivos objetos de estudio. La existencia de esa vasta literatura sobre el concepto de derecho, en muchos casos oscureciendo el objeto que pretende ser definido, más que ser un motivo de orgullo debería avergonzar a los juristas, a los estudiosos del derecho.

1. Pensamiento y lenguaje

Siempre que el ser humano se aproxima el estudio de un determinado objeto no lo encuentra en un estado de acrisolada, purificada desnudez; se encuentra con el objeto y, además, con lo que otros seres humanos han pensado sobre ese objeto, esto es, el hombre halla el objeto cubierto por el ropaje de una serie de ideas, de una serie de interpretaciones que los otros hombres han hecho de este.

Esas otras interpretaciones, esos otros pensamientos en ocasiones hacen que el objeto se oscurezca, hacen que el objeto no puede apreciarse con nitidez; pero, en otras ocasiones, esas ideas, esas interpretaciones, esos pensamientos de otras personas operan como una especie de lente de aumento que permite apreciar con nitidez el perfil del objeto, sus distintas aristas, esto es, le otorgan, le confieren claridad al objeto de estudio (Ortega, 1983c, p. 145).

Ahora bien, gran parte de las confusiones que existen sobre el concepto de derecho radican en que suele confundirse el *concepto* de derecho con las *definiciones* que una serie de autores han propuesto sobre este. Curiosamente, los manuales de Introducción al Derecho, al ocuparse de analizar dicho concepto, no hacen cosa distinta a la de discurrir, en forma asistemática, nemotécnica sobre las *definiciones* que ciertos autores importantes han propuesto sobre el *concepto* de derecho. Se nos citan, por ejemplo, la definición de Kelsen (1995b, pp. 46 y ss.) —orden coactivo regulador de la conducta humana—; la de Tomás de Aquino (2004, p. 8) —ordenación de la razón, dirigida al bien común y promulgada por aquella autoridad que tiene a su cargo una comunidad—; la de Kant (2005, p. 46) —conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad—; la de Stammler (2007, pp. 85 y ss.) —querer entrelazante, autárquico e inviolable—.

Para abordar, con rigor, el estudio de dicho concepto, lo primero que debemos hacer es precisar el concepto de “concepto” y diferenciarlo del concepto de “intuición”, del concepto de “denominación” y del concepto de “definición”; intuición, concepto, denominación y definición son realidades distintas, claramente diferenciables.

Veamos:

Comencemos por afirmar que la intuición y el concepto hacen parte del pensamiento; la denominación y la definición, del lenguaje.

El *lenguaje* es un objeto cultural, específicamente, es el vehículo, el instrumento a través del cual se expresa el pensamiento. El lenguaje, dice Ortega y Gasset (1983k), fue creado por el hombre debido a su ubérrima capacidad de imaginación, de construcción de mundos imaginarios, incluso, de mundos fantasiosos. La imaginación es esa cadena de imágenes que discurre por la mente, que si se compadece con la realidad se llama memoria, y si no, se llama fantasía. El hombre, pues, producto de la construcción de esos mundos imaginarios, incluso fantasiosos, se ve obligado a participar, a comunicar esos mundos a otros seres racionales, buscando interpretación para los mismos. Esa necesidad, dice Ortega, de participar a los otros hombres de esos mundos imaginarios que lo asustan, que lo angustian, llevan al hombre, como ya se dijo, a crear el lenguaje, a crear un instrumento, un vehículo a través del cual pueda comunicar esos mundos imaginarios, pueda comunicar su pensamiento, reclamando, con miras a su sosiego, una interpretación (p. 252 y ss.).

La *denominación*, entonces, hace parte del lenguaje. La denominación (*de-nomen*), ponerle nombre, es un conjunto de signos lingüísticos que indican, que señalan un determinado objeto, un determinado concepto. La función de las palabras, dice Ortega, radica en diferenciar las cosas, en diferenciar los conceptos (Ortega, 1983k, 191). Por ello, dice Borges (2005) en los cuatro primeros versos de su poema *El golem*:

“Si (como afirma el griego en el Cratilo)
el nombre es arquetipo de la cosa,
en las letras de *rosa* está la rosa
y todo el Nilo en la palabra *Nilo*.” (p. 193)

El griego al que se refiere Borges es Platón; el Cratilo es uno de los *Diálogos* de Platón (2011), en el que se discute tratando de establecer, aunque sin esta terminología, si las palabras son signos o son símbolos. Signos y símbolos son, por esencia, objetos representativos de algo, mas el signo tiene una relación natural con el objeto representado, por ejemplo, la relación existente entre el humo y el fuego; el símbolo, por el contrario, guarda una relación convencional con el objeto representado (pp. 529 y ss.). Hoy, para la mayoría de los filósofos las palabras son símbolos, son convenciones, pues no guardan una relación natural con el objeto representado. Por su parte, la expresión “arquetipo” a la que se refiere el poema significa el modelo ideal de algo.

Según Pedro Salinas (2002), en su escrito titulado *En defensa del lenguaje*, el lenguaje es el primer y el último modo que se le da al hombre de tomar posesión de la realidad, de adueñarse del mundo. El hombre, según Salinas, toma posesión de las cosas, por indómitas y gigantescas que estas sean, nombrándolas; hasta lo inefable, que es aquello que no se puede expresar con palabras, necesita de un nombre, necesita llamarse lo *inefable* (pp. 364 y ss.).

Así, en inigualable texto, dice Salinas (2002):

Cuenta el poeta Juan Maragall que en cierta ocasión llevó a una niña de algunos años, que no conocía el mar, a la orilla del Mediterráneo, deseoso de ver el efecto que causaba en ella esa primera visión. La niña se quedó con los ojos muy abiertos y, como si el propio mar le enviara, dictado por el aire, su nombre, dijo solamente: ¡Mar, el mar! La voz es pura defensa. La criatura ve ante sí algo que por sus propias proporciones, su grandeza, su extrañeza, la asusta, casi la amenaza. Y entonces pronuncia, como un conjuro, estos tres sonidos: ¡Mar! Y con ellos, en ellos, sujeta a la inmensa criatura indómita del agua, de sus olas, del horizonte, en un vocablo. En suma, se explica el mar nombrándolo, y al nombrarlo pierde el miedo, se devuelve a su serenidad. (p. 364)

Si el lenguaje, entonces, es el instrumento a través del cual el hombre se apropia de la realidad, la medida del mundo, de la circunstancia del hombre, depende de la medida de su lenguaje.

Ahora bien, la *definición*, también, hace parte del lenguaje. ¿Qué es una definición? Etimológicamente, la expresión definición (*de-finis*) significa

poner límites, ponerle límites a un concepto. Por tanto, la definición es un conjunto de signos lingüísticos, de símbolos dirían algunos, que pretenden delimitar, esto es, trazarle el contorno, acotar un concepto.

Según Wittgenstein, definir es sustituir un conjunto de signos lingüísticos complejos por un conjunto de signos lingüísticos más simples; según Aristóteles, definir consiste en indicar el género próximo y la diferencia específica de un objeto. Podemos afirmar, entonces, que definir es sustituir un conjunto de signos lingüísticos complejos por un conjunto de signos lingüísticos más simples, indicando, con dicha sustitución, el género próximo y la diferencia específica de un concepto (Cfr. Capella, 2002, p. 18). Toda definición, para que sea correcta, debe abarcar todo lo definido y sólo lo definido, y lo definido, lingüísticamente, no puede hacer parte de la definición.

Por otro lado, la *intuición* hace parte del pensamiento. ¿Qué es una intuición? La expresión intuición proviene de la expresión latina *intueri*, que significa ver. La intuición es la imagen que de una cosa se produce en la mente del sujeto como resultado del contacto directo, inmediato con la realidad. Una cosa es una intuición y otra un *concepto*, aunque este también hace parte del pensamiento. ¿Qué es un concepto? Esta palabra proviene de la expresión latina *concupere*, que, a su turno, proviene de las expresiones latinas *capere-cum*, que significan “coger con”. Los conceptos son los instrumentos mentales con los cuales se “cogen”, se aprehenden, se encauzan las intuiciones. Los conceptos son aquellos instrumentos mentales que posibilitan ordenar, organizar, darles forma a las intuiciones, esto es, darles forma a aquellas imágenes que se producen en la mente del sujeto y que resultan del contacto directo con la realidad.

Dice Ortega (1976), en su primer libro, titulado *Meditaciones del Quijote*, publicado en 1914, que el contenido de los conceptos es lo que hay entre las cosas, y ¿qué hay entre las cosas?: Límites (p. 141). Todo concepto es, por tanto, una “formaleta” mental que permite ordenar en la mente lo que se percibe de la realidad. Las intuiciones suministran la materia del conocimiento; los conceptos, su forma. Por ello, según frase famosa de Kant (2002), los conceptos sin las intuiciones son vacíos, las intuiciones sin los conceptos son ciegas (p. 93).

2. Patologías del lenguaje y de la expresión “derecho”

El lenguaje es un instrumento que comunica y, a la vez, incomunica. Como producto de la condición humana, es un instrumento imperfecto que puede imposibilitar la expresión del pensamiento. Por una parte, el hombre se ve forzado a tener que expresarse, vertiendo su pensamiento en esas formaleas lingüísticas que se le imponen como uso social; por otra parte, esas formaleas, en no pocas ocasiones, resultan ser insuficientes o deficientes para expresar lo que, a través de ellas, pretende ser expresado.

El lenguaje, pues, puede presentar tres graves patologías, que impiden el cumplimiento pleno de su función expresiva o representativa, a saber: *equivocidad, vaguedad y carga emotiva*.

Así, una expresión es equívoca si puede ser entendida en varios sentidos; es vaga, si no se encuentra(n) claramente delimitada(s) la(s) realidad(es) conceptual(es) a la(s) que alude(n) el(los) sentido(s) de la expresión; tiene carga emotiva, si su sola pronunciación en el auditorio genera una reacción de adhesión o de rechazo al respectivo discurso.

Ahora bien, la *denominación* “derecho” es una expresión lingüística bastante precaria, porque no nos indica con claridad y precisión el *concepto* de derecho; ello es así porque, como se verá a continuación, esa expresión lingüística padece de esos tres graves problemas, de esas tres graves enfermedades, al parecer insuperables (Peces-Barba, 2000, pp. 20 y ss.).

2.1. Equivocidad

La locución “derecho” es equívoca, ambigua, esto es, no *dispara* unívocamente su significado. Una expresión es equívoca, como ya se dijo, si puede ser entendida en varios sentidos, si tiene varios significados; la primera labor del intelectual, pues, consiste en afinarles la puntería a los signos lingüísticos, de tal manera que disparen unívocamente sus sentidos, sus significados (Ortega, 1998b, p. 140).

La voz “derecho” es equívoca porque puede ser entendida, al menos, en cinco sentidos:

En primer lugar, el derecho en sentido *objetivo*. Se utiliza la expresión “derecho”, así, para referirse al derecho objetivo, esto es, al conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta humana.

En segundo lugar, el derecho en sentido subjetivo. Se utiliza la locución “derecho” en este sentido para referirse al derecho subjetivo, a la facultad reconocida por el derecho objetivo y radicada en cabeza de una persona, para exigir de otra la realización de una determinada conducta.

En tercer lugar, el derecho en sentido *científico*. La voz “derecho” se utiliza, así, para referirse a la ciencia del derecho, a aquel saber que se ocupa, sistemáticamente, de estudiar el derecho objetivo (conjunto de normas jurídicas). Se dice, por ejemplo, “vengo a estudiar derecho (ciencia del derecho) para ver qué derechos (derechos subjetivos) me concede el derecho (derecho objetivo)”.

En cuarto lugar, el derecho en sentido *axiológico*. Se utiliza, también, la expresión “derecho” como sinónimo de justicia. Se suele decir, por ejemplo, “no hay derecho a que...”.

En quinto lugar, el derecho como *ordenamiento jurídico*. Finalmente, la expresión “derecho” se utiliza, además, como sinónimo de ordenamiento jurídico y, en tal sentido, se habla, por ejemplo, del derecho colombiano, el derecho francés, el derecho italiano, el derecho español, etc. (Bobbio, 1997, p 141).

2.2. Vaguedad

La expresión “derecho” es una expresión vaga. Una palabra es vaga si, como ya se dijo, no existe certeza respecto de su significado, si no está claramente delimitada la realidad conceptual a la cual quiere hacerse referencia con dicha expresión.

Bien puede ocurrir que una palabra sea equívoca, en tanto tenga varios significados, y no sea vaga, por cuanto exista certeza respecto de cada uno de ellos, esto es, que, pese a su equivocidad, estén claramente determinadas las realidades conceptuales a las que aluden cada uno de esos significados. Por ejemplo, la voz “gato” es equívoca, pues puede entenderse en dos sentidos:

por una parte, se refiere a un animal; por la otra, a un dispositivo hidráulico para elevar los carros. Sin embargo, dicha locución no es vaga, porque existe certeza respecto de cada uno de esos significados, es decir, están claramente delimitadas las realidades conceptuales a las que aluden tales sentidos.

Con todo, la expresión derecho no sólo tiene varios significados, no sólo es equívoca, sino que, además, no están claramente delimitadas las realidades conceptuales a las que alude cada uno de esos significados. Veamos cuáles son las realidades conceptuales a las que pueden aludir cada una de esas cuatro primeras acepciones de la expresión “derecho”, ya mencionadas:

En primer lugar, el derecho en sentido objetivo o derecho objetivo. En este sentido, no está claro si el derecho objetivo es sólo el derecho *positivo* o si, además del derecho positivo, dicha locución incluye al llamado derecho *natural*. En el pensamiento jurídico, existen dos grandes corrientes, con los más variados matices al interior de las mismas, que gravitan en toda disputa teórica sobre cualquier fenómeno jurídico: el *Iuspositivismo* y el *Iusnaturalismo* (Bobbio, 2015, pp. 122 y ss.).

El *Iuspositivismo* o positivismo jurídico es aquella corriente del pensamiento jurídico que afirma la existencia exclusiva del derecho positivo; el único derecho que existe es el derecho puesto o impuesto por el hombre. El derecho objetivo se reduce entonces al derecho positivo; para los positivistas las expresiones derecho objetivo y derecho positivo son sinónimas. No confundamos, y valga desde ya hacer la anotación, el positivismo jurídico (corriente del pensamiento) con el derecho positivo (objeto de estudio).

Por su parte, el *Iusnaturalismo* es aquella corriente del pensamiento jurídico que afirma la existencia de una dualidad de derechos, a saber: el derecho positivo y el derecho natural; afirma la subordinación del derecho positivo al derecho natural y, por ende, la superioridad del segundo respecto del primero. Para los iusnaturalistas el derecho objetivo no se reduce al derecho positivo, al derecho puesto o impuesto por el hombre; hay otro derecho, el natural, que integra el derecho objetivo, que es un derecho no puesto sino *presupuesto* (Bobbio, 2004, pp. 67 y ss.).

El derecho natural es, entonces, un conjunto de normas jurídicas inmutables y universalmente válidas (válidas en todos los tiempos, en todos los

lugares y respecto de todas las personas), contentivas de las esencias que deben informar las prescripciones de todo derecho positivo; el derecho positivo, para los *iusnaturalistas*, sólo es derecho si contiene esas esencias que preceden ontológicamente a su existencia y que integran el llamado derecho natural. Para los *iusnaturalistas*, pues, el derecho natural es la esencia que precede a la existencia de los derechos positivos, de los derechos puestos por el hombre, entendiéndose por esencia, como ya se dijo, aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra.

Por tanto, para los *iuspositivistas* el derecho positivo es derecho con independencia de cuál sea su contenido; por el contrario, para los *iusnaturalistas* el derecho positivo sólo es derecho si en su contenido se reproducen, se realizan, se materializan esas esencias que integran el derecho natural. Así, para los *iuspositivistas*, por ejemplo para Kelsen (1995b), el derecho positivo es derecho así su contenido sea injusto (pp. 15 y ss.); para los *iusnaturalistas*, por el contrario, el derecho positivo sólo será derecho si su contenido es justo. Para Tomás de Aquino (2004), ilustre *iusnaturalista*, siguiendo en ello a San Agustín, el derecho injusto no es derecho, la ley injusta no es ley, es corrupción de ley (p. 46).

En segundo lugar, el derecho en sentido subjetivo. En este sentido, la expresión lingüística “derecho” también es vaga, porque los juristas y, en general, los operadores jurídicos —quienes funcionan con el derecho— suelen emplear la expresión “derecho” o “derecho subjetivo” para referirse a múltiples y disímiles realidades conceptuales, específicamente, para aludir a distintas situaciones jurídicas de ventaja.

Así, se emplea la voz “derecho subjetivo”, aludiendo a una “facultad”, reconocida por el derecho objetivo, para exigir de otra persona la realización de una determinada conducta (*verbi gratia*, Juan tiene el derecho de exigirle a Pedro que le pague el dinero que le prestó). También, suele emplearse la expresión “derecho subjetivo”, refiriéndose a una “libertad”, a la posibilidad, reconocida y protegida por el derecho objetivo, de determinar la propia conducta (*verbi gratia*, se habla del derecho a la libertad de expresión, del derecho a la libertad de locomoción, el derecho a la libertad de conciencia, etc.). Además, suele usarse esta expresión, para hacer alusión a la “capacidad” que tiene una persona de crear normas jurídicas generales y abstractas o particulares y concretas, y de ejecutar las consecuencias jurídicas de tales

normas (*verbi gratia*, se dice que existe un derecho de o a contratar, o que el Estado tiene el derecho de crear normas jurídicas, el derecho de juzgar, el derecho de ejecutar consecuencias jurídicas). Por último, se usa, también, la locución “derecho”, en sentido subjetivo, para referirse a estados de no sujeción, de no sometimiento al ejercicio de una potestad (*verbi gratia*, cuando una persona tiene un fuero, se afirma tener el derecho a no ser juzgado por un determinado juez sino por otro, o, por ejemplo, suele hablarse del derecho a la cosa juzgada, a la *res iudicata*, que es el atributo de estabilidad que adquieren los efectos que produce una sentencia judicial entre las partes del litigio procesado y enjuiciado; el litigio, como ya se dijo, es un conflicto de intereses calificados por un conflicto de voluntades, esto es, un conflicto de intereses calificado por una pretensión resistida; todo litigio es un conflicto de intereses, pero no todo conflicto de intereses es un litigio).

Pues bien, como la función de las palabras radica en diferenciar las cosas, en diferenciar los conceptos, no es adecuado, no es apropiado que una misma palabra (derecho, en sentido subjetivo) se utilice para referirse a distintos conceptos, a distintas realidades conceptuales, a distintas situaciones jurídicas de ventaja. Por ello, un jurista norteamericano llamado Wesley Newcomb Hohfeld (2001), en una monografía cuya traducción apareció con el nombre de *Conceptos jurídicos fundamentales*, propuso emplear distintas palabras, distintos signos lingüísticos para referirse a cada uno de esos conceptos, a cada una de esas realidades conceptuales. Por tanto, (i) la expresión “derecho subjetivo” debe utilizarse, para evitar la vaguedad, sólo para referirse a las facultades; (ii) para aludir a las libertades, reconocidas y protegidas por el derecho objetivo, propone usar la expresión “privilegios”; (iii) para referirse a la capacidad de crear normas y ejecutar sus consecuencias, propone utilizar la expresión “potestad”; (iv) y, finalmente, para aludir a esos estados o situaciones de no sujeción, de no sometimiento al ejercicio de una potestad, propone usar la voz “inmunidad” (pp. 45 y ss.).

Así, por ejemplo, Juan tiene el *derecho* de exigirle a Pedro que le pague el dinero que le prestó; la libertad de expresión, la de locomoción no son derechos subjetivos sino *privilegios*; no existe radicado en el Estado un derecho de legislar, de juzgar, ni los particulares tienen el derecho de contratar, pues todo ello son *potestades*; los fueros, la caducidad, la cosa juzgada no son derechos, sino inmunidades.

En tercer lugar, el derecho entendido como ciencia. No existe certeza, tampoco, respecto de este significado; no está claramente delimitada la realidad conceptual a la que pretende aludirse en tal sentido, por dos razones:

Por una parte, no hay acuerdo en la doctrina sobre si ese saber, que sistemáticamente se ocupa de estudiar el derecho en sentido objetivo, es o no una ciencia. Algunos autores le niegan el estatuto científico al derecho, y lo hacen porque el objeto de estudio de ese saber, de esa disciplina es altamente mutable; el derecho en sentido objetivo, al depender su contenido de cambiantes decisiones políticas, no constituye, según se dice, un terreno firme sobre el que pueda edificarse una ciencia. Son famosas, a propósito, las expresiones de Pascal según las cuales tres grados de latitud hacen caducar toda la ciencia del derecho (Del Vecchio, 1997, p. 301); son famosas, también, al respecto, las palabras de Kirchmann, quien decía que tres pinceladas del legislador convierten bibliotecas enteras en basura, en papel mojado (Cfr. Aftalión, Vilanova & Raffo, 1999, pp. 159 y ss).

Dice Kirchmann (1983):

La tierra sigue girando alrededor del Sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en tiempo de Plinio. Por tanto, aunque el descubrimiento de las leyes de su naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para los tiempos pasados, y seguirán siéndolo para siempre. Muy otra es la situación de la ciencia jurídica. Cuando esta tras largos años de esfuerzos, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de la institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad. Se parece al viajero en el desierto: divisa lejos opulentos jardines, camina todo el día y a la noche están tan alejados de él como por la mañana. (p. 16)

Empero, si por ciencia se entiende un saber que se ocupa de reconstruir sistemáticamente un determinado objeto del universo, con miras a descubrir, a desvelar su esencia, no existe razón alguna para negarle al derecho su estatuto científico; el que el objeto de estudio sea altamente modificable, esto es, tenga este, en el sentido en el que los griegos entendieron dicha expresión, un veloz “movimiento”, en nada se opone a que ese objeto pueda estudiarse

sistemáticamente, en orden a “hacer espumar su esencia”, a hacer espumar aquello que permanece en dicho objeto, pese a la mutación, al cambio, a la modificación del mismo. Por ello, para algunos (Cfr. Kelsen, 2009), como luego se verá, sólo puede hacerse ciencia del derecho sobre su forma, no sobre su contenido, como quiera que la forma del derecho permanece, mas su contenido cambia, al compás de las proteicas decisiones políticas.

Por otra parte, así se admita que el derecho es una ciencia, esa expresión lingüística sigue siendo vaga, puesto que no están claramente definidas las realidades conceptuales a las que se quiere aludir con dicho significado. Así, para algunos, la ciencia del derecho se reduce a la dogmática jurídica; para otros, la ciencia del derecho incluye las llamadas teorías generales particulares; y, para otros, además de lo anterior, la ciencia del derecho incluye a la llamada teoría general del derecho.

Digamos, por lo pronto, que la dogmática jurídica es el saber que se ocupa de estudiar el contenido de un derecho positivo en particular, o mejor, de una parcela de este, con miras a explicar qué es lo prescrito por dicho derecho, respecto de quiénes se encuentra prescrito y bajo qué circunstancias (Guastini, 1999, pp. 23 y ss). Al sectorizarse el derecho positivo, debe hablarse de dogmáticas particulares, *verbi gratia*, de dogmática civil, dogmática penal, dogmática procesal, etc.

Las teorías generales particulares, por su parte, tienen un mayor nivel de abstracción que las dogmáticas particulares. Las teorías generales particulares, pues, son aquellas que se ocupan de estudiar los conceptos jurídicos que son comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles. Así, por ejemplo, la teoría del delito, la teoría del proceso, la teoría del negocio jurídico, etc. El concepto de delito, por ejemplo, es común al derecho penal de todos los derechos positivos existentes y posibles; el concepto de proceso lo es al derecho procesal de todos los derechos positivos existentes y posibles.

La teoría general del derecho, a su vez, constituye el máximo nivel de abstracción de la ciencia del derecho, porque la teoría general del derecho es aquella parte de la ciencia del derecho que se ocupa de estudiar aquellos conceptos llamados “conceptos jurídicos fundamentales”. ¿Cuáles son esos conceptos? Son aquellos que son comunes a todas las parcelas, a todos los

sectores del derecho positivo y a todos los derechos positivos existentes y posibles. Los conceptos jurídicos fundamentales son aquellas formas, formaletas, aquel ropaje que permanece, que es constante en todos los sectores del derecho positivo y en todos los derechos positivos existentes y posibles, con independencia de los contenidos que a esos continentes, que a esas formas o formaletas les atribuya cada derecho positivo en particular o cada parcela de este (Solano, 2012b, pp. 186 y ss.).

Así, por ejemplo, el concepto de sanción existe en todos los sectores del derecho positivo y es común a todos los derechos positivos existentes y posibles, con independencia de cuáles sean las sanciones que establezca cada derecho positivo en particular y cada parcela de este. Son conceptos jurídicos fundamentales, por ejemplo: los conceptos de norma jurídica, sanción, acto ilícito, deber jurídico, derecho subjetivo, persona, responsabilidad, obligación, carga, privilegio, potestad, sujeción, inmunidad, incompetencia. Esos conceptos integran la llamada “cartografía del derecho”, porque quien los comprende tiene las herramientas necesarias para habérselas con cualquier “mapa normativo”; el conocimiento de tales conceptos diferencia al jurista del simple artesano de disposiciones.

Incluso, y a tal punto es vaga la expresión lingüística “derecho” en este sentido que algunos, además de lo anterior, incluyen en la ciencia del derecho otras disciplinas como lo son la política jurídica, la estimativa o axiología jurídica, la historia del derecho, la sociología jurídica. Ello es así, por cuanto en todo fenómeno jurídico, como se verá, confluyen tres dimensiones (normativa, valorativa y fáctica); toda norma jurídica (dimensión normativa) es el producto de la valoración (dimensión valorativa) de una conducta (dimensión fáctica). Del estudio de la dimensión normativa se ocupan la dogmática jurídica, las teorías generales particulares y la teoría general del derecho; de la dimensión valorativa, la política jurídica y la estimativa o axiología jurídica; de la dimensión fáctica, la historia del derecho y la sociología jurídica, entre otras disciplinas.

Por supuesto, incluir una u otra disciplina en la llamada ciencia del derecho es consecuencia de asumir una determinada postura en relación con la naturaleza del derecho, con su objeto de estudio; dime qué piensas sobre la esencia o naturaleza del derecho y te diré cómo habrás de estudiarlo.

En cuarto lugar, el derecho como sinónimo de justicia. Este significado también es vago e impreciso. ¿Por qué? Porque para algunos la justicia es un valor absoluto; existe con independencia de los sujetos. Ello ocurre, por ejemplo, con los *iusnaturalistas*, quienes se adscriben a un objetivismo o absolutismo axiológico. Para otros, por el contrario, la justicia es un valor relativo, que depende, por ende, de la idea o concepción que cada cual tenga sobre lo justo y lo injusto. Los *iuspositivistas*, como ocurre con Hans Kelsen (2005), suelen adscribirse a un relativismo o subjetivismo axiológico o valorativo. Para Kelsen, los supuestos valores absolutos no son más que fórmulas vacías que sirven para legitimar cualquier orden social, desde la más pura democracia hasta la más cruel dictadura: tanto el demócrata como el dictador pretenden establecer órdenes normativos “justos”. Esos valores absolutos, esos “supuestos” valores absolutos, sólo admiten, según aquel, definiciones formales en las que siempre queda una pregunta por responder. Así, por ejemplo, dicen los *iusnaturalistas* que la justicia es darle a cada quien lo que le corresponde; se pregunta Kelsen, con algo de razón, y ¿qué es lo que le corresponde a cada quien? (pp. 35 y ss.).

2.3. Carga emotiva

La expresión “derecho” posee una fuerte carga emotiva favorable o positiva. Como ya se dijo, una expresión posee una carga emotiva si, por el sólo hecho de ser pronunciada, produce una reacción en el auditorio, ya sea de adhesión o de rechazo al discurso. Hay expresiones lingüísticas que tienen una carga emotiva favorable, en tanto el sólo hecho de pronunciarlas provoca adhesión al discurso por parte del auditorio. Por ejemplo, las voces solidaridad, libertad, paz, dignidad humana. Hay otras, por el contrario, que padecen una carga emotiva desfavorable, provocando emociones negativas. Por ejemplo, terrorismo, corrupción, comunismo.

La expresión “derecho”, en tanto el auditorio la identifica con lo que está *derecho* y no con lo que está torcido, provoca una reacción de adhesión al discurso, provoca emociones positivas o favorables (Peces-Barba, 2000, pp. 22 – 23). La locución “derecho” es, en consecuencia, portadora de una poderosa carga emotiva favorable; esa carga emotiva a tal punto es poderosa que, en las más de las veces, oscurece el concepto, no permite apreciar claramente el concepto de derecho. La expresión derecho, al ser pronunciada

en un auditorio, como se advirtió, sugiere una idea de lo recto, de lo que está derecho, no de lo que está torcido; esa carga emotiva favorable, para los *iuspositivistas*, la “padece” la expresión lingüística “derecho”, y la *padece* porque recordemos que para ellos es derecho también el derecho injusto, el derecho con un contenido aberrante; es derecho, incluso, el derecho propio de los Estados totalitarios.

UNIDAD

IV

El derecho en sentido objetivo o derecho objetivo

Introducción

Tal y como quedó expuesto, la locución “derecho” puede ser entendida en diversos sentidos. Ocupémonos, entonces, de analizar el derecho en sentido objetivo o derecho objetivo. Para ello, nos detendremos en el análisis, en primer lugar, de la definición y clasificación del derecho objetivo; en segundo lugar, de la teoría de la norma jurídica, comprendiendo su naturaleza, estructura, fuentes, funciones e interpretación; y, por último, en tercer lugar, de la teoría del ordenamiento jurídico, abarcando su concepto y sus características.

1. Definición

El derecho en sentido objetivo o derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas, positivas e, incluso, naturales (si se parte de una postura *iusnaturalista*), que regulan el comportamiento humano.

“Jurídico” es, según el diccionario, lo relativo o perteneciente al derecho, por lo que la definición anotada pare-

ciere ser desafortunada, como quiera que afirmar que el derecho objetivo es un conjunto de normas jurídicas equivaldría a decir que el derecho es un conjunto de normas de *derecho*.

La mencionada definición, entonces, nos sugiere, desde ya, algunos de los problemas radicales del pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, ¿será posible hallar unas características que permitan individualizar la *naturaleza* de las normas jurídicas, diferenciándolas de otras normas de conducta?, ¿basta con que una norma regule una conducta de determinada *forma*, para que la misma pueda ser considerada como relativa o perteneciente al derecho?, ¿se requerirá el que la norma haga parte de un determinado contexto normativo, para que la norma adquiera su estatus de juridicidad y, en consecuencia, sea constitutiva de derecho objetivo?

2. Clasificación

Si se parte de una postura *iusnaturalista*, bien puede intentarse una primera clasificación del derecho objetivo, pues, como ya se advirtió, para los *iusnaturalistas* las expresiones derecho objetivo y derecho positivo no son sinónimas. Según esta postura, el derecho objetivo se clasificaría en derecho natural y en derecho positivo. Por derecho natural, como ya ha quedado expresado, entendemos ese conjunto de normas inmutables y universalmente válidas que, en tanto constitutivas de *esencias*, informan los contenidos de todo derecho positivo. Como es sabido, el derecho positivo es el derecho *puesto o impuesto* por el hombre.

Una segunda clasificación, sosténgase una postura *iusnaturalista* o *iuspositivista*, es la que suele hacerse del derecho positivo. En efecto, este suele clasificarse en derecho público y en derecho privado. Esta clasificación, sobre la que la doctrina ha discurrido profusamente, al punto de que algunos dicen que existen más de cien criterios para determinar si una norma es de derecho público o de derecho privado (García, 1995, pp. 131 y ss.), es una clasificación inane, intrascendente, que no produce efectos.

Recordemos, pues, que clasificar es agrupar por clases; toda clasificación es producto de una abstracción, esto es, es producto de eliminar mental-

mente las diferencias que existen entre las cosas, con miras a encontrar aquel rasgo que las unifica, las identifica y, por ende, posibilita agruparlas. Según el pragmatismo, corriente filosófica norteamericana, el alcance de los conceptos debe determinarse atendiendo a sus consecuencias; no debe haber diferenciaciones que sean indiferentes, es decir, que no produzcan efectos. Toda clasificación se justifica, entonces, si provoca consecuencias; así, no debe haber clasificaciones motivadas por un simple afán especulativo (Marías, 1981, pp. 382 y ss).

Nos preguntamos, en tal sentido, ¿qué consecuencias produce clasificar el derecho positivo en derecho público y en derecho privado? Ninguna, y a tal punto es ello cierto que tanto las normas de derecho público como las normas del derecho privado pueden ser normas de orden público o taxativas y normas de(l) orden privado o dispositivas.

Veamos:

¿Qué significa que una norma sea de derecho público o de derecho privado y que una norma sea de orden público o de orden privado?

Comencemos por afirmar que el derecho público es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los Estados, y entre el Estado y los particulares, en aquellos casos en los cuales aquel obra en su condición de ente soberano. El Estado, pues, se desdobra en el ordenamiento jurídico; cumple con dos roles: en ocasiones, actúa como ente soberano, es decir, obra como titular de potestades, personificando dicho ordenamiento, y sujetando o sometiendo a determinados individuos en forma autónoma e independiente respecto de los demás Estados; en otras ocasiones, el Estado se rebaja al estatus de tales individuos, obrando, así, como cualquier otra persona jurídica. *Verbi gratia*, al legislar, al juzgar, al ejecutar consecuencias jurídicas y al controlar a aquellos individuos por vía de los cuales él actúa (que son los llamados funcionarios públicos), obra en su condición de ente soberano; por el contrario, al celebrar contratos, salvo, por ejemplo, en lo relativo a la aplicación de las llamadas cláusulas exorbitantes, obra como cualquier otra persona jurídica.

Por su parte, el derecho privado es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares, y las relaciones entre el Estado

y los particulares, en aquellos casos en los cuales aquel no obra en su condición de ente soberano, sino como cualquier otra persona jurídica.

Tres de las teorías, de los criterios, que se han propuesto para diferenciar las normas del derecho público de las normas del derecho privado, son las siguientes (Cfr. García, 1995, pp. 131 y ss.):

En primer lugar, la teoría orgánica, según la cual una norma es de derecho público si el Estado hace parte de la relación jurídica por ella regulada. Este criterio fue desechado, al entender que el Estado no siempre obra como ente soberano, sino que, por veces, obra como cualquier otra persona jurídica.

En segundo lugar, la teoría de la coordinación o de la subordinación, según la cual una norma es de derecho público si los sujetos que hacen parte de la relación jurídica por ella regulada se encuentran en un plano de subordinación, de tal manera que uno de tales sujetos se halla subordinado al otro, estando, este último, en condiciones de superioridad respecto del primero; una norma es de derecho privado si los sujetos que intervienen en la relación jurídica por ella regulada se encuentran en un plano de igualdad o de coordinación. Si nos atenemos a esta teoría, resultaría difícil hallar normas de derecho privado, bien porque la relación jurídica regulada entraña en sí misma una situación de subordinación, como ocurre con las relaciones jurídicas de índole laboral, o bien por las complejas relaciones jurídicas actuales, reguladas por el derecho comercial, en las que es usual encontrarse con posiciones dominantes y con el simple desenvolvimiento jurídico de contratos de adhesión.

En tercer lugar, la teoría del interés, según la cual son normas de derecho público aquellas que pretenden proteger el interés general, el interés colectivo; por el contrario, son normas de derecho privado aquellas que pretenden proteger un interés particular. Con razón, se ha dicho que esta teoría es equivocada, por cuanto toda norma jurídica, en forma mediata o inmediata, pretende proteger un interés colectivo, cual es el de hacer posible la existencia en coexistencia (García, 1995, p. 133).

Con todo, si nos atenemos a las definiciones propuestas, inicialmente, sobre el derecho público y el derecho privado, bien puede decirse que hacen parte del derecho público: el derecho constitucional, el derecho administra-

tivo, el derecho procesal, el derecho penal, el derecho tributario, el derecho ambiental, el derecho internacional público, entre otros; hacen parte del derecho privado: el derecho civil, el derecho comercial, el derecho internacional privado e, incluso, el derecho laboral (salvo que se sostenga la teoría de la subordinación).

Esta clasificación, como ya ha quedado dicho, es jurídicamente intrascendente y sólo tiene efectos didácticos, porque tanto las normas del derecho público como las normas del derecho privado pueden ser normas de orden público o normas de(l) orden privado. Las normas del derecho público suelen ser de orden público, pero puede haber normas de orden privado en el derecho público. Asimismo, las normas del derecho privado pueden ser normas tanto de orden público como de orden privado.

¿Qué quiere decir, pues, que una norma jurídica sea de orden público o de orden privado? Normas de orden público son las normas taxativas. ¿Y qué es lo taxativo? Según el diccionario (repertorio de las dicciones), taxativo es aquello que no admite discusión; una norma es de orden público si los sujetos que hacen parte de la relación jurídica regulada por ella no pueden disponer de su contenido, no pueden “derogarla” o dejarla sin efectos respecto de la relación jurídica que los vincula. Digamos, por lo pronto, que una relación jurídica es una relación regulada por el derecho. Una relación es esa distancia, ese intervalo que separa a los sujetos y que al mismo tiempo los une, así como el océano separa los continentes y al mismo tiempo los une. Pues bien, aquello que en la coexistencia relaciona a los sujetos, esto es, los separa, los divide y al mismo tiempo los une es el conflicto de intereses; una relación jurídica es, como ya se advirtió, un conflicto de intereses regulado por el derecho.

Ahora bien, normas de orden privado o del orden privado son aquellas en relación con las cuales los sujetos que hacen parte de la relación jurídica por ellas regulada pueden disponer de su contenido, “derogándolas” o dejándolas sin efecto respecto de la particular relación jurídica que los vincula; por ello, los manuales de Introducción al Derecho llaman a estas normas “normas dispositivas”, por oposición a las normas taxativas (García, 1995, pp. 94 y ss.).

Por supuesto, una norma es de orden público si en el desenvolvimiento de la relación jurídica por ella regulada se encuentra inmerso, sumergido,

en forma inmediata, directa, un interés supraindividual, un interés que se encuentra por encima de los intereses particulares de los sujetos que hacen parte de la relación jurídica objeto de regulación. La denominación de estas normas es bien sugerente: se llaman de orden público, puesto que, debido al interés supraindividual, a ese interés colectivo aludido, en caso de que los sujetos que hacen parte de la relación jurídica regulada dispongan del contenido de la norma, de lo prescrito por ella, se des-ordenaría lo *público*, se desarticularían los elementos estructurales de la sociedad que hacen posible la coexistencia.

Recordemos, pues, que a toda norma jurídica subyace, en forma mediata o inmediata, un interés supraindividual; sin embargo, una norma será, entonces, de orden público o taxativa si, en forma directa e inmediata, subyace en ella un interés supraindividual; una norma será de(l) orden privado o dispositiva si el interés supraindividual subyace en ella sólo en una forma mediata o indirecta, por cuanto, en forma directa o inmediata, su creación obedece al interés de los sujetos que hacen parte de la relación jurídica normada.

Las normas del derecho público son, por regla general, normas taxativas, normas de orden público; por excepción, puede haber normas de orden privado en el derecho público. Por ejemplo, las normas penales, por regla general, son de orden público, taxativas. ¿Por qué? El derecho penal es derecho público porque los sujetos que hacen parte de la relación jurídica regulada por sus normas son, por un lado, el Estado, que es el titular de la potestad de castigar (“*ius puniendi*”), y, por el otro, el particular que delinque, que está sujeto, sometido o subordinado a esa potestad. Por regla general, sus normas son de orden público, como quiera que existe un interés supraindividual que, en forma directa e inmediata, subyace al desenvolvimiento de la relación jurídica; ello es así porque los delitos constituyen las conductas que, en la forma más grave e intolerable, imposibilitan la existencia en coexistencia. Por excepción, según el sistema penal acusatorio, especialmente aquel de marcada influencia norteamericana, las normas penales pueden ser dispositivas, pueden ser de orden privado, como quiera que hay casos excepcionales en los que los sujetos que hacen parte de la relación jurídica disciplinada por la norma penal pueden disponer de su contenido, “derogándola” o, mejor, haciendo que esta no produzca efectos respecto de la relación jurídica que los vincula. A estos casos excepcionales,

muy comunes en la justicia norteamericana, se refiere el llamado principio de oportunidad (Solano, 2012a, pp. 202 - 203).

El principio de oportunidad en materia penal, de claro linaje pragmático o utilitarista, es, o mejor, alude a la posibilidad que tiene el Estado, por conducto de la Fiscalía General de la Nación, de, en ciertos casos excepcionales, renunciar al ejercicio de la mal llamada acción penal, o de suspender o interrumpir dicho ejercicio si ya esta había comenzado a ejercerse. Uno de esos casos excepcionales, bastante cuestionable desde una perspectiva ética, es el relativo a la delación que, eufemísticamente, es llamado en nuestro medio “colaboración eficaz”.

Quien ha cometido un delito, puede, pues, “negociar” con el Estado; aquel se obliga a suministrar información con miras a dismantelar una organización delincencial, y el Estado, a cambio de ello, no le impone la pena por su respectivo delito. El principio de oportunidad, así, hace que ciertas normas penales se conviertan en normas de(l) orden privado, en tanto los sujetos que hacen parte de la relación jurídica regulada por ellas (Estado y particular) pueden disponer de su contenido, haciendo que tales normas no se apliquen, no tengan efectos respecto de la relación jurídica que los vincula.

Por su parte, las normas del derecho privado no necesariamente son, todas ellas, normas de(l) orden privado o dispositivas; puede haber normas de orden público en el derecho privado, esto es, puede haber normas en las que se regule una relación jurídica entre particulares y que dicha regulación obedezca, en forma directa e inmediata, a un interés supraindividual. Así, por ejemplo, la norma que regula, que señala los topes, los extremos superiores de los intereses que pueden pactarse en las relaciones contractuales, es una norma de orden público. ¿Por qué? Porque en la regulación que hace esa norma subyace en forma directa e inmediata un interés supraindividual, cual es el llamado orden económico-social, el correcto funcionamiento de la economía. A tal punto es esto cierto que, si se pactan intereses más allá de esos topes, se puede incluso cometer un delito, el delito de usura. El legislador criminaliza la usura, la penaliza, precisamente buscando proteger el correcto funcionamiento de la economía, el llamado orden económico-social, indispensable para asegurar un número indeterminado pero determinable de patrimonios económicos individuales.

3. Teoría de la norma jurídica

Hemos dicho que el derecho objetivo es un conjunto de *normas jurídicas*; por tanto, precisar el concepto de derecho objetivo comporta, necesariamente, precisar el concepto de norma jurídica y, para ello, debemos construir una *teoría* sobre la norma jurídica. Una teoría, como es sabido, es una construcción sistemática de conceptos que pretende explicar la esencia de algo, para el caso, la esencia de la norma jurídica. ¿Qué es una norma jurídica?

3.1. El concepto de norma

Pues bien, para responder a la pregunta consistente en qué es una norma jurídica, debemos, en primer lugar, preguntarnos por qué es una *norma*, para luego, en segundo lugar, cuestionarnos por cuáles son las características que ha de reunir toda norma para que pueda ser considerada como *jurídica*, como “relativa o perteneciente al derecho”.

Veamos:

¿Qué es una norma? Decimos que en el colegio, en la universidad, en la casa hay ciertas normas; decimos que las religiones tienen sus normas; decimos, también, que en el trato con los demás existen ciertas normas; decimos, además, que el derecho es un conjunto de normas. Qué hay de común, pues, en todas esas normas; qué es aquello que unifica la multiplicidad de las mismas; cuál es el *ser* de la norma; cuál su esencia; qué es aquello que hace que una norma sea lo que es y no otra cosa: la respuesta a todas estas preguntas no es pacífica; no existe claridad, siquiera, sobre lo que una norma es.

Digamos, al pronto, que una norma es un juicio del deber ser. ¿Eso qué significa? En la lógica, disciplina que se ocupa de estudiar la estructura del pensamiento, se distinguen los conceptos de juicio y de proposición. El juicio es un pensamiento por vía del cual se le atribuye un determinado predicado a un determinado sujeto; la proposición, la expresión verbal o escrita de un juicio. Al pensar “Juan es blanco”, estoy emitiendo un juicio; al decirlo, estoy emitiendo una proposición. La proposición, pues, es la envoltura lingüística, el vehículo lingüístico a través del cual el juicio se expresa.

El juicio, nos dice Abbagnano (2008), es “ una operación intelectual de síntesis que se expresa en la proposición” (p. 630).

Interpretar, precisamente, es descubrir el juicio que se encuentra expresado, lingüísticamente, a través de una proposición; la labor interpretativa suele ser compleja, difícil, dada la equívocidad, vaguedad y carga emotiva del lenguaje. Y suele ser todavía más compleja porque, como lo afirma Ortega (1983c), el lenguaje se compone de palabras y, sobre todo, de silencios (p. 250), especialmente, debido a que gran parte de lo enunciado se halla implícito en la proposición; obedece a la particular circunstancia en la que se encuentran incrustados el emisor y el receptor de la misma.

Así, por ejemplo, si Juan, en una cafetería, en Colombia, pide un tinto, le servirán un café; mas si Juan, en una cafetería, en España, pide un tinto, le servirán, seguramente, una copa de vino. Una misma expresión lingüística, entonces, dada la particular circunstancia en la que es expresada, puede significar cosas radicalmente distintas. Ahora bien, los juicios, que son pensamientos, se expresan no sólo a través de proposiciones; los semáforos, por ejemplo, son objetos por vía de los cuales se expresa un pensamiento, pensado por alguien, consistente en que las personas deben marchar o detenerse cada cierto tiempo, según el color (Alexy, 2001, p. 51).

Ahora, ¿qué significa que un juicio sea del *deber ser*? Tradicionalmente, los juicios se clasifican en *juicios del ser* y *juicios del deber ser*.

Así:

Los juicios del *ser* son aquellos que se refieren a la realidad, a lo que *es*; los juicios del *ser* son juicios descriptivos, explicativos, por cuanto pretenden describir la realidad, explicar lo que la realidad es; estos juicios son llamados, también, juicios enunciativos (García, 1995, pp. 3 y ss.), denominación esta que puede provocar confusión entre lo que es un juicio, un pensamiento, y lo que es una proposición, enunciación o expresión lingüística de dicho pensamiento.

Los juicios del *ser* pueden ser calificados de verdaderos o de falsos (García, 1995, p. 4). ¿Por qué? Porque en tanto se refieren a la realidad, a lo que *es*, existe un referente con el cual puede confrontarse el contenido del juicio. Si

pienso “Juan es blanco”, bastará con observarlo para determinar si el contenido del juicio se corresponde o no con la realidad. Un juicio es verdadero si su contenido se corresponde con la realidad que pretende describir; un juicio será falso si no existe dicha correspondencia. La verdad es, *recordemos*, el producto de la adecuación del pensamiento a la realidad.

Ejemplos de juicios del ser son las *reglas técnicas* y las llamadas *leyes de la naturaleza* (García, 1995, pp. 5 y ss.). Las reglas técnicas y las leyes de la naturaleza tienen en común (género próximo) el ser juicios del ser. Ahora bien, no son aquellas los únicos juicios del ser; el juicio “Juan es blanco” no es ni una regla técnica ni una ley de la naturaleza y, sin embargo, es un juicio del ser.

Y ¿qué son las reglas técnicas? Las reglas técnicas son juicios del ser (género próximo) que pretenden describir la conexión causal existente entre un medio y un fin de determinado (diferencia específica), es decir, las reglas técnicas son aquellas que le describen al sujeto el medio que necesariamente ha de emplear si quiere alcanzar un determinado fin; por ello, con razón, se dice que las reglas técnicas describen necesidades condicionadas, condicionadas al fin que el sujeto quiere alcanzar: “si usted quiere alcanzar un determinado fin, “yo”, regla técnica, le indico, le señalé, le describo el medio que usted necesariamente tiene que emplear para alcanzar ese fin”. Si no se emplea el medio descrito por la regla no se alcanza el fin, pero, si sí se emplea, necesariamente, fatalmente, indefectiblemente se alcanzará dicho fin. Si un sujeto quiere alcanzar un determinado fin y, en efecto, emplea el medio descrito por la regla técnica y, pese a ello, no alcanza ese fin, significa, entonces, que la regla técnica es falsa, como quiera que su contenido no se corresponde con la realidad (Guastini, 1999, p. 114).

Las reglas técnicas, pues, discurren sobre conexiones causales preexistentes, no crean la conexión entre el medio y el fin, simplemente la describen; la conexión causal entre el medio y el fin preexiste, existe antes de la regla; la conexión causal entre el medio y el fin no existe, como existe, porque así lo diga una regla técnica, sino que la regla técnica dice lo que dice porque existe esa conexión causal entre el medio y el fin; la regla técnica no *rige* la conexión causal entre el medio y el fin, sólo la describe. Ejemplo de una regla técnica: si una persona quiere ir del punto A al punto B, empleando la menor distancia posible, debe irse en línea recta (García, 1995, p. 10), como

quiera que la línea recta es la distancia más corta entre dos puntos (con razón, se dice que lo afirmado sólo es cierto en el plano). Reglas técnicas son, también, por ejemplo, aquellas que se descubren por vía de la interpretación de las “instrucciones de uso” de los aparatos electrodomésticos.

Y ¿qué son las leyes de la naturaleza? Dice Kant (1996), en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, que la Física se ocupa de estudiar las leyes de la naturaleza, y la Ética, por el contrario, se ocupa de estudiar las leyes de la libertad, las normas morales; la Ética constituye, entonces, una reflexión filosófica sobre la moral (pp. 105 y ss.). Ahora bien, las leyes de la naturaleza son juicios del ser (género próximo) que describen las conexiones causales existentes entre los fenómenos de la naturaleza (diferencia específica). Por ejemplo, los cuerpos al ser sometidos al calor se dilatan; esta ley de la naturaleza describe la conexión causal que existe entre dos fenómenos de la naturaleza: por una parte, el sometimiento de los cuerpos al calor y, por la otra, la dilatación de los mismos, la dilatación de esos cuerpos (García, 1995, pp. 5 y ss.).

Entre los fenómenos de la naturaleza existe un vínculo causal, una conexión causal si, al presentarse uno de ellos, el otro no puede dejar de producirse; un fenómeno es *causa* de otro, y este otro es *efecto* del primero si, dado el primer fenómeno, el segundo de ellos se produce en forma fatal y necesaria; hay causalidad entre los fenómenos, por tanto, si existe una relación de necesidad, de fatalidad entre los mismos; dado el uno, el otro no puede dejar de producirse. Las leyes de la naturaleza, así, describen un vínculo de causalidad, de necesidad, de fatalidad existente entre los fenómenos de la naturaleza; las leyes de la naturaleza, en estricto sentido, no son *leyes* de nada, no rigen nada, por cuanto los fenómenos de la naturaleza no se producen como se producen porque así lo diga una ley de la naturaleza, sino que la ley de la naturaleza dice lo que dice porque así se producen los fenómenos de la naturaleza; la *naturaleza* de las leyes de la naturaleza radica en ser puramente descriptivas.

Con todo, si los fenómenos de la naturaleza se producen como los describe la ley de la naturaleza, significa que la ley es verdadera; por el contrario, si no se producen como lo describe dicha ley, significa que esta es falsa. Para que se destruya una ley de la naturaleza basta con que, en una sola ocasión, los fenómenos de la naturaleza no se produzcan como ella los describe. Las

leyes de la naturaleza se obtienen, se descubren a través del método inductivo, que es opuesto al llamado método deductivo. El método inductivo consiste en que, a partir de la observación de hechos particulares, se abstraen, se infieren reglas generales; a partir de la observación de la forma como efectivamente discurren los fenómenos de la naturaleza, se abstraen, entonces, unas reglas generales que permiten pre-ver (ver antes de), pre-decir (decir antes de) la forma como en el futuro van a producirse tales fenómenos. Así, por ejemplo, de la observación de varios, muchos casos de cuerpos que, al ser sometidos al calor, se dilatan, se abstrae una regla general, constitutiva de una ley de la naturaleza, que permite prever, predecir que, si un cuerpo se ha de someter al calor, este, fatal y necesariamente, habrá de dilatarse.

Empero, lo dicho es sólo cierto en los manuales de Introducción al Derecho. La física, desde hace un buen tiempo, viene cuestionado eso que acaba de expresarse. ¿Y por qué ello ha sido cuestionado? Básicamente, por tres razones:

En primer lugar, por la imperfección del método inductivo. El método inductivo, que es el empleado para obtener las leyes de la naturaleza, es un método imperfecto, que no permite prever, predecir relaciones de necesidad y fatalidad (Gascón, M., 2004, pp. 7 y ss.); a lo sumo, posibilita establecer relaciones de probabilidad (Ortega, 1983m, pp. 76 y ss.). Ello es así porque los fenómenos apenas están ocurriendo, están sucediendo, y, por tanto, de la repetición de los fenómenos, a lo sumo, pueden inferirse, entre ellos, relaciones de probabilidad; la repetición de los fenómenos sólo permite inferir que, dado un fenómeno, *probablemente*, se dará el otro.

El método inductivo no permite, pues, inferir verdades absolutas, porque dicho método no se aplica a un universo ya definido de objetos; es más, si el universo de objetos estuviese definido, perdería todo sentido aplicar el método inductivo, por cuanto no habría nada que pre-ver, no habría nada que pre-decir. Así, por ejemplo, del hecho consistente en verificar que muchos hombres han muerto no es posible derivar una verdad absoluta según la cual “todos nos vamos a morir”; hasta ahora muchos se han muerto, lo que indica, a lo sumo, que dada la repetición de ese fenómeno, es *probable* que todos nos vayamos a morir.

En segundo lugar, por la imposibilidad, siquiera, de extraer una relación de probabilidad. Incluso, dicen algunos, de la repetición de los fenómenos ni

siquiera puede extraerse una relación de probabilidad, porque nadie puede asegurar que la simple repetición de los fenómenos no sea más que el producto de una coincidencia; así como nadie podría afirmar que, por haber arrojado una moneda al aire en 500 oportunidades y esta haber caído al suelo las 500 veces de una misma forma, sea probable que, si se la vuelve a arrojar al aire, caerá en esa misma forma (Russell, 2003, pp. 109 y ss.).

En tercer lugar, por la ausencia de relación de causalidad en la parte mínima de la materia. Durante mucho tiempo, partiendo desde Demócrito, se pensó que el átomo era la unidad mínima de la materia. La expresión átomo significa (A=sin y Tomo=parte) “*sin partes*”; se pensó, entonces, que el átomo era la unidad indivisible de la materia. La Física descubrió, luego, la existencia de partículas subatómicas; al experimentar con ellas, la Física cuántica ha hecho un descubrimiento francamente aterrador: tales partículas se comportan de diversas formas, pese a que se experimenta con ellas en iguales condiciones; en el comportamiento de tales partículas no hay necesidad, fatalidad, causalidad; hay posibilidad, contingencia, libertad (Russell, 2003, p. 105).

Por otra parte, contrario a lo que ocurre con los juicios del ser, los juicios del deber ser son prescriptivos, no pretenden describir la realidad, sino guiar, disciplinar, regular, normar la conducta, que, valga desde ya decirlo, es lo único susceptible de ser normado, regulado o disciplinado. Estos juicios, en tanto no se refieren a lo que ha sido ni a lo que es, sino a lo que todavía no es —que puede, incluso, nunca llegar a ser—, no pueden calificarse de verdaderos o de falsos, porque no existe un referente con el cual pueda confrontarse el contenido del juicio. De un juicio del deber ser, por ejemplo “no debes matar”, a lo sumo, cabe afirmar que es justo o injusto, correcto o incorrecto, válido o inválido (García, 1995, pp. 4 y ss.).

Contrario a lo que *supuestamente* ocurre con las leyes de la naturaleza, es de la esencia de estos juicios, los juicios del deber ser, el que su cumplimiento sea contingente, esto es, el que su cumplimiento no sea fatal y necesario; es de la esencia de estos juicios el que lo por ellos prescrito pueda cumplirse o incumplirse, es decir, el que, en el futuro, el ser, la realidad, no se produzca como ellos lo prescriben. Y ¿por qué? ¿Por qué es de la esencia de estos juicios el que su cumplimiento sea contingente? Ello es así porque tienen como presupuesto la libertad del destinatario del juicio, que es la posibi-

lidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales. La posibilidad (potencia), lo posible, es lo único susceptible de ser normado; lo fatal y necesario no es susceptible de normarse, disciplinarse o regularse; sólo es susceptible de describirse y, a lo sumo, de, a través del método inductivo, predecirse o preverse, mas no de normarse; por tanto, la libertad, que es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales, es el presupuesto antropológico de todo orden normativo regulador de la conducta humana, de toda norma de conducta; si se niega la libertad, no tiene ningún sentido predicar la existencia de normas de conducta (Aftalión, Vilanova & Raffo, 1999, p. 354).

Como es sabido, sobre la libertad del hombre existen dos grandes y opuestas corrientes del pensamiento: las corrientes determinista e indeterminista (Aftalión, Vilanova, Raffo, 1999, pp. 355 y ss.). Para la primera, el hombre es un ente más entre los entes; se rige por las mismas leyes causales, naturales que rigen la totalidad de los entes del universo; el hombre no es libre, sino que se cree libre; su creencia se debe a su ignorancia; se cree libre por que ignora las causas de sus actos (Spinoza, 2006, pp. 80 y ss.).

Los textos de ética de los deterministas, en los que la ética alude al carácter —el *ethos*— y no a la conducta como materialización de la libertad, comportan llamados a la tranquilidad del espíritu; si el hombre entiende las cosas que hace y las que le pasan como necesarias, desaparecen el sufrimiento, el arrepentimiento, el remordimiento; desaparece el sentido de la responsabilidad, porque el hombre sólo siente que debe responder por los actos, por las cosas que él ha incrustado en el mundo; cosas y actos respecto de las cuales él es creador y no creatura. Por ejemplo, el texto de Spinoza (2006) sobre ética constituye un tratado sobre las pasiones, sobre aquellas “fuerzas impelentes que arrastran al sujeto aniquilando su voluntad” (De Staël, 2007, p. 39); para los deterministas, pues, el universo, todos sus entes, incluyendo al hombre, se mueven cuan aparato de relojería, en el que, si algo es imprevisible, se debe no a la existencia de libertad, sino al desconocimiento de sus causas.

Al determinismo, pues, se llega por los excesos del racionalismo; el principio de la razón suficiente, descubierto por Leibniz —al afirmar que para una cosa era más fácil no haber sido nada que haber sido lo que es—, nos dice que todo hecho que se produzca en el universo ha de tener su explicación, su causa en un hecho anterior, que constituye su razón suficiente (Or-

tega, 1983m, pp. 63 y ss.); el determinismo, dice Giovanni Papini (1965), no está en las cosas sino en la mente de los hombres, porque estos, debido a su racionalidad, sólo pueden entender un hecho o una cosa si encuentran su causa o fundamento (p. 110).

Para la segunda, la corriente indeterminista, por el contrario, el hombre tiene y, más que tener, es libre albedrío, es libertad; donde hay libertad hay humanidad; la esencia del hombre, como ya se dijo, radica en ser el único ente que se hace a sí mismo, que construye su ser a partir de ejercicios de libertad. Ortega (1983r), por supuesto, es indeterminista o indeterminista *relativo*; el hombre es libre, mas lo es dentro de su fatal circunstancia; posee una libertad limitada, circunstanciada (pp. 431 y ss.); el hombre posee una estructura ontológica “bifronte”, que es en lo que radica, precisamente, la condición humana: es creador (fin) y creatura (medio), es Dios (fin) de ocasión (medio).

La vida consiste en un repertorio finito de decisiones; el hombre comienza a morir desde que nace; en tanto la muerte no es algo venidero, sino que el hombre va muriendo a cada instante —cada instante de su existencia pasa a ser parte del domino de la muerte (Séneca, 1943, p. 445)— debería el hombre parar mientes en cada una de las decisiones que componen su vida; el hombre, al saberse existiendo, es el único animal que, conscientemente, asiste, instante tras instante, a su propio funeral.

La libertad, entonces, la posee el sujeto en un determinado ámbito, y tiene dos dimensiones, una vertical y una horizontal (Burgos, 2005, p. 172); esta se refiere al repertorio de posibilidades existenciales entre las que el sujeto puede escoger; aquella a la posibilidad que tiene el sujeto de modificarse a sí mismo, de escoger cada una de tales posibilidades. Las normas de conducta, entre ellas las jurídicas, limitan la libertad, no en su dimensión horizontal —pues *per se* no privan físicamente al hombre de posibilidades existenciales—, sino en su dimensión vertical, al estimular, mediante recompensas, y desestimar, mediante penas, la escogencia de una determinada posibilidad existencial.

Pues bien, para los indeterministas, los deterministas, incluso, tuvieron que escoger ser deterministas —no es posible que existiese un Dios tan desafortunado que hubiese condenado a ciertas personas a ser deterministas—;

para los deterministas, los indeterministas estarían condenados a ser indeterministas, por ende, a estar equivocados.

Ahora bien, para algunos, que en el derecho suelen ser los *iuspositivistas*, los juicios del ser y los juicios del deber ser integran mundos radicalmente distintos; los juicios del ser no pueden derivarse de los juicios del deber ser, y los juicios del deber ser no pueden derivarse de los juicios del ser; que las cosas sean como son no quiere decir que deban ser como son; asimismo, que la realidad deba ser de una determinada manera no quiere decir que sea de esa manera. A tal punto son radicalmente distintos los mundos del ser y del deber ser que el deber ser no sólo *no es* y no sólo *todavía* no es, sino que, incluso, puede *nunca* llegar a ser y seguir existiendo como deber ser.

A esa tajante separación entre juicios del ser y juicios del deber ser se le conoce, pues, con el nombre de Ley de Hume o dualismo metodológico kantiano: si de un juicio del ser pretende derivarse un juicio del deber ser se incurre en lo que se conoce con el nombre de *falacia naturalista*, y, si de los juicios del deber ser se pretende derivar un juicio del ser, se incurre en una *falacia normativista* (Gascón & García, 2005, pp. 56 y ss.). Las estadísticas, por ejemplo, que, como es sabido, posibilitan establecer relaciones de probabilidad, suelen ser manipulables porque se prestan para incurrir en falacias naturalistas, ya que el que las cosas sean como son no quiere decir que deban ser como son.

Con todo, no debemos confundir lo falso con lo falaz, la falsedad con la falacia. La falsedad es un predicado de las cosas o de los juicios del ser. Según los griegos, una cosa es verdadera si muestra el ser que tiene (Marías, 1981, p. 65). Por el contrario, una cosa es falsa si muestra tener un ser distinto del que tiene. Un juicio es falso si su contenido no se corresponde con la realidad que pretende describir; la falsedad es el producto de la disconformidad del pensamiento con la realidad. La falacia, por su parte, es una “patología” del razonamiento lógico, que consiste en una inferencia lógica incorrecta (Abbagnano, 2008, pp. 469 – 470). Si esa incorrección no es el producto de un error sino que es intencional, la falacia recibe el nombre de sofisma. El sofisma es una inferencia lógica incorrecta, intencionalmente realizada por el sujeto; a punta de verdades se puede construir un sofisma. Por ejemplo, pretender inferir de las premisas “Juan y Pablo son hermanos” y “Juan y Pablo son cristianos”, que “Juan y Pablo son hermanos cristianos”; esto es falaz.

Por otra parte, los juicios del deber ser se clasifican en juicios categóricos y en juicios hipotéticos. Los juicios categóricos son aquellos en los que la atribución del predicado al sujeto no depende de una condición; juicios hipotéticos, por el contrario, son aquellos en los que la atribución del predicado al sujeto depende de una condición. Los Diez Mandamientos, por ejemplo, son juicios categóricos, son juicios del *deber ser categóricos*; el mandamiento de “no matar” es un juicio del deber ser (tiende a regular la conducta), en el que la atribución del predicado (deber de no matar) al sujeto, a la persona sobre la cual recae, no depende de una condición. Ejemplo de un juicio del deber ser hipotético es el siguiente: “si una persona mata a otra, usted, señor juez, tiene el deber de imponerle a esa persona una sanción”. El predicado de ese juicio es el deber de imponer la sanción; el sujeto al que se le atribuye ese predicado es el juez, en tanto es él el llamado a imponer la sanción; se trata de un juicio hipotético porque la atribución de dicho predicado (deber de imponer la sanción) a dicho sujeto (el juez) depende de una condición, consistente, en este caso, en que una persona mate a otra.

Esa clasificación de los juicios, en hipotéticos y categóricos, tiene un confuso antecedente en la teoría que sobre los imperativos expuso Kant (1996), según la cual estos pueden ser de dos clases: imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Imperativos categóricos son aquellos que prescriben una conducta, una acción en sí misma como “objetivamente necesaria”; por el contrario, imperativos hipotéticos son aquellos que prescriben una conducta no en sí misma, sino como necesaria para el alcance de un determinado fin (p. 163). Ejemplos de estos últimos, según este filósofo, son las reglas técnicas. Para algunos filósofos la ética se reduce a un conjunto de reglas técnicas: “si usted quiere alcanzar la vida bienaventurada, la felicidad, los imperativos éticos le muestran el camino que se ha de recorrer para que pueda alcanzar ese fin”; para Kant (1996), el deber moral es constitutivo de un imperativo categórico que, por lo mismo, prescribe la conducta en sí misma como objetivamente necesaria: obra de tal manera que tu conducta pueda erigirse en máxima universal del obrar (p. 173).

Esa clasificación Kantiana de los imperativos ha sido muy cuestionada en el mundo del derecho, con razón, porque los supuestos “imperativos hipotéticos”, en rigor, no son juicios del deber ser, no son imperativos; son juicios del ser, juicios descriptivos, que explican, mas no prescriben, el medio que necesariamente ha de emplearse para alcanzar un fin determinado; con ra-

zón, se ha dicho que, al hablar Kant de los imperativos hipotéticos, confundió las necesidades condicionadas con los deberes condicionados. Esta fue la crítica, precisamente, formulada por el jurista germánico Rodolfo Laun, en su discurso rectoral del 10 de noviembre de 1924, en la Universidad de Hamburgo (García, 1995, pp. 9 y ss.).

Las reglas técnicas, como ha quedado dicho, se refieren a necesidades condicionadas, condicionadas al fin que el sujeto pretende alcanzar; las reglas técnicas son juicios descriptivos, por cuanto le indican al sujeto el medio que necesariamente ha de emplear para alcanzar el fin que se ha propuesto; son juicios descriptivos porque la conexión entre el medio y el fin no la crea la regla; la regla no *prescribe* esa conexión, la conexión preexiste (existe antes de) a la regla, y, por ende, la regla simplemente la describe.

Por el contrario, los juicios del deber ser, que son las normas de conducta, prescriben deberes que pueden o no estar condicionados. Si el juicio del deber ser es categórico, el deber no estará condicionado, como quiera que la atribución del predicado al sujeto no pende de una condición; si el juicio del deber ser es hipotético, el deber contenido en el juicio estará condicionado, por cuanto la atribución del predicado al sujeto dependerá de la realización de una condición. Por tanto, los imperativos hipotéticos, en el lenguaje kantiano, no son juicios del deber ser hipotéticos; los primeros se refieren a necesidades condicionadas; los segundos, a deberes condicionados (García, 1995, p. 10).

3.2. El concepto de norma *jurídica*

Hemos dicho, entonces, que las normas de conducta son juicios del deber ser, hipotéticos o categóricos. Y ¿qué es la norma *jurídica*? Hans Kelsen, que es para el derecho lo que Kant es para la filosofía (García, 1994, p. 8), en un primer momento de su pensamiento, dijo que las normas morales son juicios del deber ser categóricos; las normas jurídicas, por el contrario, son juicios del deber ser hipotéticos.

¿Por qué? Veamos:

Según Kelsen (1995b), la esencia del derecho radica en no tener esencia alguna en lo que a su contenido respecta; la esencia del derecho está en su

forma, no en su contenido; su forma es lo que permanece, pese al cambio, a la modificación, al movimiento de su contenido. Esa forma consiste, precisamente, en que el derecho regula la conducta valiéndose de la *coacción*, valiéndose de la fuerza institucionalizada; el derecho, según Kelsen, es un orden coactivo regulador de la conducta humana (pp. 46 y ss.).

Pues bien, según este autor, en todo ordenamiento jurídico existen dos clases de normas: unas, que él llamó “normas primarias”; otras, llamadas por él “normas secundarias”. Las normas primarias son las verdaderas normas jurídicas, porque son las que contienen la sanción, son las que posibilitan el acto coactivo por parte del Estado que, según este autor, es lo que constituye la esencia del derecho; las normas secundarias, por su parte, carecen de entidad propia, puesto que se infieren lógicamente de las normas primarias; son, además, las que contienen el deber jurídico (Kelsen, 2011, pp. 60 y ss.).

Las normas primarias, que son creadas por el legislador, están dirigidas al juez, quien es el destinatario directo del derecho, porque es él el llamado a imponer la sanción. Estas normas se representan gráficamente de la siguiente manera: “si es *A* debe ser *S*”, siendo *A* el acto antijurídico —que Carnelutti (2008), como lo veremos, prefiere llamar acto ilícito (pp. 67 y ss.)—, y siendo *S* la sanción. Esto significa que, dado el acto antijurídico, “usted, señor juez, tiene el deber de imponer una sanción”. Por tanto, las normas primarias, que son las verdaderas normas jurídicas, son juicios del deber ser hipotéticos, porque la atribución del predicado (deber de imponer la sanción) al sujeto (el juez) depende de la realización de una condición (el acto antijurídico).

Las normas secundarias, a su turno, se representan gráficamente así: “debe no ser *A*”, siendo *A* el acto antijurídico; las normas secundarias, como ya se dijo, son las que contienen el deber jurídico y se infieren lógicamente de las normas primarias, es decir, no tienen existencia por sí mismas; dependen, en cuanto a su existencia, de las normas primarias.

El legislador, entonces, al crear el derecho, al crear las normas jurídicas, utiliza una técnica de motivación indirecta, que consiste en lo siguiente: el legislador le habla al juez, que es el llamado a imponer la sanción, pero no le habla al oído; le habla de lejos y en tono fuerte, para que los particulares, al escuchar ese mensaje, que el legislador le está enviando *directamente* al juez,

puedan inferir, deducir sus deberes. Con el legislador, por tanto, ocurre algo similar a lo que ocurre en el ámbito doméstico: el padre de familia le dice a la mamá, en la casa, que si Juanito, su hijo, no hace la tarea, no lo deje salir a la calle; sin embargo, ello no se lo dice encerrados en el cuarto o en voz baja; se lo dice desde la puerta de la casa, en tono fuerte, para que Juanito lo escuche, y Juanito, que no sabe nada de derecho, que no ha leído a Kelsen ni conoce la llamada teoría pura del derecho, infiere que su deber consiste en realizar la conducta opuesta a aquella conducta que le acarreará la sanción, es decir, infiere que su deber es hacer la tarea (Nino, 2001, pp. 83 y ss.).

Empero, el propio Kelsen descubrió que no todas las normas jurídicas son juicios del deber ser hipotéticos; así, afirma que existen unas normas jurídicas constitutivas de juicios del deber ser categóricos, y trae a colación, como ejemplo, las normas particulares y concretas, las normas jurídicas individualizadas creadas por los jueces en sus sentencias; *verbi gratia*, luego de tramitarse un proceso penal y dadas unas condiciones, el juez puede proferir una sentencia que contenga una norma individualizada, una norma particular y concreta cuyo contenido sea este: “Juan deberá pagar una pena de prisión de 10 años”. Evidentemente, se trata de un juicio categórico (Kelsen, 1995a, p. 45).

Con todo, el propio Kelsen terminará por afirmar que las normas jurídicas no son *juicios* del deber ser; seguramente, al consultar a los estudiosos de la lógica, encontró que, para estos, a todo juicio le es connatural una pretensión de verdad. Por ello, y en tanto la verdad sólo es predicable de los juicios del ser, los llamados “juicios del deber ser” no pueden seguir llamándose juicios. Kelsen (Cfr., 1994) concluirá su pensamiento sobre las normas jurídicas, afirmando que estas son *pensamientos imperativos objetivados* —o, mejor, simples actos de voluntad objetivados—, esto es, pensamientos imperativos que, una vez creados, una vez pensados, al reunir ciertas exigencias de validez, se separan de su sujeto creador y se incorporan a un objeto, a una entidad distinta del sujeto creador, llamado el ordenamiento jurídico. Para Kelsen (1995a), el concepto de validez es el que posibilita la objetivación de ese pensamiento imperativo, esto es, es el que posibilita que el pensamiento imperativo, en el que la norma consiste, se separe del sujeto creador y se incorpore en una entidad distinta de él; la validez, según el pensamiento kelseniano, condiciona la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico (129 y ss.).

Ahora bien, al concebir la norma jurídica como un pensamiento imperativo objetivado, Kelsen se aparta de una famosa postura de un jurista inglés llamado John Austin (2002), según la cual las normas jurídicas son mandatos sicologizados, esto es, mandatos a través de los cuales se expresa la voluntad o el deseo del soberano (pp. 33 y ss.).

Así, John Austin (2002), en el año de 1832, publicó la primera edición de su famosa obra llamada *El objeto de la jurisprudencia*. En esta obra, que es tan famosa como criticada, la expresión “jurisprudencia” es utilizada como sinónimo de ciencia del derecho. Ello hay que precisarlo, pues la expresión “jurisprudencia” es equívoca, ya que puede entenderse en tres sentidos: en primer lugar, se habla de jurisprudencia para referirse a una providencia judicial, esto es, a un documento que contiene una decisión judicial; en segundo lugar, se emplea dicha locución para referirse al precedente judicial obligatorio; y, en tercer lugar, se le utiliza para aludir a la ciencia del derecho. De ahí que una que otra Facultad de Derecho se llame *Facultad de Jurisprudencia*.

Esa obra de Austin, si bien ha sido acertadamente criticada, tiene dos grandes méritos: en primer lugar, es la primera obra en la que se habla de nociones, de conceptos aplicables a todos los derechos positivos; por tanto, es la primera obra en la que se habla de conceptos jurídicos fundamentales. En segundo lugar, esa obra marca el inicio de una Escuela, de una corriente del pensamiento jurídico, y, especialmente, de una particular forma de estudiar el derecho, que aún no ha finalizado, llamada la Jurisprudencia Analítica; se trata de una corriente del pensamiento que pretende desentrañar los conceptos básicos del derecho, a partir de un análisis lógico del lenguaje.

Austin, entonces, entiende que las normas jurídicas son mandatos sicologizados, por cuanto expresan una voluntad, un deseo: la voluntad y el deseo del soberano; toda norma jurídica es una orden emitida por el soberano y respaldada por una amenaza; toda norma jurídica, pues, supone la vinculación de dos voluntades: por un lado, la voluntad del soberano que emite la orden, y, por el otro, la voluntad del súbdito llamada a cumplirla. La norma jurídica tendría, así, una naturaleza similar a la de la orden respaldada por una amenaza emitida por un ladrón a su víctima: “O me entrega el dinero o lo mato”.

La postura de Austin ha sido muy criticada, con razón, tanto por Kelsen como por otros autores, entre ellos por Hart; este último, al escribir su obra *El concepto de Derecho*, publicada en 1961, partió, precisamente y a efectos de formular dicho concepto, de unas críticas a la tesis de Austin. Pues bien, al revisar las críticas confeccionadas por Kelsen y, especialmente, al consultar la sistematización que de las distintas críticas hace Hart (1998) en su obra, bien puede afirmarse que la tesis de Austin puede ser debatida, puede ser controvertida desde tres perspectivas: en primer lugar, atendiendo al origen de las normas jurídicas; en segundo lugar, atendiendo a su ámbito subjetivo de aplicación; y, en tercer lugar, atendiendo a su contenido (pp. 33 y ss.).

Veamos:

En primer lugar, atendiendo al origen de las normas jurídicas, debe recordarse que la tesis de Austin supone la existencia de las dos voluntades claramente delimitadas: la voluntad de quien emite la orden y la voluntad del llamado a cumplirla. Pues bien, esa tesis ignora que no toda norma jurídica es creada por un órgano concentrado; existen normas jurídicas, como lo son las normas del derecho consuetudinario, del derecho que tiene por fuente a la costumbre, cuyo creador es el grupo social difusamente considerado.

Así mismo, esta postura ignora que suele haber normas jurídicas creadas por órganos colectivos, como lo sería en nuestro caso el Congreso de la República, y que no existen voluntades colectivas; la voluntad es un fenómeno puramente individual. ¿Qué es la voluntad? Recordemos: la voluntad es el producto del ejercicio efectivo de la libertad, y la libertad es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales. Por ello, un acto es voluntario si fue escogido por el sujeto que lo realizó, entre diversas posibilidades existenciales. Por ello, si un órgano colectivo crea una norma jurídica, algunos de los individuos que lo integran pueden creer y querer estar creando una norma con determinado contenido; otros, estar aprobando la creación una norma con otro contenido; otros, incluso, quizá los más, como suele ocurrir en los países tercermundistas como el nuestro, ni siquiera entenderán lo que están aprobando.

En segundo lugar, atendiendo al ámbito subjetivo de aplicación de las normas jurídicas, la tesis de Austin es equivocada porque entiende que *uno* es el sujeto que emite la orden y *otro* el llamado a cumplirla. Todo lo contra-

rio; una vez el sujeto crea la norma jurídica, ese pensamiento imperativo se *desicologiza*, se objetiva, se separa de su creador, rigiendo también para él (Nino, 2001, p. 80). Además, es equivocada, también desde esta perspectiva, porque, al concebir la norma como expresión de un deseo, hace depender su existencia de la persistencia, de la pervivencia de la voluntad de su creador. Ocurriría con las normas jurídicas algo parecido a lo que se produce si al ladrón que emite la orden a su víctima (“o me entrega el dinero que lleva consigo o lo mato”) le da un infarto; cesa el mandato, cesa esa orden, que estaba respaldada por una amenaza. En el derecho, por supuesto, ello no ocurre.

En tercer lugar, atendiendo al contenido de las normas jurídicas, la postura de Austin resultaría ser insuficiente para explicar la multiplicidad, la variopinta multiplicidad de normas existentes en todo ordenamiento jurídico. Así, no todas las normas jurídicas que existen en el ordenamiento contienen un mandato, esto es, contienen una orden o una prohibición; hay, en todo ordenamiento, como lo veremos, unas normas que son permisivas, que recortan los mandatos y las prohibiciones en determinadas circunstancias. Por ejemplo, la norma que consagra la legítima defensa recorta muchas prohibiciones, entre otras, la prohibición de matar a otro: está prohibido matar a otro, salvo en determinadas circunstancias, por ejemplo, en legítima defensa.

Además, existen en todo ordenamiento jurídico unas normas que Hart (1998) llamó normas o reglas secundarias, que no imponen mandatos o prohibiciones; esas normas o reglas secundarias, que no tienen nada que ver con las normas secundarias de las que habló Kelsen, son normas para las normas, reglas para las reglas; el derecho, a diferencia de lo que ocurre con otros órdenes normativos reguladores de la conducta, como por ejemplo con la moral y las reglas del trato social, regula su propia producción, su propio funcionamiento.

Pues bien, Hart, valiéndose de lo dicho, emite el (o su) concepto de derecho: conjunto articulado de reglas primarias y de reglas secundarias; las primeras consagran mandatos y prohibiciones, y atribuyen las respectivas sanciones; las segundas son normas para las normas, que consagran potestades y regulan la producción jurídica, el funcionamiento mismo del derecho. Estas últimas se clasifican en: regla de reconocimiento, reglas de adjudicación y reglas de cambio. La regla de reconocimiento, que es una norma puesta y no presupuesta y que, por ende, en nada se relaciona con la llamada por

Kelsen norma hipotética fundamental, es aquella que permite identificar las diferentes normas que hacen parte del sistema jurídico; las de adjudicación son aquellas que atribuyen potestades para determinar si una persona ha infringido o no una regla primaria y para imponer y ejecutar la respectiva sanción; las reglas de cambio, por su parte, son aquellas que atribuyen potestades para crear, modificar y para derogar normas en el sistema jurídico.

Con todo, es inconcebible un orden jurídico que sólo contenga reglas primarias, porque: primero, no se sabría qué normas hacen parte del orden jurídico; segundo, se produciría una falta de seguridad derivada de la difusa presión social que se ejercería para respaldar el cumplimiento de las normas primarias (las reglas de adjudicación no son coercibles, sólo garantizan la coercibilidad de las reglas primarias); y, tercero, si el orden jurídico sólo tuviese reglas primarias, sería estático, porque no habría cómo irlo adecuando a las cambiantes relaciones sociales. En la moral y en las reglas del trato social no existen reglas secundarias, esto es, no existen reglas para las reglas; bien puede afirmarse, entonces, que el sistema jurídico es un sistema que se produce, se fabrica, se regula a sí mismo (pp. 99 y ss.).

3.3. Características

La doctrina tradicional, sea la norma un juicio del deber ser o, simplemente, un pensamiento imperativo, se ha esforzado por tratar de descubrir aquellas características, aquellos rasgos que son predicables de todas y cada una de las normas jurídicas, permitiéndose, así, su diferenciación respecto de otras normas pertenecientes a otros órdenes normativos reguladores de la conducta, como lo son, por ejemplo, las normas morales y las llamadas reglas del trato social.

Esos rasgos, esas características son *bilateralidad*, *exterioridad*, *heteronomía* y *coercibilidad*. Según la doctrina tradicional, entonces, toda norma jurídica es bilateral, exterior, heterónoma y coercible (García, 1995, pp. 15 y ss.).

Con todo, dada la multiplicidad de normas existentes en el ordenamiento jurídico, no es cierto que toda norma jurídica reúna esas características. Precisamente, es la variopinta multiplicidad de normas la que ha hecho que la doctrina haya renunciado a tratar de encontrar unas características comunes

a todas las normas jurídicas. Hoy, la tendencia en la doctrina, que se inicia con la obra *El concepto de derecho* de Hart (1998), consiste en afirmar que una norma es *jurídica* si pertenece a un ordenamiento jurídico, con lo cual la doctrina ha desplazado su inquietud intelectual de la *norma* al *ordenamiento jurídico*, quedando así, en todo caso, una pregunta por responder, y es la consistente en determinar qué rasgos, qué características debe reunir un orden normativo para que sea constitutivo de un ordenamiento *jurídico* (Nino, 2001, p. 92.)

Pues bien, Hart, partiendo de su crítica en contra de la tesis de Austin sobre la naturaleza de las normas jurídicas, edifica el concepto de derecho y, por ende, el concepto de ordenamiento jurídico, en los siguientes términos: conjunto articulado de normas o reglas primarias y de normas o reglas secundarias; las reglas primarias imponen deberes; las reglas secundarias son reglas para las reglas, que regulan el funcionamiento, la producción del derecho y la forma de identificarlo. Según lo dicho, entonces, una norma es jurídica y, por ende, no es una norma moral o una regla del trato social, si hace parte de un ordenamiento jurídico; un ordenamiento es *jurídico* si no sólo está integrado por reglas que imponen deberes, por reglas primarias, sino, además, por reglas para las reglas, por reglas secundarias. No debe olvidarse que el derecho es fuerza, pero fuerza institucionalizada; las reglas secundarias establecen quién puede ejercer esa fuerza y a través de qué cauces puede y debe ser ejercida (Prieto, 2005, pp. 13 y ss.).

Así, por ejemplo, una regla del trato social, específicamente, una regla de cortesía, de urbanidad, impone el deber de saludar; su incumplimiento puede, incluso, acarrear una sanción, que puede llegar a ser la exclusión del grupo social; esa sanción, en la que se traduce el ejercicio de una fuerza, sin embargo, es una sanción espontánea, informalizada, desinstitucionalizada; es una fuerza que no está regulada en cuanto al quién puede ejercerla, ni en cuanto al cuándo, cómo y en qué magnitud puede y debe ser ejercida; ello es así porque en las reglas del trato social no existen reglas para las reglas, reglas secundarias, reglas que regulan la aplicación de la regla del trato social; en las reglas del trato social sólo hay normas o reglas primarias, sólo hay reglas que imponen deberes.

Pese a que lo dicho constituye la tendencia de la doctrina en la actualidad, veamos, en detalle, las cuatro supuestas características que, según la doctrina tradicional, ha de reunir toda norma jurídica.

3.3.1. Bilateralidad

Literalmente, la expresión significa bi (dos) lateral (lado), dos lados. Un jurista ruso llamado León Petrasizky construyó una definición de esta característica que ha hecho carrera; según Petrasizky, las normas jurídicas son bilaterales porque son imperativo - atributivas (Radbruch, 2002, p. 53); toda norma jurídica, al imponer un deber u obligación, correlativamente, atribuye a otra persona un derecho subjetivo; por ello, siempre que el derecho le impone un deber jurídico a una persona, correlativamente, faculta a otra para que pueda exigir a aquella la realización de la conducta objeto del imperativo.

Se ha dicho que las normas morales y las reglas del trato social son, por el contrario, unilaterales, como quiera que sólo imponen deberes, esto es, son sólo normas imperativas, mas no atributivas; los imperativos morales sólo me los puede exigir mi propia conciencia; no existe una persona que correlativamente se encuentre facultada para exigir el cumplimiento del imperativo moral o de un imperativo propio de una regla del trato social (García, pp. 15 y ss.).

Sin embargo, a esta característica llamada bilateralidad, que según la doctrina tradicional es propia de toda norma jurídica, le asiste, apenas, un valor relativo. ¿Por qué? Por dos razones:

En primer lugar, porque no todas las normas jurídicas imponen deberes y correlativamente atribuyen derechos. Hohfeld (2001), jurista norteamericano, se encargó de demostrarnos que el binomio derecho-deber es insuficiente para explicar las distintas posiciones que una persona puede ocupar al hacer parte de una relación jurídica; una persona, al hacer parte de una relación jurídica, puede ocupar en ella distintas posiciones jurídicas: unas constitutivas de situaciones jurídicas de ventajas; otras, de las correlativas situaciones jurídicas de desventaja.

Específicamente, una persona, al hacer parte de una relación jurídica, puede ocupar en ella una posición constitutiva de una situación jurídica de ventaja, por ser el titular de un derecho subjetivo, de un privilegio, de una potestad o por gozar de una inmunidad.

Ahora bien, siempre que una persona ocupe en una relación jurídica una posición constitutiva de una situación jurídica de ventaja, habrá, correlativamente, otra persona ocupando, en esa misma relación, una posición constitutiva de una situación jurídica de desventaja.

Así las cosas, siempre que una persona sea titular de un derecho subjetivo, correlativamente, sobre otra persona recaerá un deber jurídico o una obligación; siempre que una persona sea titular de un privilegio, correlativamente, ninguna otra persona tendrá derecho de exigirle al titular del atributo que realice o se abstenga de realizar la conducta objeto del privilegio o, lo que es lo mismo, ninguna persona estará facultada para exigir al titular del privilegio que lo ejerza o que se abstenga de ejercerlo; siempre que una persona sea titular de una potestad, correlativamente otra u otras estarán sujetas al ejercicio de la potestad, mas no obligadas; y siempre que una persona goce de una inmunidad, correlativamente otra será incompetente para ejercer respecto de ella una determinada potestad.

Situaciones jurídicas de ventaja	Situaciones jurídicas de desventaja
Derecho	Deber u obligación
Privilegio	No derecho
Potestad	Sujeción
Inmunidad	Incompetencia

El concepto correlativo al concepto de “derecho” es el concepto de “deber”; el concepto correlativo al concepto de “privilegio” es el concepto de “no derecho”; el concepto correlativo al concepto de “potestad” es el de “sujeción”; y el concepto correlativo al concepto de “inmunidad” es el concepto de “incompetencia” (pp. 45 y ss.).

De lo dicho se concluye, pues, que es incorrecto afirmar que toda norma jurídica es bilateral por imponer deberes y correlativamente atribuir derechos, por cuanto no todas las normas jurídicas imponen deberes y correlativamente atribuyen derechos. En la tesis de Hart, por ejemplo, las reglas secundarias, las reglas para la reglas, no atribuyen derechos y privilegios y, por ende, no imponen deberes. Sólo atribuyen potestades e inmunidades y, por ende, sólo imponen correlativamente sujeciones o establecen incompetencias (Nino, 2001, pp. 89 y ss.).

Podría intentar reformularse la definición de la bilateralidad del derecho, acudiendo a la obra, al pensamiento del jurista italiano Giorgio del Vecchio (1997); según este las normas jurídicas son bilaterales porque regulan las conductas en interferencia inter-subjetiva, contrario a lo que ocurre con la moral; las normas morales regulan la conducta sólo en interferencia subjetiva. Que las normas jurídicas regulen las conductas en interferencia inter-subjetiva significa que regulan, siempre, la conducta de un sujeto, apreciada en relación con la conducta de otro. Las normas jurídicas, entonces, podría decirse, son bilaterales porque más que conductas individualmente concebidas, regulan relaciones entre personas, relaciones que, al ser reguladas por el derecho, reciben el nombre de relaciones jurídicas.

La moral, por el contrario, regula la conducta en interferencia subjetiva, esto es, regula la conducta apreciándola en forma aislada y puramente individual; la regula, especialmente, teniendo en cuenta la deliberación hecha por el sujeto, en su fuero interno, con miras a escoger la realización de esa conducta entre diversas posibilidades existenciales.

Según Giorgio del Vecchio, las normas jurídicas y las normas morales regulan las mismas conductas. ¿Cuáles? Todas, sólo que lo hacen desde distintas perspectivas. Las normas jurídicas regulan la conducta del sujeto vista siempre en relación con la conducta de otro, esto es, como ya se dijo, regulan la conducta en interferencia inter-subjetiva. Las normas morales regulan esa misma conducta pero apreciándola en forma aislada y, especialmente, valorando la deliberación que el sujeto activo hizo en su fuero interno; las normas morales regulan la conducta en interferencia subjetiva. ¿Por qué se habla de interferencia subjetiva? Porque el sujeto es quien la escoge en su fuero interno entre distintas posibilidades existenciales (pp. 320 y ss.).

Veamos un ejemplo: la conducta de comulgar está regulada tanto por el derecho como por la moral. A la moral le preocupa no sólo que el sujeto externamente realice la conducta, sino que, además, la misma sea el producto de una voluntad recta. Por tanto, la moral regula la conducta valorando la deliberación que el sujeto hizo en su fuero interno con miras a realizar esa conducta. La moral se pregunta entonces, en el ejemplo propuesto, sobre el porqué comulgó la persona. Si, por ejemplo, lo hizo por lograr aceptación por parte de un grupo social, la conducta es inmoral. El derecho, por su

parte, también regula dicha conducta, pero no en forma aislada, sino apreciándola en relación con la conducta de otra u otras personas. Así, pues, el derecho concede un privilegio consistente en la libertad de comulgar, esto es, en la libertad de escoger si se comulga o si no se comulga (libertad de religión), y, al conceder ese privilegio, el derecho, correlativamente, no faculta a persona alguna para que pueda exigir al titular del privilegio que lo ejerza o se abstenga de hacerlo; es más, el derecho impone a todas las demás personas el deber de abstenerse de impedir el ejercicio de tal privilegio.

Otro ejemplo: Juan celebra un contrato de mutuo con Pedro, un préstamo de consumo: Juan le presta a Pedro X suma de dinero, y Pedro adquiere la obligación de pagarle dicho dinero más unos intereses, en determinado plazo. El derecho no regula la conducta de Pedro en forma aislada, sino vista en relación con la conducta de Juan: impone la obligación a Pedro de pagar el dinero con ciertos intereses y, correlativamente, le atribuye a Juan el derecho de exigir el pago de esa suma de dinero; la moral también regula la conducta de Pedro, pero lo hace desde una perspectiva diferente: la regula vista como un hecho puramente individual, como un hecho aislado, y la regula, específicamente, valorando la motivación, la deliberación que en su fuero interno ha hecho Pedro para escoger pagar o no esa suma de dinero.

Por supuesto, esta regulación desde distintas perspectivas se relaciona con los fines propios del derecho y de la moral: mientras la finalidad de derecho es la de posibilitar la existencia en coexistencia, esto es, hacer posible la existencia del uno con la existencia del otro (una finalidad puramente terrenal); la finalidad de la moral es purificar las almas, lograr el perfeccionamiento íntimo de las personas.

Podría decirse, entonces, siguiendo a Del Vecchio, y poniéndolo en diálogo con Hohfeld, que las normas jurídicas son bilaterales porque regulan relaciones entre personas, relaciones en las que siempre habrá una persona ocupando en ellas una posición constitutiva de una situación jurídica de ventaja (derecho, privilegio, potestad, inmunidad), y siempre habrá, correlativamente, otra, ocupando, en dichas relaciones, una posición constitutiva de una situación jurídica de desventaja (deber, no derecho, sujeción, incompetencia).

Sin embargo, en segundo lugar, esto es, la segunda por razón por la que a la pretendida bilateralidad le asiste tan sólo un valor relativo, consiste en que, pese a la reformulación hecha a partir del pensamiento de Del Vecchio y de Hohfeld, no es cierto que todas las normas jurídicas sean bilaterales. El profesor Riccardo Guastini (1999), retomando elaboraciones propias de los procesalistas, nos ha demostrado que en todo ordenamiento jurídico existen unas normas que son unilaterales; son las llamadas por Guastini “normas instrumentales”, que contienen unos imperativos llamados “cargas” (pp. 114 y ss.). Las cargas, como más adelante lo explicaremos, son llamados “imperativos del propio interés”; nadie se encuentra correlativamente facultado para exigir la realización de la conducta objeto de tales imperativos; constituyen un concepto jurídico a-relacional (Couture, 2002, pp. 171 y ss.).

3.3.2. Exterioridad

Según la doctrina tradicional (García, 1995, pp. 18 y ss.), partiendo de la propuesta hecha por Kant, en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, las normas jurídicas son exteriores; ello significa que, para que la conducta del sujeto se adecúe a lo prescrito por estas, basta con que dicha conducta, en su aspecto externo, en su aspecto exterior se compadezca con lo prescrito por las normas, con independencia de los motivos que tuvo el sujeto para desplegarla.

Así, por ejemplo, la persona cumple con el deber *jurídico* de no matar a otra persona si, externamente, no realiza la conducta de matar a otro, así esa persona haya decidido no hacerlo por un motivo inmoral. Por ejemplo, si X decidió no matar a Y porque Z le dio un millón de pesos para abstenerse de realizar tal comportamiento.

Por el contrario, se dice que las normas morales son interiores, lo que significa que para que se cumpla con lo prescrito por la norma moral, según Kant (1996), no basta con que el sujeto “obre conforme al deber”, sino que se requiere, además, que el sujeto “obre por el deber” (pp. 125 y ss.); para que se entienda cumplido con lo prescrito por la norma moral no basta, entonces, con que externamente, exteriormente la conducta del sujeto se corresponda con lo prescrito por la norma moral; se requiere, además, que el sujeto haya obrado movido por el deber, que el sujeto haya obrado por una motivación recta, con un propósito recto.

Así, por ejemplo, si Juan le da limosna a un menesteroso, no basta con que externamente se verifique dicha acción, para estimar cumplido lo prescrito por la norma moral que impone el deber de solidaridad, de ayuda al prójimo. Si, por ejemplo, yo ayudo al menesteroso, movido por el deseo de quedar bien con los miembros del grupo social, mi conducta será inmoral.

Ahora bien, la exterioridad del derecho y la interioridad de la moral obedecen a los distintos fines que persiguen tales órdenes normativos: al derecho le corresponde un fin absolutamente terrenal, cual es el de hacer posible la existencia en coexistencia; a la moral, por el contrario, le corresponde un fin trascendente, cual es el de purificar las almas, el de buscar la salvación o, a lo sumo, la perfección íntima de las personas.

Debido a la mencionada característica, las normas jurídicas sólo regulan voluntades que se exteriorizan, que se incrustan en el mundo o en la circunstancia. Por esa razón, en materia penal se dice que los pensamientos no delinquen; los pensamientos que no se exteriorizan, por más perversos que sean, coexisten fácilmente, en tanto carecen de potencialidad lesiva, de potencialidad de afectación del otro, de afectación de la coexistencia.

Con todo, a la característica de la exterioridad del derecho le asiste, tan sólo, un valor relativo, como tan sólo un valor relativo le asiste a la pretendida interioridad de la moral. ¿Por qué? Para que se cumpla con lo prescrito por una norma moral no basta con que la recta voluntad se quede en el fuero interno del sujeto; de “buenas intenciones está empedrado el camino hacia el infierno”; se requiere, por supuesto, que la voluntad se exteriorice. Asimismo, no es cierto que el derecho se ocupe sólo del aspecto externo de la conducta y se desentienda de lo que ocurra en el fuero interno del sujeto. Lo que sí es cierto es que el derecho no puede sancionar si no se ha exteriorizado la voluntad.

¿Y por qué no es cierto que el derecho se desentienda de lo que ocurre en el fuero interno del sujeto? Porque, precisamente, lo que ocurre en el fuero interno del sujeto es lo que, para algunos, le da sentido, lo que le da significado a lo que ocurre en el exterior, esto es, al aspecto externo de su conducta. El derecho, pues, sólo puede castigar una voluntad si esta se exterioriza, pero el aspecto externo de la conducta encuentra su sentido, su significado en lo que ocurre en el fuero interno del sujeto (García, 1995, pp. 20 – 21).

Veamos:

Toda conducta tiene dos aspectos: uno externo y otro interno. El aspecto interno de la conducta es la voluntad; el aspecto externo, la actuación de esa voluntad, la exteriorización de dicha voluntad.

La voluntad, pues, es el producto, lo que queda del ejercicio de la libertad, y la libertad es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales. Por lo tanto, una conducta es voluntaria si fue escogida por el sujeto entre las diversas posibilidades existenciales que a él le ofrece la particular circunstancia en la que se encuentra incrustado. Por su parte, la finalidad es el contenido de la voluntad, es la que dirige la voluntad; la finalidad es la inversión mental de la causalidad.

Así, la finalidad se encuentra compuesta, al menos, por dos elementos: en primer lugar, por la anticipación del fin, esto es, la anticipación del objetivo, de la meta que el sujeto pretende alcanzar; y, en segundo lugar, por la selección de los medios idóneos para alcanzar ese fin, ese objetivo. La finalidad, entonces, es la inversión mental de la causalidad, porque en la causalidad primero se da la causa y luego el efecto; en la finalidad, el sujeto primero anticipa el fin que pretende alcanzar y luego, mentalmente, retrocede y selecciona los medios que juzga adecuados, necesarios para alcanzar dicho fin.

Pues bien, la finalidad, que es el contenido de la voluntad, esto es, que dirige a la voluntad como el blanco determina a la mira, es la que le otorga sentido, la que —de tenerlo— le otorga significado a la conducta y la que permite diferenciarla de un simple “proceso causal ciego”, como lo es, por ejemplo, la caída de un rayo. El ser humano, como ser racional que es, siempre que actúa lo hace buscando un fin determinado. Toda conducta, por tanto, está dirigida por una finalidad, y esa finalidad es necesaria, es imprescindible para entender el sentido de la conducta (Welzel, 2002, pp. 41 y ss.).

El legislador, pues, al crear el derecho, es consciente de ello; las normas jurídicas no sólo atienden al aspecto externo de la conducta, sino, también, a su aspecto interno. Por ejemplo, en el derecho penal, la finalidad y, por ende, la voluntad con la que el sujeto ha obrado, es imprescindible para determinar la existencia y la magnitud de la responsabilidad jurídica.

Así, la finalidad con la cual haya obrado el sujeto es tomada en cuenta, siendo más responsable aquel sujeto que haya dirigido finalmente su conducta a la afectación de un bien jurídico, que aquel sujeto que, por simple imprudencia, le ha provocado un daño a este; será más responsable quien haya obrado con dolo que con culpa. ¿Y por qué? No porque el primero sea más inmoral que el segundo, sino porque la conducta del primero tiene una mayor potencialidad lesiva, esto es, tiene una mayor potencialidad de imposibilitar la existencia en coexistencia.

Incluso, los motivos que llevaron al sujeto a obrar como lo hizo son determinantes, también, para establecer la existencia y la magnitud de la responsabilidad penal. ¿Por qué? El motivo es la fuerza que pone en movimiento la voluntad y hace que esta se exteriorice. La voluntad, como ya se dijo, es el producto de la libertad, el producto del ejercicio de la libertad, y sólo lo libre es susceptible de ser normado. Pues bien, el motivo es determinante para lo dicho porque este afecta el ámbito de libertad del sujeto; hay motivos en frente de los cuales el sujeto posee un amplio ámbito de libertad o de autodeterminación para escoger si realiza o no una conducta. Esos motivos hacen que exista mayor responsabilidad para el sujeto, pues, al poseer un amplio, un holgado ámbito de autodeterminación respecto de la conducta, pudo el sujeto, con un menor esfuerzo, abstenerse de realizarla y, por ende, con un menor esfuerzo, se insiste, pudo haberse comportado como el derecho se lo exigía.

Hay otros motivos, sin embargo, cuya presencia hacen que el ámbito de libertad o de autodeterminación del sujeto se reduzca; la presencia de esos motivos hace que exista un menor grado de responsabilidad, dado que el sujeto, al poseer tan limitado ámbito de autodeterminación respecto de la conducta, tuvo que haber hecho un mayor esfuerzo si quería abstenerse de realizarla y, por ende, si quería comportarse de conformidad con lo que el derecho le exigía (Solano, 2012b, 175 y ss.).

Así, por ejemplo, quien mate a otro por un motivo insignificante tendrá un mayor grado de responsabilidad penal; por el contrario, quien mate a otro en un estado de ira tendrá un menor grado de responsabilidad. Si Juan mató a Pedro, el derecho siempre se pregunta sobre el porqué lo mató. El motivo insignificante hace que el sujeto posea un ámbito de autodeterminación amplio respecto de la conducta de matar a otro; en frente de ese motivo, el

sujeto, con un mínimo esfuerzo, pudo escoger abstenerse de matar a otro y, si escogió matarlo, el derecho, en tales circunstancias, reprocha en mayor medida su comportamiento. La ira, por el contrario, reduce el ámbito de autodeterminación del sujeto respecto de la conducta de matar a otro; el sujeto que obró en un estado de ira, para abstenerse de matar al otro, tenía que haber realizado un mayor esfuerzo; si escogió matarlo, el derecho, en esas circunstancias, censura en menor medida su comportamiento.

El derecho, por supuesto, no se ocupa del fuero interno del sujeto para determinar la rectitud de su voluntad, la rectitud del motivo que lo llevó a obrar; se ocupa, sí, en tanto, en primer lugar, de los motivos del obrar depende la mayor o menor libertad del sujeto, y, en segundo lugar, de la finalidad con la cual haya obrado, a su vez, depende la mayor o menor potencialidad lesiva de la conducta, esto es, la mayor o menor potencialidad de afectación que para la coexistencia comporta el actuar del sujeto.

Como si lo dicho fuera poco, otra prueba de que el derecho no se desentiende de lo que ocurre en el fuero interno del sujeto y, por ende, de que el derecho no se ocupa sólo del aspecto externo de la conducta, es la importancia que en el mundo jurídico suele concedérsele a la buena fe (Cfr. Neme, 2010).

Como es sabido, la buena fe, en el derecho, tiene dos connotaciones o, lo que es lo mismo, puede ser apreciada desde dos perspectivas (Valencia, 1997, pp. 182 – 183): en primer lugar, la buena fe entendida como la convicción errada, pero al fin de cuentas convicción, de estar obrando conforme a derecho, o de estar adquiriendo un derecho de conformidad con lo prescrito por el derecho.

A esa buena fe, que los juristas llaman buena fe creencia, el derecho suele atribuirle consecuencias jurídicas, protegiendo en mayor medida a aquel que se equivoca convencido de estar obrando conforme a derecho, de estar obrando por los cauces prescritos por el derecho.

En segundo lugar, el derecho soporta en el concepto de buena fe un deber jurídico necesario para posibilitar la existencia en coexistencia, cual es el deber de obrar con lealtad, con probidad en el desenvolvimiento de todas las relaciones jurídicas.

A esa buena fe, que los juristas llaman buena fe lealtad, en la que, entre otras cosas, se soporta el principio de la confianza legítima, se refiere el artículo 83 de la Constitución Política, al establecer que tanto los servidores públicos como los particulares tienen el deber de obrar de buena fe.

De todo lo dicho, entonces, puede concluirse que ni las normas jurídicas son exclusivamente exteriores ni las normas morales son exclusivamente interiores; puede concluirse, sí, que las normas jurídicas son preferentemente exteriores y las normas morales son preferentemente interiores.

¿Por qué? Porque las normas jurídicas atienden al aspecto interno de la conducta, siempre en función de su aspecto externo, es decir, atienden al aspecto interno de la conducta (voluntad, motivaciones, finalidad), con miras a explicar, a determinar el sentido, el significado del aspecto externo de la misma; por su parte, las normas morales son preferentemente interiores porque atienden al aspecto externo de la conducta sólo con miras a reafirmar lo que ocurre en el fuero interno del sujeto.

Asimismo, las normas jurídicas se desentienden de aquellos pensamientos que quedan prisioneros, cautivos en el fuero interno del sujeto; las normas morales juzgan como inmorales aquellos actos que externamente se adecúan a lo por ellas prescrito, pero que no obedecen a una motivación o voluntad rectas.

¿Qué ocurre con las llamadas reglas del trato social, esto es, con las reglas de etiqueta, de urbanidad, del decoro, incluso con las reglas impuestas por la moda? Las reglas del trato social son llamadas por algunos “convencionalismos sociales”, expresión esta que es desafortunada porque esas reglas no obedecen a pactos, convenciones o acuerdos; esas reglas hacen parte de lo que los sociólogos llaman “usos sociales”.

Dice Ortega y Gasset (1983b), en *El hombre y la gente*, que el uso es aquella conducta que el hombre realiza sin que ella se compadezca con una necesidad individual, auténtica y radical. El uso es una conducta que el hombre realiza simplemente porque se realiza. Esa expresión “se” alude a un sujeto difuso, un sujeto que son todos y nadie la vez, llamado “la gente”; la gente es el individuo desindividualizado (pp. 76 y ss.).

Con todo, las reglas del trato social tienen por finalidad hacer de la coexistencia una obra de arte; tienen una finalidad estética en la coexistencia. Las reglas del trato social en ningún caso se dirigen a la existencia puramente individual; están dirigidas a la coexistencia, pretendiendo hacer de esta una obra de arte. El hombre educado, el hombre culto, el hombre civilizado es “el hombre amanerado” (Ortega), esto es, el hombre provisto, en sus relaciones con los otros hombres, de “buenas maneras”. Por el contrario, el hombre salvaje, el hombre primitivo, el primate es el hombre espontáneo, el hombre que no observa esas buenas maneras. Don Nicolás Gómez Dávila (2002) dice en sus Escolios, con razón, que el exceso de protocolo paraliza y el defecto animaliza, esto es, el exceso en la observancia de las reglas del trato social paraliza la coexistencia y el defecto la animaliza (p. 257).

Como el fin de las reglas del trato social es el de hacer de la coexistencia una obra de arte, estas reglas son exclusivamente exteriores, en tanto ellas se desentienden por completo de la existencia individual y, por ende, de lo que ocurre en el fuero interno de los sujetos; así, por ejemplo, basta con que un sujeto salude a otro para que se entienda cumplida la regla que impone el deber de saludar, así su saludo no obedezca a un motivo recto, a un propósito recto. Con razón, se afirma que las reglas del trato social desaparecen inmediatamente el sujeto atraviesa la puerta de su habitación; estas reglas comportan una coacción psicológica, y esa coacción desaparece, al saber, de cierto, que se ha vuelto a la soledad; en ese momento, la existencia individual se aliviana, se aligera.

3.3.3. Heteronomía

Según la doctrina tradicional, las normas jurídicas son heterónomas y las normas morales son autónomas (García, 1995, pp. 22 y ss.).

Así, se dice que las normas jurídicas son heterónomas porque vienen impuestas desde afuera, es decir, porque su vigencia, su vigor no depende de la voluntad de sus destinatarios, o mejor, no depende de la adhesión íntima de sus destinatarios a lo por ellas prescrito. Que las normas jurídicas sean heterónomas significa, entonces, que son autárquicas. La expresión “autarquía”, literalmente, significa “autosuficiencia”, para el caso, principio de sí mismas. Las normas jurídicas, pues, son autárquicas, esto es, autosuficientes; su vigencia depende de ellas mismas; no depende de la voluntad de sus destinatarios.

Por el contrario, se dice que las normas morales son autónomas porque su vigencia, su vigor depende de la voluntad de sus destinatarios; la vigencia de la norma moral, según suele decirse, depende de la adhesión íntima de cada uno de sus destinatarios a lo por ella prescrito.

Ahora bien, para algunos, incluso, la norma jurídica es heterónoma por ser creada por un sujeto distinto de su destinatario; la norma moral es autónoma por ser creada por su propio destinatario. Esta última afirmación resulta ser absurda: las normas morales las recoge el individuo, del grupo en el que se encuentra incrustado; el individuo, simplemente, en su fuero interno, a lo sumo, adopta la decisión de hacerlas vinculantes para él.

Con todo, esta es una característica bien confusa, por dos razones: en primer lugar, porque el origen de ese binomio autonomía-heteronomía se encuentra en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* de Kant (1996), y este se vale de ese binomio para explicar su modelo de ética en un sentido muy distinto del sentido como ese binomio ha llegado a nosotros, al mundo del derecho. ¿Por qué? Según Kant, el deber moral es autónomo, lo que significa que la conducta del sujeto sólo se ajustará a lo prescrito por el deber si la conducta se realiza simplemente “por el deber” y no por un motivo distinto de ese. Si, por el contrario, el sujeto obra “conforme al deber” pero no “por el deber”, el sujeto estará pretendiendo heteronomizar el deber y, por ende, su conducta será inmoral (pp. 125 y ss.)

La segunda razón es que gran parte de las normas morales que agobian al hombre, haciéndolo padecer constantemente de remordimiento, de arrepentimiento, no dependen, en lo que a su fuerza vinculante respecta, de su voluntad; por el contrario, el hombre “sería feliz” si, siguiendo a Nietzsche (2011), pudiese decir “Dios ha muerto” (pp. 687 y ss.), esto es, si, voluntariamente, pudiese desprenderse de toda la normativa moral que lo agobia. Por tanto, a esta característica sí que le asiste un valor relativo, si es que con ella pretenden diferenciarse las normas jurídicas de las normas morales.

Es menester, sin embargo, hacer el siguiente comentario: el que las normas morales sean autónomas es, justamente, una pretensión de eso que ha dado en llamarse “Modernidad”. La Modernidad, más que un segmento de la historia, es una actitud existencial (con repercusiones éticas, políticas, artísticas, religiosas, jurídicas...) en la que se materializa la pretensión, en

procura de la libertad, por desligarse de todo dato ontológico previo; la Modernidad entiende que el hombre, haciendo uso de su racionalidad y desoyendo cualquier realidad metafísica, es capaz de darle un sentido a su existencia, para el caso, es capaz de crear sus propias normas morales. Es ese el sueño de la Modernidad que, movido por la tentación de una nueva serpiente, la de la razón, pretende que el hombre, jugando a ser Dios, sea quien determine los límites de su conducta (Alvear, 2013, pp. 43 y ss.)

Digamos, en conclusión, concediéndole alguna importancia a esta característica, que con ella quiere indicarse, simplemente, el que la vigencia de la norma jurídica no depende de la voluntad, adhesión, aceptación por parte de su destinatario; pero digamos, con lealtad teórica, que ello no ocurre en forma distinta con la moral, salvo que experimentemos el sueño de la Modernidad.

Por su parte, por último, las reglas del trato social son también heterónomas, pues los llamados usos sociales no dependen para su vigencia, para su vigor de la aceptación, de la voluntad de sus destinatarios.

3.3.4. Coercibilidad

En un sentido amplio, es la posibilidad de emplear la fuerza. Una cosa es la coercibilidad y otra la coacción. La coacción es el ejercicio efectivo de la fuerza; entre coercibilidad y coacción existe la misma diferencia que existe entre la potencia y el acto o entre la posibilidad y la realidad, siendo la posibilidad la potencia embrionaria de la realidad.

Según la doctrina tradicional, las normas jurídicas son coercibles porque existe la posibilidad de acudir al empleo de la fuerza para provocar su cumplimiento, para respaldar su cumplimiento. Por el contrario, las normas morales son incoercibles porque sólo pueden ser cumplidas en forma espontánea, esto es, no puede acudirse al empleo de la fuerza para provocar su cumplimiento (García, 1995, pp. 21 – 22).

En efecto, las normas morales son incoercibles, como quiera que, si el cumplimiento de estas pretendiese provocarse por la fuerza, por más que la conducta del sujeto externamente se adecuase a lo prescrito por la norma, esta se habría incumplido, en tanto el sujeto, si bien hubo de obrar “confor-

me al deber”, no obró “por el deber”. Por tanto, las normas morales, ontológicamente, son incoercibles.

Ahora bien, según la doctrina, la característica de la norma jurídica, individualmente considerada, esto es, apreciada en forma aislada respecto de las demás normas, es la coercibilidad y no la coacción. La mayor parte de las normas jurídicas se cumplen, por fortuna, en forma espontánea, sin tener que acudir al ejercicio efectivo de la fuerza. Ese cumplimiento espontáneo, generalmente, no se encuentra soportado en el temor a las sanciones jurídicas; suele estar soportado en razones morales y, en general, en el sistema de ideas y creencias, esto es, en la cultura en la que se encuentra incrustado el sujeto llamado a cumplir lo prescrito por el derecho.

En todo caso, definir la coercibilidad, como lo hace la doctrina tradicional, entendiéndola como la posibilidad de acudir al empleo de la fuerza para provocar el cumplimiento de la norma es inapropiado, es insuficiente si lo que se pretende con ello es diferenciar a las normas jurídicas de toda otra norma de conducta; es más, incluso, es incorrecto hacer lo que suele hacer la doctrina, identificando coercibilidad con posibilidad de sanción.

Veamos:

En un sentido amplio, sanción es toda consecuencia negativa, toda pérdida o privación de un bien, que se produce por la realización de un acto; no sólo existen sanciones en el derecho, sanciones jurídicas; las normas morales también acarrear sanciones, las normas morales también contienen sanciones. Las sanciones morales van, por supuesto, desde el remordimiento, el arrepentimiento por lo hecho, hasta, según las creencias, no alcanzar la salvación de las almas, la vida eterna.

Las reglas del trato social, por su parte, también comportan sanciones, incluso de un mayor grado de crueldad que las sanciones jurídicas. Tales sanciones van desde un simple gesto de desagrado hasta la exclusión, el rechazo del grupo; estas sanciones pueden comportar no sólo coacción psicológica sino, además, empleo de la fuerza física.

No es cierto, entonces, que si la coercibilidad es una característica definitoria de la norma jurídica, esta puede definirse simplemente como la po-

sibilidad de emplear la fuerza para provocar su cumplimiento; ello ocurre también con las reglas del trato social. Ni es cierto que la coercibilidad sea la posibilidad de que se produzca una sanción como consecuencia del incumplimiento de la norma; hay sanciones jurídicas, pero también morales y sociales (García, 1995, p. 22).

La coercibilidad, pues, como nota definitoria del derecho, alude a la posibilidad de acudir a la fuerza *institucionalizada* para respaldar o provocar el cumplimiento de las normas jurídicas; en las reglas del trato social, la fuerza que puede emplearse para provocar su cumplimiento no es institucionalizada, o mejor, no se encuentra institucionalizada (Prieto, 2005, pp. 20 – 21). En la regla del trato social la reacción “punitiva” es espontánea, es informal, no está sujeta a unos cauces. En el derecho, por el contrario, la fuerza de la que este se vale es una fuerza institucionalizada, formalizada, regulada en cuanto al quién puede ejercerla y a los cauces a través de los cuales debe ser ejercida. Las normas jurídicas, que institucionalizan la fuerza de la que el derecho se vale, son las llamadas por Hart (1998) “reglas secundarias” (pp. 99 y ss.).

Pese a lo dicho, no es cierto que toda norma jurídica sea coercible (Prieto, 2005, p. 15). Las llamadas por Hart reglas secundarias son las que garantizan que las por él llamadas “reglas primarias” sean coercibles; la coercibilidad es apenas predicable respecto de las reglas primarias. Por tanto, a esta característica también le asiste un valor relativo, porque si se entiende la coercibilidad como acaba de expresarse, no todas las normas que integran el ordenamiento jurídico serían coercibles. Las reglas secundarias, siguiendo la terminología de Hart, no son coercibles; son, sí, las que garantizan, las que aseguran que las reglas primarias lo sean.

3.4. Los conceptos de norma y enunciado normativo

Entre norma y enunciado normativo existe la misma diferencia, ya estudiada, que existe entre un juicio y una proposición, entre pensamiento y lenguaje. El enunciado normativo o la disposición normativa es el vehículo, el instrumento lingüístico por vía del cual se expresa la norma o un fragmento de esta; la norma, pues, es un juicio del deber ser o un pensamiento imperativo que se expresa a través de una proposición llamada enunciado normativo o disposición normativa (Guastini, 1999, pp. 100 y ss.).

El enunciado normativo o disposición normativa es, en nuestro derecho, la más importante fuente de manifestación de las normas jurídicas; en nuestro derecho, por regla general, las normas jurídicas existen, aparecen, se manifiestan, gracias a los enunciados normativos vertidos en los códigos (civil, penal, de comercio, general del proceso, sustantivo del trabajo, de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, etc.), en las leyes, en los estatutos (tributario, aduanero); en estricto sentido, en los códigos, leyes y estatutos no hay normas jurídicas sino enunciados normativos; un código¹, una ley, un estatuto no es más que un conjunto articulado de enunciados normativos que versan sobre determinada materia; en el código, en la ley, en el estatuto no hay normas sino expresiones lingüísticas de normas o, lo que es lo mismo, normas envueltas lingüísticamente, normas vestidas con ropaje lingüístico.

Digamos, por lo pronto, que interpretar es desentrañar, descubrir la norma que se encuentra expresada lingüísticamente a través del enunciado normativo; por lo tanto, las normas, que son pensamientos imperativos objetivados, no constituyen el objeto de la interpretación sino el resultado o el producto de esa actividad interpretativa. El objeto de la interpretación, es decir, aquello sobre lo cual recae la interpretación, es la “partitura”, el enunciado normativo, la disposición normativa; dicho en otras palabras: la norma resulta siendo el sentido, el significado del enunciado normativo, esto es, el pensamiento imperativo que el enunciado expresa (Guastini, 1999, p. 101).

Ahora bien, no debemos confundir el enunciado normativo o la disposición normativa con las, por Kelsen llamadas, “proposiciones normativas”. Kelsen habla de proposiciones normativas para referirse a enunciados descriptivos por vía de los cuales la ciencia del derecho pretende explicar, describir lo prescrito por el derecho. Los juicios del ser se expresan lingüísticamente a través de enunciados descriptivos; esos enunciados también hay que interpretarlos con miras a descubrir, a desocultar, a desvelar el juicio, el pensamiento que ellos expresan (Kelsen, 1995b, pp. 84 y ss).

1 Conjunto articulado de enunciados normativos que pretende regular en forma **exhaustiva** una determinada materia.

Esa expresión de Kelsen, poco afortunada, “proposiciones normativas”, alude a enunciados descriptivos, es decir, a enunciados que expresan juicios del ser y que, por ende, pueden ser calificados de verdaderos o de falsos; así, por ejemplo, según Kelsen, una proposición normativa, que no es más que un enunciado descriptivo, sería la siguiente: “en Colombia está prohibido matar a otro”. Las proposiciones normativas son, entonces, los enunciados descriptivos con los cuales trabaja la ciencia del derecho.

Con todo, no todas las normas se expresan a través de enunciados normativos (Guastini, 1999, pp. 103 – 104). Las normas cuya fuente es la costumbre, las normas que integran el llamado derecho consuetudinario revelan su existencia, se desocultan, se manifiestan no a través de enunciados, no a través de expresiones lingüísticas, sino a través de conductas públicas, repetidas, reiteradas, inveteradas que provocan, producen conciencia de obligatoriedad coercible en los miembros de la comunidad (Díez, L., 1993, p. 103). En este caso, es la conducta del hombre, y no un signo lingüístico, la que permite inferir, la que revela la existencia de una norma, de un pensamiento imperativo objetivado. En el derecho consuetudinario también se requiere de la interpretación; el objeto de esta no va a ser una partitura, no va a ser un signo lingüístico, sino la conducta del hombre.

Los enunciados normativos pueden clasificarse así:

En primer lugar, hay enunciados normativos completos e incompletos; aquellos expresan la totalidad de una norma, expresan todos los elementos que integran una norma; estos, y son la gran mayoría, expresan tan sólo un fragmento de la norma. Respecto de estos últimos, para obtener la norma completa, el intérprete ha de descubrir los distintos fragmentos que de ella se expresan a través de varios enunciados normativos.

Así, por ejemplo, en materia penal no existe, al menos en Colombia, un sólo enunciado normativo completo; ello es así porque el Código Penal se encuentra dividido en dos libros: el libro primero (parte general) y el libro segundo (parte especial). El legislador ha destinado el libro segundo a describir cada figura delictiva en particular y su respectiva consecuencia jurídica; por ejemplo, el artículo 113 del Código Penal describe el homicidio simple en los siguientes términos: El que matare a otro incurrirá en pena de prisión de X a Y años. El libro primero, por su parte, ha sido destinado por

el legislador a expresar una serie de conceptos básicos aplicables a todos y cada uno de los enunciados normativos que integran el libro segundo, con miras a no tener que repetirlos en cada uno de ellos.

Pues bien, para obtener una norma penal completa, el intérprete deberá desentrañar, descubrir el fragmento que de ella se expresa en el enunciado normativo vertido en la parte especial del Código Penal; luego, el intérprete deberá integrar ese fragmento de la norma con los demás fragmentos que de esta se encuentran expresados a través de los enunciados normativos que integran la parte general.

La norma penal, entonces, como cualquier otra norma jurídica, constituye un pensamiento imperativo sumamente complejo; *verbi gratia*, la que criminaliza el homicidio simple tendrá un contenido, más o menos, del siguiente tenor: El que matare a otro, siempre y cuando lo haga en Colombia o por fuera de Colombia en estos casos..., y siempre y cuando lo haga dolosamente, siendo el dolo..., y siempre y cuando no concurra en su conducta una legítima defensa u otra causal que excluya su responsabilidad..., y siempre y cuando no sea inimputable y le sea exigible una conducta distinta de la que realizó, y si pasa todo esto... entre otras cosas..., incurrirá en pena de prisión de X a Y años, y la pena de prisión consiste en..., tendrá los siguientes fines..., y deberá determinarla el juez teniendo en cuenta estos criterios..., y podrá extinguirse de esta forma...” (Nino, 2001, p. 86).

Que la norma jurídica, usualmente, no se exprese a través de un sólo enunciado normativo, se debe, precisamente, a que ella constituye, como ya se dijo, un pensamiento imperativo sumamente complejo.

En segundo lugar, hay enunciados normativos simples y complejos; aquellos son los que expresan una sola norma o un fragmento de ella; estos, por el contrario, son los que expresan varias normas o fragmentos de varias normas (Guastini, 1999, p. 101). Por ejemplo, el artículo 239 del Código Penal contiene un enunciado normativo complejo en tanto expresa fragmentos de dos normas distintas. El enunciado dice, en su inciso primero: “El que se apodere de cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para otro incurrirá en pena de prisión de dos a seis años”; el inciso segundo del enunciado dice así: “La pena será de uno a dos años

de prisión, si la conducta se realiza sobre un objeto que valga menos de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes”².

Por último, en tercer lugar, hay enunciados normativos claros o precisos y vagos o ambiguos (Guastini, 1999, p. 102). Los enunciados normativos, por estar contruidos con signos lingüísticos, esto es, por ser lenguaje, padecen de los insuperables problemas de este: equivocidad, vaguedad y carga emotiva.

Estos problemas, pues, hacen que la actividad interpretativa sea una actividad sumamente compleja, porque hay enunciados normativos, y son la gran mayoría, que, por ser ambiguos, admiten varias posibilidades interpretativas. Por tanto, bien puede ocurrir, y de hecho suele ocurrir, que un mismo enunciado normativo, que pretende expresar una norma o un fragmento de ella, debido a su ambigüedad o equivocidad e, incluso, a su carga emotiva, admita varias posibilidades interpretativas o, lo que es lo mismo, en tanto el sentido o el significado del enunciado es la norma, admita varias posibilidades *normativas*.

Empero, no debemos confundir los enunciados normativos completos con los enunciados normativos vagos, imprecisos o ambiguos. No es que el enunciado normativo vago o ambiguo exprese, *per se*, varias normas o varios fragmentos de ellas; el enunciado normativo puede pretender expresar una norma o un fragmento de ella, pero por su vaguedad, su equivocidad o su carga emotiva, puede ocurrir que no exista claridad, precisión, univocidad sobre cuál sea la norma que expresa tal enunciado.

Si el enunciado normativo es ambiguo o equívoco y, por ende, admite varias posibilidades normativas, en tanto admite varios sentidos, varios significados, la actividad interpretativa se tornará sumamente compleja, porque el intérprete, además de descubrir, de desentrañar los distintos sentidos posibles, deberá escoger una de esas posibilidades normativas, una de esas posibilidades interpretativas, uno de sus sentidos posibles; esa escogencia no deberá ser caprichosa, sino que habrá de tener, como se verá, una justificación racional.

2 En la actualidad, y lo que es irrelevante para el tema tratado, las penas son mayores debido a una reforma legal.

Precisamente, las hoy tan de moda teorías de la argumentación pretenden, entre otras cosas, explicar los argumentos, las *razones* que justifican la es-cogencia, garantizando que la misma no sea arbitraria, caprichosa (Gascón & García, 2005, pp. 46 y ss.).

3.5. Estructura

Según la doctrina tradicional, toda norma jurídica tiene la siguiente estruc-tura: el supuesto de hecho o prótasis, la cópula o elemento de enlace y la consecuencia jurídica o apódosis (García, 1995, pp. 172 y ss.).

Así, el supuesto hecho de la norma, también llamado prótasis, es la hipóte-sis normativa o el hecho hipotético o conducta hipotética de cuya realiza-ción en el mundo pende el surgimiento de la(s) consecuencia(s) jurídica(s).

Por su parte, la cópula es el elemento de la norma que enlaza, que conecta el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica. Esa cópula consiste en un elemento de enlace de *deber ser*; dado en el mundo el hecho previsto a título de supuesto de hecho en la norma, *debe ser* la consecuencia jurídica.

Por consecuencia jurídica o también llamada apódosis, por último, se en-tiende la producción de efectos jurídicos, es decir, la creación, modifica-ción o extinción de derechos y de los correlativos deberes u obligaciones. Siguiendo a Hohfeld, esa definición de consecuencia jurídica resulta ser estrecha, pues no abarca todo lo definido. Siguiendo a Hohfeld (2001), debe decirse, con mayor precisión, que producir efectos jurídicos es crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de ventaja —derechos, privile-gios, potestades o inmunidades— y sus correlativas situaciones jurídicas de desventajas —deber u obligación, no derecho, sujeción o incompetencia— (pp. 45 y ss.).

Con todo, como quedará claro más adelante, al menos para los *iuspositi-vistas*, la vinculación de la consecuencia jurídica al supuesto de hecho es el producto no de una relación causal-natural, sino de una atribución norma-tiva llamada *imputación*. Imputar es, precisamente, atribuir; se atribuye a un hecho sólo aquello que por naturaleza no le es propio.

Empero, lo dicho sobre la estructura de la norma jurídica es predicable, a lo sumo, sólo de las llamadas por Hart reglas primarias.

3.6. Clasificación

Como es sabido, clasificar significa agrupar por clases. Nos ocuparemos, ahora, de algunas clasificaciones sobre las normas jurídicas propuestas por (o mejor, partiendo de...) ilustres juristas, con miras a pasar revista a las distintas normas que existen en todo ordenamiento jurídico. Específicamente, estudiaremos cinco de ellas:

3.6.1. Clasificación propuesta por Riccardo Guastini, en su libro *Distinguiendo*

Según este autor, en todo ordenamiento jurídico existen, al menos, tres clases de normas jurídicas: unas, llamadas por él normas teleológicas (“telos”=fin); otras, llamadas normas instrumentales; por último, unas que él llama normas constitutivas (Guastini, 1999, pp. 99 y ss.).

3.6.1.1. Normas teleológicas

Son aquellas que prescriben el alcance de un fin determinado, sin prescribir ningún medio para obtenerlo (Guastini, 1999, p. 115). Estas normas se clasifican atendiendo a la particular conexión que existe entre el sujeto destinatario de la norma y el objeto de esta, que es, precisamente, la conducta regulada. Recordemos que el objeto del derecho es la conducta, y el objeto de la ciencia del derecho es el derecho. Así, esa particular conexión entre el sujeto destinatario de la norma y el objeto de ella es posible gracias al concepto de “obligación”, concepto que, por lo pronto, identificaremos con el concepto de deber (Guastini, 1999, p. 116).

Pues bien, atendiendo a esa particular conexión, las normas se clasifican en prohibitivas, mandatorias y permisivas.

Normas prohibitivas son aquellas que califican como obligatoria la no realización de una conducta, como, por ejemplo, la norma que impone el deber de no matar a otro; por su parte, normas mandatorias son aquellas que

califican como obligatoria la realización de una conducta, *verbi gratia*, la norma que impone el deber de pagar un determinado impuesto; por último, normas permisivas son aquellas que, en determinadas circunstancias, califican como no obligatoria la realización o la no realización de una conducta calificada en principio como obligatoria, como es lo que ocurre, por ejemplo, con la norma que consagra la legítima defensa, en tanto autoriza a desatender un deber jurídico en determinadas circunstancias.

Con todo, las normas permisivas carecen de entidad propia, pues sólo existen en función de recortar, en determinadas circunstancias, una prohibición o un mandato; está prohibido matar a otro, salvo en legítima defensa.

Reflexionemos a partir de lo dicho: el que las normas permisivas carezcan de entidad propia es consecuencia de la existencia, implícita o explícita, en todo ordenamiento jurídico, de una norma de clausura, de una norma que cierra el ordenamiento jurídico, haciendo que el derecho regule (atribuya un significado normativo a) todas las conductas que el ser humano realiza en su existencia. El contenido de dicha norma, así como el contenido de cualquier otra norma jurídica, esto es, lo prescrito por esa norma de clausura, depende de una decisión política y, específicamente, depende del modelo de Estado: uno es el contenido de la norma de clausura en el ordenamiento jurídico propio un Estado personalista; otro, el contenido en un Estado transpersonalista.

Así, en un Estado personalista, la norma de clausura consagra, para los particulares, el postulado de la libertad individual, y, para los servidores públicos, el postulado de la legalidad de la función pública (Guastini, 1999, p. 297). Según esto, como ya se advirtió, a los particulares les está permitido realizar todo aquello que no les esté expresamente prohibido y les está permitido dejar de realizar todo aquello que no les esté expresamente mandado; por el contrario, los servidores públicos sólo pueden, deben realizar aquello que el ordenamiento jurídico les ha señalado expresamente; todo lo demás les está prohibido. En un Estado transpersonalista, como ya se dijo, el contenido de la norma de clausura es el radicalmente opuesto.

Así las cosas, en un Estado personalista, las normas permisivas, como consecuencia de dicha norma de clausura, sólo existen, entonces, en función de recortar los mandatos y las prohibiciones; la existencia de una norma

permisiva sólo tiene sentido si a ella le preexiste una norma prohibitiva o mandatoria, pues aquella se crea, precisamente, para autorizar al titular de un deber jurídico a desatenderlo en determinadas circunstancias. Hay circunstancias en las que cumplir con un deber resultaría ser más perjudicial que incumplirlo; el legislador, consciente de ello, crea las normas permisivas, autorizando, en tales eventos, a desatender los deberes jurídicos consagrados por las normas prohibitivas y las mandatorias.

Las normas prohibitivas y las mandatorias imponen deberes u obligaciones, y, correlativamente, atribuyen derechos. Por el contrario, las normas permisivas confieren privilegios. Digamos, por lo pronto, que un deber jurídico es aquel que se materializa en el acto contrario al acto condicionante de una sanción (Kelsen, 1995a, p. 69); lo opuesto de tener un deber jurídico, de padecer un deber jurídico, es gozar de un privilegio (Hohfeld, 2001, pp. 50 y ss.); un privilegio es una libertad, que es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales, reconocida y protegida por el derecho.

Así, quien padece un deber jurídico tiene la posibilidad, la libertad de desatenderlo; si escoge incumplirlo, el derecho lo sanciona. Lo opuesto de tener el deber de no realizar una determinada conducta, es tener la libertad, protegida por el derecho, de escoger realizar o no dicha conducta; lo opuesto de tener el deber de no matar a otro es “gozar” del privilegio de matarlo, en determinadas circunstancias, *verbi gratia*, en legítima defensa. A mayor amplitud tengan los deberes jurídicos, menor amplitud tendrán los privilegios; a mayor amplitud tengan los privilegios, menor amplitud tendrán los deberes jurídicos. Como ya se dijo, las normas permisivas confieren privilegios, al recortar los mandatos y las prohibiciones, al recortar los deberes jurídicos.

Reiteremos en que, por virtud de la norma de clausura, el derecho regula todas las conductas que el ser humano realiza en su existencia. Además, recordemos que, según Del Vecchio, el derecho y la moral regulan las mismas conductas. ¿Cuáles? Todas, sólo que las regulan desde distintas perspectivas: el derecho las regula atendiendo a su interferencia inter-subjetiva, es decir, regula la conducta de una persona vista siempre en relación con la conducta de otra. Así, por ejemplo, por virtud de la norma de clausura, rezar (privilegio abarcado por la llamada libertad de conciencia y de religión) está regulado por el derecho, pues constituye una conducta permitida por

este; quien camina (libertad de locomoción), quien tiene relaciones sexuales (libertad sexual), quien expresa su pensamiento (libertad de expresión), está ejerciendo un privilegio que, en rigor, se encuentra concedido o reconocido por la norma de clausura.

La norma de clausura crea, entonces, un privilegio general de conducta; todos los demás privilegios son concedidos o reconocidos por normas permisivas, al recortar mandatos y prohibiciones.

3.6.1.2. Normas instrumentales

Son aquellas que prescriben un medio como necesario para el alcance de un determinado fin (Guastini, 1999, p. 114 y ss.). Estas normas se parecen a las reglas técnicas, mas, por supuesto, no son reglas técnicas. ¿Por qué? Porque las reglas técnicas son juicios del ser, son juicios descriptivos que discurren sobre una conexión causal preexistente; las reglas técnicas no crean la conexión entre el medio y el fin, simplemente describen esa conexión que preexiste a ellas. Por el contrario, las normas instrumentales son juicios prescriptivos. Estas normas no describen dicha conexión sino que la crean; estas normas crean la conexión entre un medio y un fin determinado. Si la norma no existiera, no existiría la posibilidad de alcanzar el fin, empleando el medio señalado.

Ahora bien, el destinatario de las normas instrumentales es sólo aquel sujeto que pretenda alcanzar, que quiera alcanzar el fin al que la norma alude. La norma instrumental le dice a ese sujeto: “si usted quiere alcanzar este fin, le prescribo el medio que usted necesariamente debe emplear para que lo alcance; si usted no emplea ese medio, no se le va a sancionar por ello, pues el único interesado en alcanzar ese fin es usted; si usted no observa el medio que aquí se le prescribe, la consecuencia es simplemente que usted no logrará dicho fin”. A las normas instrumentales, entonces, no les interesan los fines sino los medios; para las normas instrumentales, contrario al famoso lugar común, no todos los caminos conducen a Roma.

Las normas instrumentales, así las cosas, regulan los imperativos llamados “cargas”. En el derecho existen tres clases de imperativos: los deberes, las obligaciones y las cargas (Couture, 2002, pp. 171 y ss.) ¿Esos imperativos qué tienen en común (género próximo)? Ser imperativos. Y ¿cuál es su di-

ferencia específica? Se diferencian atendiendo a quién o quiénes son los titulares del correlativo atributo.

Recordemos que las normas jurídicas, dice Petrasizky, son imperativo-atributivas (Radbruch, 2002, p. 53). Pues bien, el titular del correlativo atributo respecto del imperativo jurídico llamado deber es el Estado, en representación de toda la comunidad difusamente concebida; el Estado es el correlativamente llamado a exigir el cumplimiento de un deber o, lo que es lo mismo, a exigir la realización de la conducta objeto de este. Por su parte, el titular del correlativo atributo respecto de una obligación es una persona determinada llamada “acreedor”; esa persona determinada, llamada acreedor, es quien está facultada para exigir jurídicamente la realización de la conducta objeto de la obligación. Por último, el titular del correlativo atributo respecto de una carga es “nadie”; nadie se encuentra correlativamente facultado para exigir la realización de la conducta objeto de una carga.

Lo dicho es así por lo siguiente:

En el cumplimiento de un deber jurídico se encuentra inmerso un interés supra-individual; un interés que es de todos y de nadie en particular; un interés que es de la “gente”, del individuo desindividualizado. Por su parte, en el cumplimiento de una obligación se encuentra inmerso un interés inter-individual (inter: entre): el interés del acreedor y el interés del deudor. El interés del deudor es liberarse, desatarse, desligarse de su acreedor; el deudor tiene, entonces, un interés en cumplir con su obligación. Por ello, los legisladores reconocen el llamado “derecho de inordinación”, que es el derecho que tiene el deudor de exigirle al acreedor posibilitarle el pago de su obligación; a ese respecto, *verbi gratia*, los códigos procesales suelen regular un trámite para el llamado “pago por consignación”.

Por último, en la realización de la conducta objeto de una carga o, lo que es lo mismo, en la atención de una carga, se encuentra inmerso un interés puramente individual: el interés de quien padece la carga, de quien soporta la carga; es él el único interesado en alcanzar un determinado fin. Por ello, a las cargas se les llama “imperativos del propio interés”.

Explicado con una metáfora: quien padece un imperativo llamado deber mira al frente y ve a toda la comunidad reclamándole su cumplimiento;

quien padece una obligación mira al frente y ve al acreedor reclamándole su cumplimiento; y quien soporta una carga mira al frente y ve un espejo que le recuerda que es él el único interesado en que esa carga se atienda³.

Por lo dicho, el incumplimiento o, mejor, la desatención de una carga no constituye un acto antijurídico o ilícito, esto es, no constituye el acto condicionante de una sanción. El incumplimiento de una obligación sí constituye un acto antijurídico o ilícito, que da lugar a sanciones propias del derecho privado. Por ejemplo, a sanciones civiles como la consistente en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento. El incumplimiento de un deber, por supuesto, también constituye un acto antijurídico o ilícito, que da lugar no sólo a sanciones civiles, sino que puede dar lugar a sanciones administrativas, disciplinarias e, incluso, penales, que son, estas últimas, las más graves sanciones con las que cuenta el ordenamiento jurídico⁴.

El derecho, entonces, emplea distintas magnitudes de fuerza con miras a desestimular el incumplimiento de sus imperativos; la magnitud de esa fuerza dependerá de la trascendencia del interés que se halla inmerso en el cumplimiento del imperativo, en la realización de la conducta objeto del imperativo.

Por tanto, si se trata de un interés puramente individual (carga), no emplea el derecho fuerza alguna con miras a estimular la atención del imperativo; si se trata de un interés inter individual (obligación), y por estar comprometido un interés distinto del interés individual de quien padece el imperativo, sí emplea el Derecho la fuerza con miras a estimular su cumplimiento; y, si está inmerso un interés supra individual (deber), puede incluso el derecho llegar a emplear la fuerza en la mayor magnitud que le sea posible, dentro de los límites jurídicos formales y materiales existentes.

Con todo, ejemplo de un deber jurídico es el de no matar a otro; de una obligación, es la de Juan de pagarle a Pedro el millón de pesos que le había prestado; y, de una carga, es la de la llamada por los procesalistas “carga de la prueba”.

3 Esta metáfora se extrae de las clases del profesor Alejandro Ochoa Botero.

4 Según el artículo 28 de la Constitución Política, no podrá haber prisión por el incumplimiento en el pago de las deudas. Se refiere allí, por supuesto, al incumplimiento de las obligaciones y no de los deberes.

Explicemos esta última: probar no constituye un deber ni una obligación, constituye tan sólo una carga, un imperativo del propio interés (Couture, 2002, pp. 197 y ss). Quien tenga interés en que el juez profiera una decisión en su favor, habrá de probar las afirmaciones que fundamentan su pretensión; si no lo hace, el derecho no lo sanciona por ello, pues es esa persona, y sólo ella, la interesada en probar con miras a obtener esa decisión favorable. Si no se atiende dicha carga, el sujeto, simplemente, no alcanzará el fin pretendido.

Ahora bien, las cargas, pese a que abundan en el derecho procesal, no sólo existen en este; en el derecho sustancial también existen cargas. Por ejemplo, las normas del derecho sustancial que regulan los requisitos para la existencia, validez y eficacia de los negocios jurídicos imponen cargas.

Por ello Hart, pese a lo que suelen decir los civilistas, sostiene que la nulidad⁵ no es una sanción, porque la sanción pretende desestimular la realización de una determinada conducta, y aquella, por supuesto, no pretende desestimular conductas; simplemente, el legislador le dice al particular: “si usted quiere ejercer esa potestad privada, llamada autonomía de la voluntad, esto es, si usted quiere celebrar negocios jurídicos y quiere que esos negocios existan válidamente, usted habrá de cumplir con estos requisitos”; el legislador prescribe el medio que necesariamente ha de emplearse si se quiere alcanzar ese fin (Nino, 2001, 90 – 91).

Así, por ejemplo, si Juan y María se acercan a la Decanatura de una Facultad de Derecho, y le dicen al señor Decano: queremos casarnos, esto es, celebrar un contrato de matrimonio; y el Decano, complaciente con ellos, les dice que él los casa; y “celebran el contrato”; según los civilistas respecto de ese “contrato” opera una “sanción” llamada la inexistencia; ese contrato es inexistente por no haberse celebrado ante el funcionario competente. Mal puede hablarse, en ese caso, de una sanción, pues el legislador no pretende estimular la realización de ese contrato; los únicos que están interesados en que ese contrato exista, válidamente, son los futuros contratantes.

5 Lo mismo es predicable respecto de la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad.

3.6.1.3. Normas constitutivas

Son aquellas que, por sí mismas, alcanzan el fin pretendido (Guastini, 1999, p. 99); estas normas no prescriben el alcance de un fin (contrario a lo que ocurre con las teleológicas) ni prescriben el medio para alcanzarlo (como sí ocurre con las instrumentales); estas normas no requieren de la mediación de una conducta para que se alcance el fin por ellas pretendido.

Directamente estas normas no norman o regulan la conducta; lo hacen, sí, por vía indirecta. Así, por ejemplo, el enunciado normativo que dice “deróguese la Ley X del año Y”, expresa una norma constitutiva. Las normas derogatorias, pues, son ejemplos de normas constitutivas; por sí mismas alcanzan el efecto pretendido, cual es el de dejar sin vigencia a otras normas. Estas normas regulan indirectamente la conducta porque servirán de referente al juez y al particular para determinar cuál es el derecho vigente. Otro ejemplo de normas constitutivas son aquellas que atribuyen un determinado *status* jurídico, como las que atribuyen capacidad en el derecho privado.

3.6.2. Clasificación propuesta por H. L. A. Hart, en su libro *El concepto de derecho*

Hart (1998), en su obra *The concept of Law*, publicada en 1961, formula su concepto de derecho, luego de haber sistematizado una serie de críticas en contra de la tesis de Austin sobre la naturaleza de las normas jurídicas. Según Hart, el derecho es un conjunto articulado de reglas primarias y de reglas secundarias. El derecho, a diferencia de lo que ocurre con otros sistemas normativos, como la moral y como el sistema propio de las reglas del trato social, contiene no sólo reglas que imponen deberes (reglas primarias); contiene, además, reglas para las reglas, normas para las normas; son las por él llamadas reglas secundarias (pp. 99 y ss.). Por vía de estas últimas, el derecho, a diferencia de otros sistemas normativos, regula su propio funcionamiento.

Las reglas secundarias, pues, son las que regulan la producción jurídica; aseguran, garantizan la coercibilidad de las demás reglas que componen el sistema normativo (las reglas primarias); son las que hacen que la fuerza de la que el derecho se vale para regular la conducta sea una fuerza institucio-

nalizada, esto es, encauzada, regulada en cuanto a quién puede ejercerla, cuándo y cómo debe ser ejercida.

Para Hart, la presencia de estas reglas, las secundarias, en un orden normativo hace que se trate de un ordenamiento jurídico; en los órdenes normativos propios de la moral no existen reglas para las reglas, reglas secundarias; sólo existen reglas o normas que imponen deberes (reglas primarias). Pues bien, según Hart, una norma es jurídica si hace parte de un ordenamiento jurídico; un ordenamiento es jurídico si, además de reglas primarias, se encuentra compuesto por reglas secundarias.

3.6.2.1. Reglas primarias

Las reglas primarias son llamadas también por Hart reglas deónticas, como quiera que estas son las que imponen deberes u obligaciones y correlativamente atribuyen derechos. Por tanto, las reglas primarias, en el lenguaje de Hart, son las mismas normas teleológicas en el lenguaje de Guastini.

Así las cosas, las reglas primarias pueden ser normas prohibitivas o normas mandatorias; las normas permisivas, en rigor, son simplemente fragmentos de aquellas, como quiera que lo que hacen es simplemente recortar los mandatos y las prohibiciones, en determinadas circunstancias. Al concebirse las normas permisivas como fragmentos de las prohibitivas y de las mandatorias, debe decirse, en el lenguaje de Hohfeld, que las normas primarias atribuyen, también, privilegios. Ahora bien, en tanto las reglas primarias imponen deberes y obligaciones, consagran las respectivas sanciones que se derivan del incumplimiento de los mismos.

3.6.2.2. Reglas secundarias

Las reglas secundarias son llamadas por Hart, también, reglas “anancásticas”; es la etimología de esa expresión y la explicación, ya estudiada, que hace Guastini de las por él llamadas normas instrumentales, lo que nos permite entender el porqué de esa denominación; esa expresión proviene de la expresión griega “*ananké*”, que significa “necesidad”. Por lo tanto, la expresión “anancástica” nos sugiere la idea de necesidad.

Estas normas no imponen deberes y, por ende, no consagran sanciones; simplemente, atribuyen potestades, imponiendo correlativamente sujeciones, y trazan los cauces por los que necesariamente debe discurrir el ejercicio de esas potestades para que este llegue a feliz término, esto es, para que el producto del ejercicio de la potestad, que, por regla general, es una norma jurídica, exista en el ordenamiento jurídico y, además, exista válidamente. Por tanto, en parte, las reglas secundarias, en el lenguaje de Hart, son las normas instrumentales de las que habla Guastini. Por supuesto, si estas reglas (secundarias) atribuyen potestades y correlativamente imponen sujeciones, también, por supuesto, siguiendo el lenguaje propuesto por Hohfeld, atribuyen inmunidades y, correlativamente, imponen incompetencias.

Ahora bien, según Hart (1998), un ordenamiento, un sistema normativo que no contenga reglas secundarias y que pretenda ser jurídico, padecerá tres graves e insuperables problemas; dilucidar, desvelar esos problemas nos permitirá entender las funciones que cumplen las reglas secundarias en un ordenamiento jurídico (pp. 113 y ss.). Tales problemas son:

En primer lugar, falta de certeza respecto de cuáles son las reglas que integran el sistema normativo. No basta, pues, con que el sistema normativo contenga reglas que impongan deberes; se requiere, además, que exista una regla que permita identificar las distintas normas que hacen parte del sistema normativo.

En segundo lugar, falta de seguridad respecto de la efectiva imposición y ejecución de las sanciones contenidas en las normas primarias. Si no existiesen las reglas secundarias, habría tan sólo una difusa presión social que se ejercería para respaldar, para provocar el cumplimiento de las normas primarias. Es necesario entonces que, además de las normas que imponen deberes y consagran las sanciones, existan otras que aseguren la coercibilidad de aquellas.

En tercer lugar, falta de dinamismo del sistema jurídico. Si el ordenamiento, si el sistema normativo no estuviese integrado también por reglas secundarias, sería estático, esto es, sería incapaz de irse adecuando a las cambiantes relaciones sociales. Por ello, es necesario que existan unas reglas que regulen la forma de incorporar nuevas normas al sistema, así como de modificar y de derogar las reglas ya existentes.

Las reglas secundarias, según Hart, existen, entonces, con miras a evitar esos problemas. Ellas son de tres clases: regla(s) de reconocimiento, reglas de adjudicación y reglas de cambio.

3.6.2.2.1. Regla(s) de reconocimiento

La regla de reconocimiento es aquella que permite identificar las distintas normas que hacen parte del sistema normativo (Hart, 1998, pp. 117 y ss.). Por tanto, esta regla perfila los rasgos que ha de reunir la norma para ser considerada como perteneciente a un determinado ordenamiento jurídico. Así, pues, la regla de reconocimiento confiere certeza sobre cuáles son las reglas que integran el sistema normativo.

Debemos decir, sin embargo, que los pasajes más oscuros del texto de Hart son los que se refieren a esta regla. ¿Por qué?

En primer lugar, no está claro en el texto de Hart si la regla de reconocimiento es una sola o si puede haber varias reglas de reconocimiento en el ordenamiento jurídico. La doctrina suele hablar de “la regla” de reconocimiento, sugiriendo que es una sola. Bien puede afirmarse que la regla de reconocimiento se desentraña, en nuestro ordenamiento jurídico, del preámbulo de la Constitución: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano... promulga la siguiente CONSTITUCIÓN...”. Aunque, bien puede decirse que del artículo 230 de la Constitución puede desentrañarse otra regla de reconocimiento: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Cabría decir lo mismo de lo dispuesto, por ejemplo, en los artículos 13 de la Ley 153 de 1887⁶ y 1604 del Código Civil⁷. En todo caso, sería viable afirmar que de todos esos enunciado se extraen apenas fragmentos de una misma y única regla de reconocimiento.

6 “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

7 “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”.

En segundo lugar, la obra de Hart es oscura al referirse a este tema, porque da a entender que la regla de reconocimiento es un hecho consistente en el efectivo reconocimiento que los miembros de la comunidad hacen de las normas que integran el sistema normativo. Esa desafortunada expresión debe ser entendida así: una regla no puede ser un hecho; lo que ocurre es que el referente normativo que tiene a la mano Hart, jurista inglés, para ejemplificar sus construcciones teóricas, es, precisamente, el derecho inglés, que es derecho consuetudinario. Por tanto, no ha de entenderse que la regla de reconocimiento sea un hecho; lo que ocurre es que por tratarse de un derecho consuetudinario, ese hecho, de reconocimiento por parte de la comunidad, constituye la fuente de manifestación de la regla de reconocimiento. Como luego se verá, el derecho consuetudinario no se expresa a través de textos legales, sino a través de conductas públicas, generales, repetidas, que producen conciencia de obligatoriedad coercible en los miembros de la comunidad.

Con todo, lo que sí está claro, y, por ende, afirmar lo contrario es equivocado, es que la regla de reconocimiento de la que habla Hart nada tiene que ver con la, llamada por Kelsen (1995b), norma hipotética fundamental, y ello es así por cuanto la regla de reconocimiento hace parte del derecho positivo. Esta es una regla puesta; la norma hipotética fundamental de la que nos habla Kelsen no es puesta, sino presupuesta (pp. 201 y ss.).

Veamos: hay que entender que Kelsen fue un jurista neokantiano y, al serlo, tuvo que esforzarse por hallar una categoría *a priori* que, para posibilitar el conocimiento, permitiese ordenar, unificar todo el material desordenado en el que se traduce la realidad normativa. Recordemos que, según Kant, en todos los hombres existen unas bases mínimas de racionalidad llamadas por él “categorías *a priori*”. Son llamadas así porque existen en el hombre, como ser racional que es, con independencia, con anterioridad a la información, a los datos que el hombre obtiene de la experiencia, datos obtenidos *a posteriori*. Esas categorías *a priori* (tiempo, espacio, causa, sustancia) son las que le permiten al hombre ordenar en su mente el material desordenado que percibe la realidad.

Kelsen, entonces, fue neokantiano y se valió de la filosofía kantiana para explicar el derecho. Según Kelsen, un orden jurídico es un conjunto de normas jurídicas que tienen un fundamento común de validez, esto es, que derivan todas ellas su validez de una misma fuente, llamada por él “nor-

ma hipotética fundamental”. Para Kelsen es el concepto de validez el que condiciona la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico, es el concepto de validez el que hace posible que ese pensamiento imperativo en el que la norma consiste se separe del sujeto que lo ha pensado, se des-sicológice, se independice de él, se objective, incorporándose en una entidad distinta e independiente de él llamada orden jurídico. Al ese pensamiento imperativo objetivarse, incrustándose en el orden jurídico, rige incluso para su sujeto creador.

Pues bien, como la norma jurídica es un juicio del deber ser, su validez no puede derivarse de un juicio del ser, porque se incurriría en una falacia naturalista. Por tanto, la validez de ese juicio del deber ser, en el que la norma consiste, sólo puede derivarse de otro juicio del deber ser, de otra norma jurídica, específicamente, de una norma jurídica de mayor jerarquía. Las normas jurídicas que integran el orden jurídico se encuentran organizadas, estructuradas jerárquicamente, derivando su validez unas de las otras: las inferiores de las superiores. Ese orden jerárquico hace que el orden jurídico se estructure como una especie de pirámide (la famosa pirámide kelseniana). En la medida en que se va escalando la pirámide, van hallándose menos normas jurídicas.

Así las cosas, la validez de las normas jurídicas que se hallan en la base de la pirámide se deriva de las normas jurídicas que se hallan en la cúspide; la validez de una norma jurídica se deriva de la norma jurídica de superior jerarquía, y la validez de la norma jurídica de superior jerarquía se deriva de la norma jurídica que tenga superior jerarquía respecto de esta, y así, sucesivamente, hasta llegar a la Constitución; la Constitución deriva su validez de la Constitución anterior, y la anterior de la anterior, hasta llegar a la primera Constitución.

Y de qué fuente deriva su validez la primera Constitución si ya el derecho positivo, el derecho puesto se ha agotado. Según Kelsen, la validez de la primera Constitución se deriva de una norma que no hace parte del derecho positivo; no es una norma puesta, sino presupuesta; es una norma cuya existencia hay que suponer para derivar de ella la validez de todas las normas que integran el orden jurídico y, por ende, para unificarlas. Sin esta norma, el orden jurídico no sería un “orden” sino un “desorden” jurídico. Es esta norma la que le otorga al ordenamiento jurídico el atributo que constituye su esencia: la unidad. Luego, nos ocuparemos más en detalle de este tema.

3.6.2.2.2. Reglas de adjudicación

Estas reglas permiten evitar el segundo de los problemas mencionados: el relativo a la falta de seguridad respecto de la eficacia de las reglas primarias, derivada de la difusa presión social que se ejercería para provocar su cumplimiento; estas reglas, por tanto, aseguran la coercibilidad de las reglas primarias, de las reglas que imponen deberes y consagran las respectivas sanciones.

Pues bien, las reglas de adjudicación son aquellas reglas secundarias (género próximo) que atribuyen potestades para determinar, en forma concluyente, si una persona ha infringido o no una regla primaria y para imponer y ejecutar la respectiva sanción (diferencia específica). Además, estas reglas trazan los cauces, los procedimientos por los que ha discurrir el ejercicio de tales potestades (Hart, 1998, pp. 120 y ss.).

Hagamos una breve digresión para entender lo dicho: no debemos confundir proceso y procedimiento. Un proceso es una serie o secuencia lógica de actos, todos ellos incrustados en el mundo. El proceso no es un simple conjunto de actos; es una serie o secuencia ordenada de actos que se encuentran entrelazados finalísticamente hacia la obtención de un determinado producto. Por su parte, el procedimiento es el cauce, el mapa que ordena los actos del proceso. Por tanto, no hay proceso sin procedimiento. Dicho con una metáfora de usanza entre los procesalistas: el procedimiento es al proceso lo que la carrilera es al ferrocarril.

Ahora bien, en los códigos procesales se expresan plurales reglas de adjudicación. Veamos: los códigos procesales son conjuntos articulados de enunciados normativos que expresan normas por vía de las cuales se pretende regular en forma exhaustiva una función pública llamada “jurisdicción”. La expresión “jurisdicción” proviene de los vocablos latinos “*iuris-dictio*” que significan “decir el derecho”. La expresión “jurisdicción” es equívoca; dos de sus significados son estos: en primer lugar, se habla de jurisdicción para aludir a una potestad pública, esto es, a algo que se tiene; en segundo lugar, se habla de jurisdicción para referirse a una función pública, esto es, a una actividad, a algo que se hace.

Con todo, como potestad, la jurisdicción es la capacidad conferida por el derecho a ciertos sujetos para componer litigios, para crear normas individualizadas, normas particulares y concretas, por vía de las cuales se ponga fin a los conflictos de voluntades que califican a los conflictos de intereses (litigios).

Ahora, una cosa es, en el lenguaje de los procesalistas, la jurisdicción y otra la competencia. Todo juez tiene jurisdicción, pero sólo tiene competencia respecto de determinados asuntos. Por eso, un procesalista llamado Luigi Mattiolo definió la competencia como la medida de la jurisdicción, es decir, como la medida en la que entre los distintos órganos de la jurisdicción se distribuyen o se reparten la jurisdicción. Por tanto, la competencia es la capacidad para ejercer la jurisdicción, de la que se es titular, respecto de determinados litigios (Devis, 1996, pp. 133 y ss.)

En los códigos procesales, pues, no hay procesos, porque los procesos son secuencias de actos que se incrustan en el mundo. En los códigos procesales, entonces, sólo hay procedimientos, esto es, mapas, cauces que traza el legislador, con miras a ordenar los actos del proceso jurisdiccional, o mejor, con miras a ordenar los actos del proceso, a través del cual se ejerce la función jurisdiccional.

Pues bien, todo lo anterior para entender que las reglas expresadas a través de los enunciados normativos contenidos en los códigos procesales y que asignan competencias y trazan los procedimientos son ejemplos de reglas de adjudicación. Hay que advertir, para no provocar un conocimiento errado, que los códigos procesales también contienen enunciados que expresan otro tipo de reglas, por ejemplo, reglas primarias; es el caso de las reglas que imponen deberes procesales a los distintos sujetos del proceso.

3.6.2.2.3. Reglas de cambio

La existencia de estas reglas evitan el tercer problema mencionado: el relativo al carácter estático del sistema normativo; estas reglas posibilitan que el derecho vaya adecuándose a las cambiantes relaciones sociales (Hart, 1999, pp. 118 y ss.).

Así, las reglas de cambio son aquellas reglas secundarias (género próximo) que atribuyen potestades, públicas y privadas, para incorporar nuevas reglas al sistema normativo, y para modificar o eliminar las reglas ya existentes (diferencia específica). Estas reglas, además, señalan los requisitos que necesariamente deben cumplirse, trazan los cauces que necesariamente deben recorrerse, para que el producto del ejercicio de tales potestades sea válido, para que este exista válidamente.

Una precisión: las potestades, como luego se verá, se clasifican en potestades públicas y potestades privadas. Las primeras son aquellas que se materializan en el ejercicio de una función pública, como, por ejemplo, las potestades legislativa, jurisdiccional, ejecutiva, electoral, disciplinaria y de control; las segundas, aquellas que se materializan en el ejercicio de la llamada autonomía privada o autonomía de la voluntad.

Recordemos que la potestad es la capacidad de crear normas jurídicas generales y abstractas o particulares y concretas, o de ejecutar sus consecuencias jurídicas. El Congreso de la República, por ejemplo, crea normas generales y abstractas, en ejercicio de su potestad legislativa. Por su parte, los jueces de la República, en ejercicio de la potestad llamada jurisdicción, en principio, crean sólo normas particulares y concretas.

Ahora bien, la autonomía privada o autonomía de la voluntad es la capacidad que tienen los particulares, conferida por el derecho positivo, para, en ciertos ámbitos, más o menos amplios, dependiendo del modelo de Estado, normar sus propias relaciones jurídicas, esto es, auto-legislarse, crear normas particulares y concretas que regulen sus conflictos de intereses. Así, por ejemplo, el contrato es un acto por vía el cual los particulares se auto-legislan, crean normas particulares y concretas.

Por tanto, la regla que le confiera al particular esa potestad privada llamada autonomía de la voluntad es una regla de cambio. La regla que atribuye potestad al legislador para crear normas generales y abstractas también lo es; también lo son, por ejemplo, las reglas que trazan el procedimiento legislativo, esto es, el cauce por el que ha de discurrir el proceso legislativo.

Olvida Hart, curiosamente, que el juez, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, también incorpora normas al ordenamiento jurídico y, en conse-

cuencia, en el fondo, las reglas de adjudicación terminarían por ser, también, reglas de cambio.

Por último, la afirmación de Hart consistente en que las reglas secundarias son anancásticas es altamente problemática, porque sugiere que todas las reglas secundarias son lo que Guastini llama normas instrumentales, esto es, normas que prescriben un medio como necesario para el alcance de un determinado fin; es problemático porque las reglas secundarias, si bien atribuyen potestades y si bien trazan los cauces para ejercerlas, su ejercicio, en el caso de las públicas, por regla general, constituye un deber jurídico, pues su no ejercicio da lugar a un acto ilícito, esto es, el acto condicionante de una sanción; ese acto ilícito, que consiste en omitir el ejercicio de una potestad pública, y que provoca, también, sanciones disciplinarias, es llamado por los legisladores penales “prevaricato por omisión”. Así que, por ejemplo, no es que para el juez, al crear una norma individualizada, quede a su libre albedrío escoger si tramita o no el proceso jurisdiccional por el cauce trazado por el legislador; el juez tiene el deber jurídico de observar ese cauce. Por ello, los procesalistas hablan del “debido proceso” o “proceso debido”.

Lo dicho ha hecho que Luis Prieto Sanchís (2005), en sus *Apuntes de Teoría del Derecho*, sostenga que, tratándose de potestades públicas, las reglas secundarias se encuentran blindadas, arropadas por reglas primarias, por reglas que imponen deberes jurídicos (p. 70).

3.6.3. Clasificación propuesta por Alf Ross, en su libro *Sobre el derecho y la justicia*

Alf Ross es el máximo exponente de una corriente del pensamiento jurídico, de la que luego nos ocuparemos, llamada realismo jurídico escandinavo. Esta corriente es una vertiente del realismo jurídico que pretende conciliar el realismo jurídico de corte psicológico con el realismo jurídico de corte conductista. Así, según Alf Ross, el derecho vigente es el derecho viviente, es decir, es el conjunto de normas jurídicas efectivamente reconocidas y acatadas. Por tanto, es el conjunto de normas cuya probable aplicación es predecible.

La principal obra de Alf Ross (1997) apareció, por primera vez, en el año de 1958 con el título “Sobre el derecho y la justicia”. En esa obra, anterior a la

citada obra de Hart, Alf Ross, quien estudió con Kelsen, aunque se distanció de sus tesis, propuso la siguiente clasificación de las normas jurídicas: en todo ordenamiento jurídico existen dos clases de normas jurídicas, las normas de conducta y las normas de competencia (pp. 58 y ss.).

3.6.3.1. Normas de conducta

Normas de conducta, dice Ross, son aquellas que prescriben una determinada línea de acción. Por tanto, son las mismas normas primarias en el lenguaje de Hart y las mismas normas teleológicas en el lenguaje de Guastini.

3.6.3.2. Normas de competencia

Normas de competencia son aquellas que atribuyen potestades. Por tanto, son las mismas reglas secundarias de Hart y, en parte, son las mismas normas instrumentales y constitutivas a las que se refiere Guastini.

La expresión “norma de conducta”, sin embargo, es desafortunada, pues toda norma, como es sabido, regula la conducta; las normas de competencia, incluso, regulan la conducta, así, algunas de ellas, la regulen en forma indirecta.

3.6.4. Clasificación propuesta por Robert Alexy, en su libro *Teoría de los derechos fundamentales*

Robert Alexy, jurista alemán, es uno de los máximos exponentes de una corriente del pensamiento jurídico que ha dado en llamarse el Nuevo Derecho, corriente del pensamiento que dice corresponderse con el modelo del Estado constitucional de derecho; se trata, en suma, de una nueva tendencia del constitucionalismo llamada, a sí misma, el “neoconstitucionalismo”.

La obra de Alexy (2001) es ya voluminosa; su principal texto se publicó con el nombre de *Teoría de los derechos fundamentales*, en 1984. En ese texto, Alexy propone una clasificación de las normas jurídicas que ha hecho carrera, especialmente, en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Según este autor, las normas jurídicas se clasifican en reglas y en principios (pp. 81 y ss.).

3.6.4.1. Reglas

Son, según Alexy (2001), mandatos de aplicación perentoria, esto es, mandatos que se cumplen o se incumplen en su totalidad; mandatos del todo o nada. Con las reglas se opera jurídicamente a través de un proceso de subsunción; si el hecho se subsume en el supuesto de hecho de la norma, deberá, en todo caso, declararse la respectiva consecuencia jurídica (pp. 87 y ss.).

Así, por ejemplo, la norma jurídica que criminaliza el homicidio, al prescribir que quien matare a otro deberá ser castigado con una pena de prisión, consiste en una regla, en un mandato de aplicación perentoria, que se cumple o se incumple en su totalidad. Si Juan mata a Pedro, ese hecho se subsume en el supuesto de hecho de esa norma jurídica; dado ese hecho, deberá, perentoriamente, declararse la consecuencia jurídica.

Con las reglas, entonces, se opera jurídicamente acudiendo al tradicional silogismo judicial, en el que la premisa mayor es la regla o norma general y abstracta; la premisa menor, el hecho que se ha incrustado en el mundo; la conclusión del silogismo habrá de consistir en que, debido a que el hecho se ha subsumido en el supuesto de hecho de la regla, deberá declararse (atribuirse) la consecuencia jurídica por ella prevista.

Por otra parte, las antinomias entre las reglas se resuelven acudiendo a los criterios tradicionales, que son: el criterio jerárquico, el de la especialidad y el cronológico. La antinomia es un fenómeno que se presenta en aquellos casos en los cuales dos o más normas jurídicas a un mismo supuesto de hecho le atribuyen consecuencias jurídicas opuestas o incompatibles entre sí. Por ejemplo, una norma jurídica prohíbe realizar lo que otra norma jurídica ordena. Tal y como luego se explicará, según el criterio jerárquico, prevalecerá la norma jurídica de superior jerarquía; según el criterio de la especialidad, deberá prevalecer la norma especial sobre la norma general; según el criterio cronológico, la norma posterior sobre la anterior.

Ahora bien, si la antinomia se resuelve acudiendo al criterio jerárquico, quiere ello decir que el problema entre las normas es un problema de validez, esto es, la norma de inferior jerarquía es inválida; si la antinomia se resuelve acudiendo al criterio cronológico, ello significa que el problema entre las normas es de vigencia, como quiera que la norma posterior derogó

tácitamente a la norma anterior; si la antinomia se resuelve acudiendo al criterio de la especialidad, es porque las normas, en aparente conflicto, pueden coexistir armónicamente en el ordenamiento jurídico, por cuanto la norma especial será una excepción, simplemente, a lo previsto en la norma general.

Así, por ejemplo, toda norma permisiva se encuentra en aparente contradicción con una norma prohibitiva o mandatoria, pues la norma permisiva autoriza a realizar, en determinadas circunstancias, lo que otra norma prohíbe, en términos generales, o autoriza a dejar de realizar, en determinadas circunstancias, lo que la otra norma, en términos generales, ordena realizar. Las normas permisivas se armonizan, pues, con las normas prohibitivas o mandatorias, constituyendo excepciones a lo prohibido u ordenado por ellas, en determinadas circunstancias.

3.6.4.2. Principios

Debemos comenzar por decir, al referirnos a lo que Alexy entiende por principios, que su teoría no se compadece con el uso tradicional que a la expresión “principio” se le ha dado en el derecho. Ese uso tradicional bien puede verse sintetizado en una definición del profesor italiano Giorgio del Vecchio (1971), que entiende por tales las verdades fundantes del ordenamiento jurídico, verdades que informan los contenidos del derecho positivo (pp. 41 y ss.). Ese uso que Del Vecchio da a esa expresión se corresponde con lo que sugiere idiomáticamente la denominación “principio”. Principio es lo que está al principio. Los principios, al igual que los príncipes, por estar al principio, no requieren de justificación. Luego, al referirnos a las fuentes del derecho, volveremos sobre este tema.

Pues bien, según Alexy (2001), los principios son mandatos de optimización, que se realizan, se cumplen, en la mayor medida de lo posible, dentro de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes (pp. 86 y ss.). No debemos olvidar que esta clasificación de las normas jurídicas se encuentra propuesta en una obra que lleva por título *Teoría de los derechos fundamentales*; las normas que consagran derechos fundamentales son constitutivas, generalmente, de principios.

Una necesaria digresión: digamos, tangencialmente, que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados o positivizados, esto es,

son los derechos humanos cosificados, anquilosados en una norma de derecho positivo. Según Luigi Ferrajoli (2001), los derechos fundamentales son aquellos de los que son titulares todas las personas por el simple hecho de ser personas, y todas en igual medida (p. 19); por ello, por ejemplo, así suele decirse otra cosa, el derecho *de* propiedad no es un derecho fundamental, porque no lo tienen todas las personas en igual medida, por el simple hecho de ser personas; cosa distinta ocurre con el derecho *a* la propiedad, con el derecho *a* ser propietario.

Ahora bien, los llamados derechos humanos, en estricto sentido, no son derechos; son imperativos éticos dirigidos a los Estados, para que estos los protejan, los reconozcan y los desarrollen en sus derechos positivos. Una vez ese imperativo ético es reconocido por una norma de derecho positivo, se convierte, así, en un derecho fundamental.

Con todo, los llamados “derechos humanos” están regulados por el “derecho internacional de los derechos humanos”. Ese derecho internacional, que tiene por sujeto destinatario a los Estados, se halla expresado en tratados, en pactos internacionales; tales instrumentos crean tribunales y procedimientos para juzgar a los Estados por la violación de los derechos humanos, por no protegerlos y no desarrollarlos en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Dichos tribunales internacionales no juzgan a particulares, pues, si bien los particulares pueden delinquir, no pueden violar los derechos humanos; estos sólo pueden ser violados por los Estados; el Estado no delinque, pero sí puede violar los derechos humanos; el particular, como ya se dijo, puede delinquir, pero no violar los derechos humanos.

Según el artículo 93 de la Constitución Política, los pactos internacionales, debidamente ratificados, que versan sobre derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, “prevalecen en el orden interno”; hacen parte del llamado “bloque de constitucionalidad”, que es ese conjunto de normas jurídicas materialmente constitucionales, normas que, si bien no están expresadas en el documento constitucional, la Constitución las ha asumido como propias. Así, por ejemplo, las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 incorporan a nuestro ordenamiento jurídico sendos pactos sobre derechos humanos, el “Pacto de Nueva York” y el “Pacto de San José de Costa Rica”, respectivamente. Este último creó la CIDH, Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

No debemos, en todo caso, confundir el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho internacional humanitario. Existe, pues, un derecho que es expresión de la condición humana: el derecho a la guerra, del que nos habla Cicerón (1989) en su libro *Sobre los deberes*. Asimismo, existe un derecho en la guerra, que es el hoy llamado derecho internacional humanitario, esto es, el conjunto de normas que pretenden paliar, aminorar las consecuencias nocivas en materia de derechos, de libertades inherente a todo conflicto armado, interno o internacional. Su fuente de manifestación se halla, principalmente, en los famosos Protocolos I y II de Ginebra.

Volvamos, una vez hecha dicha digresión, sobre la teoría de los principios de Alexy:

Los principios no pueden ser aplicados en forma perentoria, como quiera que existen unas limitaciones fácticas y jurídicas que lo imposibilitan. Las limitaciones fácticas se refieren, especialmente, a la escasez de recursos económicos; así, por ejemplo, la norma que consagra el derecho a exigir una vivienda digna no constituye una regla sino un mandato de optimización, pues su aplicación va dándose, paso a paso, en la medida en la que existan recursos económicos que la hagan posible.

Por su parte, las limitaciones jurídicas se refieren a que entre los principios existe una constante situación antinómica; pese a ello, esa antinomia no puede ser resuelta acudiendo a los criterios tradicionales ya mencionados (criterios jerárquico, de la especialidad y cronológico), puesto que tales principios, por regla general, tienen la misma jerarquía, un alto grado de generalidad y entraron en vigencia en un mismo momento. Generalmente, esos mandatos de optimización tienen rango constitucional; así, por ejemplo, la norma que consagra el “derecho” a la libertad de expresión se encuentra en una constante situación antinómica, o como lo dice Alexy, en una constante colisión, con la norma que consagra el derecho a la honra, el derecho al buen nombre.

En forma general y abstracta, pues, no puede decirse que uno de los principios prevalezca sobre el otro; esa constante situación antinómica sólo puede resolverse en cada caso concreto, a través de una ponderación. El juicio de ponderación supone sopesar las ventajas y las desventajas que se derivarían, en cada caso concreto, de aplicar uno de los principios en con-

flicto y dejar de aplicar el otro. El triunfo de uno de los principios en la ponderación dependerá de los mayores o menores perjuicios, sacrificios o ventajas que se obtendrían, en el caso en concreto, en materia de derechos y libertades.

Por tanto, entre los principios existe una especie de “jerarquía móvil” (Guastini, 1999, p. 170), como quiera que el principio que triunfe en la ponderación, respecto de un caso concreto, puede resultar vencido, respecto de otro caso. A esa jerarquía móvil Alexy la llama “relación de precedencia condicionada”. Entre los principios existe una precedencia jerárquica condicionada al caso concreto.

Así, el principio que triunfe en la ponderación, respecto de un caso concreto, se convierte en una regla para ese caso, en un mandato de aplicación perentoria. Por ello, para operar jurídicamente con los principios es menester, en primer lugar, realizar una ponderación, y, una vez escogido el principio que va a gobernar el caso concreto, convertido, por ende, ya en una regla, es necesario, en segundo lugar, llevar a cabo una operación de subsunción.

Por ejemplo, si Juan, en ejercicio de su libertad de expresión, profiere unas imputaciones deshonrosas en contra de Pedro y de su familia, valiéndose de un periódico (publica en él unas fotos, en las que se compromete el buen nombre de aquellos), Juan soportará su actuación en la norma de rango constitucional que consagra el “derecho” a la libertad de expresión. Pedro y su familia reclamarán judicialmente la retractación de Juan, soportando su petición en otra norma de rango constitucional, la que consagra el derecho a la honra. Bien puede ocurrir que, en ese caso, la antinomia entre esas normas se resuelva en favor de la norma que consagra el derecho a la honra, porque, por ejemplo, hagan parte de la familia de Pedro niños que se sientan perjudicados con la actuación de Juan, y, según la Constitución, en su artículo 44, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. En esas circunstancias, dejar de aplicar el principio que consagra el derecho a la honra comportaría enormes perjuicios, enormes sacrificios en materia de derechos, que no se corresponden con las ventajas que se derivarían de aplicar, en este caso, el principio que consagra el “derecho” a la libertad de expresión. Bien puede ocurrir, por el contrario, que, en otras circunstancias, prevalezca el principio que consagra el “derecho” a la libertad de expresión sobre el derecho a la honra.

La ponderación, que constituye el método para resolver las antinomias entre los principios, se encuentra guiada, según el discurso de los constitucionalistas y los fallos de los tribunales constitucionales, por el hoy tan de moda llamado “principio de proporcionalidad”, específicamente, por el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Veamos:

¿En qué consiste el principio de proporcionalidad?

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, llamado también principio de la prohibición del exceso, constituye el límite material más importante al ejercicio de las potestades, especialmente, de las potestades públicas, en los Estados constitucionales de derecho. Según los constitucionalistas, los derechos fundamentales pueden restringirse, mas esas restricciones no pueden ser caprichosas; han de ser proporcionadas, medidas; se puede restringir el derecho fundamental siempre y cuando no se afecte su núcleo esencial. Justamente, el núcleo esencial de los derechos fundamentales lo traza el principio de proporcionalidad (Bernal, 2005b, pp. 77 y ss.).

Una necesaria precisión: todas las potestades, al estar reguladas por el derecho, se encuentran limitadas. Los límites al ejercicio de las potestades pueden ser de dos clases: formales y materiales. Los formales señalan el quién y el cómo, esto es, señalan quién es el titular de la potestad y trazan los cauces (el cómo) por los que ha de discurrir el ejercicio de esa potestad; los materiales señalan el qué, esto es, determinan la materia susceptible de ser decidida por parte del titular de la potestad; por virtud de estos límites, los materiales, según la ya citada expresión de Ferrajoli, no sobre todo se puede decidir y no sobre todo se puede dejar de decidir.

Dicho en otras palabras: los límites formales determinan quién puede crear la norma jurídica, quién tiene capacidad para ello, y trazan el procedimiento por el que ha de discurrir el proceso de formación de la norma; los límites materiales trazan los posibles contenidos que puede tener la norma jurídica. Del respeto que el titular de la potestad observe por los límites, tanto formales como materiales, va a depender la validez de la norma jurídica que resulte del ejercicio de esa potestad.

Tal y como luego se explicará, la validez de una norma jurídica consiste en un juicio de conformidad entre ella y las normas de superior jerarquía, que regulan su producción (Guastini, 1999, pp. 311 y ss.). La validez puede ser de dos clases: formal y material. Una norma jurídica es formalmente válida si fue creada por la autoridad señalada como competente para el efecto por las normas de superior jerarquía, y si su proceso de creación discurrió por el procedimiento trazado al efecto por tales normas; será materialmente válida si lo prescrito por ella, su contenido, esto es, lo mandado, prohibido o permitido por ella se corresponde, se halla conforme con lo prescrito por las normas de superior jerarquía.

Dicha precisión, simplemente, para entender la afirmación consistente en que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, o de la prohibición del exceso, constituye un límite material al ejercicio de las potestades públicas. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, o de la prohibición del exceso, se fundamenta en lo prescrito por el principio de igualdad que, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Para Aristóteles (2007), igualdad es sinónimo de proporcionalidad, mesura, moderación. Lo igual rechaza, repugna lo desproporcionado, por exceso o por defecto. Lo igual, nos dice en su *Ética nicomaquea*, es lo mayor que lo menor y lo menor que lo mayor; aquello, por ende, que se halla en el justo medio, en el término medio, término equidistante a los dos extremos, al exceso y al defecto (pp. 29 y ss.).

La igualdad nos sugiere, pues, una idea de merecimiento; tratar a una persona, cosa, conducta o situación, respetando la igualdad, supone, pues, tratarla de conformidad con lo que ella amerita, con lo que ella merece, ni más ni menos, sin exceso y sin defecto. Así, según el principio de igualdad, lo igual debe ser tratado como igual y lo desigual como desigual. Este principio se conculca, entonces, por dos vías: si a lo igual se le trata como desigual o si a lo desigual se le trata en forma igual.

Así las cosas, el problema radical consiste en determinar qué es lo igual y qué lo desigual: tales cuestiones han sido resueltas a lo largo de la historia por dos vías: la primera, consiste en afirmar que lo igual y lo desigual se descubren; la segunda, en afirmar que lo igual y lo desigual se atribuye o

imputa. Para la primera, hay en los individuos unas esencias, un ser o estructura ontológica, que posibilita, a través de un acto de conocimiento, determinar qué es lo igual y qué lo desigual (es la ruta de Parménides; Sócrates, Platón, Aristóteles y demás filósofos; Agustín de Hipona, Tomás de Aquino y demás realistas del medioevo; reaccionarios al discurso de la modernidad, etc.); para los segundos, en el mundo sólo hay individuos, sin un ser, esencia o estructura ontológica, y, por ende, determinar qué es lo igual y qué lo desigual es el producto de un acto de voluntad, de pactos, acuerdos, decisiones políticas (es el camino de Heráclito; Protágoras y demás sofistas; Ockham y los nominalistas del medioevo; pensadores modernos y posmodernos).

En los Estados constitucionales de derecho, según el discurso del Nuevo Derecho, es la Constitución, el pacto político que constituye, que funda el Estado, la que determina qué es lo igual y qué lo desigual, y, en consecuencia, la que determina qué debe ser tratado en forma igual y qué en forma desigual. Pues bien, los constitucionalistas descubrieron o inventaron un mecanismo, un instrumento que permite establecer si una norma jurídica cumple con lo dispuesto por el principio de igualdad o si, por el contrario, lo viola, lo conculca; a ese mecanismo la doctrina y los tribunales constitucionales lo llaman el “test de razonabilidad”.

Conviene recordar, antes de referirnos a dicho test, que toda norma jurídica restringe la libertad; el derecho, por esencia, es encauzamiento de la libertad; en palabras de Hobbes (2004), la libertad depende del silencio de las leyes (p. 179). Conviene, también, hacer la siguiente precisión: toda norma jurídica, por general y abstracta que sea, en principio, compromete la igualdad, porque la consecuencia jurídica prevista en la norma sólo se le va a atribuir a la persona que realice la conducta prevista en ella a título de supuesto de hecho; toda norma jurídica, pues, posibilita un trato diferenciador, así dicho trato tenga una evidente justificación, a la luz de nuestro sistema de ideas y de creencias, que nos impida reparar en él —como nos lo recuerda el Meditador del Escorial, lo obvio, por sernos transparente, usualmente no lo vemos—; así, por ejemplo, si Juan mata a Pedro, se le deberá imponer una pena a Juan, la prevista en la norma que criminaliza el homicidio, y, por ende, a él se le va a dar un tratamiento, diferenciándolo, así, de las demás personas.

No hay norma jurídica, pues, que sea indiferente al principio de igualdad: o lo cumple, en tanto lo desarrolla, al tratar al igual como igual y al desigual como desigual, o lo viola, lo conculca, al tratar al igual como desigual o al desigual como igual. El test de razonabilidad, entonces, nos permitirá saber si la norma cumple con lo prescrito por el principio de igualdad o si, por el contrario, lo conculca. Tengamos presente, antes de analizar el test, que una cosa es lo racional y otra lo razonable; lo primero tiene que ver con la razón pura, con la razón físico-matemática, esto es, con la razón que, a partir de conceptos “*a priori*”, pretende dar cuenta de la realidad; por el contrario, lo razonable es lo plausible, lo adecuado en cada circunstancia; lo razonable rechaza los conceptos “*a priori*”, es por esencia circunstancial; lo razonable tiene que ver no con la razón pura sino con la razón situada, con la razón vital, con la razón que se incrusta en la circunstancia.

Bueno, y ¿cómo opera el test de razonabilidad? Dicho test consiste en confrontar la norma jurídica y, en general, la decisión de poder, que por esencia es un medio o un instrumento, con el fin que con ese medio o instrumento pretende alcanzarse; luego, verificar si dicho medio es adecuado; así, una norma será constitucional, en tanto se adecúa al principio de igualdad, si ella, que por esencia restringe la libertad, constituye *un medio adecuado para lograr un fin constitucionalmente admisible*.

En primer lugar, se requiere, entonces, que la norma (medio) pretenda alcanzar un fin constitucionalmente admisible; es la propia Constitución, según lo anotado, la que nos indica qué fines ameritan la creación de normas que posibiliten tratos diferenciadores; es la Constitución, según el discurso mencionado, la que determina qué es lo igual y qué lo desigual.

Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Constitución Política prohíbe, entre otras cosas, que se discrimine por razón de la raza; si se crease una norma que prohíba a las personas negras votar, esta norma sería inconstitucional, pues no persigue un fin constitucionalmente admisible; la raza, según nuestro pacto político fundacional, no es un criterio que amerite un trato diferenciador. Según dicho pacto, por ser de una raza distinta de la que comparte la mayor parte de la población, no se es jurídicamente desigual. Todos los individuos (personas, situaciones, conductas, cosas) son materialmente distintos; será la Constitución la que determine qué rasgos posi-

bilitan predicar igualdad o desigualdad entre ellos, y, por ende, qué rasgos legitiman un trato normativo diferenciador.

Pero si, por ejemplo, se crea una norma jurídica que establezca subsidios para las madres cabeza de familia, se tratará de una norma que, evidentemente, posibilita un trato diferenciador, y que pretende alcanzar un fin constitucionalmente admisible, cual es el de proteger a grupos débiles de la población (véase incisos segundo y tercero del artículo 13 de la Constitución); así las cosas, no toda diferenciación comporta discriminación, no toda diferenciación vulnera el principio de igualdad; hay tratos diferenciadores que, por el contrario, desarrollan el principio de igualdad, pues tratan al igual como igual y al desigual como desigual. Dicho en otras palabras: igualdad no es igualitarismo; el principio de igualdad no prescribe tratar en forma igual a todos los individuos (personas, conductas, situaciones, cosas).

En segundo lugar, se requiere que la norma jurídica constituya un medio *adecuado* para alcanzar dicho fin, pues no basta con que la norma pretenda alcanzar un fin constitucionalmente admisible, para que cumpla con lo prescrito por el principio de igualdad. La norma jurídica constituye un medio adecuado si reúne estos requisitos: si es un medio idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto (Bernal, 2005a, pp. 61 y ss.).

Así, una norma jurídica constituye un medio idóneo si ella, apreciada en forma *ex ante*, sirve para alcanzar dicho fin, esto es, si realmente el medio es *medio* para alcanzarlo. Como el legislador legisla para el futuro, el análisis sobre la idoneidad del medio debe hacerse desde una perspectiva “*ex ante*” y no desde una perspectiva “*ex post*”; no es, pues, que la norma sea un medio idóneo si efectivamente se alcanzaron los fines luego de ser aplicada.

Para que el medio sea adecuado no basta con que este sirva para alcanzar el fin mencionado; se requiere, además, que el medio sea necesario. Pues bien, la norma jurídica constituye un medio necesario si, de todos los medios idóneos para alcanzar dicho fin, la norma constituye el medio que menores sacrificios comporta en materia de derechos y libertades, sin que pueda olvidarse que toda norma comporta sacrificios en tales materias, pues el derecho, por esencia, limita la libertad.

Por último, para que el medio sea adecuado, no basta con que sirva para alcanzar el fin mencionado y no basta, tampoco, con que la norma sea la que menores sacrificios comporta en materia de derechos y libertades; se requiere, además, que la norma constituya un medio proporcional o proporcionado en sentido estricto. La norma, pues, constituye un medio proporcional o proporcionado en sentido estricto si los sacrificios que ella comporta en materia de derechos y libertades se corresponden, guardan cierto equilibrio con las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

Si, por ejemplo, se crea una norma jurídica que establezca un subsidio para las madres cabeza de familia, está claro, por lo ya dicho, que la norma pretende, en efecto, alcanzar un fin constitucionalmente admisible; pero, si la norma establece o dispone que todo lo que se recaude el próximo año, en materia de impuestos, y que, en principio, iba a ser destinado a cubrir los distintos gastos del Estado (salud, educación, seguridad, administración de justicia, etc.), se destine, ahora, para ese subsidio, tal norma, por supuesto, será absolutamente desproporcionada, desmesurada, en suma: inadecuada. Es evidente la relación que existe entre lo anotado y el principio del respeto por la dignidad humana; se estaría tratando a las madres cabeza de familia, exclusivamente, como fines en sí mismos, y a todo lo demás como un simple medio en función de ellas; se conculcaría, entonces, no sólo el principio de igualdad, sino, además, el principio del respeto por la dignidad humana, por vía del “exceso”.

Con todo, de los requisitos que ha de reunir la norma jurídica para que pueda ser considerada como un medio adecuado, surgen los tres subprincipios que integran el hoy tan de moda “principio de proporcionalidad en sentido amplio” o “principio de la prohibición del exceso”. Esos subprincipios son: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Así, según el principio de idoneidad, toda norma jurídica debe ser un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente admisible; según el principio de necesidad, la norma jurídica debe ser un medio que, entre los medios idóneos, sea el que menos sacrificios comporte en materia de derechos y libertades; según el principio de proporcionalidad sentido estricto, los sacrificios que una norma comporta en materia de derechos y

libertades deben corresponderse con las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

Expliquémoslo con una metáfora:

Si a Juan se le daña su carro, lo primero que hará, si es una persona razonable, será buscar los talleres en los que pueda solucionar el problema. Si el problema del carro es del motor, quedarán descartados ya los talleres de la-tonería y pintura, pues estos no serán idóneos para solucionar su problema. Luego, Juan habrá de pedir unas cotizaciones a los distintos talleres *idóneos*; si es una persona razonable, escogerá el taller que, siendo idóneo, sea el más económico, el que menores sacrificios le comporte; escogerá, entonces, el taller que, además de ser idóneo, sea el *necesario*. Ahora, si Juan, persona razonable, tiene un hijo que está enfermo, y el arreglo del carro le vale un millón de pesos, y los gastos de la clínica le valen lo mismo, y Juan sólo cuenta con un millón de pesos, él deberá abstenerse de mandar a arreglar el carro, pues, en tales circunstancias, los enormes sacrificios que comporta mandar a arreglarlo no se corresponden, por supuesto, con las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

En suma, el principio de proporcionalidad en sentido amplio pretende evitar sacrificios inútiles, innecesarios y desproporcionados en materia de derechos y libertades.

Ahora bien, especialmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto cumple con tres funciones en el derecho:

En primer lugar y al igual que los otros dos subprincipios, constituye un límite material al ejercicio de las potestades, de tal manera que la validez material de la norma jurídica producto del ejercicio de estas va a depender de que los sacrificios que la norma jurídica comporta, en materia de derechos y libertades, se correspondan, guarden cierto equilibrio con las ventajas que con tales sacrificios pretendan obtenerse. Ello resulta ser particularmente relevante en materia de sanciones, pues la magnitud de la sanción va a depender de la magnitud del interés que se halle comprometido con la conducta sancionada; a conductas *igualmente* graves deben corresponder sanciones de la misma entidad, de la misma magnitud; no es admisible, por tanto, que a una conducta de menor gravedad le corresponda una sanción

de mayor gravedad, o que a una conducta de mayor gravedad le corresponda una sanción de menor gravedad.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto constituye la **regla** de la ponderación, esto es, constituye el mandato que determina cuál de los principios en conflicto debe prevalecer en un caso concreto. Por ello, Alexy a este “principio” lo llama también “juicio de ponderación”. No es coherente que, en el lenguaje del Nuevo Derecho, se le llame “principio”, pues él no es ponderable con otros principios, no es un mandato de optimización; él es la regla de la ponderación, la regla que determina, en forma perentoria, cómo deben resolverse las antinomias o la colisiones entre los principios.

En tercer lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto le traza el límite de existencia temporal a todo deber jurídico. Según este principio, todo deber es temporal, mas no en el sentido cronológico, sino en el sentido *kairológico* de la expresión. Cronos es el tiempo de los relojes, el tiempo medible, el tiempo cuantitativo; *kairós* es el tiempo o momento oportuno o justo para las acciones, el tiempo cualitativo. Pues bien, todo deber es temporal, según este principio, porque todo deber depende de las circunstancias; no existen deberes universales, *a priori*, intemporales. Los deberes, por tanto, van plegándose a las circunstancias, van plegándose a las mutaciones, a los cambios y modificaciones de estas. Que todo deber sea *kairológico* significa, entonces, que todo deber deja de existir si, habiendo mutado las circunstancias, su cumplimiento resultaría ser más perjudicial que su incumplimiento.

Como el legislador, dada su condición humana, dada su finitud, no puede pre-ver, no puede anticipar todas las circunstancias en las que pueda incrustarse la conducta que va a regular, el principio de proporcionalidad en sentido estricto pretende ser el instrumento *kairológico* que haga posible que, en el derecho, las normas generales y abstractas creadas por el legislador vayan plegándose a las circunstancias, mutaciones y sinuosidades de la realidad que pretende ser regulada.

Es evidente, pues, que el soporte filosófico de toda esta construcción se halla en las llamadas éticas *fronéticas*, especialmente, en el pensamiento de Aristóteles. Sobre esto y sobre la crítica a este discurso, dada la construc-

ción de un nuevo mito, el del juez equitativo, prudente y ponderador, ha de remitirse al libro *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho* (Solano, 2012b, pp. 93 y ss.).

3.6.5. Clasificación propuesta por Karl Larenz, en su libro *Metodología de la ciencia del derecho*

Karl Larenz (1994), jurista alemán, publicó, entre su extensa producción bibliográfica, una obra, que se hizo famosa, titulada *Metodología de la ciencia del derecho*. Esta obra está dividida en dos partes: la primera, llamada por él parte histórico-crítica, y, la segunda, parte sistemática. En la parte histórico-crítica, Karl Larenz se ocupa de analizar la evolución del pensamiento jurídico. Debido a esta parte, es esta una obra de imprescindible consulta para quien quiera acercarse con rigor al estudio del derecho. Empero, la parte que Karl Larenz llama “sistemática” no es, en realidad, tan importante como lo es aquella.

En la parte sistemática, pues, se ocupa de realizar, como su nombre lo indica, un estudio sistemático del derecho. En esta parte, Karl Larenz propuso una desafortunada clasificación de las normas jurídicas; desafortunada, porque la clasificación parte de confundir la norma jurídica con el enunciado normativo. Pese a lo dicho, la clasificación propuesta por Karl Larenz ha hecho carrera en algunas dogmáticas, especialmente, ha hecho carrera entre los penalistas; los textos serios de derecho penal suelen reconocerle una innecesaria importancia a esa clasificación (Cfr. Muñoz, 2003, pp. 44 y ss.).

Pues bien, según Karl Larenz (1994), las normas jurídicas se clasifican en normas jurídicas completas y en normas jurídicas incompletas (pp. 242 y ss.).

3.6.5.1. Normas completas

Son aquellas que tienen supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Para este profesor, la cópula o elemento de enlace, como para otros autores, hace parte de la consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, si partimos de la tesis de Larenz, debemos afirmar que el artículo 103 del Código Penal contiene

una norma jurídica completa, al expresar: “El que matare a otro incurrirá en pena de prisión de X a Y años».

3.6.5.2. Normas incompletas

Son aquellas que no tienen ni supuesto de hecho ni consecuencia jurídica. Se trata de oraciones gramaticalmente completas que cumplen con una de estas tres funciones: aclaran el sentido de las normas completas, restringen el alcance de las normas completas y remiten a las normas completas.

Así, por ejemplo, el artículo 21 del Código Penal, que define lo que ha de entenderse por dolo para efectos penales, contiene una norma incompleta que aclara el alcance de normas completas; el artículo 32 del Código Penal, que consagra las llamadas “causales de exclusión de la responsabilidad penal”, entre ellas, la legítima defensa, contiene varias normas incompletas que restringen el alcance de las normas completas; el artículo 1958 del Código Civil, que prescribe que las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta, contiene una norma incompleta que remite, según Larenz, a normas completas.

La tesis de Karl Larenz no sólo es equivocada por lo ya dicho, sino que, además, la terminología empleada por este profesor es radicalmente desafortunada, porque lo “in-completo” es lo que no está completo, esto es, aquello a lo que le falta algo, no a lo que le falta todo. Es absurdo decir que lo completo es lo que tiene esto y lo otro, e incompleto lo que no tiene *ni* esto *ni* lo otro.

Como ya lo sabemos, en rigor, lo que puede estar incompleto no es la norma jurídica, sino el enunciado normativo.

3.7. Fuentes

Suele decir la doctrina que las fuentes del derecho son la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina e, incluso, los principios generales del derecho. Pues bien, comencemos por afirmar que la expresión “fuente” alude al origen de algo; la expresión “fuentes del derecho”, “fuentes de las normas jurídicas” alude al origen del derecho, al origen de las normas jurídicas.

Ahora bien, la expresión “fuentes del derecho” es una expresión equívoca, pues puede ser entendida en varios sentidos; si se desconocen esos sentidos, no puede hacerse un análisis riguroso de este tema.

La expresión “fuentes del derecho” puede ser usada, en primer lugar, para aludir a los procesos de creación de las normas jurídicas (García, 1995, p. 51). En este sentido, para evitar equívocos, es preferible hablar de fuentes *formales* del derecho.

En segundo lugar, se utiliza la expresión “fuentes del derecho”, también, para referirse a los hechos (económicos, políticos, naturales, culturales, etc.) que determinan la creación de las normas jurídicas y, por ende, determinan sus contenidos; para evitar equívocos, debe hablarse, en este sentido, de fuentes *materiales* del derecho (García, 1995, p. 51).

En tercer lugar, se habla de “fuentes del derecho” para referirse a la autoridad creadora del derecho, esto es, al sujeto creador de la norma; en este sentido, ha de utilizarse la expresión fuentes de *producción* del derecho.

En cuarto lugar, se habla, también, de “fuentes del derecho” para referirse a los signos, lingüísticos o no, a través de los cuales el derecho se expresa, se hace visible; al efecto, ha de hablarse de fuentes de *manifestación* del derecho.

Con todo, debe precisarse que, al hablar de fuentes formales del *derecho*, de fuentes materiales del *derecho*, de fuentes de producción del *derecho* y de fuentes de manifestación del *derecho*, la expresión “derecho” se está empleando en sentido objetivo; el derecho entendido como conjunto de normas.

3.7.1. Ley

Suele decir la doctrina que la ley es una fuente del derecho. Debemos precisar si ello es cierto y en qué sentido, de serlo, lo es.

La ley, pues, es un conjunto articulado de enunciados normativos, por vía de los cuales se expresan normas generales y abstractas, que versan sobre una misma materia. En estricto sentido, se emplea la expresión “ley” para referirse

sólo al conjunto de enunciados normativos que expresan normas generales y abstractas creadas por el órgano de representación popular para el efecto, en nuestro caso, por el Congreso de la República. La ley, por tanto, es una fuente de manifestación del derecho, porque es un conjunto de signos lingüísticos, por vía de los cuales se hace visible el derecho, se expresa el derecho.

Así, en rigor, la ley no es una fuente formal, ni de producción, ni material del derecho. Pues bien, respecto de las normas que se expresan a través de esos instrumentos llamados leyes, la fuente formal de las mismas, de esas normas, es el proceso legislativo. Recordemos que una cosa es un proceso y otra un procedimiento, y que el procedimiento es el cauce por el que el proceso discurre. El procedimiento legislativo, el trámite, el cauce, el mapa trazado por el derecho no es la fuente formal de las normas de carácter legal; la fuente formal es el proceso, esa serie o secuencia lógica de actos que por ese cauce discurre.

El trámite o procedimiento legislativo está regulado, en nuestro ordenamiento jurídico, en la Constitución Política y en la Ley Orgánica del Congreso. Todo trámite legislativo, no sólo el regulado por el derecho colombiano, comprende varias etapas, varias fases o momentos, que van desde la relativa a la presentación del proyecto de ley, hasta la etapa en que la ley ya aprobada es promulgada, insertándose en el diario oficial, y la subsiguiente etapa relativa a un período que suele llamarse de vacancia legal, luego de la cual las normas expresadas a través de la ley entran en vigencia (Quinche, 2010, pp. 559 y ss.).

Supuestamente, la vacancia legal se dispone con miras a que una vez promulgada la ley, que fue aprobada, la comunidad tenga un plazo razonable para enterarse de las prescripciones contenidas en ella y pueda, así, ajustar su conducta a las mismas. Ese plazo de vacancia legal según nuestro derecho positivo, artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, que sustituyó los artículos 11 y 12 del Código Civil, es de dos meses, contados a partir del momento de la promulgación; ese plazo puede ser otro distinto, si así lo dispone la respectiva ley promulgada.

Luego de presentado el proyecto de ley, de debatir sus contenidos y de su respectiva aprobación, y antes de ser promulgada, la ley debe ser sancionada, por regla general, por el Presidente de la República. Las especificidades

de ese trámite o procedimiento legislativo son objeto de estudio por parte del derecho constitucional. En forma absurda, algunos textos de Introducción al derecho suelen estudiar, minuciosamente, un tema que es propio de la dogmática jurídica y, específicamente, del derecho constitucional, que es el referido al trámite legislativo en cada Estado; el derecho procesal, por su parte, se ocupa del estudio de las especificidades de los procesos de formación de las normas creadas en el ejercicio de la función jurisdiccional; el derecho privado hace lo propio, al ocuparse del estudio, pormenorizado, de los requisitos de existencia y validez de las normas negociales.

Señalemos, por último, respecto de las normas jurídicas de carácter legal, que su fuente de producción es el órgano de representación popular, en nuestro caso, el Congreso de la República. En suma: respecto de las normas jurídicas de carácter legal, la fuente de manifestación es la ley; la fuente de producción es el Congreso de la República; la fuente formal es el proceso legislativo; la fuente material son los hechos políticos, culturales, económicos, naturales, de diversa índole, que motivan la creación de esas normas y, por ende, determinan sus contenidos.

3.7.2. Jurisprudencia

Suele decirse que la jurisprudencia es una fuente del derecho. Veamos si ello es cierto, y, de ser cierto, en qué sentido lo es.

En principio, la jurisprudencia es fuente de manifestación de una norma jurídica individualizada, de una norma jurídica particular y concreta. La expresión jurisprudencia es una expresión equívoca, porque puede ser entendida en tres sentidos: en primer lugar, se habla de jurisprudencia para referirse a la ciencia del derecho; en segundo lugar, para referirse a una fuente de manifestación del derecho, específicamente, a un documento que contiene una decisión judicial y, por tanto, expresa, hace visible una norma jurídica individualizada, una norma jurídica particular y concreta; en tercer lugar, se habla de jurisprudencia para referirse al llamado precedente judicial obligatorio.

Pues bien, *en principio*, el juez es la fuente de producción de una norma jurídica particular y concreta, de una norma individualizada creada para resolver un litigio; asimismo, el proceso jurisdiccional es la fuente formal

de esa norma jurídica particular y concreta, de esa norma jurídica individualizada creada por el juez con miras a componer un litigio, norma esta que se expresa, que se hace visible, a través de la fuente de manifestación llamada “jurisprudencia”.

Así, pues, la fuente formal de esa norma individualizada es el proceso jurisdiccional y no el procedimiento judicial; no el mapa, el cauce por el que discurre el proceso. Por su parte, la fuente material de dicha norma es el litigio procesado y enjuiciado, el conflicto de intereses calificado por una pretensión resistida, que motiva la creación de dicha norma.

Una necesaria precisión: el proceso jurisdiccional es una serie o secuencia lógica de actos entrelazados, finalísticamente, hacia la creación de una norma individualizada, por vía de la cual se compone un litigio. El procedimiento, por su parte, es el mapa, el cauce que ordena los actos del proceso. El legislador, pues, suele trazar esos procedimientos, esos mapas, esos cauces en los códigos procesales, atendiendo a la pretensión que deba ser procesada (Carnelutti, 2004c, pp. 157 y ss.). Es, entonces, la naturaleza de la pretensión que va a procesarse lo que hace que el legislador deba trazar varias carrileras. Existen, por lo menos, dos clases de pretensiones, entendiéndose por pretensión, en sentido procesal, el acto proyectivo del litigio, por vía del cual una de las partes de este exige que el interés ajeno, esto es, que el interés de la otra parte se subordine al interés propio, a su interés (Carnelutti, 2004c, p. 44).

En primer lugar, hay pretensiones, llamadas *de conocimiento* o *discutidas*, en tanto se apoyan en derechos inciertos. Esas pretensiones dan lugar a los llamados procesos de conocimiento, cuya finalidad principal radica en determinar si existe o no el derecho que se invoca como causa de la pretensión y, en algunos casos, en que se declare la consecuencia jurídica a que haya lugar. Ahora bien, los procedimientos que regulan, que encauzan los procesos de conocimiento suelen prever, al menos, cuatro etapas: introducción, instrucción, discusión y decisión (Cfr. Carnelutti, 2004b). En la introducción (afirmación-contradicción), se fija el litigio; en la instrucción, se recauda el material probatorio; en la discusión, se producen los alegatos por vía de los cuales cada una de las partes le propone al juez que, de conformidad con la prueba practicada, decida de determinada forma el litigio; en la decisión, se resuelve, en forma concluyente, el litigio procesado.

En segundo lugar, hay otras pretensiones llamadas de ejecución o ejecutivas, que Carnelutti (2004c) llama pretensiones insatisfechas (p. 213), en tanto parten de la certeza sobre la existencia del derecho que constituye su causa; estas pretensiones dan lugar a los llamados procesos de ejecución o ejecutivos, en los que no se pretende que se cree un mandato individualizado, sino que el mandato, que ya existe, se realice, se haga efectivo.

Hecha esta precisión, retomemos el hilo del discurso: se dice que, *en principio*, el juez es fuente de producción de una norma jurídica particular y concreta, esto es, de la norma creada para el litigio que está enjuiciando. Se dice que, *en principio*, el proceso jurisdiccional es fuente formal de una norma jurídica particular y concreta, esto es, de la norma creada para el litigio que fue procesado; se dice que, *en principio*, la sentencia —la providencia judicial que contiene la decisión del juez sobre el litigio— es la fuente de manifestación de dicha norma jurídica particular y concreta —de la norma creada *a la medida* del litigio decidido—.

Pues bien, se dice “en principio” porque, según la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial, que nuestras altas Cortes y nuestra legislación han venido acogiendo en forma progresiva, el juez es fuente de producción no sólo de dicha norma jurídica individualizada, sino, además, de una norma jurídica general y abstracta, aplicable a aquellos litigios que sean similares al litigio procesado y enjuiciado; por tanto, el proceso judicial sería, ya, no sólo fuente formal de una norma individualizada, y la providencia judicial sería, ya, no sólo fuente de manifestación de esta norma. El proceso jurisdiccional, según dicha teoría, es fuente formal, y la providencia judicial es fuente de manifestación, además, de una norma, general y abstracta, aplicable a litigios similares al litigio enjuiciado. El progresivo acogimiento de dicha teoría, en nuestro medio, ha transformado, radicalmente, el sistema de fuentes del derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Nos preguntamos: ¿qué es el precedente judicial y por qué es obligatorio?

Comencemos por decir que, en todo proceso jurisdiccional, existen dos relaciones jurídicas: una relación jurídica “continente” y una relación jurídica “contenida”; la relación jurídica “continente” es la relación jurídico-procesal, que se produce entre las partes del proceso, quienes se hallan en una situación de igualdad formal, y un tercero imparcial, el juez o árbitro, al que

dichas partes se hallan sujetas, subordinadas. En sentido procesal, es parte quien formula la pretensión y aquel contra quien se formula la pretensión; partes son, en sentido procesal, el pretensor y el resistente, el llamado a resistir la pretensión.

La pretensión, pues, es un acto a través del cual se ejerce un derecho que los procesalistas llaman “derecho de acción”; específicamente, como ya se dijo, la pretensión es un acto por vía del cual se proyecta a ese tercero imparcial, el juez o árbitro, un litigio, exigiendo que se subordine el interés ajeno, el interés del resistente, al interés propio, el interés del pretensor. El litigio es, así, la relación jurídica “contenida”, es la relación jurídica que el proceso *procesa* y para la cual va a crearse una norma individualizada. El litigio, entonces, es un conflicto de intereses regulado por el derecho sustancial, que se encuentra calificado por un conflicto voluntades, por una pretensión resistida.

Ahora bien, las decisiones de los jueces se clasifican en dos grandes grupos: en primer lugar, hay decisiones que gobiernan el proceso, que gobiernan la relación jurídico-procesal, que gobiernan la relación jurídica “continente” y que pretenden que el proceso se desenvuelva adecuadamente y llegue a feliz término. Los procesalistas, más que de “decisiones”, prefieren hablar en estos casos de órdenes; tales órdenes o “decisiones” suelen estar vertidas en unas providencias judiciales que los códigos procesales suelen llamar “autos de sustanciación” o, simplemente, “órdenes”.

En segundo lugar, hay unas decisiones del juez que no gobiernan el proceso, sino el litigio; gobiernan la relación jurídico-litigiosa, que está regulada por el derecho sustancial; esas decisiones, que gobiernan el litigio, que deciden sobre el litigio, suelen estar vertidas en unas providencias judiciales que los códigos procesales suelen llamar “autos interlocutorios” y “sentencias” o “laudos”, estos últimos si su fuente de producción es un “árbitro”.

Así las cosas, las providencias judiciales que contienen decisiones sobre el litigio, sobre la relación jurídica contenida, se encuentran divididas en dos partes: una parte resolutive, que contiene la decisión propiamente dicha sobre el litigio procesado y enjuiciado, y, por ende, expresa la norma individualizada, hecha a la medida de este; y una parte motiva, que contiene las razones, los argumentos que justifican la decisión expresada en la parte

resolutiva —las razones que justifican la creación de la norma particular y concreta expresada en la parte resolutiva de la providencia—.

Pues bien, según la teoría del precedente judicial, la parte motiva de estas providencias se encuentra compuesta, a su vez, por dos partes: una parte, que contiene la “*ratio decidendi*”, y la otra, que contiene los “*obiter dicta*”. La *ratio decidendi* de una decisión judicial son los argumentos que guardan estrecha relación con lo decidido y expresado en la parte resolutiva, al punto que constituyen su base o su soporte, sin los cuales la decisión carecería de fundamento. Los *obiter dicta*, por su parte, son “dichos al pasar”, esto es, ideas, argumentos que no guardan estrecha relación con lo decidido y que, por ende, sin ellos la decisión conservaría su soporte, su fundamento. Se trata, estos últimos, de argumentos que, en el mejor de los casos, sirven sólo para ambientar la decisión, para relacionar los argumentos que integran las *ratio decidendi*, y, en el peor de los casos, constituyen, simplemente, gestos de alarde de sabiduría del juez o de muestra de su estupidez (véase la sentencia SU- 1300 de 2001, de la Corte Constitucional).

El llamado precedente judicial obligatorio es, entonces, en rigor, una norma jurídica general y abstracta aplicable a litigios similares al litigio procesado y enjuiciado; dicha norma jurídica se halla en la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales. Por obvias razones, contrario a lo que suele afirmarse, el precedente judicial nunca puede hallarse en la parte resolutiva de una providencia judicial, pues esta está hecha a la medida de litigio decidido.

¿Por qué razón o razones es obligatorio el precedente judicial o, dicho en una forma teóricamente más digna, por qué razón puede predicarse la existencia de esa norma general y abstracta en que consiste el precedente judicial obligatorio? Ello es así, por dos principios: el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y el principio de la confianza legítima, que emana del deber de obrar de buena fe, consagrado en el artículo 83 de la misma.

Veamos:

Por virtud del principio de igualdad, lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual en forma desigual; por ello, los litigios iguales deben ser tratados en forma igual, de tal manera que el principio de igualdad cons-

tituye, pues, uno de los fundamentos de la obligatoriedad del precedente judicial. Ahora, ¿en qué consiste ese otro fundamento llamado principio de la confianza legítima? Este principio, como ya se dijo, constituye una consecuencia del deber de obrar de buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Al principio de la confianza legítima se le conoce, también, con el nombre de prohibición del “*venire contra factum proprium*” o “prohibición de obrar en contra de los actos propios”. La teoría que pretende explicar esta prohibición, que pretende explicar dicho principio, es llamada por la doctrina “teoría de los actos propios”. El principio de la confianza legítima o de la prohibición del “*venire contra factum proprium*” fue sintetizado por Ulpiano en una famosa afirmación según la cual *no es lícito cambiar de designio en perjuicio de otro* (Neme, 2003, pp. 9 y ss.).

Del deber de obrar de buena fe, esto es, del deber de obrar con lealtad en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas surge el deber de ser coherente con las actuaciones precedentes o, lo que es lo mismo, de ser coherente con los actos propios precedentes, toda vez que esas actuaciones, esos actos propios provocan en las demás personas expectativas razonables de comportamientos futuros. A esas expectativas razonables de comportamientos futuros es a lo que la doctrina llama confianza legítima. Dicho en otras palabras: las actuaciones precedentes, los actos propios de uno de los sujetos de la relación jurídica provocan en el otro sujeto de la relación confianza legítima respecto de la actitud que aquel sujeto ha asumido, en torno de la relación jurídica que a ellos los vincula. El derecho protege, pues, la confianza legítima, imponiendo el deber jurídico de ser coherente con las actuaciones precedentes, el deber de no traicionar, de no defraudar esas expectativas razonables.

Este principio informa los distintos contenidos del derecho público y del derecho privado. Un ejemplo de la aplicación de este principio es el relativo a la obligatoriedad del precedente judicial: el Estado, a través de sus decisiones judiciales, provoca en la sociedad expectativas razonables respecto de sus comportamientos futuros; tal comunidad entiende que el Estado, al proferir esas decisiones, ha obrado conforme a derecho; a tal punto es cierto que la comunidad tiene como referente esas decisiones judiciales precedentes para guiar sus conductas, para encauzar sus relaciones jurídicas.

Sería inadmisibles, por tanto, que el Estado defraudase esa confianza legítima, provocada con sus decisiones judiciales, decidiendo litigios similares, en forma distinta.

Ahora bien, particularmente, en Colombia, el Código Civil, que es de 1873, no le reconoció obligatoriedad al precedente judicial; según el artículo 17: “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”. Por supuesto, este Código, en gran parte con clara influencia del Código Napoleónico de 1804, pretendió reivindicar el clásico postulado de la separación de poderes (Montesquieu), según el cual todo el que detenta poder, por naturaleza, tiende a abusar de él, de tal manera que la única forma de limitarlo sea dividiéndolo. Según ese postulado clásico, sólo el legislador crea el derecho; el juez, simplemente, aplica el derecho creado por el legislador. Ni el legislador aplica el derecho ni el juez crea derecho. Ese postulado clásico, como luego lo explicaremos, está ya superado: tanto el juez como el legislador aplican y crean derecho.

Asimismo, según la Ley 153 de 1887, que no es el Código Civil, que no hace parte del Código Civil, pero que suele hallarse en compilaciones cuyas cubiertas dicen sólo contener el Código Civil, la jurisprudencia tiene un valor secundario en el sistema de fuentes del derecho (Bernal, 2009, p. 154). Así, por ejemplo, según el artículo 4° de esa Ley: “...las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos...”; según el artículo 8° *ibídem*, la “doctrina constitucional” puede aplicarse sólo si no existe una ley aplicable al caso controvertido; y el artículo 10° de esa Ley, modificado por el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, al regular la llamada “doctrina probable”, dispone, sin, por supuesto, afirmar su obligatoriedad: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Como muy bien lo afirma Bernal Pulido (2009), en los años 30 del siglo pasado, existió la llamada “Corte de Oro”, esto es, la Corte Suprema de Justicia que, por esa época, estuvo integrada por excelsos juristas; esa Corte profirió sentencias —de enorme importancia— de aplicación aún hoy en día en el

derecho privado; introdujo en nuestro ordenamiento jurídico unas instituciones que no estaban expresamente reguladas en el Código Civil. Fue así como se acogió en Colombia la teoría del abuso del derecho, la teoría del enriquecimiento sin causa y la llamada “teoría de la imprevisión”. Estas sentencias de la Corte constituyen los embriones de la obligatoriedad del precedente judicial en Colombia (pp. 154 – 155).

Por su parte, la Corte Constitucional, en un primer momento, no le reconoció carácter de obligatoriedad al precedente judicial. Esa primera postura la fijó la Corte en la sentencia C-131 de 1993. En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable la expresión “obligatorio” contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991. Ese artículo decía: “la doctrina constitucional enunciada en la sentencia de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades”. En este mismo sentido, el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló que la parte motiva de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional constituyen sólo un criterio auxiliar para la actividad judicial; sin embargo, la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de dicha ley, cambió su postura sobre la obligatoriedad del precedente judicial. La Corte, por vía de la sentencia C-037 de 1996, modificó el enunciado contenido en dicho artículo, atribuyéndole carácter obligatorio a las interpretaciones hechas por la Corte en la parte motiva de sus sentencias.

Así, la Corte Constitucional ha venido, progresivamente, acogiendo la teoría del precedente judicial. En un primer momento, la Corte acogió dicha teoría respecto de sus decisiones. Al efecto, véase, por ejemplo, la sentencia SU-047 de 1999. Empero, es necesario precisar que, en relación con las sentencias de la propia Corte Constitucional, más que de precedente *judicial*, es pertinente hablar de precedente *constitucional*, pues este Tribunal no ejerce, en estricto sentido, funciones jurisdiccionales, en tanto no compone litigios, toda vez que, en primer lugar, en materia de declaratorias de exequibilidad o de inexecutable obra como “legislador negativo” e, incluso, “positivo”; en segundo lugar, en materia de revisión de tutelas, obra como una especie de policía constitucional, evitando, precisamente, el surgimiento de litigios derivados de violaciones a los derechos fundamentales.

Luego, la Corte Constitucional hubo de acoger dicha teoría respecto de la Jurisdicción Ordinaria, por vía de la famosa sentencia C-836 de 2001, pu-

diendo aquí, sí, hablarse, en estricto sentido, de precedente *judicial* obligatorio. Por vía de esta sentencia, la Corte declaró exequible, pero con una constitucionalidad condicionada, el texto del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, artículo que había modificado el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. Recordemos que esa disposición se refiere a la llamada “doctrina probable” o “doctrina legal probable”, que consiste en tres decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, obrando como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho y en un mismo sentido. La Corte Constitucional sostuvo, en esa sentencia, que la doctrina probable constituye precedente judicial obligatorio. Declaró exequible dicho “texto”, siempre y cuando se entienda que la doctrina probable es obligatoria, es decir, que constituye precedente judicial obligatorio.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha llegado a sostener que el desconocimiento del precedente judicial, esto es, el ni siquiera mencionarlo en una decisión judicial, así sea para apartarse de él, constituye una vía de hecho, que puede dar lugar a que la decisión judicial se impugne por vía de la acción de tutela (véase, por ejemplo, la sentencia C-590 de 2005); es más, incluso, ha llegado a decir que si un juez, dolosamente, desatiende el precedente judicial, puede incurrir en un delito de prevaricato. Hay casos, ya, en nuestro medio, de servidores públicos condenados en tales eventos (véase la sentencia de 10 de abril de 2013, en el proceso con radicado 39.456, emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho).

Ahora, ¿cuántas decisiones judiciales se requieren para que se configure el precedente judicial? Según la Corte, lo que es inexplicable, respecto de sus decisiones basta con una, pero respecto de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, para que haya precedente judicial, se requiere que haya una línea jurisprudencial. Eso lo que los teóricos del precedente llaman “línea jurisprudencial” es lo que la Ley 153 de 1887 llama “doctrina probable”. Toda línea jurisprudencial, dicen los teóricos del precedente, comienza con una decisión denominada “sentencia hito”, por vía de la cual se inaugura, surge una postura jurídica determinada; a esa decisión le siguen otras que suelen remitir a esa primera.

La legislación, también, ha venido acogiendo la teoría del precedente judicial obligatorio: en primer lugar, el Código General del Proceso, conteni-

do en la Ley 1564 de 2012, en su artículo 7, dispone: "...cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos". Tímidamente, allí, se hace referencia, también, al precedente horizontal, que luego explicaremos. En segundo lugar, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, al regular las "sentencias de unificación jurisprudencial" (artículo 270) y el "recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia" (artículos 256 y ss., especialmente, el 258), le reconoce obligatoriedad al precedente judicial.

Ahora bien, según la teoría del precedente judicial, y ello ha sido acogido por nuestra Corte Constitucional, el juez, excepcionalmente, puede apartarse del precedente, pero tiene la carga de la argumentación, la carga (mejor, el *deber*) de exponer las razones que justifican su disenso (Bernal, 2009, pp. 163 y ss.).

Tales casos, perfectamente inteligibles si se entiende que el precedente judicial obligatorio es una norma jurídica y que los principios de igualdad y de confianza legítima constituyen sus fundamentos, son:

En primer lugar, si el litigio que se está enjuiciando es sustancialmente diferente de los litigios sobre los que se emitieron las decisiones que constituyen el precedente judicial. Aquel litigio, entonces, no quedará abarcado por el ámbito de aplicación de la norma, general y abstracta, en el que el precedente consiste.

En segundo lugar, si el precedente judicial no es adecuado para ser aplicado en una nueva situación social. En estricto sentido, este caso es el mismo anterior; bien puede ocurrir que el litigio enjuiciado se incruste en una circunstancia que haga que dicho litigio sea sustancialmente diferente de los litigios anteriores y, por ende, amerite un tratamiento normativo diferente.

En tercer lugar, si, con posterioridad a la configuración del precedente, se produjo una reforma constitucional o legal contraria al precedente; en estos casos, la norma, en la que el precedente consiste, habrá sido tácitamente derogada.

En cuarto lugar, si el precedente es contrario al ordenamiento jurídico; en tales casos, en rigor, no hay precedente o es inválida la norma en la que este consiste. Como muy bien se afirma, pues, en la teoría de los actos propios, el acto *ilícito* no produce confianza *legítima*.

Cabría mencionar, en quinto lugar, así a ello no se refiera la Corte, si “el precedente” no es tal, por provenir de decisiones en las que existieron votos disidentes mayoritarios, expresados a través de los llamados salvamentos o aclaraciones de voto. En estos casos, es preciso distinguir: si se trata de un salvamento de voto, el togado habrá expresado su desacuerdo con la parte resolutive y no, necesariamente, con la totalidad de la parte motiva; si se trata de una aclaración de voto, el togado habrá expresado su acuerdo con la parte resolutive (norma particular y concreta), más no con la parte motiva, pudiendo estar de acuerdo, en parte, con lo expresado en esta última. Para que haya precedente judicial obligatorio, deberá haber habido acuerdo, mayoritario, por parte de los togados, respecto de aquella parte de la parte motiva que constituye la *ratio decidendi* (norma general y abstracta).

Con todo, y pese a que la mencionada teoría ha venido siendo acogida, aún se halla dicho acogimiento, entre nosotros, en un estado embrionario, por varias razones:

Por una parte, según dicha teoría, el precedente judicial puede ser de dos clases: horizontal y vertical; horizontal es aquel que proviene de las decisiones del mismo juez o de jueces de la misma jerarquía; vertical, el que proviene de las decisiones de jueces de superior jerarquía. Así, las razones que fundamentan la obligatoriedad del precedente judicial permitirían afirmar que dicha obligatoriedad sería predicable para todas las decisiones judiciales y respecto a todos los niveles jerárquicos, y no sólo respecto de las decisiones de las Cortes. Así, por ejemplo, el juez municipal debería respetar, para garantizar el principio de igualdad y el principio de la confianza legítima, sus decisiones anteriores y las decisiones de jueces de su misma jerarquía (precedente judicial horizontal), así como las decisiones de los jueces de superior jerarquía (precedente judicial vertical).

Por otra parte, no existe, en nuestro medio, una especie de “promulgación” oficial de los precedentes, de esas normas generales y abstractas, ni existe

una sistematización particular de los mismos, que contribuya al florecimiento de una nueva pedagogía en la enseñanza del derecho.

Sea lo que fuere, la teoría del precedente judicial ha aproximado a las dos grandes familias jurídicas existentes en el llamado mundo occidental: la familia jurídica romano-germánica, de la cual hace parte nuestro ordenamiento jurídico, y la familia jurídica anglosajona. En principio, en los ordenamientos jurídicos que hacen parte de la familia jurídica romano-germánica, la principal fuente del derecho es la “ley”. Por el contrario, en los ordenamientos jurídicos de los países que hacen parte de la familia jurídica anglosajona, la principal fuente del derecho es la costumbre, de la cual emerge la obligatoriedad de la jurisprudencia. De alguna forma, para algunos, el reconocimiento de la obligatoriedad del precedente judicial es un triunfo, una conquista ideológica de la familia jurídica anglosajona sobre la familia jurídica romano-germánica. Esta última afirmación, empero, no es del todo rigurosa, pues no puede perderse de vista que, en los orígenes del derecho romano, la costumbre y la jurisprudencia fueron fuentes principalísimas del derecho, y que nuestros códigos, influidos radicalmente por el *Corpus Iuris Civilis*, en rigor, recogen precedentes judiciales inveterados.

Por último, nos preguntamos: ¿por qué ha sido posible que la Corte Constitucional haya acogido la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial si el artículo 230 de la Constitución Política parece conferir a la jurisprudencia un valor puramente secundario, en nuestro sistema de fuentes del derecho?

Así, según el artículo 230 de la Constitución Política: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Pues bien, este enunciado normativo admite varias interpretaciones:

En primer lugar, una interpretación hecha por quienes sostienen la tesis escéptica sobre la obligatoriedad del precedente judicial en Colombia. Esta interpretación consiste en afirmar que el enunciado normativo citado es claro en determinar que la fuente del derecho por excelencia en Colombia es la ley, y que la jurisprudencia es fuente de una norma jurídica particular y concreta, la creada a la medida del litigio procesado y enjuiciado, y, a lo

sumo, como lo dice el enunciado, un criterio auxiliar de la actividad judicial (Tamayo, 2013, pp. 152 y ss.).

En segundo lugar, una interpretación hecha por los partidarios de la tesis optimista sobre la obligatoriedad del precedente judicial en Colombia (Cfr. López, 2001). La interpretación, expuesta en forma rigurosa, es esta: en la Constitución Política existen dos partes, una parte dogmática y una parte orgánica. En la parte dogmática, se trazan los principios, se consagran los derechos y las libertades que deben guiar la actividad del Estado. En la parte orgánica, se regula la estructura y el funcionamiento del Estado.

Pues bien, la parte orgánica de la Constitución Política tiene un carácter instrumental; no constituye un fin en sí misma, sino un medio o instrumento para que pueda hacerse efectivo lo dispuesto en la parte dogmática. Para explicar esta relación, la Corte Constitucional ha acudido, incluso, a un principio de la lógica que se le atribuye a Leibniz (2011), llamado el principio de la “razón suficiente” (p. 239). Según este principio, todo aquello que se produce en el mundo exterior ha de ser consecuencia de un hecho anterior, o lo que es lo mismo, pero ya no en el plano causal, sino en el mundo del pensamiento, todo elemento de un orden lógico determinado ha de encontrar su “prueba”, “demostración”, “argumento”, “justificación”, en suma, su *razón suficiente* en un elemento anterior.

Así las cosas, la parte dogmática de la Constitución Política constituye la *razón suficiente* de su parte orgánica; en la parte orgánica, se regula la estructura y el funcionamiento del Estado, de la forma como allí se regula, porque se entiende que sólo si el Estado tiene esa estructura y si funciona de esa manera, puede hacerse efectivo lo consagrado en la parte dogmática.

El artículo 230 de la Constitución Política, pues, se halla en su parte orgánica. Ese artículo no pretendió fijar el sistema de fuentes del derecho en Colombia, sino que pretendió, simplemente, afirmar la independencia de la rama judicial respecto de las otras ramas del poder público. El enunciado contenido en ese artículo ha de interpretarse, al igual que todos los enunciados que integran la parte orgánica, de conformidad con lo prescrito en la parte dogmática de la Constitución; precisamente, es en la parte dogmática en la que se consagran los dos principios que fundamentan la obligatoriedad del precedente judicial: el principio de igualdad (artículo 13) y el prin-

cipio de la confianza legítima, que se deriva del deber de obrar de buena fe, consagrado en el artículo 83.

Por tanto, según la Corte, la expresión “ley”, contenida en el inciso primero del artículo 230 de la Constitución Política, ha de ser entendida no como ley en sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso de la República, sino como “ordenamiento jurídico”. Si se interpretase esa expresión como ley en sentido formal, se llegaría al absurdo de afirmar que los jueces, en sus providencias, sólo estarían sometidos a la ley y no a la Constitución, y es la propia Constitución la que consagra los principios de igualdad y de confianza legítima.

La Corte, entonces, ha hecho una interpretación extensiva del inciso primero de ese artículo 230; la expresión “ley” ha de entenderse como sinónimo de “ordenamiento jurídico”, comprendiéndose, así, a las normas de rango constitucional; las normas de carácter legal; las normas particulares y concretas, y las generales y abstractas creadas por la jurisprudencia; las normas que integran el derecho consuetudinario, esto es, las normas que provienen de la costumbre; e, incluso, las normas creadas por los particulares en ejercicio de la autonomía privada.

Ahora bien, al inciso segundo del artículo 230 será menester hacerle una interpretación restrictiva, de tal suerte que la expresión “jurisprudencia”, allí contenida, se entienda en el sentido de toda aquella parte de la misma que no sea constitutiva de precedente judicial obligatorio.

En tercer y último lugar, existe una interpretación moderada que nos hace reparar en que, aunque la interpretación de la Corte se fundamente en poderosas razones, en poderosos argumentos, no queda claro cuál es el orden, cuál es la jerarquía de las fuentes del derecho en Colombia.

¿Qué ocurre, por ejemplo, si el precedente judicial es contrario a lo prescrito por la ley? Si ello ocurre, debe, según esta interpretación, prevalecer la ley sobre el precedente judicial. ¿Por qué? Porque según el principio de la confianza legítima, la confianza ha de ser *legítima*; el acto ilícito, el actuar precedente ilícito no provoca confianza susceptible de ser jurídicamente protegida. Por ello, debería entenderse, como lo explica Bernal Pulido (2009), en su maravillosa exposición de la que nos sentimos deudores, que

el precedente judicial es obligatorio sólo si, por vía de él, se hacen explícitos los contenidos normativos de las disposiciones legales (p. 165).

3.7.3. Costumbre

Suele decirse que la costumbre es una fuente del derecho (Cfr. Valencia, 1996, pp. 92 y ss.). Al respecto, debemos hacer unas precisiones.

Se dice que la costumbre es una conducta general, pública, repetida, inveterada, que se produce en una comunidad y que provoca en sus miembros una conciencia de obligatoriedad jurídica o de obligatoriedad coercible. Por tanto, se dice que la costumbre tiene dos elementos: un elemento externo, que es la conducta general, pública, inveterada, que se produce en una comunidad; y un elemento interno, que es esa conciencia de obligatoriedad jurídica o coercible que esa conducta genera en los miembros de la comunidad. Se dice, en fin, que las normas que tienen por fuente a la costumbre integran el llamado “derecho consuetudinario”.

Pues bien, respecto del derecho consuetudinario, en estricto sentido, no puede hablarse de fuente formal del derecho. ¿Por qué? Porque la fuente formal de una norma jurídica es el proceso de creación de esta, y, como ya lo dijimos, no hay proceso sin procedimiento; el proceso es una serie o secuencia ordenada de actos, y esos actos se encuentran ordenados por el procedimiento, que es, como lo sabemos, el cauce por el que ha de discurrir el proceso. Las normas que integran el derecho consuetudinario surgen en la comunidad, en forma espontánea, sin que su creación obedezca a la observancia de un determinado cauce, de un determinado procedimiento.

Ahora bien, la fuente de producción de las normas que integran el derecho consuetudinario no es un órgano concentrado, no es un sujeto determinado; es la comunidad difusamente considerada, difusamente concebida; por su parte, la fuente de manifestación de tales normas es esa conducta pública, repetida, general, inveterada que se produce en la comunidad. Por tanto, no debemos confundir la costumbre, en su condición de tal, con las normas creadas por la costumbre.

Es, precisamente, esa conducta pública, repetida, general, inveterada la que revela la existencia de una norma jurídica, esto es, la que revela la existencia

de un pensamiento imperativo que se ha objetivado, que se ha incrustado en el ordenamiento jurídico. Por supuesto, ese pensamiento imperativo en el que la norma consiste se objetiva gracias a que cumple con los requisitos de validez exigidos por otras normas del ordenamiento jurídico.

Con todo, atendiendo a la relación existente entre la ley y la costumbre, esta se clasifica en: costumbre *praeter legem*, costumbre *secundum legem* y costumbre *contra legem*.

En primer lugar, la costumbre *praeter legem* es la costumbre que rige a falta de regulación legal expresa para determinado caso. La expresión latina “*praeter*” significa más allá. Dicho en otras palabras, la costumbre *praeter legem* es aquella que rige “a falta de ley”. El artículo 13 de la Ley 153 de 1857 le confiere fuerza normativa a la costumbre *praeter legem*, en los siguientes términos: “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

La Corte Constitucional declaró exequible la norma que se expresa en dicho enunciado, por vía de la sentencia C-224 de 1994, advirtiendo que la moral cristiana es la moral general o social, en tanto es la moral predominante en nuestra sociedad. Para algunos, se trata de una desafortunada decisión, de dudosa ortografía constitucional, teniendo en cuenta el pluralismo reconocido en la Carta. La sentencia, en realidad, adolece de una precaria motivación, aunque lo allí decidido sea acertado. Bien pudo la Corte diferenciar entre moral y religión; moral, sistema de creencias, en el sentido orteguiano de la expresión, prescriptivas que determinan las conductas de los hombres; religión, conjunto de formas, signos, procedimientos, sacramentos, instituciones que hacen explícita la vinculación del hombre con la divinidad; en Occidente, hasta los ateos se sostienen en un sistema de creencias, en una cultura cristiana.

En segundo lugar, la costumbre *secundum legem* es aquella que, por expresa disposición legal, rige determinadas hipótesis fácticas. La expresión *secundum legem* significa “según la ley”; si la costumbre *praeter legem* es la que rige a “falta de ley”, la costumbre *secundum legem* es la que rige determinadas hipótesis “según la ley”. Así, por ejemplo, el inciso primero del artículo 1996 del Código Civil, señala: “El arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o el espíritu del contrato; y no podrá, en consecuencia,

hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o a falta de convención expresa, a aquellos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la *costumbre del país*” (cursivas extratexto).

No confundamos, pues, la costumbre *praeter legem* con la costumbre *secundum legem*; respecto de esta, la ley dice expresamente que ciertos asuntos se rijan por las normas cuya fuente es la costumbre; respecto de aquella, las normas del derecho consuetudinario rigen, en términos generales, a falta de regulación legal. El artículo 246 de la Constitución Política nos suministra un muy buen ejemplo de una costumbre *secundum legem*, al prescribir que las autoridades de los pueblos indígenas “podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos”. Pues bien, las normas que integran el llamado derecho indígena son normas de derecho consuetudinario, son normas cuya fuente es la costumbre.

En tercer lugar, la costumbre *contra legem* es, como su nombre lo indica, la costumbre contraria a la ley que tiene fuerza derogatoria, haciendo que la ley pierda su vigencia. Sin embargo, según el artículo 8 del Código Civil, en Colombia, la costumbre no tiene fuerza derogatoria; no rige la costumbre *contra legem*. Dice este artículo: “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”.

3.7.4. Doctrina

Suele decirse que la doctrina es una fuente del derecho (García, 1995, pp. 76 – 77). Al respecto, debemos hacer varias precisiones:

En el lenguaje jurídico, la expresión “doctrina” es equívoca.

Veamos:

En primer lugar, se habla de doctrina para referirse a los argumentos expresados por la Corte Constitucional en la parte motiva de sus sentencias, al justificar sus decisiones. En este sentido, para evitar equívocos, se habla de “doctrina constitucional”. Véase, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley 153 de

1887. La doctrina constitucional, si se expresa en la llamada *ratio decidendi*, constituye precedente constitucional obligatorio.

En segundo lugar, se habla de doctrina para referirse a la doctrina probable o doctrina legal probable, a la que alude el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1896. Recordemos que, según ese enunciado, “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable”, y recordemos que, según la Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, la llamada doctrina probable es precedente judicial obligatorio.

En tercer lugar, y es en este sentido en el que más se utiliza la expresión, se emplea la voz “doctrina” para aludir a los estudios que los juristas realizan sobre el derecho. Según el artículo 230 de la Constitución Política, la doctrina, así entendida, es un criterio auxiliar de la actividad judicial; contribuye, por tanto, a guiar, a orientar la actividad de los jueces.

Ahora bien, pese a que la doctrina es, apenas, un criterio auxiliar de la actividad judicial, esta cumple con un papel de enorme trascendencia en la aplicación judicial del derecho; si la doctrina es representativa de una rigurosa dogmática jurídica, permite librar la aplicación judicial del derecho del acaso, del azar, de la arbitrariedad, haciendo segura y previsible su aplicación, a través de sus construcciones teóricas (Gimbernat, 1990, p. 158). En estricto sentido, pues, la doctrina no es fuente del derecho. La doctrina no crea normas jurídicas, pero sí orienta tanto al legislador como al juez en la creación y aplicación del derecho.

3.7.5. Principios generales del derecho

Por último, suele afirmarse que los principios generales del derecho son fuentes del derecho. Debemos hacer, también, unas precisiones:

La expresión “principios”, como ya lo dijimos, en el lenguaje del derecho es equívoca, pues puede ser entendida, al menos, en dos sentidos: en primer lugar, y según lo que entiende el Nuevo Derecho, los principios son mandatos de optimización (Alexy, 2001, p. 86); en segundo lugar, atendiendo a su sentido tradicional, dice Giorgio del Vecchio (1971) que los principios

generales del derecho son las verdades fundantes de todo ordenamiento jurídico (pp. 41 y ss.).

Bueno, y ¿qué es un principio? Don José Ortega y Gasset (1983m) hace el siguiente análisis sobre el concepto de principio, análisis que se compadece con el uso tradicional que en el derecho se le ha dado a esa expresión. Según Ortega, principio es todo aquel elemento que, en un orden dado, antecede a otro, y, por ende, constituye su “razón suficiente”, su “fundamento”, su “demostración”, su “prueba”. Existen, dice Ortega, dos clases de principios: unos relativos y otros absolutos. Un principio es relativo si él precede a otros elementos, en un orden dado, y, a su vez, a él le precede o le preceden uno o más elementos en dicho orden. Un principio es absoluto si a él, en un orden dado, le suceden otros elementos, mas no le precede ninguno. En rigor, sólo los principios absolutos, por estar *al principio*, no requieren de justificación, no pueden ser demostrados. Los principios, los absolutos, al igual que los príncipes, se imponen como evidentes, sin poder ser racionalmente justificados; de ellos no puede darse razón alguna (pp. 66 y ss.).

Así, pues, los principios de la ciencia son, por esencia, relativos, pues toda construcción científica gravita sobre una postura filosófica. La filosofía, y, especialmente, la metafísica, por el contrario, pretende hallar el principio o los principios absolutos, esto es, las razones, las causas, los fundamentos últimos de donde derivan su justificación, su sentido los distintos elementos que integran el universo.

Por tanto, todo elemento, en un orden dado, debe tener su fundamento, debe tener su “razón” en un elemento anterior; Leibniz (2011), con razón, habló del “principio de la razón suficiente” (p. 239). Todo elemento es *racional* si encuentra su razón de ser en un elemento anterior a él; el elemento anterior permite demostrar la verdad del elemento posterior. El principio absoluto, que para algunas filosofías es Dios, “la causa incausada, el motor inmóvil”, representa un grave, insuperable problema para el conocimiento racional, pues, al ser el primer principio, en el orden dado, no tiene fundamento racional, en tanto no encuentra su razón de ser en un elemento precedente; por ello, a ese principio no se accede por vía racional, sino por vía de la intuición; su verdad no se explica por una razón, por un elemento que lo preceda, sino que se le impone al hombre como algo evidente.

Por otra parte, y volviendo al mundo del derecho, las dogmáticas particulares (constitucional, penal, civil, procesal, laboral, ambiental, entre otras), históricamente, han hablado, también, de “principios”. Se habla, así, de principios del derecho penal, del derecho procesal, del derecho civil, del derecho comercial, etc.; ese uso que hacen de esa expresión no se compadece con el uso que de ella hace el Nuevo Derecho; por el contrario, se compadece sí con el uso tradicional ya mencionado; son, si se quiere, las verdades fundantes de cada parcela de cada derecho positivo en particular.

Con todo, y desde una visión *iusnaturalista* de los mismos, los principios generales del derecho son, pues, las verdades fundantes del ordenamiento jurídico; son los fundamentos axiológicos, las esencias axiológicas o valorativas que informan el contenido del derecho positivo.

Ahora bien, mal puede decirse que los principios generales del derecho sean fuentes formales del derecho, pues ellos ni son ni obedecen a procesos de creación de normas; tampoco, que sean fuentes materiales del derecho, porque no son hechos que determinen la creación y, por ende, los contenidos de las normas; tampoco, por supuesto, que sean fuentes de producción o de manifestación del derecho, pues ni son autoridades con potestad normativa ni, mucho menos, signos, lingüísticos o no, a través de los cuales el derecho se expresa; a lo sumo, si se es *iusnaturalista*, podría decirse que los principios generales del derecho son fuente de validez de las normas que integran el derecho positivo, y, también, que ellos sí son fuentes del derecho, en tanto son imperativos axiológicos, previos a la existencia del derecho positivo, que determinan la creación y el contenido de las normas del derecho positivo. Se trataría, entonces, de una acepción *sui generis* de la expresión “fuentes del derecho”.

Según el profesor Hernán Valencia Restrepo (1999), en su libro sobre *No-moárquica*, los principios generales del derecho cumplen con las funciones de: interpretación, integración y creación del derecho (pp. 57 y ss.).

A la función de interpretación, se refiere el inciso segundo del artículo 230 de la Constitución: “...los principios generales del derecho... son criterios auxiliares de la actividad judicial”; también, el artículo 4 de la Ley 153 de 1887: “Los principios del derecho natural... servirán para ilustrar la Cons-

titución en casos dudosos...”. A la función relativa a la integración del derecho, en caso de lagunas legales, se refiere el artículo 8 de la Ley 153 de 1887: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán... las reglas generales de derecho”.

Como ya se dijo, los principios generales del derecho cumplen, además, con una función de creación, en tanto constituyen imperativos axiológicos que motivan la creación de las normas que integran el derecho positivo. Así, por ejemplo, existe un principio general del derecho según el cual nadie debe ser escuchado alegando su propia ilicitud, su propia iniquidad o torpeza. Diversas normas de derecho positivo materializan ese principio. Por ejemplo, el artículo 1525 del Código Civil prescribe lo siguiente: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”; la norma que se expresa a través del enunciado mencionado es consecuencia de este principio. El legislador, al establecer dicha sanción, la pérdida de lo pagado por tal concepto, pretende desestimular la realización de negocios jurídicos con tales características.

Pese a todo lo dicho, cabría, también, una interpretación *iuspositivista* de los principios generales del derecho, que vería en ellos, simplemente, unos tópicos o lugares normativos comunes, que se obtendrían, por vía de abstracción, al analizar diversas normas positivas individuales.

Con todo lo dicho, no se agota, pues, lo relativo a las fuentes del derecho o de las normas jurídicas, pues habría de mencionarse, también, al negocio jurídico, que es una manifestación de voluntad apta y reflexivamente encaminada a la producción de efectos jurídicos, como *fuerza normativa*. La autonomía privada, como muy bien lo ha argumentado Luigi Ferri (2001), es fuente de normas jurídicas (pp. 27 y ss.), cuya validez depende de las normas legales y constitucionales.

3.8. Interpretación

Nos ocuparemos, ahora, del estudio de la interpretación de las “normas jurídicas”; en rigor, como se verá, y contrario a lo que suele decirse, las normas jurídicas no son el objeto de la interpretación.

3.8.1. Definición

La expresión “interpretación” es equívoca, como quiera que puede entenderse, al menos, en dos sentidos: en primer lugar, se emplea la locución “interpretación” para referirse a una actividad; en segundo lugar, para referirse al resultado, al producto de esa actividad; al afirmar, por ejemplo, “es esta mi interpretación de este texto”, se está empleando dicha voz en el segundo de los sentidos; la interpretación vista no como una actividad sino como el resultado, el producto de esa actividad (Guastini, 1999, p. 201).

Y ¿en qué consiste esa actividad? Para precisarlo, debemos recordar la diferencia existente entre los conceptos de norma y de enunciado normativo; la misma diferencia existente entre el pensamiento y el lenguaje. El lenguaje, pues, es el vehículo a través del cual se expresan los pensamientos; el lenguaje es un simple instrumento del que el hombre se sirve para comunicar sus pensamientos.

El lenguaje, sin embargo, constituye una circunstancia que le provoca enormes dificultades al hombre para la realización de su proyecto existencial. ¿Por qué? Porque ese instrumento, esas formaleas creadas culturalmente constituyen, por regla general, una camisa de fuerza para el hombre; el hombre sólo puede coexistir con otros hombres si es capaz de verter su pensamiento en esas formaleas, en ese indócil instrumento que le viene culturalmente impuesto.

Ahora bien, la norma jurídica, como lo sabemos, es un pensamiento imperativo que se ha objetivado en tanto se ha incrustado, se ha incorporado en una entidad distinta del sujeto que lo ha pensado; a esa entidad se le suele llamar ordenamiento jurídico. Por su parte, el enunciado normativo es un conjunto de signos lingüísticos que expresan una norma o un fragmento de ella. El enunciado normativo, por tanto, es el instrumento lingüístico, el vehículo lingüístico a través del cual las normas, que son pensamientos imperativos, se expresan. Recordemos, pues, que un código, una ley, un estatuto no son más que conjuntos articulados de enunciados normativos que versan sobre una misma materia; en los códigos, en las leyes, en los estatutos no hay normas jurídicas, sino enunciados normativos.

Desde el punto de vista de la lógica, como lo sabemos, existe entre una norma y un enunciado normativo la misma diferencia que hay entre un juicio y

una proposición; el juicio es un pensamiento por vía del cual se le atribuye un determinado predicado a un determinado sujeto; la proposición, la expresión verbal o escrita del juicio.

Con todo, para comprender una proposición es menester interpretarla ¿Cómo se interpreta? Si Juan, por ejemplo, pretende descubrir, desentrañar el juicio que se encuentra expresado a través de una proposición emitida por Pedro, Juan deberá desentrañar el pensamiento que Pedro, valiéndose de esos signos lingüísticos, le ha expresado; Juan, en suma, intentará quitarle la envoltura lingüística al pensamiento, apreciarlo sin ese ropaje a través del cual ha sido expresado. Esa labor interpretativa desplegada por Juan será sumamente compleja, entre otras cosas, porque el lenguaje se compone de palabras y sobre todo de silencios; gran parte, la mayor parte de lo que Pedro quiere expresar a Juan se da por consabido, se encuentra implícito en el enunciado, se encuentra ya “dicho” por la particular circunstancia en la que están incrustados el emisor y el receptor del mensaje.

Lo cierto, pues, es que esta primera aproximación al tema nos permite atisbar, ya, que lo que se interpreta no es el pensamiento sino el lenguaje, y se lo interpreta con miras a descubrir el pensamiento que ese instrumento llamado lenguaje está expresando. Lo que viene de afirmarse nos permite entender el porqué la expresión “interpretación de las normas jurídicas” es equivocada. Si la norma jurídica es un pensamiento imperativo y si el enunciado normativo (disposición normativa o texto legal) es la expresión lingüística de ese pensamiento, lo que se interpretan no son las normas sino los enunciados normativos, de tal manera que interpretar es desplegar una actividad encaminada a descubrir, desentrañar la norma que se encuentra expresada a través de uno o de varios enunciados normativos. Por tanto, las normas jurídicas no constituyen el objeto de la interpretación sino el resultado, el producto de la misma, el resultado o producto de la actividad interpretativa (Guastini, p. 100).

Así, el objeto de la interpretación lo constituyen, en principio, los enunciados normativos; se dice “en principio”, porque, como ya lo sabemos, hay normas que no se expresan a través de enunciados normativos, como lo son las normas del derecho consuetudinario, las normas que tienen por fuente a la costumbre. Estas normas se expresan a través de conductas generales, públicas, inveteradas que provocan conciencia de obligatoriedad coercible

en los miembros de la comunidad. Por supuesto, en el derecho consuetudinario también es necesaria la interpretación, ya no del texto legal, ya no de un signo lingüístico, por lo menos escrito, sino de esa conducta, en tanto es el signo que revela la existencia de la norma jurídica.

Las normas jurídicas, entonces, no constituyen el objeto de la interpretación; el objeto de la interpretación, en el derecho, son sus fuentes de manifestación, bien sean signos lingüísticos o no. Suele decir la doctrina, por el contrario, que interpretar es desentrañar el sentido de las normas jurídicas; esto es equivocado, pues la norma es precisamente el sentido del enunciado; interpretar es, sí, descubrir el sentido del enunciado normativo que no es otro que la norma jurídica por él expresada; lo que sostiene la doctrina es tan absurdo como afirmar que interpretar es desentrañar el sentido del sentido.

La doctrina suele afirmar, también, lo siguiente: “las normas jurídicas claras no se interpretan; se aplican”. Esta afirmación también es equivocada, por dos razones: en primer lugar, porque ninguna norma jurídica se interpreta; lo que se interpreta es el lenguaje, los enunciados normativos, las fuentes de manifestación del derecho. En segundo lugar, porque así reformulemos, en forma un poco más digna, lo dicho por la doctrina, en el sentido de afirmar “los enunciados normativos claros no se interpretan, sino que se aplican”, ello sigue siendo equivocado, pues todo enunciado normativo necesita ser interpretado; es necesario descubrir la norma que a través de él se expresa, para poder operar jurídicamente con ella; es necesario quitarle a la norma el ropaje lingüístico, así ese enunciado sea a tal punto claro que dicho ropaje resulte ser transparente; toda partitura, por sencilla que sea, para hacerla sonar, debe ser interpretada. En rigor, lo que sugiere la doctrina es que hay enunciados normativos, de tal claridad, que la norma que de ellos se descubre es aceptada pacíficamente por todos.

3.8.2. Formalismo y antiformalismo

Atendiendo a la concreta función que se le atribuya al intérprete o que se reconozca en cabeza suya, bien puede afirmarse que existen dos grandes y opuestas corrientes del pensamiento sobre la interpretación, y una corriente intermedia, una especie de tercera vía. Dependiendo de tales direcciones del pensamiento hermenéutico, variará, sustancialmente, lo que se entienda por interpretación. Tales corrientes son: una que sostiene una concep-

ción formalista, objetivista, optimista o cognitiva de la interpretación; otra, una concepción antiformalista, subjetivista, pesimista, o voluntarista; y, por último, la intermedia, que sostiene una concepción cognitivo-voluntarista u objetivo-subjetiva (Gascón & García, 2005, pp. 105 y ss.).

Ahora bien, cada una de esas corrientes del pensamiento agrupa numerosas posturas hermenéuticas provistas de distintos matices. La *hermenéutica*, digámoslo desde ya, es la disciplina que se ocupa de estudiar la interpretación, específicamente, la interpretación de los textos; esta expresión, suele decirse, proviene de *Hermes*, quien en la mitología griega era el encargado de comunicar los mensajes de los dioses.

Pues bien, para la primera corriente, la que sostiene una concepción formalista, objetivista, optimista o cognitiva de la interpretación, la función del intérprete consiste en la realización de un acto de conocimiento; interpretar es, así, *descubrir*, desentrañar la norma que se encuentra expresada a través de uno o de varios enunciados normativos; se dice “de varios” porque, como lo sabemos, hay enunciados normativos incompletos, que son aquellos que expresan apenas un fragmento de la norma (Guastini, 1999, p. 203).

Un ejemplo de una de las posturas que comparte esta corriente de pensamiento fue la defendida por la Escuela de la Exégesis. Esta escuela, que tuvo su origen en Francia con la codificación napoleónica, se soportó en el llamado “mito del legislador racional”; la expresión “exégesis” tiene su origen en la hermenéutica de los textos sagrados; exégesis es, precisamente, interpretación de los textos sagrados. Así, según esta escuela, la función del intérprete consiste en descubrir la voluntad del legislador, quien es una “mina inagotable de sabiduría jurídica”, a partir de la literalidad del texto. Es famosa, al efecto, la expresión de Bugnet (civilista francés): “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón» (García, 1995, pp. 333 y ss.).

Esta primera gran corriente del pensamiento hermenéutico se apoya, pues, en el postulado clásico de la separación de poderes; quien crea el derecho es sólo el legislador; el juez simplemente lo aplica; el juez es capaz, y debe hacerlo, de descubrir la norma que se encuentra expresada en el enunciado normativo contenido en la respectiva ley; el juez es capaz de descifrar esos signos lingüísticos, es capaz de despojar la norma de su ropaje lingüístico, y de allí que se hable, precisamente, de una concepción optimista de la interpretación.

Por el contrario, para la segunda corriente, la que sostiene una concepción antiformalista, subjetivista, pesimista o voluntarista de la interpretación, la función del intérprete consiste en la realización de un acto de voluntad; interpretar es *atribuirle(s)* una determinada norma a uno o a varios enunciados normativos (Guastini, 1999, p. 203).

Así, pues, para los partidarios de esta corriente del pensamiento, la equívocidad, la vaguedad y la carga emotiva del lenguaje imposibilitan que el intérprete pueda descubrir la norma expresada en el enunciado normativo, y de allí que se hable de una concepción pesimista sobre la interpretación. Esos insuperables defectos del lenguaje fuerzan, entonces, a que la actividad del intérprete se materialice no en un acto de conocimiento, sino en un acto de voluntad o de atribución; será el intérprete quien, atendiendo a sus prejuicios, pre-comprensiones, particulares valoraciones e ideales de justicia, determine qué norma es la expresada por el enunciado normativo.

Un ejemplo de una escuela de esta corriente del pensamiento es la llamada “Escuela del derecho libre”, cuyo máximo exponente fue Hermann Kantorowicz. Esta escuela, que tuvo su origen y auge en Alemania, en la primera mitad del siglo XX, propugnó por el activismo judicial, de tal suerte que el derecho, según ella, es lo que los jueces determinan (Larenz, 1994, pp. 81 y ss.).

Con todo, a la primera corriente del pensamiento, la que defiende una concepción formalista, objetivista, optimista o cognitiva de la interpretación se le critica incurrir en un “noble sueño”, olvidando el que el lenguaje padece de esas tres graves patologías: equívocidad, vaguedad y carga emotiva; a la segunda corriente, la que defiende una concepción antiformalista, subjetivista, pesimista o voluntarista, se le critica el incurrir en una “terrible pesadilla”, olvidando que si bien una palabra puede significar varias o muchas cosas, una misma palabra no puede significar todas las cosas; el lenguaje en el que el enunciado normativo consiste le traza un límite a la actividad del intérprete (García, 2003, pp. 81 y ss.).

Estas críticas, empero, intentan ser superadas por una especie de tercera vía, una concepción intermedia sobre la interpretación, según la cual la actividad del intérprete es una actividad compleja, una actividad que comporta la realización de dos actos: en primer lugar, un acto de conocimiento,

y en ello se asemeja a la concepción formalista; en segundo lugar, un acto de voluntad, tomando, también, así, de la concepción antiformalista.

Según esta corriente del pensamiento, pues, el intérprete, en primer lugar, debe realizar un acto de conocimiento consistente en descubrir las distintas posibilidades normativas que admite el enunciado normativo, toda vez que una misma palabra, dada su equívocidad, vaguedad y carga emotiva, puede significar varias cosas; en segundo lugar, un acto de voluntad que consiste en escoger una de esas posibilidades normativas y atribuírsela al enunciado normativo interpretado (Gascón & García, 2005, p. 110).

Un ejemplo de una postura que hace parte de esta corriente es la teoría sobre la interpretación expuesta por Hans Kelsen (1995b), en el contexto de su *Teoría pura del derecho*. Según Kelsen, todo acto de aplicación del derecho comporta un acto de creación del derecho, y todo acto de creación del derecho comporta un acto de aplicación del derecho; el acto de creación del derecho es un acto de voluntad, y el acto de aplicación del derecho es un acto de conocimiento (pp. 349 y ss.).

Para Kelsen, entonces, entre la función legislativa y la función jurisdiccional existe una diferencia no cualitativa sino cuantitativa; ambos, legislador y juez, crean y aplican derecho, sólo que el legislador crea más que lo aplica, y el juez aplica más que lo que crea. Ello es así porque el legislador, al crear normas generales y abstractas, está también aplicando el derecho, pues está creando esas normas dentro de las posibilidades normativas que le ofrecen los enunciados normativos contenidos en la Constitución.

Lo que ocurre es que, como lo afirma Hart (1998), quien también se adscribe a esta concepción intermedia, los enunciados normativos vertidos en la Constitución están provistos de una textura lingüística deliberadamente abierta (pp. 155 y ss.); el legislador, dada dicha textura, goza de un amplio margen de libertad, de configuración normativa; en la actividad interpretativa del legislador es mucho mayor el acto de voluntad que el acto de conocimiento.

Los enunciados normativos contenidos en la Constitución están, como se dijo, dotados deliberadamente de dicha textura porque la Constitución tiende a ser un pacto de las mínimas reglas de juego que deben ser respec-

das en los procesos democráticos, y, en consecuencia, se aspira a que sean esos procesos democráticos quienes, dependiendo de las circunstancias, de las mutaciones de la realidad, definan el contenido que, por razones de conveniencia, deba tener el derecho en cada una de ellas.

Por obvias razones, el juez, en su actividad interpretativa, realiza, en mayor medida, un acto de aplicación que de creación del derecho; es mayor su acto de conocimiento que su acto de voluntad, aunque, indiscutiblemente, realiza, también, un acto de voluntad, un acto de creación del derecho; la libertad de configuración normativa del juez se encuentra mayormente restringida, debido a que tiene un referente lingüístico adicional que son los enunciados normativos de carácter legal. Para Kelsen, por tanto, y contrario a lo que suele creerse, el juez crea derecho; suele confundirse la exégesis con la teoría propuesta por Kelsen; para los exégetas, el juez, en su actividad interpretativa, sólo realiza un acto de conocimiento.

Una necesaria precisión: con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se ha puesto de moda, en Colombia, el debate entre formalistas y antiformalistas, así como el criticar fuertemente a los primeros; sin embargo, quienes sostienen ese debate suelen confundir el formalismo con el positivismo jurídico, e identificar el *iuspositivismo*, exclusivamente, con el pensamiento del profesor Hans Kelsen.

Pues bien, es necesario advertir que la expresión “formalismo”, en el derecho, no tiene el mismo alcance que la locución “positivismo”; prueba de ello es que Kelsen, siendo el máximo exponente del positivismo jurídico, nada tiene que ver con el formalismo en materia de interpretación.

Con todo, la expresión “formalismo”, en el derecho, es equívoca, pues puede ser entendida en cuatro sentidos (Bobbio, 2004, pp. 11 y ss.):

En primer lugar, se habla de formalismo para referirse a una concepción particular sobre la justicia, específicamente, a una concepción legalista de la misma, según la cual una acción es justa o injusta si se compadece o no con lo prescrito por el derecho positivo. Para esta concepción todo lo prescrito por el derecho positivo es justo por el simple hecho de emanar de la voluntad del soberano. Para evitar equívocos, es preferible hablar, en este caso, de formalismo ético. Esta concepción de la justicia, conocida con el

nombre de “legalismo”, es la defendida, por ejemplo, por Thomas Hobbes (2004, pp. 137 y ss.).

Por ello, si los *iusnaturalistas* reducen el concepto de validez al concepto de justicia, en tanto sólo es válido el derecho justo, los partidarios del formalismo ético, por el contrario, reducen el concepto de justicia al concepto de validez, toda vez que para ellos todo derecho válido es justo por el simple hecho de obedecer a la voluntad del soberano.

En segundo lugar, se habla de formalismo para hacer alusión a una particular teoría sobre el derecho. Recordemos que una teoría es una construcción sistemática de conceptos que pretende explicar la esencia de algo. Así, según la teoría formalista del derecho, la esencia del derecho consiste en que este es una “forma constante respecto de un contenido generalmente variable”; el contenido del derecho, lo prescrito por este, es el producto de cambiantes, de coyunturales decisiones políticas; la esencia del derecho está en su forma, mas no en su contenido; la esencia del derecho radica no en la materia por él regulada, sino en la particular forma como él regula la materia. Esa particular forma, según Kelsen (1995b), estriba en la coacción; el derecho es un orden coactivo regulador de la conducta humana (pp. 46 y ss.).

Así las cosas, para evitar equívocos, es preferible hablar, en este caso, de formalismo jurídico propiamente dicho. *Contrario sensu*, para los *iusnaturalistas*, *verbi gratia*, Tomás de Aquino (2004), la esencia del derecho, más que en su forma, está en su contenido; el derecho sólo es derecho si su contenido es justo, si su contenido materializa esas esencias, que integran el derecho natural, previas a la existencia del derecho positivo. La ley injusta no es ley; es corrupción de ley, dirá Santo Tomás (pp. 45 y 46).

En tercer lugar, se habla de formalismo, aludiendo a una particular forma de aproximarse al estudio del derecho positivo, a un método, a una particular forma de hacer ciencia del derecho. En este caso, es preferible hablar, entonces, de formalismo científico. Dicho método consiste en estudiar el derecho positivo prescindiendo de valoraciones; estudiarlo tal y como este es y no como este debería ser. El estudio del derecho, tal y como este es, le corresponde a la ciencia del derecho; el estudio del derecho como este debería ser es un problema de política jurídica, es un problema político y no científico.

Hans Kelsen (1995b), por ejemplo, comienza su obra *Teoría pura del derecho* proponiendo este método (p. 15). Kelsen, por lo ya dicho, es formalista desde dos perspectivas: es formalista respecto de la teoría que formula sobre el derecho (formalismo jurídico propiamente dicho), y lo es, también, respecto del método que propone para la ciencia del derecho (formalismo científico); sin embargo, Kelsen nada tiene que ver con el formalismo ético, pues para él el derecho positivo puede ser justo o injusto.

En cuarto y último lugar, se habla de formalismo para referirse a una particular teoría sobre la interpretación, la ya estudiada, según la cual la función del intérprete consiste en realizar un acto de conocimiento; el juez, entonces, no crea derecho, tan sólo lo aplica. La teoría expuesta por Kelsen sobre la interpretación, como ya lo vimos, no tiene nada que ver con el formalismo interpretativo, ni con la exégesis. Para Kelsen, el juez crea derecho.

Como ya se dijo, la expresión “formalismo”, en el derecho, no tiene el mismo alcance que la expresión “positivismo”. El *iuspositivismo*, recordémoslo, es aquella corriente del pensamiento que afirma la existencia exclusiva del derecho positivo, del derecho puesto o impuesto por el hombre. Ahora bien, existen tres clases de positivismo: el positivismo ideológico, el positivismo científico o metodológico y el positivismo jurídico propiamente dicho (Bobbio, 2004, pp. 37 y ss.).

Pues bien, el positivismo ideológico es el mismo formalismo ético; recibe ese nombre porque una ideología es un conjunto sistematizado de ideas que permite adoptar una postura sobre una realidad determinada; una teoría, por el contrario, es un conjunto sistematizado de conceptos que permite explicar la esencia de algo. Así las cosas, Kelsen, por ejemplo, nada tiene que ver con esta clase de positivismo. Por su parte, el positivismo científico o metodológico es, por supuesto, el mismo formalismo científico o metodológico; y, por último, el positivismo jurídico propiamente dicho o, mejor, el positivismo teórico es el mismo formalismo jurídico propiamente dicho.

Tal y como ya lo hemos dicho, se puede ser positivista en un determinado plano de análisis, sin serlo en los otros; se puede ser formalista desde una determinada perspectiva, sin serlo desde las otras. El ejemplo paradigmático es Kelsen, pues, siendo el máximo exponente del positivismo jurídico propiamente dicho y del positivismo científico o metodológico, su *Teoría*

pura del derecho nada tiene que ver con el positivismo ideológico o formalismo ético, ni con el formalismo interpretativo.

Como ya pudo apreciarse, la expresión “formalismo” tiene en el derecho un alcance que no lo tiene la voz “positivismo”; es el sentido relativo a la interpretación. En materia de interpretación, recordémoslo, los formalistas son quienes sostienen que el intérprete realiza un simple acto de conocimiento; el juez sólo aplica derecho, no lo crea; descubre, simplemente, la norma expresada a través del enunciado normativo, y la aplica.

Suele ocurrir, contrario a lo que es común escuchar, y es, en efecto, lo que ocurre con los máximos exponentes del positivismo, que los positivistas (como Kelsen y Hart), en materia de interpretación, no sean formalistas, porque, según ellos, y asumiendo una concepción intermedia, el intérprete realiza, además del acto de conocimiento (aplicación del derecho), un acto de voluntad (creación del derecho). Así, identificar la exégesis, que es una expresión del formalismo interpretativo, con el positivismo, y, particularmente, con el pensamiento de Hans Kelsen, no es más que una muestra de ignorancia.

Ahora bien, otro exponente de la concepción intermedia en materia de interpretación es H. L. A. Hart, el más importante representante del llamado nuevo positivismo o positivismo analítico; su postura es opuesta a la de un profesor norteamericano que sembró las semillas del ahora llamado “Nuevo Derecho”: Ronald Dworkin (Cfr. Rodríguez, 2005).

Según Dworkin, el derecho se encuentra compuesto no sólo por normas sino, también, por principios y por valores, que le permiten al juez, pese a los problemas del lenguaje (equivocidad, vaguedad y carga emotiva), hallar en cada labor interpretativa la “única respuesta correcta”. Por supuesto, contrario a lo que suele decirse, la postura de Dworkin, en materia de interpretación, termina siendo una postura formalista, en tanto el intérprete, valiéndose de tales principios y valores, es capaz, a través de un acto de conocimiento, de descubrir la norma expresada en el enunciado y, por ende, de hallar esa “única solución correcta” para el caso concreto (Cfr. Dworkin, 2005).

Para Hart, por el contrario, incurren en un “noble sueño” quienes piensan que el intérprete, el juez, es capaz de hallar esa “única respuesta correcta”;

los antiformalistas, escépticos, por su parte, incurrir en una “pesadilla”, que es la de pensar que el intérprete, el juez, dados los problemas del lenguaje, es quien, caprichosamente, arbitrariamente le atribuye cualquier norma al enunciado normativo. Dicho lo anterior, Hart formula una teoría sobre la interpretación que, salvo por cierta nueva terminología que introduce, no dista mucho de ser la misma teoría kelseniana.

Según Hart (1998), el intérprete realiza tanto un acto de conocimiento como un acto de voluntad; el acto de conocimiento consiste en descubrir las diversas posibilidades normativas que admite el enunciado normativo; el acto de voluntad, en escoger una de esas posibilidades normativas (pp. 155 y ss.). En todo caso, el acto de voluntad se encuentra limitado por el sentido literal posible del enunciado; como muy bien lo afirma García Amado (2003), una palabra puede significar varias cosas, pero no puede significar todas las cosas (pp. 81 y ss.).

Según Hart, la textura abierta de buena parte de los enunciados normativos, especialmente, de aquellos que expresan normas de rango constitucional provoca una “zona de penumbra” para el intérprete, para el juez, zona que no puede resolverse sino a través de un acto de voluntad. Para Dworkin (2010) esos “casos difíciles” pueden ser resueltos, como ya se dijo, hallando la “única solución correcta” para cada caso concreto (pp. 146 y ss.).

Es coherente, por supuesto, que los pensadores *iusnaturalistas* sean formalistas en materia de interpretación, así sean antiformalistas en el plano ideológico, teórico y metodológico; hay una esencia (derecho natural) que ha de irse ejecutando y descubriendo, progresivamente, hasta llegar al caso concreto. Ronald Dworkin y los partidarios del Nuevo Derecho (Alexy, por ejemplo) son *iusnaturalistas*, en gran parte inconfesos, *iusnaturalistas* “sin sotana”. Si todo lo dicho es cierto, nos llevamos la grata pero extraña sorpresa de entender que, en materia interpretación, y contrario a lo que suele decirse, los formalistas suelen ser los *iusnaturalistas*.

En la actualidad, todo el discurso del llamado “principio de proporcionalidad”, cuyo máximo exponente es Robert Alexy, se encuentra encaminado a restringir al máximo, y por qué no decirlo, a aniquilar el acto de voluntad en la actividad interpretativa. Los partidarios del llamado Nuevo Derecho son los nuevos formalistas en materia interpretación; basta con apreciar sus

libros, sus obras que parecen hoy prescribirle al juez una especie de fórmulas cuasi matemáticas que le permitirán “hallar la solución correcta” para cada caso concreto (Cfr. Bernal, 2009, pp. 21 y ss.). Por tanto, para los partidarios del Nuevo Derecho, si el enunciado normativo admite varias posibilidades normativas, no es posible al intérprete decidirse, a partir de un acto de simple voluntad, por una de ellas; el intérprete sólo podrá “escoger” aquella posibilidad normativa, o, lo que es lo mismo, el intérprete sólo podrá “atribuirle” al enunciado aquella norma que reúna las exigencias del principio de proporcionalidad, esto es, aquella norma, a la luz del caso concreto, que constituya un medio idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto.

Con base en todo lo dicho, podemos emitir esta definición sobre la interpretación, mucho más rigurosa que la propuesta en un primer momento: la interpretación es una actividad encaminada bien a descubrir la norma que se encuentra expresada a través de uno o de varios enunciados normativos (concepción formalista, optimista, objetivista o cognitiva); o bien encaminada a atribuirle(s) una norma a uno o varios enunciados normativos (concepción antiformalista, pesimista, subjetivista, voluntarista); o bien encaminada, en primer lugar, a descubrir las distintas posibilidades normativas que admiten uno o varios enunciados normativos, y, en segundo lugar, a atribuibles a tales enunciados una de esas posibilidades normativas (concepción intermedia).

3.8.3. Clasificación

La interpretación puede ser clasificada según estos tres criterios: el sujeto que la realiza; el método empleado en la actividad interpretativa; el resultado o producto de la interpretación.

3.8.3.1. Según el sujeto

Atendiendo a este criterio, la interpretación se clasifica en: auténtica, judicial, oficial y doctrinaria (Tarello, 2013, pp. 69 y ss.).

Pues bien, la expresión “auténtica” proviene de la expresión “autor”, que a su vez proviene de la expresión latina *auctor, auctoris*. Los romanos llamaban de esa forma a “el que aumenta”, esto es, al militar que conquistaba nuevos territorios para el Imperio. Interpretación auténtica, por tanto, es la reali-

zada por el autor del enunciado normativo interpretado. A esta interpretación alude el artículo 25 del Código Civil.

En la época de la codificación, en pleno auge del llamado mito del legislador racional, era común que toda ley viniese acompañada por una interpretación auténtica. Ello se hacía con miras, supuestamente, a evitar la interpretación judicial. Al respecto, es famosa la expresión de Montesquieu (1998), quien decía que el juez es sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley (p. 108). Famosa, también, la de Voltaire, refiriéndose a la interpretación judicial, según la cual interpretar la ley es corromperla. En consonancia con ello, Beccaria (2011) afirmó que debería prohibirse la interpretación judicial porque esta hace que la aplicación del derecho quedase librada a la buena o mala digestión del juez (pp. 121 y ss.). Obviamente, todas esas posturas deben ser entendidas en su contexto histórico, político en el que fueron pronunciadas, específicamente, deben ser entendidas situándolas en el tránsito del Estado absolutista al Estado liberal clásico.

Aludamos a un caso especial: en 1813, se expidió, siguiendo el movimiento de la codificación, el famoso Código Penal bávaro. Ese código penal, que fue el primer código penal demoliberal de la historia, fue redactado por el profesor alemán J. Anselm von Feuerbach. Una vez se expidió, se encargó a otro jurista de la época, von Göner, la elaboración de un comentario oficial, de una interpretación auténtica; se prohibió, entonces, a los jueces apartarse de aquella interpretación, que apareció publicada en tres tomos (Mir, 2002, p. 180).

Empero, si bien la interpretación auténtica es obligatoria, el gran obstáculo consiste en que al ella estar vertida en otros enunciados, dichos enunciados, a su turno, deberán ser objeto de interpretación. Es decir, dicho metafóricamente, por más que una partitura, para hacerla mayormente asequible, pretenda simplificar otra partitura, habrá, en última instancia, que hacerla “sonar”, esto es, habrá que interpretarla.

Por otra parte, como su nombre lo indica, la interpretación judicial es la realizada por los jueces al procesar y enjuiciar los respectivos litigios. La interpretación judicial, como ya lo sabemos, en principio, sólo es obligatoria para el litigio procesado y enjuiciado; sin embargo, por virtud de la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial, acogida por nuestra

Corte Constitucional y por nuestra legislación, dicha interpretación puede ser constitutiva de una norma general y abstracta que ha de ser aplicada a litigios similares al litigio procesado y enjuiciado.

Por interpretación oficial, a su vez, se entiende la realizada, en general, por los funcionarios públicos en ejercicio de sus respectivas funciones. Por ejemplo, las interpretaciones que realiza el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil al emitir los conceptos no vinculantes con miras a atender las solicitudes de la Rama Ejecutiva del poder público. Otro ejemplo lo constituyen las circulares emitidas por las superintendencias, circulares que en términos prácticos resultan ser obligatorias.

Se habla, por último, de interpretación doctrinal para referirse a la realizada por los estudiosos del derecho. Por supuesto, teóricamente esta interpretación no es vinculante, no es obligatoria, aunque, en la práctica, especialmente, en países jurídicamente subdesarrollados como el nuestro, las interpretaciones doctrinales de dos o tres autores resultan ser cuasiobligatorias. A esta interpretación, así como a la judicial y a la oficial, se alude, expresamente, en el artículo 26 del Código Civil.

3.8.3.2. Según el método

Atendiendo a este criterio, específicamente, al método empleado por el intérprete para realizar el acto de conocimiento, por vía del cual se logre descubrir la norma o se logren, al menos, descubrir las posibilidades normativas que admite un enunciado normativo, la interpretación se clasifica en: literal o gramatical; teleológica; histórica; y lógica. Recordemos que la expresión método proviene de la locución latina “*Methodos*”, que significa camino hacia la meta; la expresión “*odos*” significa camino.

Pues bien, interpretación literal o gramatical es aquella que se realiza consultando el sentido de las palabras (Guastini, 1999, pp. 211 y ss.). A la interpretación literal se refieren los artículos 27, inciso primero, 28 y 29 el Código Civil. Según el Código Civil, por regla general, las palabras de la ley deben ser entendidas en su sentido natural y obvio, salvo que el legislador expresamente les confiera otro significado o que sean palabras técnicas, en cuyo caso su significado será el que les confiera la respectiva ciencia o el respectivo arte.

La interpretación literal o gramatical constituye, en los Estados de derecho, un importante límite para la actividad interpretativa, pues, si bien el lenguaje puede ser equívoco, vago o con carga emotiva, este sí traza las posibilidades normativas que admite un enunciado normativo; la interpretación no puede sobrepasar el sentido literal posible del enunciado, toda vez que, reiteremos, una misma palabra puede significar varias cosas, mas no todas las cosas.

Por supuesto, la interpretación gramatical o literal no es suficiente para que dicho acto de conocimiento sea exitoso, debido, precisamente, a las graves patologías del lenguaje. Por ello, para que el acto de conocimiento sea exitoso deben emplearse otros métodos, otros caminos interpretativos a efectos de alcanzar la meta del descubrimiento. Esos otros caminos son, pues, la interpretación teleológica, la histórica, la sistemática y la lógica.

Así, la interpretación teleológica (“*telos*”: fin; “*logos*”: significa, a la vez, pensamiento y lenguaje) es aquella que se realiza consultando el fin que pretendía alcanzarse con la creación de la norma; es, entonces, aquella que se realiza consultando la *ratio legis* o, lo que metafóricamente se llama, “el espíritu de la ley” (Guastini, 1999, pp. 218 y ss.).

Por su parte, la interpretación histórica es aquella que se realiza indagando por el porqué de la creación de la norma, esto es, consultando los hechos, las circunstancias que motivaron dicha creación (Guastini, 1999, pp. 233 y ss.). La interpretación teleológica, pues, pregunta por el “para qué” y la interpretación histórica por el “porqué”; no debemos olvidar que el derecho positivo es un objeto cultural, un producto de la vida biográfica del hombre; su creación obedece a un porqué y a un para qué, a un motivo y a una finalidad.

Recordemos que el fin del derecho es el de procurar la existencia en coexistencia, y, para ello, el derecho pretende proteger los llamados bienes jurídicos; toda norma jurídica se crea buscando proteger un determinado bien jurídico, que son los objetos valiosos, en tanto constituyen medios para la satisfacción de las necesidades (la vida, la libertad, la honra, el patrimonio, el medio ambiente, etc.).

El operador jurídico, por tanto, con miras a realizar la interpretación teleológica, deberá descubrir el bien jurídico que pretende protegerse con la respectiva norma; para realizar la interpretación histórica, deberá compor-

tarse como una especie de historiador, tratando de reconstruir la concreta circunstancia, la concreta necesidad o penuria que motivó al hombre a crear dicha norma. Precisamente, por esto último, el operador jurídico, por ejemplo, en relación con los enunciados normativos de carácter legal, deberá consultar las actas de los debates del respectivo proyecto de ley, los trabajos preparatorios y las exposiciones de motivos. A las interpretaciones teleológica e histórica se refiere el inciso segundo del artículo 27 del Código Civil.

Ahora bien, la llamada interpretación sistemática es aquella que concibe el enunciado normativo interpretado como “órgano de un organismo”, parte de un todo. Así, la interpretación sistemática es la que se realiza consultando todos los enunciados normativos que regulan la misma institución, el mismo fenómeno jurídico (Guastini, 1999, pp. 227 y ss.). Se habla de interpretación sistemática porque, como lo sabemos, el sistema es un conjunto de elementos coherentes, armónicamente relacionados entre sí, con miras a optimizar el ejercicio de una determinada función.

Las partes de un todo sólo se entienden refiriéndolas a dicho todo, y ello es así porque el todo, para el caso el sistema, constituye una entidad distinta de los elementos que la integran; por ello, afirman los filósofos que el todo es distinto a la sumatoria de sus partes; ningún compuesto es reducible a sus componentes (Blondel, 1996, pp. 106 y ss.). ¿Por qué? Porque, como ya lo hemos dicho, lo que al todo lo hace un “todo”, una entidad independiente, no es el hecho consistente en que sus partes se encuentran agolpadas, reunidas en desorden; lo que todo lo hace un “todo” es la vinculación sistemática existente entre las distintas partes que lo integran. Así mismo, y de allí la importancia de la interpretación sistemática, la parte no es “parte” al ser apreciada en forma aislada; sólo es parte al ser apreciada en su vinculación sistemática, coherente, con las demás partes que integran ese todo. A la interpretación sistemática se refiere el artículo 30 del Código Civil.

Por último, la interpretación lógica es aquella que se realiza consultando los principios que rigen la estructura del pensamiento, entre otros, el principio de identidad, el de la no contradicción, el del tercero excluido y el de la razón suficiente.

Esta clase de interpretación es la que permite afirmar, por ejemplo, que una misma conducta no puede estar prohibida y ordenada a la vez, pues una

cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Valiéndose, *verbi gratia*, de tales principios, específicamente, del llamado argumento “*a fortiori*” (con mayor razón), se afirma que “el que puede lo más puede lo menos”, y, por tanto, si está permitido “lo más”, así expresamente no se diga, estará permitido “lo menos” (Guastini, 1999, pp. 222 – 223).

Asimismo, a la luz de los principios de la lógica, especialmente, del principio de la razón suficiente, ciertos enunciados normativos deben ser interpretados a la luz de determinadas normas jurídicas, como quiera que estas constituyen su fundamento, su justificación, su razón de ser. Por ello, como hubo ya de explicarse, afirma la Corte Constitucional, con razón, que los enunciados normativos de la parte orgánica de la Constitución deben interpretarse de conformidad con lo dispuesto en su parte dogmática. Por esa misma razón, por ser la razón suficiente del sistema penal, el artículo 13 del Código Penal dispone: “Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia del sistema penal. Prevalen sobre las demás e informan su interpretación”.

3.8.3.3. Según el resultado o el producto

Atendiendo a este criterio, la interpretación puede ser de dos clases: declarativa o correctora. A su turno, la correctora puede ser, también, de dos clases: extensiva o restrictiva (Guastini, pp. 211 y ss.).

Recordemos que la expresión “interpretación” puede ser entendida bien como una actividad o bien como el resultado o el producto de esa actividad. Así, al afirmar “esta es mi interpretación de este enunciado”, la voz “interpretación” es utilizada como sinónimo de la locución “norma”; en rigor, lo que se está diciendo es que “esta es la norma” que se ha descubierto en el enunciado o que se le ha atribuido a este.

En la interpretación declarativa, pues, se produce una plena correspondencia entre el resultado o el producto de la interpretación, entre la norma producto de la actividad interpretativa y la literalidad del enunciado normativo interpretado; en la interpretación correctora, dicho metafóricamente, se concluye que el “traje lingüístico” quedó hecho a la medida del pensamiento, o, lo que es lo mismo, se concluye, como suele decirlo la doctrina, que el legislador dijo todo cuando quiso decir.

Por su parte, en la interpretación correctora no existe una plena correspondencia entre la norma producto de la interpretación y la literalidad del enunciado interpretado; se concluye, entonces, que el “traje lingüístico” no quedó hecho a la medida del pensamiento, bien porque el traje le quedó grande o bien porque le quedó corto.

La interpretación correctora, pues, puede ser de dos clases: extensiva o restrictiva.

Así, será extensiva si se concluye que el legislador “quiso más que lo que dijo”, esto es, si luego de realizarse la actividad interpretativa se concluye que los signos lingüísticos empleados para expresar el pensamiento imperativo son insuficientes; el traje lingüístico le quedó corto al pensamiento que pretendía ser expresado. Por el contrario, será restrictiva si, luego de realizar la actividad interpretativa, se concluye que el legislador dijo más que lo que quiso decir; el traje lingüístico le quedó grande al pensamiento que con él se pretendía expresar.

Ahora bien, el que la interpretación correctora sea admisible es un reconocimiento de la imperfección del hombre, especialmente, de su incapacidad para, valiéndose de lenguaje, expresar en forma clara y precisa sus pensamientos. Todo lenguaje empleado por el hombre suele padecer de insuficiencia y de exuberancia; de insuficiencia, porque las palabras no suelen abarcar todo aquello que quería expresarse; de exuberancia, porque es usual que las palabras digan cosas adicionales a aquellas que querían ser expresadas.

Con todo, existe un postulado hermenéutico según el cual los enunciados normativos referidos a potestades públicas, a sanciones y a deberes jurídicos sólo son susceptibles de ser interpretados de forma declarativa y, a lo sumo, en forma restrictiva. Por el contrario, los enunciados normativos que crean privilegios o que amplían el ejercicio de potestades privadas pueden ser, incluso, interpretados de forma extensiva. Esto, como se verá, es consecuencia de la importancia que, en la Modernidad, tiene el principio de legalidad; no hay *mala in se*, sino *mala prohibita*; en la Modernidad, no puede reconocerse la existencia de ilicitudes sustanciales, de ilicitudes distintas a las formalmente establecidas.

Por último, no debe confundirse la interpretación extensiva con la analogía; entre ambas existe una sutil diferencia. La analogía, pues, específicamente la *analogía legis*, es una operación lógica que consiste en atribuirle la consecuencia jurídica de un hecho, que se encuentra expresamente regulado, a otro hecho, que no se encuentra expresamente regulado en el ordenamiento jurídico, pero que tiene elementos similares a los de aquel.

Así, la analogía opera si se reúnen dos requisitos: en primer lugar, ausencia de norma que expresamente regule el hecho al que va a atribuírsele la consecuencia jurídica del hecho que sí se encuentra expresamente regulado; y, en segundo lugar, existencia de una relación de similitud, no de identidad, entre el hecho regulado y el no regulado. Con razón, Carnelutti (2004c) hace énfasis en este último requisito, pues si, por el contrario, la relación fuese de identidad el hecho se subsumiría directamente en el supuesto de hecho de la respectiva norma jurídica que lo regula, sin que fuese menester acudir a la aplicación de esta por analogía (pp. 129 – 130).

La analogía y la interpretación extensiva tienen, por supuesto, un elemento en común; ambas se soportan en el llamado argumento lógico “*a pari*”, “a igual razón igual disposición” (García, 1995, pp. 335 – 336). En estricto sentido, aunque la diferencia es bien sutil, en la interpretación extensiva el problema se halla en el enunciado normativo; le quedó incompleta la lista al legislador. En la analogía, el problema no está en el enunciado, por cuanto este ni siquiera existe; no hay norma lingüísticamente expresada que pretendiese regular el hecho.

Ahora, el ordenamiento jurídico provee seguridad jurídica de distintas formas, dependiendo de los distintos sectores del derecho positivo. Así, por ejemplo, en el derecho privado el legislador provee seguridad jurídica prescribiendo el uso de la analogía. Le dice al juez algo como lo siguiente: “señor juez, si de los enunciados existentes no es posible extraer una norma aplicable al caso concreto, no puede usted abstenerse de fallar; cree usted una norma, valiéndose de las normas existentes que regulan hechos semejantes”.

En el derecho público, por el contrario, el legislador provee seguridad jurídica proscribiendo (prohibiendo) el uso de la analogía, específicamente, en primer lugar, en lo relativo a los ámbitos del ejercicio de la potestades públicas; en segundo lugar, en lo relativo a los actos ilícitos y a sus respectivas sancio-

nes. En tal sentido, el artículo 121 de la Constitución Política señala que los servidores públicos sólo pueden y deben realizar aquello que la Constitución y la ley expresamente les señale; todo lo demás les está prohibido. Por ello, con razón, suelen nuestras Cortes afirmar que los enunciados que consagran potestades públicas deben ser interpretados de forma restrictiva. Así mismo, y dada la importancia ya anotada que se le concede en la Modernidad al principio de legalidad, en el derecho penal y, en general, en el derecho sancionatorio se prohíbe la analogía “*in malam partem*”, autorizándose, únicamente, la analogía “*in bonam partem*”, esto es, la analogía que favorece al procesado.

3.9. Funciones

Nos referimos aquí, siguiendo a Recaséns Siches (2003), no a los ideales de justicia ni, en general, a los valores que deben orientar, guiar los contenidos de todo derecho positivo; pretendemos aludir, sí, a las concretas necesidades humanas que todo derecho intenta satisfacer, por el simple hecho de su existencia real y efectiva, con independencia de si su contenido es justo o injusto, o de si tiene un contenido transpersonalista o autoritario, o humanista o personalista (p. 111).

Hablar de las *funciones* de algo, pues, supone situarnos en un plano de análisis descriptivo-explicativo; hablar de los *finés* de algo supone ubicarnos en un plano prescriptivo-normativo, axiológico o valorativo, en un plano del deber ser. El fin del derecho, en tanto expresión que es de la condición humana, como ya se dijo, es el de posibilitar la existencia en coexistencia, en medio de la inevitable presencia de conflictos de intereses.

Pues bien, ese fin puede el derecho pretender alcanzarlo armonizando las existencias individuales, por vía de una repartición de los bienes conforme a ciertos ideales de justicia; sin embargo, la historia nos muestra muchos ejemplos de casos en los que también se posibilita la existencia en coexistencia, otorgándosele los bienes a los unos y sometiendo a los otros, en contravía de ciertos ideales de justicia.

Ahora bien, sea cual fuere su contenido, todo derecho que tenga una existencia real y efectiva cumple con las siguientes funciones: función de promover certeza y seguridad; función de promover posibilidades de cambio;

función motivadora o de motivación; función de evitación y de resolución de conflictos de voluntades; función de organización, regulación e intento de legitimación del poder político (Recaséns, 2003, pp. 111 y ss.).

3.9.1. Función de promover certeza y seguridad

Por certeza, dice Recaséns Síches, se entiende saber a qué atenerse; por seguridad, saber que aquello a lo que hay que atenerse será forzosamente cumplido.

Recordemos algunas de las ideas ya expuestas, siguiendo el pensamiento orteguiano: vivir es andar a golpes y a caricias con la circunstancia; la circunstancia en la que el “yo” se encuentra incrustado constituye, en ocasiones, un límite, un obstáculo para la realización del proyecto existencial; la circunstancia, que comienza por el propio cuerpo, es un sistema de ventajas y desventajas, de posibilidades y de obstáculos o impedimentos para el despliegue de la vocación. El hombre, entonces, se ve constantemente expuesto a este dilema: o decide dejar de existir para que su “yo” alcance una felicidad radical al disolverse en el ser, el dios o la sustancia universal, o seguir habiéndoselas con su circunstancia, pretendiendo salvarla, comprenderla y, en ocasiones, ajustarla a su proyecto vital.

Como ya se dijo, la técnica, precisamente, es aquella actividad diseñada por el hombre para hacerle frente a aquella parte “natural” de su circunstancia. Específicamente, recordémoslo, la técnica es un acto reformativo de la naturaleza a través del cual el hombre intenta suprimir o aminorar las dificultades, los obstáculos que esta le representa para la satisfacción de sus necesidades; el hombre es el animal técnico por naturaleza; la técnica le permite evitar tener que consumir su tiempo vital, en la satisfacción de sus necesidades puramente biológicas u orgánicas.

La política, por su parte, es otro instrumento diseñado por el hombre para hacerse cargo de su circunstancia, específicamente, para hacerse cargo de esa parte de su circunstancia, sumamente peligrosa, compuesta por los otros hombres. A través de la política, el hombre pretende influir en el comportamiento de los otros para que se le permita realizar su proyecto vital.

El “otro”, como ya se advirtió, es una circunstancia sumamente riesgosa, para la existencia del “yo”; el “otro”, al igual que “yo”, es un sujeto libre y, por

ende, en principio, impredecible en sus reacciones en frente de los actos del “yo”. Esa imprevisibilidad respecto del comportamiento del “otro”, hace, como ya se dijo, que los hombres se vean forzados a crear unos instrumentos que permitan aminorar, reducir esos márgenes de imprevisión; tales instrumentos no son otros que las normas de conducta.

Así, toda norma de conducta, sea una norma moral o una regla del trato social o una norma jurídica, constituye un esquema, un tipo de conducta, un “libreto de conducta” que pretende posibilitar la coexistencia, aminorando esos márgenes de incertidumbre que existen en mis relaciones con el otro.

La única forma, pues, de hacer posible la coexistencia es aminorando esos márgenes de incertidumbre; la primera función que cumple el derecho, entonces, con independencia de su contenido, en todo tiempo y en todo lugar, es la de proveer certeza y seguridad. Certeza, como quiera que al existir esos esquemas de comportamiento en los que las normas consisten, los sujetos podrán predecir las conductas de los otros hombres, en tanto sabrán a qué atenerse; y seguridad, porque los sujetos sabrán, además, que, de no observarse tales prescripciones, los infractores serán sancionados (Recaséns, 2003, p. 112).

Con todo, suele afirmar la doctrina que uno de los valores connaturales al derecho, a todo derecho, sea justo o injusto, al formalizar la coexistencia, es el de la seguridad jurídica, entendiéndose por esta la previsibilidad respecto de las consecuencias jurídicas de mis actos y de los actos de las otras personas (Cfr. Pérez, 1994).

3.9.2. Función de proveer posibilidades de cambio

Si bien todo derecho, al esquematizar las conductas, se crea con miras a asegurar expectativas de comportamiento futuro, limitando los márgenes de incertidumbre que existen en la convivencia, debe también hacer posible que dichos esquemas de comportamiento puedan irse adecuando a las cambiantes relaciones sociales; si bien el derecho se crea para garantizar certeza y seguridad, no puede consistir en una camisa de fuerza que impida el progreso de la sociedad. Por ello, como lo puso de presente Hart, en todo derecho existen unas normas que permiten que este vaya adecuándose a las cambiantes relaciones sociales; normas estas que hacen parte de las

llamadas por Hart “reglas secundarias”, específicamente, son las “reglas de cambio”. Recordemos que las reglas de cambio son aquellas que confieren potestades para introducir normas al ordenamiento jurídico y para modificar y derogar las ya existentes.

3.9.3. Función de evitación y de resolución de conflictos de voluntades

Como lo hemos visto, lo que mueve al hombre a crear el derecho es la existencia de conflictos de intereses. Recordemos, pues, que un interés es una posición favorable a la satisfacción de una necesidad, y que quien se halla en dicha posición es quien cuenta con el bien, con el medio para satisfacer esa necesidad. El conflicto de intereses se produce en aquellos casos en los cuales la posición favorable a la satisfacción de una necesidad de una persona excluye la posición favorable a la satisfacción de una necesidad de otra.

Como lo sabemos, los conflictos de intereses son inherentes, connaturales a la coexistencia, pues existe un desequilibrio entre los bienes y las necesidades; las necesidades son ilimitadas, infinitas; los medios para satisfacerlas son limitados, finitos. El fin del derecho, como ha quedado dicho, radica en posibilitar la existencia en coexistencia en medio de la inexorable presencia de conflicto de intereses; el fin de derecho, contrario a lo que suele decirse —véase por ejemplo a Recaséns (2003, pp. 115 y ss.)—, no es el de la resolución de los conflictos de intereses, pues la única forma de resolverlos sería la de multiplicar al infinito los bienes existentes o suprimir las necesidades.

El derecho pretende, entonces, valiéndose de la fuerza institucionalizada, que a esos conflictos de intereses, que son inherentes a la coexistencia, no se les sumen, se les añadan conflictos de voluntades; pretende, así, evitar el surgimiento de los litigios, y, en el evento de estos producirse, pretende “sofocarlos”, resolverlos o disolverlos; lo primero, a través del derecho sustancial, haciendo una distribución directa de los bienes existentes; lo segundo, por vía del derecho procesal, efectuando una distribución indirecta de tales bienes, delegando en un tercero imparcial, ajeno al litigio, la potestad de resolverlo.

Con todo, el derecho se vale de la fuerza institucionalizada para evitar y resolver esos conflictos de voluntades; empero, si lo que se busca es realmente posibilitar la existencia coexistencia, debe procurarse que la repartición

de los bienes que se realice, valiéndose de dicha fuerza, obedezca a ciertos parámetros de justicia, pues, de lo contrario, será el propio derecho el que provoque la violencia, la insurrección, la guerra civil, y, por ende, termine por imposibilitar la pacífica coexistencia.

3.9.4. Función de motivación o función motivadora.

Toda norma jurídica, con miras a evitar y a resolver los conflictos de voluntades, pretende estimular o desestimular la realización de determinadas conductas. Si el legislador, al percibir o prever una conducta, la juzga como valiosa para la coexistencia, buscará estimular o motivar su realización, por una de estas dos vías: en primer lugar, fomentando su realización, atribuyéndole, a título de consecuencia jurídica, una recompensa; en segundo lugar, calificando la realización de esa conducta como obligatoria, al sancionar las conductas omisivas, esto es, las conductas distintas e incompatibles con la conducta ordenada. Si, por el contrario, el legislador percibe o prevé una conducta, y la juzga como disvaliosa, en tanto imposibilita la existencia en coexistencia, buscará desestimular la realización de la misma, atribuyéndole una pena a título de consecuencia jurídica.

Toda norma jurídica, al menos las reglas primarias en el lenguaje de Hart, tiene una función de motivación consistente en estimular o desestimular la realización de conductas. Por ejemplo: la norma jurídica que sanciona penalmente la omisión de socorro pretende estimular la realización de acciones de salvamento, en situaciones que provoquen un grave peligro para la vida y la salud de las personas. También, las normas que crean incentivos tributarios para las empresas que ubiquen su centro de negocios en ciertas zonas que, *verbi gratia*, hayan padecido un desastre natural. Tales normas, por supuesto, pretenden estimular la realización de conductas; *contrario sensu*, por ejemplo, la norma por vía de la cual se sanciona penalmente el hurto pretende desestimular la realización de determinada conducta.

3.9.5. Función de organización, regulación e intento de legitimación del poder político

El poder es capacidad transformadora; el poder político es, entonces, la capacidad para transformar lo público. El derecho, como ha quedado dicho, es, por esencia, encauzamiento de la libertad, limitación de la libertad.

Según Recaséns (2003), el derecho es una especie de término medio entre la anarquía y el despotismo (pp. 118 y ss.): por una parte, al limitar las libertades individuales, al hacer que el ser humano no haga todo lo que puede, evita la anarquía; por otra parte, al encauzar el ejercicio del poder político, evita el despotismo.

El derecho, pues, por esencia, intenta someter las materiales relaciones sociales a unas formas, a unos cauces establecidos. Al limitar el ejercicio del poder político, al someterlo a unos cauces, el derecho intenta, además, legitimarlo, presentándolo como “racionalizado”, y pretendiendo que la comunidad acepte su ejercicio. Como es sabido, el juicio de legitimidad es un juicio de aceptación; una institución es legítima si es aceptada por la comunidad.

4. Teoría del ordenamiento jurídico

4.1. Concepto

La norma jurídica nunca se halla en un estado de radical soledad; se encuentra, siempre, incrustada en un contexto normativo, en un contexto de normas. Pues bien, a ese contexto normativo en el que la norma se incrusta suele denominársele “ordenamiento jurídico” (Bobbio, 1997, p. 141).

Metafóricamente hablando, la norma es un árbol que se halla, por esencia, incrustado en un bosque; con las normas que integran el ordenamiento jurídico, dice Norberto Bobbio (1997), ocurre lo mismo que con las estrellas que se hallan en el firmamento; son tan numerosas, su número es tan inmenso que resultan ser incontables; nadie sabe cuántas normas hay en el ordenamiento jurídico colombiano ni en ninguno otro.

Es impensable, pues, un ordenamiento que estuviese compuesto por una sola norma. Si, por ejemplo, suponemos que esa hipotética norma dijese: “todo está permitido”, esa norma, esa hipotética norma, en estricto sentido, no sería tal, toda vez que no regularía, normaría conducta alguna. Esa “norma” sería la negación misma del derecho; el derecho es, por esencia, limitación de la libertad, encauzamiento de la libertad.

Si, por otra parte, imaginásemos un ordenamiento compuesto por una sola norma que prohibiese todas las conductas, dicho ordenamiento constituiría no un orden sino un des-orden jurídico, pues imposibilitaría la existencia en coexistencia; lo mismo ocurriría con una hipotética norma que ordenase realizar todas las conductas.

Así, es de la esencia del derecho el que toda norma jurídica se encuentre en relación con otras normas. Hay normas que prohíben realizar conductas; otras que ordenan realizarlas; otras que autorizan la realización de conductas que, en principio, están prohibidas, o autorizan dejar de realizar comportamientos que, en principio, están ordenados; hay otras normas para las normas, normas que regulan la producción jurídica, el funcionamiento mismo de derecho (pp. 142 y ss.).

Esa ausencia de radical soledad propia de toda norma jurídica no es sólo predicable de los ordenamientos jurídicos; es predicable, también, de otros órdenes normativos. Por ejemplo, en la moral, las normas se hallan también en relación con otras normas. Ahora bien, según Hans Kelsen (1995b), la diferencia entre un ordenamiento jurídico y un orden normativo de índole moral radica en que el primero es dinámico; el segundo, estático (pp. 203 y ss.).

Así las cosas, el orden normativo de índole moral es estático, debido a que entre las normas que lo integran existe una relación de contenido; las normas de inferior jerarquía se deducen, lógicamente, en lo que a su contenido respecta, de lo prescrito por las normas de superior jerarquía. Por tanto, en los ordenamientos morales, las normas de superior jerarquía, debido a su más alto grado de generalidad, determinan los contenidos de las normas de inferior jerarquía que, por supuesto, tienen un mayor grado de particularidad o de especificidad. Por ejemplo, según una norma moral, que constituye la piedra angular del cristianismo, “se debe amar al prójimo como a sí mismo”; de esa norma moral se derivan muchas otras prescripciones, *verbi gratia*, las normas que imponen los deberes morales de no juzgar al prójimo, de no injurarlo, de no matarlo y de abstenerse de apropiarse de los bienes ajenos.

Por el contrario, según Kelsen (1995b), el ordenamiento jurídico es dinámico, pues entre sus normas existe una relación de forma y no de contenido; las normas de superior jerarquía no determinan los contenidos de las

normas de inferior jerarquía; las normas de superior jerarquía son, simplemente, normas habilitantes (p. 204), en tanto atribuyen competencias para crear las normas de inferior jerarquía. Esas normas de habilitación, además de atribuir competencias, trazan los procedimientos por los cuales ha de discurrir el proceso de creación de las normas de inferior jerarquía; el contenido de estas últimas no viene determinado por aquellas; el contenido de la norma de inferior jerarquía es el producto por parte de su creador no de un acto de conocimiento, sino de un acto de voluntad.

Con todo, la teoría expuesta por Kelsen sobre la diferencia existente entre el ordenamiento jurídico y los órdenes normativos de índole moral es desafortunadamente incoherente con su teoría sobre la interpretación, pese al rigor que, en lo demás, suele caracterizarlo. Con razón, se ha criticado la teoría de Kelsen, afirmándose que el ordenamiento jurídico no es ni puramente dinámico ni puramente estático (Prieto, 2005, pp. 107 y ss.); basta con valerse, al efecto, de aquella frase del propio Kelsen, según la cual todo acto de aplicación del derecho comporta un acto de creación del derecho, y todo acto de creación del derecho comporta un acto de aplicación del derecho; las normas de superior jerarquía, entonces, no son sólo normas habilitantes, no sólo atribuyen competencias y trazan los procedimientos; además, trazan unos límites materiales que no deben ser desbordados por el acto de voluntad realizado por quien crea la norma de inferior jerarquía; quien crea esta última, en efecto, realiza un acto de voluntad, mas ese acto lo despliega luego de haber llevado a cabo un acto de conocimiento, por vía del cual se ha descubierto el repertorio de posibilidades normativas que admite el enunciado normativo, a través del cual se expresa la norma de superior jerarquía.

Por otra parte, para los *iusnaturalistas*, por ejemplo, para Tomás de Aquino (2004), el orden jurídico es estático, pues las normas del derecho positivo se derivan, lógicamente, en lo que a su contenido respecta, de las normas del derecho natural; las normas positivas constituyen concreciones de las normas del derecho natural (p. 46).

Asimismo, en los “Estados constitucionales de derecho”, que han dado pie al surgimiento de aquella corriente del pensamiento jurídico llamada “Nuevo Derecho” o neoconstitucionalismo, no es admisible afirmar que el orden jurídico sea puramente dinámico, esto es, no es admisible afirmar

que entre las normas de superior jerarquía, específicamente, las normas de rango constitucional, y las normas de inferior jerarquía haya sólo una relación de forma; no es admisible, pues, en dicho modelo de Estado, sostener que la norma de superior jerarquía sea, en el sentido kelseniano, una simple norma habilitante, y que, en consecuencia, el contenido de la normas de inferior jerarquía dependa de un simple acto de voluntad (Prieto, 2005, pp. 109 y 110).

Según el llamado “Nuevo Derecho”, toda potestad de configuración normativa, y, sobre todo, la potestad de configuración normativa del legislador, está limitada no sólo formal sino, también, materialmente; las normas de rango constitucional no sólo señalan quién es el competente para crear las normas legales y trazan el procedimiento por el cual ha de discurrir el proceso de creación de tales normas; además, trazan los límites materiales al ejercicio de dicha potestad, que se refieren al contenido que puede tener la norma creada por el titular de la misma.

El profesor Luigi Ferrajoli (2004), con su conocida agudeza, ha sintetizado en forma inmejorable la exposición de esos límites materiales, en la siguiente frase: en los Estados constitucionales de derecho no sobre todo se puede decidir y no sobre todo se puede dejar de decidir (pp. 23 y ss.). El legislador, en este modelo de Estado, goza de un amplio margen de maniobra en el que él, políticamente, puede ejercer su libertad de configuración normativa; ese margen de maniobra, sin embargo, es “margen”; su libertad para decidir sobre el contenido que ha de tener la norma por él creada, o, lo que es lo mismo, su libertad para decidir sobre lo que va prescribir (prohibir, mandar, permitir) la norma objeto de creación es limitada, y dicho límite material le viene impuesto al legislador por el denominado “núcleo esencial” de los derechos fundamentales. En dicho modelo de Estado, pues, el legislador puede restringir los derechos fundamentales, lo que es obvio atendiendo a que el derecho es, precisamente, encauzamiento, limitación de la libertad; esa injerencia, empero, tiene unos límites que le vienen impuestos al legislador por el núcleo esencial de tales derechos (Bernal, 2005b, pp. 77 y ss.).

En suma, en ese modelo de Estado se espera que la restricción de los derechos no sea caprichosa, arbitraria, inútil, desproporcionada, sino que sea una decisión razonable, necesaria y proporcional en sentido estricto. Por ello, como ya ha quedado dicho, el límite material más importante, en los

Estados constitucionales de derecho, al ejercicio de las potestades lo constituye el principio de proporcionalidad en sentido amplio o de la prohibición del exceso; ese principio, pues, según el discurso del Nuevo Derecho, les traza el contorno al núcleo esencial de los derechos fundamentales, delimitando, así, los posibles contenidos intangibles para el legislador; la creación de las normas jurídicas, por supuesto, no será el producto de un simple acto de voluntad.

Los neoconstitucionalistas, para aludir a este fenómeno, suelen hablar de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales; de cómo tales derechos, en ese modelo de Estado, impregnan los contenidos de las diversas normas de todos los sectores del ordenamiento jurídico. Incluso, el Nuevo Derecho, al pretender hoy reconducir los juicios de ponderación a ciertas fórmulas cuasimatemáticas, no hace más que afirmar el carácter estático del orden jurídico; por lo demás, lo dicho es un poderoso indicio de ser una nueva expresión del *iusnaturalismo*, en el que no va a ser ya la Iglesia quien sea la portadora de la verdad revelada, sino los tribunales constitucionales.

Ahora bien, para Hart, por su parte, un orden jurídico se diferencia de un orden normativo de índole moral en que, en aquel, hay unas normas que no contienen mandatos, prohibiciones o autorizaciones, sino que, simplemente, regulan la producción jurídica, el funcionamiento mismo del derecho, siendo normas para las normas. Según Hart (1998), el orden jurídico es un conjunto de reglas primarias y secundarias; las reglas secundarias son, pues, reglas para las reglas, normas para las normas, y, como lo sabemos, son de tres clases: regla(s) de reconocimiento, reglas de adjudicación y reglas de cambio (99 y ss.).

Dicho lo anterior, procedamos a emitir una definición del ordenamiento jurídico: según Kelsen (1995a), este es el conjunto de normas jurídicas que tienen un fundamento común de validez; derivan todas ellas su validez de una misma “norma hipotética fundamental”, “norma fundante básica” o “Constitución en sentido lógico jurídico” (129 y ss.).

Una necesaria precisión: para una gran parte de la doctrina la expresión “orden u ordenamiento jurídico” es sinónima de la expresión “sistema jurídico”. Otro sector de la doctrina, encabezado por los profesores Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón, sostiene que la expresión “orden jurídico” es

más amplia que la expresión “sistema jurídico”; el sistema jurídico es el conjunto de normas relacionadas entre sí y vigentes en un mismo momento; el orden jurídico es el conjunto de sistemas jurídicos que, teniendo elementos normativos en común, se suceden unos a otros en un determinado período.

Dicho metafóricamente, pues, para este sector de la doctrina, el sistema jurídico es la foto fija; conjunto de normas relacionadas entre sí y vigentes en un mismo momento. Por el contrario, el orden jurídico es toda la serie, el documental; conjunto de sistemas jurídicos que tienen elementos normativos en común y que van sucediéndose unos a otros. Así, por ejemplo, el S_1 está compuesto por las normas N_1 , N_2 y N_3 ; luego, se crea N_4 , y, por ende, aparece otro sistema, el S_2 , compuesto, ahora, por N_1 , N_2 , N_3 y N_4 ; luego, se deroga N_1 , y, entonces, aparece un nuevo sistema, el S_3 , compuesto por N_2 , N_3 y N_4 . Al conjunto de tales sistemas se le llama orden jurídico. Esta distinción es de suma importancia, especialmente, para entender el que la derogación de una norma, contrario a lo que suele decirse, no la excluye del orden jurídico; simplemente, limita su vigencia (Prieto, 2005, pp. 111- 112).

Por último, para otro sector de la doctrina, encabezado por Norberto Bobbio, la diferencia entre un orden jurídico y un sistema jurídico radica en que todo sistema jurídico es un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un sistema jurídico; sistema jurídico es sólo aquel orden jurídico dotado de coherencia (Bobbio, 1997, p. 177).

4.2. Vigencia, validez y eficacia

Hemos dicho, siguiendo a Kelsen, que el orden jurídico es un conjunto de normas jurídicas que tienen un fundamento común de *validez*. Pues bien, para entender dicha definición, es necesario precisar el concepto de validez, debiéndose, además, delimitarlo, diferenciarlo de dos conceptos afines, íntimamente relacionados, que son los conceptos de vigencia y de eficacia.

Una cosa es, entonces, la validez de las normas jurídicas; otra, su vigencia; y otra, su eficacia. Hay normas jurídicas que se encuentran vigentes siendo inválidas; hay normas jurídicas que se encuentran vigentes, y que además son válidas, pero son ineficaces. Esos conceptos, si bien son distintos, se hallan estrechamente relacionados, como quiera que la norma jurídica puede

perder su vigencia debido a su invalidez, y, como lo veremos, de la eficacia de las normas que integran el ordenamiento, en términos generales, va a depender, en última instancia, su vigencia y su validez.

4.2.1. Validez

La validez es un juicio que se predica de las normas, específicamente, es un juicio de conformidad; afirmar que una norma jurídica es válida significa que dicha norma se halla en estricta conformidad con lo prescrito por las normas de superior jerarquía (Guastini, 1999, pp. 311 y ss.).

Ahora bien, la validez puede ser de dos clases: formal y material. Una norma jurídica es formalmente válida (única forma de validez para Kelsen) si fue creada por la autoridad señalada como competente por las normas de superior jerarquía y si su proceso de creación discurrió por el procedimiento trazado para el efecto por estas; una norma jurídica es materialmente válida si su contenido, esto es, lo prescrito por ella, lo mandado, prohibido o permitido, se corresponde plenamente con lo prescrito por las normas de superior jerarquía, lo prohibido, ordenado o permitido por estas. Para Kelsen, el contenido de la norma depende de un acto de voluntad, no de conocimiento, afirmando por ello que el ordenamiento jurídico es dinámico, lo cual no es del todo coherente con su teoría sobre la interpretación. Como muy bien él mismo lo afirma, la única norma cuyo contenido obedece a un puro acto de voluntad es la que se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica.

Con todo, la *constitucionalidad* es una de las especies del género *validez* (Guastini, 1999, p. 323); afirmar que una norma jurídica es constitucional significa que esa norma se corresponde formal y materialmente con las normas formal y materialmente constitucionales.

Normas formalmente constitucionales son, pues, aquellas que se expresan a través de los enunciados que integran el documento constitucional —la Constitución entendida como documento—; por su parte, normas materialmente constitucionales son aquellas que si bien no se encuentran expresadas a través de dichos enunciados, la Constitución las ha asumido como propias, integrando el llamado “bloque de constitucionalidad”. Dicho en otras palabras: el bloque de constitucionalidad es el conjunto de normas que si bien no están expresadas en el documento constitucional, la Cons-

titución las ha asumido como propias; es el caso, por ejemplo, de aquellas normas que se expresan en los tratados a los que se refiere el artículo 93 de la Constitución Política; tratados debidamente ratificados por Colombia que versan sobre derechos humanos y cuya limitación se prohíbe, incluso, en los estados de excepción (*verbi gratia*, los Pactos de Nueva York y de San José de Costa Rica, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente).

No debemos confundir, en todo caso, la constitucionalidad y la inconstitucionalidad con la exequibilidad e inexequibilidad. La inexequibilidad es, pues, el efecto jurídico que se declara como consecuencia de la inconstitucionalidad de una norma; la inconstitucionalidad de una norma es la causa que motiva su declaratoria de inexequibilidad. Así, la inexequibilidad es una forma de pérdida (si tiene efectos *ex tunc*) o de limitación de la vigencia de una norma (si tiene efectos *ex nunc*); la norma existía en el ordenamiento jurídico, pero era inválida formal o materialmente, a la luz de las normas formal o materialmente constitucionales; la inexequibilidad es la pérdida o limitación de la vigencia de una norma, declarada por el respectivo tribunal constitucional, debido a su inconstitucionalidad.

Por regla general, pues, la declaratoria de inexequibilidad de una norma sólo produce efectos hacia el futuro (*ex nunc*, “desde ahora”); por excepción, el tribunal constitucional, actuando como órgano de cierre y echando mano de su supuesta “potestad para modular los efectos de sus decisiones”, en procura de garantizar la supremacía de la Constitución y de la protección de los derechos fundamentales, puede determinar que dicha declaratoria tenga efectos también hacia el pasado (*ex tunc*, “desde entonces”). En el primer evento, la norma no deja de existir en el ordenamiento jurídico; simplemente, se habrá limitado su vigencia. En el segundo evento, por vía de ficción, se habrá borrado, incluso, la vigencia de la norma, reputándola como inexistente. La distinción entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico, propuesta por Bulygin y Alchourrón, nos ayuda a entender lo dicho: en el primer evento, la norma permanece en uno de los sistemas jurídicos que integran el ordenamiento; en el segundo, la norma habrá sido expulsada, incluso, del ordenamiento jurídico.

Ahora, la constitucionalidad se predica de las normas, no de las cosas; una silla, una letrina no pueden ser inconstitucionales, no pueden ser inválidas;

lo que es inconstitucional, por su invalidez material, al violentar o conculcar la dignidad humana, es, por ejemplo, la hipotética norma que prescriba el deber de comer en la letrina.

Lo dicho, sin embargo, es frecuentemente olvidado por los tribunales constitucionales, especialmente, por nuestra Corte Constitucional. Veamos: nuestra Corte ha venido acudiendo a una figura denominada “estado de cosas inconstitucional”, para, supuestamente, hacerles frente a situaciones que comportan violaciones masivas de derechos fundamentales, y en las que están comprometidas múltiples autoridades del Estado. Por vía de esta figura, la Corte Constitucional ha invadido competencias de otros órganos, ocupándose de trazar políticas públicas, y emitiendo órdenes a ciertas autoridades para que sean cumplidas en determinados plazos. Así, por ejemplo, debido a las precarias condiciones materiales de nuestros centros de reclusión, y, por ende, al indigno hacinamiento existente en estos, la Corte Constitucional, en la sentencia T- 153 de 1998, decidió declarar a nuestro sistema penitenciario y carcelario como un “estado de cosas inconstitucional”, y, en consecuencia, emitir una serie de órdenes a múltiples autoridades del Estado, con miras a resolver ese problema.

Esa figura del “estado de cosas inconstitucional” es, por supuesto, antitécnica, pues, como ya se dijo, una cosa no puede ser constitucional o inconstitucional, toda vez que la constitucionalidad es una especie del género validez, y la validez es predicable de las normas, no de las cosas. Se insiste: una letrina no puede ser inconstitucional; lo que puede ser inconstitucional es la norma que imponga el deber de comer en la letrina.

Si el fenómeno se analiza con el debido rigor, hay que concluir que lo que en el fondo quiere decir la Corte es que la validez material de una norma puede depender, también, de las concretas circunstancias fácticas en las que esta habrá de aplicarse. Por tanto, en el ejemplo propuesto, lo que en rigor está sugiriendo la Corte es que las normas penales, de ser aplicadas en esas circunstancias fácticas, por ser violatorias de la dignidad humana, son materialmente inconstitucionales, materialmente inválidas.

Por último, es preciso advertir que la constitucionalidad, al ser una especie del género validez, se predica de las normas, no de los enunciados normativos; es inapropiada, antitécnica, por tanto, aquella figura que los tribunales consti-

tucionales suelen llamar “sentencias de constitucionalidad condicionada”. La figura es inapropiada porque, en primer lugar, lo condicionado no es la constitucionalidad sino la exequibilidad; en segundo lugar, por vía de esta figura, los tribunales constitucionales, en forma antitécnica, se pronuncian sobre la constitucionalidad no de las normas sino de los enunciados normativos.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional declara exequible el artículo X del Código Y, “siempre y cuando se entienda en determinado sentido, o, lo que es lo mismo, siempre y cuando se interprete de determinada forma”. Pues bien, si el fenómeno se analiza con rigor, lo que ocurre en ese caso es que por vía de dicha figura se declara la exequibilidad de una norma y la inexecutableidad de otras (Cfr. Guastini, 1999); en el fondo, lo que el tribunal constitucional quiere decir, expresado técnicamente, es lo siguiente: “el artículo X del Código Y consagra este enunciado normativo; ese enunciado admite varias posibilidades interpretativas, varias posibilidades normativas; sólo una de esas posibilidades normativas se ajusta a la Constitución, y, por ende, se le declara exequible, declarándose, implícitamente, la inexecutableidad de las otras posibilidades normativas”. Incluso, puede afirmarse que las sentencias de constitucionalidad condicionada son, simplemente, manifestaciones de una interpretación restrictiva realizada por motivos de constitucionalidad.

4.2.2. Vigencia

La vigencia es un juicio de existencia o de pertenencia predicable de las normas. Por tanto, afirmar que la norma jurídica se halla vigente significa que esa norma existe en un ordenamiento jurídico, pertenece a este, y, por ende, rige.

Para algunos teóricos del derecho, vigencia y validez son lo mismo. Kelsen (1995a), por ejemplo, identifica tales conceptos, al punto de afirmar que el concepto de validez es el que condiciona la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico (p. 35); es la validez, producto de la relación de conformidad con la norma de superior jerarquía, la que hace que un pensamiento imperativo se objective, se separe de su sujeto creador y se incruste en una entidad distinta de él, en el orden jurídico.

No obstante lo dicho, la experiencia jurídica nos muestra que esos conceptos son distintos; así lo reconoce hoy buena parte de la doctrina. Hay normas

jurídicas que se encuentran vigentes siendo inválidas, incluso, formalmente inválidas, por lo que ni siquiera el concepto de vigencia es idéntico al concepto de validez formal. Prueba de lo dicho es que los tribunales constitucionales declaran inexecutable normas, “excluyéndolas” del ordenamiento jurídico, por vicios de forma (invalidez formal) y vicios de fondo (invalidez material); si las “excluyen” del ordenamiento es porque antes de excluirlas pertenecían al mismo y, por ende, regían. En rigor, salvo que el fallo produzca efectos “*ex tunc*”, no las excluyen, tan sólo limitan su vigencia.

Pues bien, con miras a diferenciar los conceptos de validez y vigencia, los teóricos del derecho han echado mano de una intuición, pero no más que una intuición, existente en los estudiosos del derecho privado; respecto de este suele distinguirse entre existencia de un negocio jurídico y validez del mismo. Así, por ejemplo, si no hay consentimiento, no habrá negocio jurídico; si hay consentimiento y este está viciado, el negocio jurídico existirá, incluso se presumirá válido, mas, debido a ese vicio de invalidez, podrá ser declarado nulo.

Validez y vigencia, empero, tienen algo en común: son juicios relacionales, como quiera que surgen de relacionar normas entre sí. Sin embargo, la vigencia es un juicio de existencia o de pertenencia; la validez, un juicio de conformidad (Guastini, 1999, pp. 311 y ss.).

Ahora bien, la vigencia es condición necesaria aun cuando no suficiente de la validez. ¿Por qué? Porque sólo puede ser válido aquello que existe. Afirmar, entonces, que una norma jurídica se encuentra vigente significa que la norma jurídica existe en el ordenamiento jurídico, o, lo que es lo mismo, que pertenece al ordenamiento jurídico y, por ende, rige. Afirmar que una norma jurídica es válida significa que esa norma guarda plena correspondencia, formal y material, con las normas de superior jerarquía.

¿Qué se requiere, pues, para que la norma se encuentre vigente pese a ser inválida? ¿Qué se requiere para que una norma logre superar el umbral de la existencia, incrustándose en el ordenamiento jurídico? Según Riccardo Guastini (1999), una norma jurídica se encuentra vigente si fue creada por la autoridad señalada como competente (*prima facie*) por la norma de superior jerarquía y si su proceso de creación discurre al menos por parte del procedimiento trazado para el efecto por las normas de superior jerarquía (p

320). ¿Cuál es, en todo caso, la parte del procedimiento de tan significativa importancia que el proceso de creación normativa hubo de discurrir por ella con miras a que la norma lograra traspasar el umbral de la existencia jurídica, incrustándose en el orden jurídico y rigiendo, incluso, siendo inválida?

Guastini nos abandona; nos formula la pregunta y nos abandona, afirmando que ese es un problema relativo a la dogmática jurídica, un problema que ha de ser resuelto a la luz de cada derecho positivo en particular. Podría decirse, por ejemplo, que la promulgación hace parte de esa *parte* del procedimiento mencionado.

Hace unos años, por ejemplo, una organización guerrillera, en Colombia, “promulgó” una “ley”, llamándola “Ley 001”. Por vía de esa supuesta ley, se creó un “impuesto” al patrimonio, de tal manera que todo el que tuviese un patrimonio de X cantidad debía pagar un impuesto de guerra a dicha organización. Ni al más desocupado se le ocurrió, a la sazón, demandar esa ley para que la Corte Constitucional la declarase inexecutable por vicios de forma, por no haber sido creada por la autoridad competente; ese pensamiento imperativo, evidentemente, no llegó a objetivarse, a existir en el ordenamiento jurídico.

Veamos algunos problemas:

A) El control previo de constitucionalidad. La Corte Constitucional realiza, en ocasiones, un control previo de constitucionalidad; el constituyente quiso que, respecto de ciertas materias, no se corriese el riesgo de que entrasen a regir normas que fuesen inconstitucionales. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes estatutarias, las mismas que junto a las leyes orgánicas son llamadas leyes “prolongación de la Constitución”; tales leyes hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por versar sobre materias que el constituyente juzgó de trascendental importancia, estas, las leyes estatutarias, son revisadas por la Corte Constitucional antes de entrar en vigencia, para determinar si son o no constitucionales.

La Constitución exige, entonces, que las “leyes estatutarias” se sometan a un control previo de constitucionalidad. Al realizar dicho control, la Corte, en ocasiones, ha encontrado que esas “normas” son inconstitucionales y, por ende, las ha declarado inexecutables. Este proceder de la Corte es anti-

técnico, es poco riguroso, pues si la norma jurídica aún no se encuentra vigente, no existe, y lo que no existe no puede ser válido o inválido, no puede ser constitucional o inconstitucional. Es más, ya sabemos que el efecto de la declaratoria de inexecutable de una norma consiste, según la propia Corte, en “expulsarla” del ordenamiento jurídico, y resulta que en los casos mencionados la norma aún no estaba en el ordenamiento jurídico.

Lo que en rigor debería hacer la Corte es proferir una decisión no excluyendo, sino impidiendo que entre en vigencia, o, lo que es lo mismo, que exista en el ordenamiento jurídico una norma que, de existir, sería inconstitucional.

B) La inconstitucionalidad sobreviniente. La Corte Constitucional suele declarar inexecutable normas jurídicas debido a una “inconstitucionalidad sobreviniente”. La inconstitucionalidad sobreviniente se presenta en aquellos casos en los cuales una norma jurídica, que era constitucional desde la perspectiva de determinadas normas de rango constitucional, deja de serlo, por una mutación constitucional, por un cambio de las normas constitucionales o de rango constitucional. La inconstitucionalidad sobreviniente sólo es predicable por vicios de fondo, por razones de invalidez material, pues la validez formal se define, exclusivamente, al momento de la creación de la norma.

Pues bien, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable normas que entraron a regir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, por configurarse el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente. Este proceder de la Corte también es antitécnico, pues se están “excluyendo” del ordenamiento jurídico normas cuya vigencia ya había sido limitada, como quiera que habían sido tácitamente derogadas por la nueva Constitución.

La derogatoria o la derogación es una forma de pérdida (o de limitación, mejor, como quiera que sólo produce efectos “*ex nunc*”) de vigencia de las normas jurídicas, especialmente, de las normas legales. Esa pérdida, o, mejor, limitación de la vigencia obedece a la voluntad del propio sujeto creador de la norma, voluntad esta que puede ser manifestada de dos formas: en forma expresa o en forma tácita. En forma expresa, si el legislador, valiéndose de una ley posterior, dice que la ley anterior quedó derogada, quedó sin vigencia; en forma tácita, si, por vía de una ley posterior, el legislador

reguló la misma materia regulada en la ley anterior, pero en forma distinta. Por supuesto, la derogatoria tácita opera, con mayor razón, si las normas posteriores que regulan en forma distinta la materia son de mayor jerarquía, para el caso, de rango constitucional.

Por tanto, si las normas legales que entraron a regir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 no se corresponden materialmente con lo prescrito por esta, ello significa que tales normas fueron tácitamente derogadas. Siendo esto así, la Corte Constitucional, si obrase técnicamente, no puede declarar inexecutable esas normas, no puede limitar la vigencia de unas normas cuya vigencia ya estaba limitada; no puede la Corte, técnicamente, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o invalidez de normas jurídicas inexistentes, en el *sistema* jurídico. Por tanto, la Corte debería inhibirse de emitir un juicio de constitucionalidad respecto de esas normas, advirtiendo que ellas están derogadas. Ello salvo que el fallo de constitucionalidad pretendiese tener efectos “*ex tunc*”, borrando, incluso, el pasado de la norma.

C) La tutela contra providencias judiciales. La diferencia entre los conceptos de validez y de vigencia permite dar una explicación técnica, rigurosa de un fenómeno jurídico que no ha sido debidamente fundamentado; se trata del fenómeno de la tutela contra providencias judiciales, entendiendo por providencia judicial no el documento, sino la decisión expresada a través de este.

La Corte Constitucional ha elaborado toda una teoría, que ha ido modificando, para explicar el porqué la acción de tutela puede proceder en contra de una providencia judicial. Ha dicho la Corte que la tutela procede en contra de las providencias judiciales en aquellos casos en los cuales estas, o, mejor, lo en ellas decidido, configura una vía de hecho, por presentarse un manifiesto defecto sustancial, procedimental, orgánico o fáctico. Es necesario advertir que la Corte ha venido ampliando los casos en los cuales es procedente la tutela, refiriéndose, por ejemplo, a aquellos en los que el fallo carece de motivación (Quinche, 2015, pp. 220 y ss.).

El defecto sustancial, pues, consiste, según la Corte, en que se aplica en el caso concreto una norma sustancial que manifiestamente resultaba ser inaplicable para ese caso; el procedimental, en que, en forma burda, osten-

sible, manifiesta el proceso judicial discurrió por un procedimiento, por un trámite que no era el que le correspondía; el orgánico, en que, en forma ostensible, manifiesta el funcionario que profirió la decisión no era el competente para ello; el fáctico, en que, en forma burda, manifiesta se fundó la decisión en pruebas inexistentes o en pruebas que no servían para fundamentar dicha decisión.

Ha dicho la Corte que, en todo caso, los defectos mencionados deben ser ostensibles, manifiestos, al punto de que tales defectos hacen que la decisión no sea una decisión “en derecho” sino que, por el contrario, hacen que la misma constituya una “vía de hecho”. Si el efecto no es manifiesto, no es ostensible, la decisión judicial, según la Corte, no es constitutiva de una “vía de hecho”, sino de una “vía de derecho” distinta de aquella que se corresponde con los intereses del accionante. Si la decisión judicial, entonces, constituye una vía de hecho, procede la acción de tutela porque con tal decisión se estaría vulnerando el derecho fundamental a un debido proceso, específicamente, uno de sus componentes cual es el derecho a una “tutela judicial efectiva”; los particulares tienen el derecho fundamental de acudir al titular de la jurisdicción con miras a que este les resuelva sus litigios, creando, al efecto, una norma jurídica particular y concreta. Si el particular acude a la jurisdicción y esta omite la creación de dicha norma, se estaría vulnerando el derecho fundamental mencionado.

Con todo, el fenómeno de la tutela contra providencias judiciales ha sido muy criticado porque posibilita, supuestamente, que la jurisdicción constitucional se convierta en una especie de nueva instancia en todos los procesos judiciales. Al respecto, podemos decir que la crítica es infundada, pues el que se abuse del instrumento no desdice de este. Lo que sí puede plausiblemente criticarse es que los constitucionalistas y la Corte Constitucional no han sabido explicar el instrumento, debido a su desconocimiento de la teoría general del derecho.

Así las cosas, el fenómeno debería explicarse y fundamentarse de la siguiente manera: la validez formal y material de la norma jurídica particular y concreta creada por el juez en su respectiva decisión judicial sólo puede ser cuestionada por vía de los recursos ordinarios y extraordinarios señalados en la respectiva legislación procesal. Por el contrario, hay casos en los cuales es tan manifiestamente equivocada la decisión judicial, por alguno de los de-

fectos mencionados, que el juez, por vía de dicha decisión, no logró siquiera crear la norma jurídica particular y concreta. De allí que se hable de una “vía de hecho” y no de derecho. Por tanto, la tutela contra providencias judiciales no provoca una nueva instancia para discutir sobre la validez formal y material de la norma. Por vía de la tutela, simplemente, se está cuestionando la vigencia, la existencia de la norma jurídica particular y concreta.

El particular, por vía de la tutela contra la providencia judicial, no está, en estricto sentido, reclamándole al Estado la creación de una norma jurídica que tenga un contenido favorable para él; está, sí, reclamándole la creación de la norma jurídica particular y concreta, por vía de la cual se resuelva el litigio, aun cuando el contenido de esa norma sea contrario a sus intereses. Así entendido el fenómeno, en modo alguno se compromete la cosa juzgada (*res iudicata*), pues, en tales casos, precisamente, “la cosa” aún no ha sido “juzgada”. La providencia judicial constitutiva de una vía de hecho es un “documento hueco”, un puro lenguaje que no expresa un pensamiento imperativo objetivado.

4.2.3. Eficacia

El juicio de eficacia, al igual que los juicios de validez y de vigencia, es un juicio relacional; sin embargo, a diferencia de aquellos, este juicio no surge de relacionar normas entre sí, sino de relacionar la norma jurídica con la conducta de sus destinatarios; una norma jurídica es eficaz si la conducta de sus destinatarios se corresponde con lo prescrito por ella, con independencia de cuál haya sido el motivo determinante para que estos ajustasen su conducta al contenido de aquella.

Buena parte de las normas jurídicas se cumplen por motivos distintos al del temor por la posible sanción; ello ocurre porque buena parte de las normas jurídicas encuentran su soporte en normas morales vigentes en la sociedad. Así, por ejemplo, la norma jurídica que impone el deber a los padres de pagar alimentos a sus hijos suele cumplirse por razones morales, sin que, por regla general, sea determinante el hecho de que el derecho asocie una sanción al incumplimiento de ese deber. Es lo mismo que ocurre, por ejemplo, con buena parte de las normas penales; las personas suelen abstenerse de realizar delitos usualmente por razones morales, no por el temor a la sanción jurídica.

Por el contrario, existen otras normas jurídicas cuyo cumplimiento, por regla general, obedece al temor por la posible sanción. Es el caso, por ejemplo, de las normas impositivas, de las normas relativas al pago de impuestos. Si no existiera la respectiva sanción asociada a la conducta de no pagar impuestos, difícilmente la conducta de pagarlos tendría ocurrencia.

Con todo, la eficacia, así entendida, es apreciada desde una perspectiva sociológica. Existen otras dos perspectivas desde las cuales es posible apreciar el fenómeno de la eficacia de una norma jurídica: desde una perspectiva política y desde una perspectiva estrictamente jurídica (Prieto, 2005, pp. 83 y ss.).

Veamos:

Desde una perspectiva política, el juicio de eficacia supone confrontar medios y fines; una norma jurídica, que es un medio para alcanzar determinado fin, será políticamente eficaz si, analizada *ex-post*, resultó ser adecuada para alcanzar dicho fin. Bien puede ocurrir que normas jurídicas sean sociológicamente eficaces y políticamente ineficaces, esto es, bien puede ocurrir que, pese a que los destinatarios de la norma adecúen sus conductas a lo por ella prescrito, esta no logre el cometido que pretendió alcanzarse con su establecimiento. Si ello ocurre, si se conjugan eficacia sociológica e ineficacia política se produce el fenómeno de la llamada “eficacia simbólica del derecho”: normas que son sociológicamente eficaces pero políticamente ineficaces.

En todo caso, debe tenerse en cuenta el que las normas jurídicas son sociológicamente eficaces no sólo cuando el juez impone las respectivas sanciones; son sociológicamente eficaces, en primer término, cuando los particulares se abstienen de realizar las conductas prohibidas y realizan las conductas ordenadas. Por ello, la eficacia sociológica de la norma jurídica es imposible de medir, de cuantificar con exactitud.

La eficacia simbólica del derecho, pues, suele presentarse en las normas que integran el llamado “derecho sancionador o sancionatorio” (derecho penal, derecho disciplinario), por cuanto, pese a que los jueces imponen las sanciones, las conductas prohibidas se siguen realizando; las normas que integran el derecho sancionador o sancionatorio, pese a ser aplicadas, suelen no alcanzar el fin que pretende alcanzarse con su establecimiento;

tales normas, usualmente, no logran evitar la producción de las conductas socialmente indeseables.

Por otra parte, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el juicio de eficacia se predica no ya propiamente de las normas, sino de los actos jurídicos. En tal sentido, se dice que un acto es jurídicamente eficaz si, por reunir los requisitos previstos en el supuesto de hecho de una norma jurídica, tiene la fuerza o aptitud para producir los efectos jurídicos previstos en dicha norma.

Ahora bien, recordemos que la vigencia es condición necesaria aun cuando no suficiente de la validez de una norma, porque, en primer lugar, hay normas vigentes que son inválidas, formal o materialmente, y, en segundo lugar, sólo las normas vigentes pueden ser calificadas de válidas o inválidas. Por su parte, la validez de una norma jurídica no es condición necesaria para su eficacia; hay normas jurídicas que siendo inválidas son sociológica y políticamente eficaces. Sin embargo, de la eficacia sí depende la validez de las normas jurídicas, no individualmente concebidas, sino apreciadas en su conjunto.

Suele discutir la doctrina sobre si la ineficacia de una norma jurídica puede o no restarle validez a la misma, y más que restarle validez, si puede o no hacer que dicha norma pierda su vigencia (Prieto, 2005, pp. 90 y ss.). Quienes afirman que sí, es decir, que la ineficacia de una norma jurídica hace que pierda su vigencia, se encuentran con un enorme obstáculo consistente en tener que precisar algo que teóricamente es imposible de precisar: en primer lugar, cómo es posible medir, con exactitud, cuantificar la ineficacia de una norma; en segundo lugar, y de la mano con lo anterior, cuántos actos de desconocimiento de la norma se requieren para que la norma pierda su vigencia.

Evidentemente, esta discusión nos conduce al tema de la costumbre *contra legem*, llamada también “desuetudo”, esto es, la costumbre que posee la fuerza de derogar la norma jurídica, especialmente, de derogar una norma legal. Ya sabemos que nuestro Código Civil, en el artículo 8º, no le reconoce fuerza derogatoria a la costumbre; la vigencia de la norma jurídica, en particular, no depende de su eficacia; una norma jurídica puede estar vigente siendo válida o inválida y siendo eficaz o ineficaz. Pese a lo dicho, como a continuación se verá, según una brillante construcción kelseniana, que mu-

chos califican, por el contrario, de ser el talón de Aquiles de la Teoría pura del derecho, la validez de las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico, de todas ellas apreciadas en conjunto, depende de la eficacia que, en términos generales, tengan dichas normas (Kelsen, 1995a, p. 140).

4.3. Características

Según la doctrina, las características del ordenamiento jurídico son *unidad*, *plenitud* y *coherencia* (Bobbio, 1997, pp. 153 y ss.).

4.3.1. Unidad

Según Kelsen (1995b), el ordenamiento jurídico es, entonces, un conjunto de normas jurídicas que tienen un fundamento común de validez; eso que hace que tales normas jurídicas constituyan un conjunto, un todo unitario es el tener dichas normas una misma fuente de validez. Esta fuente de validez, este fundamento común de validez de las distintas normas que integran un ordenamiento jurídico, es la llamada por Kelsen “norma hipotética fundamental”. A la norma hipotética fundamental, pues, se refiere Kelsen valiéndose de distintas denominaciones; en algunos pasajes de su obra habla, también, de “Constitución en sentido lógico jurídico”, para diferenciarla de la “Constitución en sentido jurídico positivo”; en otros, de “norma fundante o básica”.

Según Kelsen, todo ordenamiento jurídico se encuentra elaborado gradualmente; todo ordenamiento jurídico constituye una especie de pirámide jurídica en la que las normas que lo integran se hallan jerárquicamente organizadas y estructuradas; las normas de inferior jerarquía derivan su validez de las normas de superior jerarquía. Las normas de inferior jerarquía están en la base de la pirámide; las normas de superior jerarquía, en la cúspide o hacia la cúspide de la pirámide. En la base de la pirámide son más numerosas las normas y, también, más específicas; en la cúspide, son menos numerosas y tienen un mayor grado de generalidad (pp. 44 y ss.).

Recordemos que, según Kelsen, la validez es el concepto que condiciona la pertenencia de una norma a un orden jurídico; es la validez la que permite que el pensamiento imperativo en el que la norma consiste se objetive, se separe del sujeto creador y se incruste en una entidad distinta de él que

constituye un todo unitario llamado el “orden jurídico”. Recordemos, también, que, para este profesor la validez de las normas jurídicas es puramente formal, pues el ordenamiento jurídico, a diferencia de los sistemas normativos de índole moral, es un ordenamiento dinámico.

Así, según este autor, las normas de inferior jerarquía derivan su validez de las normas de superior jerarquía, existiendo entre ellas una relación de forma mas no de contenido; la norma de superior jerarquía, respecto de la inferior, es, simplemente, una “norma habilitante”, una norma que señala quién es el competente para crear la norma de inferior jerarquía y traza el procedimiento por el que ha de discurrir su proceso de creación.

La norma de inferior jerarquía, pues, deriva su validez de la norma jerárquicamente superior; esta última deriva su validez, a su turno, de la norma superior a ella, y así, sucesivamente, hasta llegar a la Constitución; la Constitución deriva su validez de la Constitución anterior, y la anterior de la anterior..., hasta llegar a la “primera Constitución”. ¿Y cuál es la primera Constitución? Una de estas dos: o bien la que *cronológicamente* fue primero, constituyendo el pacto fundacional del Estado, o bien aquella Constitución que se establece luego de una revolución.

Se llama revolución, para estos efectos, al hecho de subvertir el orden jurídico existente; el poder constituyente primario es, como lo afirman los constitucionalistas, un poder originario y, por ende, ilimitado, al punto de poder reformar o cambiar la Constitución, valiéndose de un procedimiento distinto de aquellos que ella misma ha previsto para su cambio o reforma. Si ello ocurre, se produce, en términos kelsenianos, una revolución; se habrá subvertido el orden jurídico existente, produciéndose, así, una ruptura de la cadena de validez y, por ende, creándose un nuevo ordenamiento jurídico (Kelsen, 1995a, pp. 137 y ss.).

En Colombia, la Constitución de 1991 es, en los términos anotados, la “primera Constitución”; fue el producto de una revolución, pues la Constitución de 1886 señalaba sólo al acto legislativo como procedimiento para su reforma; la Constitución de 1991 fue el producto de una “Asamblea Nacional Constituyente”. Lo anterior no significa que la reforma constitucional de 1991 sea inconstitucional; el poder constituyente primario es, como ya se dijo, originario, ilimitado; lo que sí significa es que hay una nueva primera

Constitución y, por ende, un nuevo ordenamiento jurídico, que tácitamente incorpora toda la normatividad infraconstitucional del anterior, siempre que se ajuste a los contenidos de las nuevas prescripciones constitucionales.

Ahora bien, se pregunta Kelsen: ¿y de dónde deriva su validez la primera Constitución? Para responder a esa pregunta, se encuentra con dos problemas: el primero, consistente en que la validez de esa “primera norma” no puede derivarse de una norma “puesta”, de una norma de derecho positivo, pues ya se han agotado en tanto se ha llegado a la cúspide de la pirámide; el segundo, en que Kelsen es neokantiano, y estos, los neokantianos, parten de una tajante separación entre los juicios del ser y los juicios del deber ser.

La validez de los unos no puede depender de los otros; la validez de un juicio del deber ser no puede depender de un juicio del ser. Por ello, la validez de la primera norma del derecho positivo sólo puede depender de otra norma (juicio del deber ser), de otra norma que, si bien no hace parte del derecho positivo, debe presuponerse su existencia para derivar de ella la cadena de validez de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico.

Así, esa norma que no es puesta sino presupuesta, esto es, que es una simple hipótesis que no existe en el derecho positivo, es llamada por Kelsen “norma hipotética fundamental” o “norma fundante o básica” o “Constitución en sentido lógico- jurídico”, norma esta que no debemos confundir con la Constitución en sentido jurídico positivo (en Colombia, la Constitución de 1991), llamada también norma fundamental positiva.

De la norma hipotética fundamental no cabe, entonces, predicar su validez o invalidez; sólo su existencia o inexistencia, por supuesto, como hipótesis. La existencia de esa norma hipotética fundamental, que constituye dicho fundamento común de validez, depende de la eficacia, en términos generales, de las normas que integran el ordenamiento. Así, por ejemplo, si una organización guerrillera se reúne con algunos estamentos de la sociedad y deciden derogar la Constitución de 1991 y crear una “nueva Constitución” y toda una nueva normatividad, y, pese a ello, esa una nueva normatividad no es eficaz (acatada) en términos generales, no se habrá logrado una “revolución”, no se habrá subvertido el orden jurídico existente y, por ende, no se habrá logrado crear un nuevo ordenamiento jurídico con una nueva norma hipotética fundamental (Cfr. García, 1996).

Con todo, la norma hipotética fundamental no tiene contenido, simplemente prescribe “obedézcase lo que diga el primer constituyente”; es una norma, por tanto, puramente habilitante (Prieto, 2005, p. 116), de tal manera que el contenido del derecho positivo va a depender de un acto de voluntad y no de un acto de conocimiento o de reconocimiento de unas esencias preexistentes.

Recordemos que para el positivismo jurídico la creación del derecho positivo obedece a un acto de voluntad; para el *iusnaturalismo*, a un acto de conocimiento, como quiera que los contenidos del derecho positivo vienen determinados por unas esencias previas a la existencia de dicho derecho, que integran el llamado derecho natural.

Pues bien, para el positivismo jurídico el contenido de la llamada “primera Constitución” es el producto de pactos, de acuerdos, de decisiones de poder, en suma, de un acto de voluntad. Según Kelsen, el contenido toda norma jurídica es el producto de un acto de voluntad. Esa afirmación Kelseniana no es coherente con su teoría sobre la interpretación, porque, en estricto sentido, y aun en su construcción, sólo el contenido de la primera Constitución es producto de un puro acto de voluntad; el contenido de las normas jurídicas subsiguientes a aquella, por ende, jerárquicamente inferiores en la cadena validez, son producto de un acto de voluntad y, también, de uno de conocimiento; quien crea la norma de inferior jerarquía realiza un acto de voluntad limitado por las posibilidades normativas trazadas por la norma de superior jerarquía. Por tanto, la norma de superior jerarquía, si atendemos a la teoría expuesta por Kelsen sobre la interpretación, no es sólo una norma habilitante, esto es, no sólo atribuye competencia y traza el procedimiento para crear la norma de inferior jerarquía, sino que, además, delimita los posibles contenidos que puede tener la norma de inferior jerarquía.

Pese a lo que suele decirse, la construcción kelseniana, entonces, le da cabida a la validez material. A tal punto es ello cierto que, al exponer Kelsen su teoría sobre el ordenamiento jurídico, ha hecho una afirmación que sólo es entendible si se la pone en relación con su teoría sobre la interpretación. La afirmación es esta: en la elaboración gradual del ordenamiento jurídico, el acto de creación de la norma es un acto de producción (acto de voluntad) y un acto de ejecución (acto de conocimiento), salvo lo que ocurre, en primer lugar, con la primera norma del ordenamiento jurídico positivo, esto es,

con la norma que se encuentra inmediatamente después de la norma hipotética fundamental. Esa norma positiva, según Kelsen, es sólo el resultado de un acto de producción, esto es, de un acto de voluntad; en segundo lugar, el último acto jurídico que se halla en la base de la pirámide es un mero acto de ejecución; allí no hay ya creación de una norma jurídica. Es lo que ocurre, por ejemplo, con un acto realizado por un inspector de policía en cumplimiento de una decisión judicial.

Una última reflexión: Kelsen intentó construir una teoría sobre el derecho que prescindiese de consideraciones metafísicas. De alguna manera, el positivismo jurídico Kelseniano va de la mano del llamado positivismo científico de Comte. Según este último, sólo puede hacerse ciencia sobre aquello que sea perceptible mediante los órganos de los sentidos; sobre aquello que sea observable, medible, cuantificable. El positivismo científico es, por tanto, la negación de la filosofía, como quiera que la metafísica, que es la expresión auténtica de la filosofía, versa sobre un objeto que no es medible, observable, cuantificable; el objeto de la metafísica, como ya se ha dicho, es constitutivamente latente; nunca aparece, nunca se hace patente o se manifiesta; el objeto de la metafísica es aquello que hay de común en todas las cosas, y que, al ser común en todas ellas, las unifica, las aquieta, permitiendo pensarlas. Todas las cosas tienen algo en común y es que “son”; el ser es el objeto metafísico, la totalidad envolvente; es infinito, imperecedero, inmóvil.

Empero, por vía de la norma hipotética fundamental, y muy a pesar de lo que Kelsen quiso, termina ingresando la metafísica en su *Teoría pura del derecho* (García, 1978, p. 164.).

Veamos:

Como ya se dijo, la norma hipotética fundamental *no tiene contenido*; esa norma simplemente prescribe “obedézcase lo que diga el primer constituyente”. Pues bien, por allí ingresa la metafísica en la construcción kelseniana porque, como lo afirma Hegel (2006), el ser puro y la pura nada son lo mismo (pp. 102 y ss.); son abstracciones vacías de contenido. Por tanto, decir que dicha norma no tiene contenido y decir que lo contiene todo, en potencia, son lo mismo. Ortega y Gasset pretende explicar lo dicho por Hegel valiéndose de una metáfora: si la luz no se tropieza con las cosas es lo mismo que la tiniebla.

Como lo afirma Martin Heidegger (2006), en su obra *¿Qué es metafísica?*, es la nada (el no ser) la que posibilita la existencia de las cosas; una cosa existe gracias a sus límites, gracias a que *no es* todas las demás; si la cosa no tuviese límites se disolvería en el ser, en la nada. Los límites son los que le permiten a la cosa realizarse sobre las demás cosas y, por ende, aparecer, ex-istir (pp. 32 y ss.).

Una cosa, pues, es lo que es gracias a que “no es” todas las demás cosas que integran el universo. Por ello, las cosas, los conceptos no pueden definirse por lo que no son, porque, si se pretendiese hacerlo, para definir adecuadamente una cosa habría que definir todas las cosas restantes del universo (Cfr. Gaos, 2008). Por ello, sostiene Heidegger (2006), siguiendo lo dicho por Hegel, que la existencia de las cosas “nada sobre la nada” (pp. 39 – 40).

Esa especie de primera mano de pintura blanca que el pintor derrama sobre el lienzo es, metafóricamente, el ser; esa primera mano de pintura es, a la vez, la nada. Dicho en otras palabras: el ser, en su más alto grado de abstracción, en su más cribada, acrisolada e impúdica desnudez, y la nada son lo mismo. Por ello, el instante y la eternidad son lo mismo; que una cosa no dure es lo mismo a que dure todo el tiempo.

Así las cosas, decir que la norma hipotética fundamental no tiene contenido es lo mismo que decir que lo contiene todo en potencia. Kelsen pretende ser relativista, y el gran problema del relativismo es, precisamente, que conlleva su refutación en su propia formulación (Cfr. Marías, 1981): al pretender negar la metafísica, al pretender negar las esencias, el relativista afirma “no hay verdades absolutas”. Pues bien, al hacer esa afirmación, como una especie de maldición que recae sobre todo el que quiera negar la metafísica, esta, la metafísica, se le aparece, y se le aparece porque al hacer esa afirmación el relativista está partiendo de una verdad absoluta consistente en que “no hay verdades absolutas”.

4.3.2. Plenitud

A esta característica se le conoce también con el nombre de “integridad”. La plenitud o la integridad es aquella característica predicable del ordenamiento jurídico que consiste en que este provee de calificación normativa a todas las conductas que se incrustan en el mundo, señalándolas como pro-

hibidas, ordenadas o permitidas (Prieto, 2005, p. 123). No existe conducta que se incruste en el mundo a la que el derecho no le atribuya un determinado sentido, un determinado significado normativo.

Suele decirse que las “lagunas” o vacíos normativos no son predicables del derecho sino de la ley; la ley puede tener vacíos, ausencias normativas al regular las conductas, pero el derecho, que no se reduce a la ley, debido a la característica de la que venimos hablando, no puede tener lagunas o vacíos normativos. Ello es así por dos razones: en primer lugar, porque los ordenamientos jurídicos suelen imponerle al juez la prohibición del “*non liquet*”, esto es, la prohibición de abstenerse de fallar bajo pretexto de ausencia de norma aplicable al caso concreto; la prohibición del “*non liquet*” tiene tal fuerza que si el juez se abstiene de fallar incurre en un delito llamado prevaricato por omisión. Por tanto, los ordenamientos jurídicos suelen enviarle al juez este mensaje: “si, al revisar las fuentes de manifestación del derecho, no encuentra norma aplicable al caso concreto, créela, atendiendo a estos criterios..., mas no se abstenga de fallar”. En segundo lugar, porque, pese a lo que sostienen algunos, entre ellos Prieto Sanchís (2005) en sus *Apuntes de teoría del derecho*, en todo ordenamiento jurídico existe, explícita o implícitamente, una norma de cierre o de clausura; esta hace que todas las conductas estén reguladas por el derecho y que tengan, por tanto, un significado normativo (p. 124).

El contenido de la norma de clausura, como ya se dijo, depende de una decisión política, de un acto de voluntad, específicamente, depende del modelo de Estado; una es la norma de clausura en un Estado personalista, en un Estado respetuoso de la dignidad humana, y otra, muy distinta, es la norma de clausura en un Estado transpersonalista, en un Estado irrespetuoso de la dignidad humana.

Recordemos que, en un Estado personalista o humanista, el contenido de esa norma de cierre o de clausura se halla determinado por dos principios: en primer lugar, por el principio de legalidad de la función pública, según el cual los servidores públicos sólo pueden y deben realizar aquello que la Constitución y la ley expresamente les señala; todo lo demás les está prohibido (artículo 121 de la Constitución Política). En segundo lugar, por el principio de la libertad individual, según el cual a los particulares les está permitido realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohi-

bido y les está permitido dejar de realizar todo aquello que no se encuentre expresamente ordenado (Guastini, 1999, p. 297).

Pues bien, como para los particulares, por virtud de la norma de clausura, todo lo que no está prohibido está permitido, todas las conductas tienen un significado normativo. Así, por ejemplo, ir a misa constituye una conducta regulada por el derecho; el derecho le atribuye significado normativo al calificarla como permitida, específicamente, al señalarla como el ejercicio de un privilegio.

Con todo, pese a la existencia de la norma de clausura, ella parece ser aplicable, en principio, al derecho público y, en general, al llamado derecho sancionador o sancionatorio (Prieto, 2005, p. 125). En el derecho privado, por ejemplo el civil o el comercial, no basta con decir que si una conducta no está prohibida está permitida; prueba de ello es que por fuera del derecho sancionador o sancionatorio existen normas que invitan a aplicar otras normas a casos semejantes o análogos a los casos por ellas expresamente regulados. Es más, en el propio derecho penal, y en general, en el derecho sancionador o sancionatorio, existen normas que promueven la aplicación de otras normas por analogía, específicamente, en materias permisivas (analogía *in bonam partem*), con miras a excepcionar mandatos y prohibiciones generales.

La existencia, pues, de esas normas que promueven la aplicación de otras normas por analogía nos lleva a concluir que, pese a la norma de clausura, el derecho admite ser portador de lagunas o vacíos normativos en ciertas materias. Ahora bien, como quiera que existe la prohibición del “*non liquet*”, el derecho le prescribe al juez la forma, el procedimiento que debe emplear para colmar tales lagunas. *De lege data*, el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 le dice al juez que, en caso de hallar una laguna o un vacío normativo, cree una norma por analogía y, en su defecto, eche mano de la “doctrina constitucional” y de las “reglas generales del derecho”.

Veamos:

Según la doctrina, la analogía puede ser de dos clases: analogía *legis* y analogía *iuris* (Prieto, 2005, pp. 127 - 128).

La analogía *legis* es una operación lógica consistente en atribuirle la consecuencia jurídica prevista por el legislador para un determinado hecho a otro hecho, que no se encuentra expresamente regulado, pero que es semejante a aquel. Esta operación lógica se fundamenta no en la identidad entre el hecho regulado y el no regulado, sino en su similitud, pues si los hechos fuesen idénticos no habría que acudir a la analogía, sino que el hecho se subsumiría, directamente, en el supuesto de hecho regulado.

Por su parte, la analogía *iuris* es una operación lógica que consiste en crear una norma para un hecho que no se encuentra expresamente regulado, aplicando un principio general del derecho que se infiere, que se abstrae de otras normas existentes en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, existen en el ordenamiento varias normas que desarrollan un principio general del derecho según el cual nadie puede ser escuchado alegando su propia torpeza, ilicitud, culpa, negligencia. Pues bien, si no se halla norma aplicable al caso concreto es posible, acudiendo a la analogía *iuris*, crear una norma por vía de la cual se le dé aplicación a dicho principio.

Por tanto, la disposición mencionada de la Ley 153 de 1887, al decir “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes”, se está refiriendo a la analogía *legis*, y, al decir, “y, en su defecto, ... las reglas generales del derecho” se está refiriendo a la analogía *iuris*.

Lo relativo a la “doctrina constitucional”, como ya lo explicamos, hoy no es un criterio de integración del derecho; hoy no se acude a ella para colmar lagunas; esa “doctrina” tiene fuerza normativa, erigiéndose en precedente obligatorio; si hay precedente constitucional o judicial aplicable, no hay laguna porque sí habrá norma aplicable al caso concreto.

Por último, debemos advertir, respecto de esta característica, que, en el derecho, suele emplearse la expresión “laguna”, al menos, en dos sentidos distintos del ya mencionado. En primer lugar, suele hablarse de laguna para referirse a una “laguna ideológica o de relevancia”; en segundo lugar, para aludir a una “laguna técnica o de eficacia” (Prieto, 2005, pp. 128 y ss.).

En ambos sentidos, sí hay norma aplicable a la respectiva situación fáctica; sin embargo, en el primero de los sentidos (laguna ideológica o de relevan-

cia) dicha norma no es adecuada para regular la situación, pues su creador omitió considerar una particular circunstancia relevante que ameritaba un trato diferente del conferido; la norma, entonces, no es adecuada para regular una determinada situación, atendiendo al principio de proporcionalidad, si comporta un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado en materia de derechos y de libertades.

La laguna ideológica o de relevancia es, hoy, en los llamados Estados constitucionales, posible de ser resuelta acudiendo a los instrumentos que provee dicho modelo de Estado para asegurar la supremacía de la Constitución, específicamente, aquellos instrumentos que permiten o bien que se excluya dicha norma inadecuada del ordenamiento jurídico, por ser violatoria del principio de proporcionalidad y, por ende, del principio de igualdad, o bien que se deje de aplicar en un determinado caso concreto. Lo primero ocurrirá luego de haberse tramitado la mal llamada “acción” de inconstitucionalidad y de haberse declarado la inexecutable de la norma; lo segundo, por virtud de la llamada excepción de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad.

Por otra parte, en el segundo de los sentidos, en la llamada laguna técnica o de eficacia si bien hay norma para una determinada situación fáctica, la misma carece de eficacia, como quiera que no ha sido objeto de desarrollo por parte de otras normas. En los Estados constitucionales surgidos en la posguerra abundan las lagunas técnicas o de eficacia; las constituciones se encuentran plagadas de promesas incumplidas. No en vano los neoconstitucionalistas han hecho inmenso eco de la clasificación propuesta por Alexy (2001) sobre las normas jurídicas, consistente en clasificarlas en reglas y en principios, esto es, en mandatos de aplicación perentoria (reglas) y en mandatos de optimización (principios), es decir, mandatos, estos últimos, que se van cumpliendo en la mayor medida de lo posible, dentro de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes (pp. 81 y ss.). Así, por ejemplo, es evidente que, al menos en los Estados subdesarrollados, e incluso en algunos desarrollados, existe una laguna técnica o de eficacia respecto de aquella norma que suele estar expresada en las constituciones y que confiere el derecho a una vivienda digna.

4.3.3. Coherencia

La unidad es una característica del ser, de la esencia de todo ordenamiento jurídico. La plenitud para algunos es una característica de la esencia del

ordenamiento; para otros, una simple aspiración, un ideal. Pues bien, para todos, la coherencia es *apenas* un ideal, una aspiración. Según Norberto Bobbio (1997), sólo si el orden jurídico es coherente puede ser calificado de *sistema* jurídico (p. 177).

La coherencia es una característica del ordenamiento jurídico consistente en que este debe darle un único tratamiento normativo a cada situación fáctica; será incoherente si existen en él antinomias, tratamientos normativos incompatibles para una misma situación. La antinomia o contradicción normativa es un fenómeno que se presenta en aquellos casos en los cuales dos o más normas jurídicas a una misma situación fáctica, a un mismo supuesto de hecho, le atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí, bien porque una de las normas califique como prohibida la conducta que la otra califica como ordenada, o bien porque una de las normas califique como prohibida u ordenada la conducta que otra norma califica como permitida (Prieto, 2005, pp. 131 y ss.).

Pues bien, como quiera que los ordenamientos jurídicos no son puramente estáticos y existen en cada uno de ellos múltiples fuentes de producción normativa, la presencia de antinomias es inevitable. Debido a dicha situación, el derecho positivo cuenta con unas normas de segundo grado que definen los criterios para resolver esas antinomias. Tales normas hacen parte de las llamadas “normas para las normas”, esto es, de las normas que regulan la producción jurídica, que disciplinan el funcionamiento mismo del derecho; hacen parte, por tanto, de las llamadas por Hart (1998) “reglas secundarias” (pp. 99 y ss.). Pese a ello, no son reglas de reconocimiento ni reglas de adjudicación ni reglas de cambio. Puede concluirse, entonces, que la clasificación hecha por Hart, como suele ocurrir con toda clasificación, no da cuenta de todos los elementos a clasificar, no da cuenta de todas las llamadas por él “reglas secundarias”.

Ahora bien, para que se configure una antinomia es necesario que las normas respecto de las cuales existe contradicción normativa compartan, al menos parcialmente, sus ámbitos de aplicación material, personal y espacio-temporal; se requiere que dichas normas, al menos parcialmente (en la parte respecto de la cual existe contradicción normativa), regulen la misma conducta (ámbito de aplicación material), respecto de las mismas personas

(ámbito de aplicación personal), en un mismo momento y lugar (ámbito de aplicación espacio temporal).

Según Alf Ross, padre del realismo jurídico escandinavo, las antinomias, así, pueden ser de tres clases, atendiendo a la total o parcial correspondencia existente entre sus ámbitos de aplicación (Bobbio, 1997, pp. 187 y ss.).

Veamos:

En primer lugar, antinomias total-total si existe una plena correspondencia entre dichos ámbitos. Por ejemplo, si una norma prohíbe, en términos generales, realizar determinada conducta a todas las personas, en un determinado momento y en un determinado lugar, y otra norma, en ese mismo momento, en ese mismo lugar, y respecto de las mismas personas, permite realizar, en términos generales, esa misma conducta.

En segundo lugar, antinomias total-parcial si los ámbitos de aplicación de una de las normas son abarcados por los ámbitos de aplicación de la otra norma en conflicto. Por ejemplo, si una norma prohíbe, en términos generales, el aborto, y otra autoriza el llamado aborto terapéutico, el aborto causado para salvar la vida de la madre, esto es, autoriza en ciertas circunstancias el aborto.

En tercer lugar, antinomias parcial-parcial si los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto parcialmente se superponen, de tal manera que sólo en las partes compartidas las normas se hallan en contradicción; las llamadas por Alexy “colisiones entre principios” son buenos ejemplos de esta clase de antinomias (Guastini, 1999, pp. 169 – 170).

Esas normas, los principios, debido a su usual alto grado de generalidad, es posible que entren en parcial contradicción normativa. Es lo que ocurre, *verbi gratia*, con la constante situación antinómica que se produce entre la norma que consagra el “derecho” a la libertad de expresión y la que consagra el “derecho” a la honra; la conducta de proferir imputaciones deshonrosas en contra de otra persona estaría permitida por N_1 (la norma que consagra el “derecho” a la libertad de expresión) y prohibida por N_2 (la norma que consagra el “derecho” a la honra), pero N_1 no sólo autoriza esa conducta,

sino que autoriza, también, la de expresar convicciones, creencias, pensamientos sobre cuestiones últimas; N_2 , por su parte, no sólo prohíbe proferir imputaciones deshonrosas, sino, además, realizar actos, distintos del de proferir dichas expresiones, que comporten deshonra para otras personas.

Nuestro Código Penal, en desarrollo de la norma que consagra el “derecho” a la honra, considera como injuria no sólo el proferir imputaciones deshonrosas en contra de otra persona; tipifica como injuria, además, las llamadas “injurias por vía de hecho”, como, por ejemplo, la conducta de aquel que, en una reunión social y con miras a humillar a una persona, haciéndola pasar por cobarde, le da una bofetada. Pues bien, N_1 y N_2 tienen partes de sus ámbitos de aplicación en conflicto y partes en no conflicto.

En la antinomia total-total, entonces, los ámbitos de aplicación de N_1 y N_2 son idénticos; en la antinomia total-parcial, los ámbitos de aplicación de N_1 abarcan los ámbitos de aplicación de N_2 ; por su parte, en la antinomia parcial-parcial, los ámbitos de aplicación de N_1 y N_2 se encuentran parcialmente superpuestos, de tal manera que N_1 y N_2 tienen partes de sus ámbitos de aplicación que no se hallan en contradicción normativa, y partes en que sí.

Ha hecho carrera en la doctrina, por otra parte, una tesis según la cual las antinomias se clasifican en reales y aparentes (Prieto, 2005, pp. 133 – 134). Según esta tesis, antinomias reales son sólo aquellas que se producen entre normas vigentes y válidas; si alguna de las normas en conflicto no se halla vigente o es inválida, la antinomia será puramente aparente. Si bien esta clasificación es importante, debemos afinar el criterio clasificador, así: una antinomia será real si, en primer lugar, las normas en conflicto se encuentran vigentes y, en segundo lugar, las normas no pueden armonizarse entre sí, siendo la una la regla general, y la otra la excepción.

Si una de las normas no se encuentra vigente, la antinomia será puramente aparente, porque una de las normas no existe; contrario es lo que ocurre si una de las normas es inválida, pues, en tal caso, las normas en conflicto existen y están rigiendo; la antinomia entonces será real y habrá de ser resuelta. Ahora, si las supuestas normas en conflicto pueden armonizarse entre sí, siendo la una la regla general, y la otra la excepción, de tal manera que cada supuesta norma no sea más que un fragmento de una única norma, querrá ello decir que no existen dos normas en conflicto; significa,

simplemente, que sólo existe una norma, y, por tanto, la contradicción no será, en rigor, entre normas sino entre los enunciados normativos por vía los cuales se expresan los fragmentos de una única norma.

Con todo, los criterios tradicionales acogidos por los ordenamientos jurídicos para resolver las antinomias son *el jerárquico, el de la especialidad y el cronológico* (Bobbio, 1997. pp. 191 y ss.).

En primer lugar, según el criterio jerárquico, si existe contradicción normativa entre una norma de superior jerarquía y una de inferior jerarquía, prevalecerá la norma de superior jerarquía. Si la antinomia se resuelve con base en este criterio, ello significa que el conflicto entre las normas radica en un problema de validez, siendo la norma de inferior jerarquía inválida. Suele decir la doctrina, como ya lo advertimos, que, en estos casos, la antinomia es puramente aparente; por el contrario, si se tiene clara la diferencia existente entre vigencia y validez, debemos afirmar que esta es una antinomia real, en tanto ambas normas existen, debiendo ser resuelta dándosele prevalencia a la norma de superior jerarquía.

En segundo lugar, según el criterio de la especialidad, si la antinomia se produce entre una norma general y una norma especial, prevalecerá esta última sobre aquella. En estos casos la antinomia es puramente aparente, porque, en rigor, la contradicción no se produce entre dos normas sino entre dos enunciados normativos; en estricto sentido, de esos enunciados se extraen fragmentos de una única norma que se armonizan perfectamente, siendo el uno la regla general y el otro la excepción.

Así, por ejemplo, si un enunciado normativo dice: “El que matare a otro incurrirá en pena de prisión de...”; y otro, “No habrá lugar a responsabilidad penal... si la conducta se realiza en legítima defensa”. Pues bien, no es que esos enunciados expresen normas distintas; esos enunciados expresan fragmentos de una misma norma, de tal manera que la norma, la única, prescribe: “El que matare a otro, salvo en legítima defensa, incurrirá en pena de prisión...”. Recordemos, pues, que las normas permisivas carecen de entidad propia; son simples fragmentos de normas, que existen con miras a recortar los mandatos y las prohibiciones. Las normas permisivas son a tal punto coherentes con las normas prohibitivas y mandatorias que, como ya lo dijimos, no pueden subsistir sin estas.

En tercer lugar, según el criterio cronológico, si la antinomia se presenta entre una norma posterior y una anterior, prevalecerá aquella. En estos casos, en estricto sentido, la antinomia es puramente aparente, pues, como ya lo dijimos, la norma posterior habrá derogado tácitamente a la anterior, y, por ende, sólo existirá una de las normas en aparente conflicto. Si la aparente antinomia se resuelve con base en este criterio, ello significa que el conflicto entre las normas es, simplemente, un problema de vigencia, en el que, se insiste, la norma posterior habrá derogado, tácitamente, a la anterior.

Bien puede ocurrir, sin embargo, que los criterios mencionados entren en conflicto, configurándose, entonces, lo que la doctrina denomina como una “antinomia de segundo grado” (Prieto, 2005, pp. 139 y ss.). Así, por ejemplo, si la norma de superior jerarquía es general y la norma de inferior jerarquía es especial; según el criterio jerárquico, debería prevalecer la norma superior general, y, según el criterio de la especialidad, debería prevalecer la norma de inferior jerarquía especial.

Si, por ejemplo, la norma superior es anterior, y la norma inferior es posterior, se presentaría un conflicto entre el criterio jerárquico y el criterio cronológico; según el primero, debería prevalecer la norma superior anterior, y, según el segundo, debería prevalecer la norma inferior posterior. Y si, por ejemplo, la norma anterior es especial y la norma posterior es general, se presentaría un conflicto entre el criterio de la especialidad y el criterio cronológico; según el primero, debería prevalecer la norma anterior especial, y, según el segundo, debería prevalecer la norma posterior general.

Así las cosas, los legisladores suelen resolver esas antinomias de segundo grado dándoles prevalencia al criterio jerárquico sobre los otros dos criterios, y al criterio de la especialidad sobre el criterio cronológico, de tal manera que, en este último evento, la norma anterior especial prevalecerá sobre la norma posterior general.

Pues bien, de *lege data*, lo relativo a la resolución de las antinomias se halla regulado así:

El criterio jerárquico se encuentra consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política, en los siguientes términos: “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...”. A él se refiere, también, el artículo 10 del Código Civil, sustituido por el artículo 45 de la Ley 57 de 1887, así: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella...”. Este mismo artículo se refiere al criterio de la especialidad, de la siguiente forma: “...Si en los códigos que se adoptan se hallasen algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán las siguientes reglas: “1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general...”. Por su parte, el artículo 2º de la Ley 153 de 1887 se refiere al criterio cronológico, en los siguientes términos: “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior...”.

Ahora bien, respecto de las antinomias de segundo grado, nuestro legislador atiende al orden de preferencia de los criterios ya mencionado, con una importante salvedad: prevalece el criterio jerárquico sobre los otros dos, y el de la especialidad sobre el cronológico, salvo que, en el evento de entrar en contradicción estos dos últimos, la norma posterior general se halle expresada a través de una ley que regule íntegramente la materia, esto es, que opere una derogatoria orgánica. Dice, al efecto, el artículo 3º de la ley 153 de 1887: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador (derogatoria expresa), o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores (derogatoria tácita), o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería (derogatoria orgánica)” —paréntesis extratexto—. La norma posterior, pues, sólo prevalecerá sobre la anterior si es especial, salvo que opere una derogatoria orgánica.

Por otra parte, bien puede ocurrir que las normas que se encuentran en situación antinómica sean de la misma jerarquía, hayan entrado en vigencia en el mismo momento y tengan el mismo grado de generalidad o de especialidad. Los legisladores, conscientes de esta posible situación, resuelven esa antinomia dándole prevalencia a una de las normas sobre la otra; esa decisión del legislador, sin embargo, no tiene soporte en la lógica, siendo producto de un puro acto de voluntad; pudo decidirse, perfectamente, que la una prevaleciera sobre la otra, o la otra sobre la una.

Dicha situación, pues, se halla prevista, de *lege data*, en la segunda regla contenida en el artículo 10 del Código Civil, sustituido por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, así: “Cuando las disposiciones tengan una misma

especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente:...” Así como dijo el legislador que prevalece la “consignada en artículo posterior”, pudo haber dicho que prevalecía la consignada en el “artículo anterior”. En este caso, contrario a lo que suele decirse, no opera el criterio cronológico, pues las normas entraron a regir en el mismo momento; el orden de los artículos es simplemente un orden de sistematización; lo posterior, aquí, no es la norma sino el enunciado normativo que la expresa.

Una última apreciación: en los Estados constitucionales de derecho, ha hecho carrera la teoría que sobre la clasificación de las normas jurídicas expone Robert Alexy (2001) en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Como ya lo dijimos, según Alexy, las normas jurídicas se clasifican en reglas y en principios. Según Alexy, los criterios tradicionales ya estudiados para resolver las antinomias sólo son aplicables a las reglas, mas no a los principios, cuyas antinomias deben ser resueltas acudiendo, como ya se explicó, a un juicio de ponderación (pp. 81 y ss.).

Podría afirmarse, empero, siguiendo a Riccardo Guastini (1999), que la llamada ponderación, por vía de la cual se resuelven tales antinomias, no es más que una aplicación del tradicional criterio de la especialidad (p. 168), de tal manera que el principio que triunfa en la ponderación constituye la norma especial que ha de regir el caso concreto, y que ha de prevalecer sobre el principio que resulta vencido en la ponderación, el mismo que habrá de ser, simplemente, la norma general respecto de dicho caso.

UNIDAD

V

El derecho subjetivo en el contexto de los conceptos jurídicos fundamentales

Introducción

Debemos ocuparnos, ahora, del estudio del derecho en sentido subjetivo. Para hacer un estudio riguroso del mismo, será preciso analizarlo en el contexto del que dicho concepto hace parte: el de los conceptos jurídicos fundamentales.

1. Qué son y cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales

Como ya se dijo, todo objeto, para ser apreciado adecuadamente, requiere de cierta distancia; de una distancia temporal, como la exigida por el objeto susceptible de ser reconstruido históricamente, en tanto el historiador ha de esperar a que las circunstancias, en que los hechos se incrustan, se hayan quietado; de una distancia espacial, como la exigida por la piedra, que requiere de ser

aproximada a la vista hasta verle sus poros —los mismos a cuya percepción ha de renunciarse, si se trata, por el contrario, de una catedral, toda vez que para su contemplación es menester alejarse—; de una distancia espiritual, como la que ha de tener el artista respecto de la situación que pretende re-crear, pues quien *vive* la situación no la *contempla* y quien la *contempla* no la *vive* —la mujer del moribundo no contempla su muerte; la vive— (Ortega, 1983l, pp. 360 y ss.), distancia espiritual esta que, los procesalistas, a propósito de la relación de separación que ha de existir entre el juez y el litigio, procesado y enjuiciado, llaman *im-parcialidad* —quien hace *parte* del litigio no puede contemplarlo, pues lo está viviendo—.

Así mismo, existen ciertos objetos que, para ser tratados con la debida pulcritud y percibidos en su más acendrada desnudez, liberándolos así de los ruidos propios del *movimiento*⁸, exigen de una distancia intelectual que permita comprenderlos, hacerlos propios, asimilarlos; son los objetos del conocimiento.

Comprender es, precisamente, sustituir el número infinito de fenómenos, la mayor parte de ellos en movimiento, por un repertorio limitado de conceptos; mientras más limitado sea dicho repertorio, más intensa será la comprensión. Y ¿cómo se produce esa sustitución? A través de una operación mental llamada *abstracción*, que consiste en suprimirle una o más notas a un determinado concepto —la primera supresión se le realiza no propiamente a un concepto sino a una intuición—, con miras a obtener otro concepto, de mayor extensión y de menor contenido. La abstracción —de *abstrahere*, que significa sacar— es, pues, la función principal del pensamiento, que es actividad; la inteligencia, que es la capacidad de abstracción, es el músculo con el que se realiza tal actividad (Ortega, 1983q, pp. 457 y ss.).

Para comprender es preciso, pues, *formar* y echar mano de los conceptos —de *concipere*, *capere cum*, coger con—, esto es, de los instrumentos mentales que sirven para asir, encauzar, darles forma a las intuiciones —de *intueri*, ver—, que son las imágenes, impresiones producidas en la mente,

8 Entendida esta expresión, movimiento (*Kínesis*), según lo visto, como todo cambio o modificación.

con ocasión del contacto directo con las cosas. Por ello, el contenido de los conceptos es lo que hay entre las cosas, y lo que hay entre las cosas no son más que límites (Ortega, 1976, p. 141). Para la comprensión se requiere, en consecuencia, tanto de la forma o “formaleta” como de la materia o contenido, tanto del concepto como de la intuición; los conceptos sin las intuiciones son vacíos, las intuiciones sin los conceptos son ciegas (Kant, 2002, p. 93).

Pues bien, la comprensión del fenómeno jurídico, en cualquiera de sus dimensiones, exige tanto de intuiciones como de conceptos; las primeras, se hallan, sobre todo, en las dogmáticas particulares; los segundos, especialmente, en las teorías generales – particulares y en la teoría general del derecho. ¿Por qué? Porque el edificio de los conceptos jurídicos —jurídico es, como ya se advirtió, lo relativo o perteneciente al Derecho— se encuentra compuesto por tres plantas o niveles de abstracción: en primer lugar, los conceptos jurídicos, difícilmente separables de las intuiciones, propios de cada derecho positivo en particular o, mejor, de cada parcela de este; en segundo lugar, los conceptos jurídicos que son comunes a **una** misma parcela de **todos** los derechos positivos existentes y posibles; y, en tercer lugar, los conceptos jurídicos que son comunes a **todas** las parcelas de **todos** los derechos positivos existentes y posibles.

Así, del estudio de los conceptos que se hallan en el “sótano” o primer nivel de abstracción se ocupan las denominadas dogmáticas particulares: dogmáticas civil, comercial, penal, laboral, procesal, constitucional, administrativa, ambiental, entre otras. La dogmática jurídica es, pues, el saber que tiene por objeto la reconstrucción sistemática de los **contenidos** de un derecho positivo en particular o, mejor, de cada parcela de este, con miras a explicar, en una forma coherente, qué es lo prescrito por ese derecho, respecto de quiénes se encuentra prescrito y en qué circunstancias (Guastini, 1999, pp. 23 y ss.).

Por su parte, las teorías generales - particulares, que suelen ser confundidas con las dogmáticas particulares, se encargan del pulimento analítico de los conceptos que conforman el segundo nivel de abstracción, es decir, de aquellos comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles. Es admisible y así debería hacerse, por tanto, la construcción de una teoría del delito, de una teoría del proceso, de una teoría

del acto de comercio, etcétera, que prescindiesen de lo prescrito por tal o cual derecho positivo en particular.

Por último, en el más alto grado de abstracción, lo que de por sí excluye de su elaboración a una buena parte de los seres humanos —como quiera que si bien todos tienen inteligencia (capacidad de abstracción), existen diversos grados de la misma— se sitúa la teoría general del derecho, que es una filosofía del derecho hecha por juristas (Guastini, 1999, p. 17), cuyo objeto de estudio, principalmente, lo componen el concepto de derecho y los llamados conceptos jurídicos *fundamentales*. Valga decirlo, pese a que sea obvio —lo obvio por sernos transparente usualmente no lo vemos (Ortega)— si existen unos conceptos jurídicos que son fundamentales, es porque hay otros que no lo son. ¿Cuáles sí lo son? Aquellas formas, “formaletas”, aquel “ropaje”, esto es, aquellos conceptos que son comunes a todas las parcelas de todos los derechos positivos existentes y posibles, con independencia de los contenidos que a esos continentes les asigne cada parcela de cada derecho positivo en particular. Por ejemplo: los conceptos de sanción, acto ilícito, deber jurídico (comprendiendo, en esta *denominación*, los conceptos de deber propiamente dicho, de obligación y de carga), derecho subjetivo, responsabilidad, persona, privilegio, no derecho, potestad, sujeción, inmunidad, incompetencia, acto jurídico, bien jurídico.

Todos esos conceptos, se insiste, son comunes a **todos** los sectores de **todo** derecho positivo, *verbi gratia*, en todos ellos existe el concepto de sanción, el de acto ilícito y el de derecho subjetivo, con independencia de cuáles sean los actos ilícitos previstos en el derecho español, cuáles las sanciones prescritas por el derecho penal suizo y cuáles los derechos subjetivos del vendedor según el derecho civil chileno.

Por supuesto, en cuanto se asciende en los niveles de abstracción del pensamiento jurídico, va disminuyendo el número de los conceptos y va aumentando el grado de la comprensión; son más numerosos los conceptos de las dogmáticas que los de las teorías generales particulares, y son más numerosos los conceptos de estas últimas que los de la teoría general del derecho.

La teoría general del derecho es, pues, la distancia intelectual, la mayor, necesaria para apreciar con pulcritud el fenómeno jurídico, para contemplarlo inmóvil, en su mayor estado de cribada y acendrada desnudez; sólo

pueden comprenderse, tomarse posesión de los contenidos de cada parcela de un derecho positivo en particular —esto es, construirse una rigurosa dogmática jurídica—, si previamente se comprenden esas formas, “formalitas”, ese “ropaje” que envuelven esos contenidos, atribuyéndoles sentido, otorgándoles significado; sólo se entiende, por ejemplo, qué conductas son delictivas desde la perspectiva de un determinado derecho positivo, si se comprende qué es el delito, y, sólo se comprende qué es el delito, si se comprende qué es, desde la perspectiva de la teoría general del derecho, el acto ilícito.

El jurista, por tanto, se caracteriza no por conocer las realidades jurídicas, sino las posibilidades jurídicas (Guasp, 1996, pp. 87 y ss.); no por conocer los “mapas” o enunciados normativos, sino por comprender la “cartografía jurídica”: quien sabe cartografía puede enfrentarse a cualquier mapa; quien sólo mapas conoce (“ingeniero de leyes o artesano de disposiciones”), si bien tiene la posibilidad de descrestar a algunos incautos, que en la actualidad son los más, ni siquiera los comprenderá. Es, pues, la teoría general del derecho la lente para des-velar el fenómeno jurídico, para contemplar y comprender su fisonomía e, incluso, sus “patologías”.

Ahora bien, la teoría general del derecho es condición necesaria, mas no suficiente, para comprender el fenómeno jurídico, porque, en primer lugar, toda discusión científica gravita sobre una discusión filosófica —hay que salir de la casa para poder verle la fachada (Carnelutti, 2000, p. XV)—, y, en segundo lugar, es necesaria la elaboración, además, de las teorías generales particulares y de la dogmática jurídica, pues, re-cordando —volviendo a pasar por el corazón— lo dicho por Kant, si bien las intuiciones sin los conceptos son ciegas, los conceptos sin las intuiciones son vacíos. De nada sirve, por ejemplo, saber qué es un derecho subjetivo, si se desconocen los derechos subjetivos que el derecho colombiano atribuye al vendedor; he ahí el pecado —dicho, por supuesto, metafóricamente— de quienes se dedican sólo al estudio de la teoría general del derecho, por regla general, de los “juristas de tablero”.

Ello explica, pues, el porqué del cansancio intelectual que suele sentir todo aquel que se dedica, con seriedad y radical autenticidad, al estudio del derecho; tener que estar desplazándose por los distintos niveles de abstracción del edificio de los conceptos jurídicos y, en ocasiones, tener el deber

de salir del edificio para, en perspectiva filosófica, intentar descubrir sus perfiles; el cansancio al que aquí se alude, por supuesto, en modo alguno se debe al producido por el esfuerzo físico de aquellos que, por su ausencia de formación filosófica o de capacidad de abstracción, pretenden superarlas —prevalidos, por momentos, de una férrea y admirable disciplina— con una incesante búsqueda de citas bibliográficas.

2. Teorías sobre los conceptos jurídicos fundamentales

Sobre este tema existen dos importantes teorías que, en rigor, no se excluyen, pudiendo ser perfectamente articuladas: en primer lugar, la teoría expuesta por Hans Kelsen, en el contexto de su teoría pura del derecho; en segundo lugar, la teoría expuesta por Wesley Newcomb Hohfeld, tan importante como desconocida en nuestro medio (Moreso & Vilajosana, 2004, pp. 130 y ss.).

2.1. Teoría de Kelsen

Según García Amado (1996), la teoría de Kelsen hace de los conceptos jurídicos fundamentales un todo sumamente trabado e interrelacionado de conceptos, de tal manera que no es posible entenderlos apreciándolos en forma aislada (p. 9). Además, no es posible entender la teoría de Kelsen sobre dichos conceptos si, previamente, no se comprende el contexto científico en el que esta se incrusta; el contexto propio de la *teoría pura del derecho*. Sin este contexto, tales conceptos son percibidos, apenas, siguiendo la barroca expresión orteguiana, como un “montón de avemarías desglosadas que jamás se enhilan en rosario” (Ortega, 1953, p. 38).

Como ya lo dijimos, esta, la teoría pura, es una teoría formalista del derecho. Recordemos que una teoría es una construcción sistemática de conceptos que pretende explicar la esencia de algo. Pues bien, según esta teoría, la esencia del derecho radica en que este es una forma constante respecto de un contenido generalmente variable. El contenido del derecho cambia, en

tanto es el producto de decisiones políticas; su forma permanece; la esencia del derecho no se encuentra en lo prescrito por él, sino en la particular forma como él regula la conducta. Esa particular forma consiste en que el derecho es un orden *coactivo* regulador de la conducta; el derecho, pues, puede regular cualquier conducta, siempre y cuando ella sea posible, y esa regulación, en todo caso jurídica, podrá ser justa o injusta (Bobbio, 2004, pp. 18 y ss.).

Recordemos que, en algún momento del pensamiento de Kelsen, la norma jurídica es concebida como un juicio del deber ser hipotético. Es un *juicio*, en tanto es un pensamiento imperativo por vía del cual se le atribuye un determinado predicado a un determinado sujeto; es un juicio del *deber ser*, porque pretende prescribir, disciplinar la conducta, mas no describirla o explicarla; es un juicio del deber ser *hipotético*, pues la atribución del predicado al sujeto pende de la realización de una condición.

Según este autor, recordémoslo, en todo ordenamiento existen dos clases de normas jurídicas: las primarias y las secundarias. Las verdaderas normas jurídicas, según esta postura, son las primarias; ellas son los juicios del deber ser hipotéticos; son las que contienen y prescriben la sanción. Son las verdaderas normas jurídicas porque son las que posibilitan el acto coactivo por parte del Estado, a través de la atribución de la sanción; ellas son, entonces, las que ejecutan la esencia del derecho.

Estas normas, tengámoslo presente, se representan gráficamente así: si es A debe ser S, siendo A el acto antijurídico, y S la sanción. “Si se realiza un acto antijurídico, usted, señor Juez, tiene el deber de imponer una sanción”, de tal manera que el predicado (deber de imponer la sanción) sólo le es atribuible al sujeto (juez) si se realiza una condición (el acto antijurídico).

Las normas secundarias, por su parte, son las que contienen el deber jurídico, están dirigidas a los particulares y carecen de entidad propia; simplemente, se infieren lógicamente de las primarias. Gráficamente, las normas secundarias se representan así: “debe no ser A”, siendo A el acto antijurídico. El legislador, pues, como ya lo dijimos, al crear el derecho, se vale de una técnica de motivación indirecta, consistente en que él le habla al juez, quien es el destinatario de las normas primarias, mas no le habla al oído; le

habla de lejos y en tono fuerte para que los particulares puedan inferir sus deberes (Nino, 2001, pp. 83 y ss.).

Con todo, según Kelsen (1995a), los conceptos jurídicos fundamentales, además del concepto de norma jurídica, son los de: sanción, acto antijurídico, deber jurídico, derecho subjetivo, persona, responsabilidad y orden jurídico (pp. 58 y ss.).

2.1.1. Sanción

En esta construcción, este es, por supuesto, el concepto jurídico fundamental gravitacional, pues en torno de él giran todos los demás. Ello es así porque para la teoría pura la esencia del derecho es la coacción; la sanción es, precisamente, el acto coactivo realizado por parte del Estado, consistente en la privación que este hace a una persona determinada de un determinado bien por la realización de un determinado acto —el llamado por Kelsen “acto antijurídico”— (Kelsen, 1995a, pp. 58 – 59).

A tal punto este concepto jurídico fundamental es el gravitacional que, como se verá, buena parte de los demás conceptos jurídicos fundamentales son definidos por Kelsen poniéndolos, simplemente, en relación con este.

Pese a lo dicho, debemos advertir que la expresión “sanción”, en el derecho, es equívoca. En primer lugar, se habla de sanción, en los términos ya referidos, para aludir a la sanción penal. En segundo lugar, curiosamente y pese a la carga emotiva de la expresión, se habla también de “sanción” para referirse a la llamada sanción premial, esto es, a la recompensa atribuida por el legislador por la realización de determinado acto. Al efecto, nuestro Código Civil, en el artículo 6, dice: “la sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones...”. En tercer lugar, se utiliza dicha locución, también, para aludir a la “sanción presidencial”, relativa a una de las etapas del trámite legislativo.

2.1.2. Acto antijurídico

Kelsen define este concepto, simplemente, poniéndolo en relación con el anterior: el acto antijurídico es el acto condicionante de una sanción. En

esta construcción teórica, un acto es antijurídico sólo si el derecho le atribuye una sanción; un acto es antijurídico porque el derecho lo sanciona, mas no lo sanciona porque sea antijurídico; no existen ilicitudes sustanciales, ilicitudes por fuera del derecho positivo; no existe *mala in se*, sino *mala prohibita*; no existen actos que sean en sí mismos ilícitos; un acto es ilícito, en suma, sólo porque el derecho positivo le atribuye una sanción (Kelsen, 1995a, 59 y ss.).

Pongamos un ejemplo extremo para entender lo dicho: si hoy el legislador crea una norma por vía de la cual se sanciona el hecho de ir a misa los domingos, ir a misa se convierte en un acto antijurídico. Para el positivismo jurídico, recordémoslo, la esencia del derecho está en su forma, no en su contenido.

Por el contrario, para el *iusnaturalismo* hay *mala in se*, como quiera que la conducta posee, en sí misma, una estructura ontológica, un ser, una esencia, una naturaleza que determina su sentido, significado, valor, licitud o ilicitud. Para el *iusnaturalismo*, pues, la conducta tiene un ser que determina el deber ser, esto es, que determina la forma en que el hombre ha de normarla, disciplinarla o regularla; para esta corriente, en suma, hay ilicitudes sustanciales; una conducta es ilícita, porque en sí misma es indebida; el derecho positivo le atribuye una sanción a un acto determinado porque este es ontológicamente ilícito, mas no es que sea ilícito porque el derecho positivo le atribuya una sanción.

Con todo, para entender lo dicho es preciso comprender las dos grandes y opuestas posturas que han sido expuestas sobre el ser o la “naturaleza de las cosas” y que han atravesado toda la historia del pensamiento. Estas posturas que, valga decirlo, se apoyan en diversas reflexiones filosóficas e, incluso, teológicas, encuentran, ya, en el mundo presocrático, específicamente, en los pensamientos de Parménides y de Heráclito, su más sugerente manifestación.

Así, como ya lo dijimos, fue Parménides (2007) el primer filósofo en diferenciar al ser de los entes; el primero es uno, necesario, inmóvil, impercedero, verdadero, totalmente lleno y sin vacíos; los segundos, que por esencia tienen movimiento, son múltiples, contingentes, limitados, verdaderos o falsos, percederos. Para Parménides, entonces, hallar la verdad del ente

(*aletheia*) consiste en des-cubrir su ser, en des-ocultar aquello que unifica la multiplicidad de las cosas; todos los entes tienen algo en común: son; en el ser caben todos los entes. Según este filósofo, por tanto, los entes poseen un ser, que se halla latente en ellos, y que es preciso descubrir, con miras a establecer su sentido, significado y valor (pp. 19 y ss.).

Para Heráclito, por el contrario, “la naturaleza gusta de ocultarse”⁹; todo fluye, todo cambia, todo se encuentra en permanente movimiento. Según este pensador “nadie se baña dos veces en el mismo río” (Platón, 2011, 557 – 558), pues tanto el río como quien baja a él por segunda vez no son ya los mismos; para los eleáticos, los seguidores de Parménides, el agua del río cambia, pero su ser permanece. Parménides y Heráclito, pues, darán lugar a que fluyan las dos grandes y opuestas corrientes que, en constante lucha, habrán de integrar lo que ha sido y es el torrente de la producción espiritual (teología, filosofía, ciencia, arte, política, religión) en Occidente.

Pues bien, en la Edad Antigua, Parménides hubo de influir sobre los filósofos; Sócrates, Platón y Aristóteles, los más importantes entre ellos, sostuvieron que la verdad, la bondad y la belleza son absolutas, pues no dependen de las opiniones de los individuos, sino de unas esencias inmutables y universales. Para Platón, por ejemplo, existe el mundo de las ideas, paralelo al mundo de las apariencias, compuesto por unas esencias, las ideas, que constituyen la realidad o ser perfecto de las cosas, cuya existencia, la de las cosas, se verifica en el mundo de las apariencias. Platón, pues, según lo dicho por Nietzsche, sembró la creencia, de la que se valió el cristianismo, en la existencia de una duplicidad de mundos: uno de ellos perfecto e incorruptible, el trascendente; el otro imperfecto, contaminado y corruptible, el que habitamos (Marías, 1981, pp. 42 y ss.).

Por su parte, Heráclito hubo de influir sobre los sofistas, esto es, sobre aquellos que, a diferencia de los filósofos (amantes de la sabiduría; *quienes la buscaban*), decían poseer ya la sabiduría, pues, según ellos, el sentido, el significado y el valor de las cosas son relativos, sin que sea menester bus-

9 Aunque para algunos, como por ejemplo, para Julián Marías (1981), no existe solución de continuidad entre el pensamiento de Parménides y el de Heráclito (pp. 26 y ss.).

carlos por fuera del individuo. Para Protágoras, el más ilustre de ellos, por ejemplo, “el hombre es la medida de todas las cosas; de las que son en cuanto que son, y de las que no son en cuanto que no son”; es el hombre quien determina el ser de las cosas; es el hombre quien determina su verdad, bondad y belleza (Goñi, 2010, pp. 27 y ss.).

Para los filósofos, entonces, hay naturaleza, entendiéndose por tal, en el sentido aristotélico de la expresión, aquello que permanece en el cambio; la mandarinidad permanece en la mandarina, pese a que esta se va corrompiendo hasta desaparecer. Para los sofistas, por el contrario, no hay naturaleza; sólo hay lo que más adelante se llamará “cultura”. Según los primeros, las cosas, las personas, las situaciones, las conductas poseen un ser, una estructura ontológica, una realidad metafísica que determina la forma en que el hombre ha de habérselas con ellas; para los segundos el hombre es quien le da el ser a las cosas, determinando, así, su sentido, significado y valor. Es evidente, pues, que al *iusnaturalismo* subyace, en la Edad Antigua, el pensamiento parmenídeo y el de los filósofos; al positivismo jurídico, el heraclíteo y el de los sofistas; los unos sostienen que hay *mala in se*; los otros, que hay *mala prohibita*.

Parménides y Heráclito tuvieron, también, resonancia en la Edad Media, época esta de la historia que, pese a haber sido el escenario temporal de profundas disputas filosóficas y del surgimiento de las universidades, no ameritó para los historiadores, siquiera, un nombre propio, distinto del de ser un simple intervalo de oscuridad entre dos períodos luminosos (Soto, 2007, pp. 13 y ss.).

Empero, no es posible referirnos, rigurosamente, a dicha resonancia, sin antes aludir, al menos someramente, a un personaje extraordinario cuya aparición hace algo más de dos mil años, produjo enormes repercusiones en la historia; se trató, por supuesto, de Jesús de Nazaret, Jesús el Cristo (ungido), Jesucristo. Este hombre, de cuya existencia histórica dan cuenta los Evangelios y algunos textos paganos, como la obra de Flavio Josefo (Lenoir, 2010, pp. 27 y ss.), es, para los creyentes, el Cristo, el Hijo de Dios. Según los Evangelios, este Hombre-Dios es “el camino, la Verdad y la vida”; es, en términos metafísicos, la revelación del ser de las cosas, de su sentido, significado y valor. Dicho *ser* consiste, pues, en que el mundo ha sido creado para que el hombre, quien a su turno ha sido creado a imagen y

semejanza del Creador, se santifique en él, por medio del amor (*caritas*), alcanzando, así, su tránsito a una vida eterna.

Ahora bien, referirse a la Edad Media no es más que aludir a la historia del esplendor del cristianismo; este, que alude tanto a una religión como a un sistema de creencias, logró una enorme fuerza cultural, por varias razones: en primer lugar, por haberse erigido en la religión oficial del Imperio Romano por virtud del Edicto de Tesalónica, proferido por Teodosio el 27 de febrero del 380, y que embrionariamente comenzó con la conversión, en su lecho de muerte, de Constantino y la anterior expedición de su parte del Edicto de Milán en el año 313 (Johnson, 2010, pp. 95 y ss.); en segundo lugar, por la aparición de los mártires, esto es, de aquellos testigos que, por la Verdad, estuvieron dispuestos a firmar su testimonio con la propia sangre (Ruiz, 2003, pp. 3 y ss.); y, en tercer lugar, lo que es válido sólo para los creyentes, por ser la religión querida por Dios.

Así las cosas, la resonancia anunciada, en la Edad Media, se produjo en aquella disputa que, en términos filosóficos, atravesó toda esa época; nos referimos, pues, a la que tuvo lugar entre realistas y nominalistas (Goñi, 2010, pp. 105 y ss.). Dicho debate filosófico versó sobre los *uni-versales* (uno que es predicable de muchos; *verbi gratia*, animalidad, humanidad, pupitridad, etc.). Porfirio, filósofo neoplatónico, abrió ese debate formulando tres preguntas: ¿existen las esencias (*quididades*)?; y, si existen, ¿están en las cosas o por fuera de las cosas?; y, si no existen, ¿qué son los universales? (Cfr. Sánchez, 2012).

Recordemos, pues, que la esencia es aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra. Se preguntaron, entonces, los filósofos por si los universales son esencias; y, si lo son, por si están en las cosas o por fuera de las cosas; y, si no lo son, qué son. Sobre la *questio* de los universales se produjeron tres grandes corrientes del pensamiento: las primeras dos son llamadas realistas o esencialistas; la tercera, nominalista.

Para las corrientes realistas, que se encuentran en la línea trazada por Parménides y los filósofos de la antigüedad, los universales son esencias que ontológicamente preceden a la existencia de las cosas; las cosas son lo que son en tanto ejecutan una esencia; los pupitres son pupitres por cuanto

ejecutan una esencia llamada pupitridad. Existieron dos vertientes: la aristotélico-tomista y la agustiniano-platónica.

Para la primera, la de Tomás de Aquino siguiendo el pensamiento de Aristóteles, los universales son entes de razón con fundamento en las cosas; las esencias están en las cosas y se descubren a través de un proceso de abstracción. Para la segunda, la de Agustín de Hipona siguiendo a Platón, esas esencias no se hallan en las cosas sino por fuera de ellas; las esencias son ideas, en el sentido platónico de la expresión; son las ideas en la mente de Dios; Dios crea al pensar. La idea, en el sentido platónico, es el ser perfecto; las cosas que existen en el mundo se aproximan más o menos a esos seres perfectos que son las ideas; la blancura es una idea, mas no existe una cosa que sea absolutamente blanca.

Por el contrario, para los nominalistas (Duns Escoto, Guillermo de Ockham), que se encuentran en la línea trazada por Heráclito, en el mundo sólo hay individuos, no hay esencias. Los universales, por tanto, son producto de convenciones, de pactos entre los hombres, cuya existencia se da con posterioridad a la existencia de las cosas, de los individuos. Como el hombre no puede conocer la individualidad de cada individuo, que sólo es conocida por Dios, se ve obligado a crear los universales, para habérselas, para tratar con las cosas.

Los universales, pues, son, para estos últimos, simples términos (lenguaje) que invitan a sustituir el número infinito de los individuos por un concepto radicado en nuestra mente; los universales se obtienen de establecer diferencias y semejanzas entre las cosas, entre los individuos, mas no son esencias; no son *ratio essendi* sino *ratio cognoscendi* de las cosas.

En el derecho, por supuesto, el realismo filosófico conduce a sostener posturas *iusnaturalistas*, a afirmar que hay *mala in se*; el nominalismo, a sostener tesis *iuspositivistas*, a afirmar que hay *mala prohibita*. Para el realismo filosófico el derecho natural es la esencia que, ontológicamente, precede a la existencia del derecho positivo; el derecho positivo sólo es derecho si ejecuta dicha esencia. Para el positivismo jurídico, por el contrario, sólo existe el derecho positivo, sin que exista una esencia que ontológicamente lo preceda (Solano, 2012b, pp. 95 y ss.). Según los primeros, hay naturaleza; según los segundos, sólo hay cultura.

Por ello, por ejemplo, Guillermo de Ockham (2001), franciscano, en una obra llamada *Sobre el gobierno tiránico del papa*, formuló, pese a ser sacerdote, una tesis positivista sobre el derecho: la ley natural, según Ockham, rige sólo las cosas espirituales; las cosas temporales las rigen los hombres a través de sus pactos y convenciones (pp. 89 y ss.). Ockham escribió esa obra, amparado por Ludovico de Baviera, para oponerse al Papa Juan XXII, diciéndole que él sólo tenía autoridad sobre las cosas espirituales, mas no sobre las cosas temporales. Ockham y los nominalistas, sin duda, les abrieron el paso a los protestantes (Lutero, quien cuestionó el “principio de autoridad” y defendió el “libre examen”) y a la Modernidad (Alvear, 2013, 47 y ss.).

Todo ese debate entre nominalistas y realistas, franciscanos y dominicos, se encuentra bellamente recreado en una novela de Umberto Eco (2007) llamada *El nombre de la rosa*. Sobre el particular, véanse, también, los hermosos versos, ya citados, de Borges (2005), en su poema *El Golem* (p. 193).

Por otra parte, los pensamientos parmenídeo y heraclíteo encontraron, también, eco en la Edad Moderna, resultando triunfador el segundo sobre el primero. La Modernidad, en rigor, más que un segmento de la historia es una actitud del hombre en la que se materializa su pretensión por desligarse de todo dato ontológico previo, en filosofía, ciencia, arte, política, religión (Alvear, 2013, pp. 29 y ss.). Kant, el filósofo moderno por excelencia, con su exhortación al *sapere aude*, caracteriza a esta etapa de la historia por ser el tránsito del hombre de su minoría a su mayoría de edad; en aquella, la minoría de edad, el hombre construye su existencia a partir de una Verdad revelada, de un ser metafísico del que es depositario e intérprete auténtico la Iglesia; en esta, la mayoría de edad, el hombre proyecta su existencia a partir de su racionalidad (Alvear, 2013, pp. 107 y ss.).

La Modernidad, pues, supone, entre otras cosas, un cambio de paradigma en lo relativo a la libertad: la libertad cristiana, la libertad en la Edad Media, es libertad en la Verdad; la “Verdad os hará libres”; por fuera de la Verdad sólo queda la esclavitud del pecado. En la Modernidad, la libertad sólo es concebible sin la Verdad; la Verdad os hará esclavos; sólo se puede ser libre si se desoye esa supuesta realidad metafísica y se hace uso de la racionalidad.

En el plano político, la Modernidad hizo surgir un nuevo modelo de Estado, distinto del modelo propio de los Estados Pontificios. En este último,

fue la Iglesia, depositaria de la Verdad revelada, la que hubo de determinar el contenido que habría de tener el derecho positivo, y la que se ocuparía de guiar el actuar político del Estado. El Estado Moderno, por el contrario, para afirmar su soberanía, siendo el *principio* de sus decisiones, se constituyó como Estado laico, separado de la Iglesia, y pretendió garantizar la libertad de conciencia; lo público habría de gobernarse sólo por la razón; las creencias sólo serían admisibles, según este modelo, en el ámbito de lo privado (Alvear, 2013, pp. 183 y ss.).

Así, la libertad de conciencia constituyó, en la Modernidad, la libertad por excelencia, pues ella resultaría ser condición necesaria para el ejercicio de todas las demás libertades; el sentido de la locomoción, de la expresión del pensamiento, de la actividad sexual, entre otras, dependería del sistema de creencias por el que optase el individuo.

En rigor, la Modernidad, como ya se dijo, más que un segmento de la historia, es la manifestación de una actitud vital que ha existido desde siempre; es el triunfo de Heráclito, de los sofistas, de los relativistas, de los nominalistas, de los *iuspositivistas*, del discurso de la *mala prohibita* sobre el de la *mala in se*. Todo lo dicho se encuentra subyacente al auge que, en esta época, tuvo el principio de legalidad, como quiera que, al no reconocerse la existencia de ilicitudes sustanciales, el ilícito, siempre formal, habría de estar exhaustivamente tipificado por la ley.

Ahora bien, puede afirmarse, metafóricamente, que Eva fue el primer hombre moderno de la historia: se nos dice en el Génesis—libro este que, según la Biblia de Jerusalén, fue escrito, aproximadamente, diez siglos antes de Cristo— que Dios creó a Adán y, de una costilla de este, a Eva, para que no estuviera solo. Adán y Eva fueron situados por Dios, inicialmente, en el Paraíso. Dios les dio libertad, permitiéndoles comer de cualquier árbol del jardín, menos del árbol de “la ciencia del bien y del mal”. Apareció la serpiente, símbolo de la tentación (Kant lo sería en la Modernidad), prometiéndole a Eva que si llegasen a comer del fruto del árbol prohibido “os abrirán los ojos y seréis como dioses”. Eva cedió a la tentación y comió de dicho fruto (caída original); luego, le daría de comer a Adán, quien también caería. Consecuencia: sentimiento de vergüenza, expulsión del Paraíso, parto con dolor, condena a ganar el pan con el sudor de la frente...

Eva, entonces, en un sentido metafórico, fue el primer hombre en ejercer la moderna libertad de conciencia; fue el primer heraclíteo, sofista, relativista, *iuspositivista*; pretendió ser ella, al comer del fruto del árbol prohibido, quien determinara qué es lo bueno y qué es lo malo. La disputa filosófica, pues, sobre si hay *mala in se* o *mala prohibita*, que se encuentra sugerida, también, en la mitología griega (*physis vs nomoi*), tiene, incluso, connotaciones teológicas, como quiera que Dios es, precisamente, el que determina el ser, la realidad, la naturaleza de las cosas; el que determina su sentido, significado y valor. En la Modernidad, el hombre, jugando a ser dios (antropocentrismo), desplaza, al determinar el *ser* de las cosas, al Dios de la tradición judeo-cristiana (teocentrismo).

La perspectiva teológica tiene, entonces, repercusiones filosóficas y, por supuesto, jurídicas. Para el teísmo, por ejemplo, Dios existe al margen del mundo, lo ha creado de la nada y lo ha ordenado teleológicamente; siendo ello así, hay un *ser* en las cosas que el hombre ha de descubrir o que le habrá de ser revelado. Para el deísmo, Dios existe al margen del mundo, lo ha creado de la nada, mas no interviene en su discurrir temporal; siendo ello así, tendrá el hombre que determinar, a través de un acto de voluntad, el sentido de lo temporal.

Así, la postura teológica de los nominalistas es, por ejemplo, claramente deísta; ellos sostienen una concepción voluntarista de Dios, según la cual Este no se halla sujeto a la razón, pues, de lo contrario, no sería omnipotente, estando sujeto exclusivamente a su propia voluntad. Dios no quiere las cosas porque sean buenas; las cosas son buenas porque Dios las ha querido; no hay *mala in se* sino *mala prohibita*; matar a otro es malo porque Dios lo ha prohibido, mas Dios pudo, perfectamente, en vez de prohibirlo, haberlo ordenado, tal y como lo revela algún pasaje bíblico en el que Dios le ordena a Abraham sacrificar a su hijo. Los designios de Dios son, pues, inescrutables para el hombre (Welzel, 2005, pp. 85 y ss.); “la naturaleza gusta de ocultarse”.

El deísmo produce, en rigor, las mismas consecuencias que el ateísmo; para este, Dios no existe; el mundo no es cosmos (orden) sino caos; el mundo es, simplemente, materia prima que el hombre puede libremente intervenir, dotándola de sentido, significado y valor. A algo similar, conduce, también, el panteísmo, para el que Dios (dios, mejor) se confunde con el ser, con la totalidad envolvente, latente en todas las cosas. Se trata, pues, de una postu-

ra inmanentista de la divinidad, contraria al trascendentalismo teísta, que, al confundir al Ser con el ser, termina este significando tantas cosas que no significa ninguna. El teísmo conduce, así, al *iusnaturalismo*; el deísmo, el ateísmo y el panteísmo, al positivismo jurídico.

Con todo, políticamente, la Edad Media, el reconocimiento de la *mala in se* y, por ende, de la Iglesia como depositaria de la Verdad revelada, desembocó, desafortunadamente, en la Inquisición; la Modernidad, el reconocimiento de la *mala prohibita* y, por ende, del Estado atribuyéndose rasgos de divinidad al ser la materialización de la racionalidad absoluta, en los campos de concentración de los Estados totalitarios del siglo XX. Se habla, hoy, así, del fracaso del proyecto de la modernidad, y de la aparición de una nueva época: la Posmodernidad (Massini, 2005, pp. 275 y ss.).

La Posmodernidad se ocupa, pues, de de-construir el sueño de la Modernidad, pretendiendo, sin, supuestamente, reivindicar esencias, denunciar las patologías de la razón que determinan las estructuras de poder y las distintas manifestaciones culturales del hombre. Sin embargo, terminan, algunas de sus manifestaciones, como ocurre, en el derecho, con el llamado neoconstitucionalismo, con ser *iusnaturalismos* soterrados, en los que el depositario de la Verdad revelada no es ya la Iglesia, ni un legislador representante de las mayorías, sino un tribunal constitucional integrado por unos cuantos sabios neo-ilustrados, que, revestidos de un ropaje cuasidivino, imponen a la sociedad su particular sistema de creencias.

Otras manifestaciones de la Posmodernidad, como lo son las teorías críticas, pretenden, propugnando por la desaparición del Estado y del ejercicio formalizado de la violencia, el que exista no un mejor derecho, sino algo mejor que el derecho, por vía de lo cual se reconozca al otro en su individualidad, sin someterlo a las formas jurídicas. Tales teorías, que se encuentran en la línea del pensamiento heraclíteo, no reconocen la existencia de *mala in se*, y pretenden evitar, en un ejercicio de comprensión del prójimo, el que haya, incluso, *mala prohibita* (Cfr. Ruiz, 2013).

Una última observación: entender el acto antijurídico como *mala in se* o como *mala prohibita* comporta profundas consecuencias metodológicas en el análisis de lo ilícito; si se afirma que hay *mala in se*, el análisis habrá de consistir en bucear en las entrañas ontológicas del acto con miras a

determinar sus elementos —ontologicismo—; si se sostiene que hay *mala prohibita*, será necesario partir del estudio de los criterios valorativos, relacionados con las funciones que el derecho positivo deba desplegar en la sociedad, a partir de los cuales este provee de sentido a la conducta —normativismo— (Cfr. Silva, 2002).

2.1.3. Deber jurídico

Kelsen hace de los conceptos jurídicos fundamentales una especie de aparato de relojería; se trata de un aparato conceptual que funciona con una lógica impecable. El deber jurídico, que se halla contenido en la norma secundaria, es, simplemente, aquel que se materializa en el acto contrario al acto condicionante de la sanción (Kelsen, 1995a, pp. 68 y ss.). Por tanto, el concepto de deber jurídico nos lo define Kelsen, también, poniéndolo en relación con el concepto de sanción.

En lógica kelseniana, entonces, matar a otro es un acto antijurídico, no porque sea un acto ilícito o indebido en sí mismo, sino, simplemente, porque el legislador le imputa a ese acto una sanción. Imputar es, pues, atribuir; sólo se atribuye aquello que por naturaleza no le es propio al objeto atribuido. Así, existe el deber jurídico de no matar porque el acto contrario, esto es, el de matar a otro es el acto condicionante de una sanción.

Las mayores consecuencias de esta construcción se producen si apreciamos lo dicho por Kelsen comenzando el análisis no por la sanción, sino por el deber jurídico: un deber jurídico sólo existe como tal, como deber *jurídico*, y no como deber moral o como un simple consejo, si el acto contrario al acto en el cual él se materializa constituye un acto antijurídico, el acto condicionante de una sanción.

La Constitución, por ejemplo, se halla plagada de “deberes” que no son deberes jurídicos; no lo son porque el acto contrario al acto en el cual ellos se materializan no está sancionado por el derecho positivo. Si, *verbi gratia*, hoy se reformase la Constitución, de tal manera que se introdujese en ella un enunciado que dijese “el voto será obligatorio” o “votar es un deber de todos los ciudadanos”, ese simple hecho no comportaría la creación de un deber jurídico de votar; este sólo existiría una vez el derecho positivo atribuya sanciones al hecho de no votar.

En el ejemplo propuesto, el jurista deberá hacerse esta pregunta: ¿qué ocurre si no se vota? Si el derecho le atribuye a ese acto de no votar una sanción, votar será un deber jurídico; mas si el derecho no le atribuye a dicho acto una sanción, ese enunciado de la Constitución estará consagrando apenas un deseo, un consejo; a lo sumo, un deber moral. Como la brevedad es amiga de las leyes, el legislador, valiéndose de la técnica de motivación indirecta ya mencionada, no debería gastar su tiempo haciendo listas de deberes jurídicos; debería, simplemente, contemplar los actos con sus respectivas sanciones, pues de dicha consagración se inferirían, lógicamente, los deberes jurídicos.

Veamos otro ejemplo para entender lo dicho: el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal dice que todas las personas tienen el deber de denunciar aquellos delitos que sean de su conocimiento y que sean investigables de oficio. Si ese enunciado lo lee quien desconozca la cartografía jurídica, concluiría, rápida y equivocadamente, que, en Colombia, todas las personas tienen el deber jurídico de denunciar. Un jurista, sin embargo, deberá hacerse estas preguntas: ¿qué ocurre si no se denuncia? ¿Será que no denunciar es un acto condicionante de una sanción? Sólo si la respuesta es afirmativa, podrá afirmarse que, de *lege data*, existe un deber jurídico de denunciar, y, por tanto, que lo dicho en ese enunciado no sea un simple consejo o la consagración de un deber moral.

Pues bien, al revisar el Código Penal, se hallará una sorpresa sobre el particular: según el artículo 417, incurre en el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia el servidor público que omita denunciar delitos que sean de su conocimiento y que sean investigables de oficio; según el artículo 441, incurre en el delito de omisión de denuncia por parte de particular sólo aquel que omita denunciar alguno de los delitos allí mencionados (genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio, tráfico ilegal de estupefacientes, etc.). Los particulares, entonces, sólo tienen el deber jurídico de denunciar ciertos delitos; los mencionados en esa lista taxativa.

Ahora bien, el titular de un deber jurídico, desde esta perspectiva, es el sujeto potencial del acto antijurídico (García, 1978, p. 63); todo aquel que pueda realizar el acto antijurídico; hay deberes cuyo titular sólo es aquella persona que reúna cierta calidad especial, como quiera que únicamente quien la reúne puede realizar determinado acto antijurídico; si sólo los servidores

públicos, por ejemplo, pueden incurrir en un prevaricato, únicamente ellos tendrán el deber jurídico de no prevaricar.

Este aparato conceptual propuesto por Kelsen, sin embargo, funciona como un aparato de relojería, pero únicamente si es apreciado desde lo que Kant llamó la razón pura, la razón *a priori*, el pensamiento que no se encuentra contaminado con las contingencias de la experiencia. Así, un jurista ruso llamado León Petrasizky formuló una crítica demoledora en contra de la rigurosa teoría kelseniana, que, además, hizo surgir la llamada teoría del órgano límite o del órgano de cierre, tan de moda hoy en los Estados constitucionales, desconociéndose, las más de las veces, el origen de dicha teoría (García, 1978, pp. 116 y ss.).

La crítica de Petrasizky consistió, pues, en afirmar que ese planteamiento kelseniano sobre la norma jurídica y sobre la articulación de los conceptos jurídicos fundamentales, que en la lógica formal es impecable al funcionar como una especie de aparato de relojería, resulta ser impensable de ser llevado a cabalidad al mundo fáctico, debido a la finitud de este.

Así las cosas, si, por ejemplo, el juez tiene el deber de imponerle la sanción a Juan, por haber este realizado determinado acto, es porque su no imposición constituye un acto antijurídico, esto es, el acto condicionante de una sanción, en este caso para el juez; y, si ese juez *X* no impone la sanción, surge el deber para otro juez, el juez *Y*, de imponerle la sanción a *X*; y, si *Y* tiene el deber de imponerle la sanción a *X*, es porque si no se la impone, surge el deber para *Z* de imponerle una sanción a *Y*; y, así, sucesivamente, hasta el infinito. La teoría de Kelsen, entonces, sobre la norma jurídica y la articulación de los conceptos jurídicos fundamentales, desconociendo la finitud del mundo, hace que la cadena de control se prolongue hasta el infinito.

Dada la finitud del mundo, pues, esa tarea de control debe tener un límite; en todo ordenamiento jurídico ha de existir, y de hecho existe, un órgano límite o de cierre, un órgano que diga el derecho en definitiva, cuyos actos y decisiones no están sometidos a control alguno. No hay quien controle al último controlador; si ello es así, como en efecto lo demuestra la experiencia jurídica, la norma dirigida a ese órgano de cierre dirá: “si es *A* (acto antijurídico), *ojalá* sea *S* (sanción)”.

En los Estados constitucionales de derecho se ha puesto de moda la teoría del órgano límite, para señalar que, en ese modelo de Estado, dicho órgano lo constituye el respectivo tribunal constitucional. No obstante, esa teoría no es exclusiva de ese modelo de Estado; en todo Estado, alguien tiene que decir el derecho y alguien tiene que decirlo en forma definitiva. Quién sea ese órgano, por supuesto, será el resultado de una decisión política; adoptada la decisión, se construye un discurso, un mito, con miras a justificarla, atribuyéndosele a aquel rasgos de divinidad.

Así por ejemplo, en el Estado absolutista el órgano límite era el monarca; para justificar esa decisión se le trataba de otorgar una especie de legitimidad mesiánica, afirmando que él era el representante de Dios en la tierra. En el Estado liberal clásico, el órgano de cierre era el legislador (entiéndase por tal sólo el parlamento u órgano colegiado encargado de crear normas generales y abstractas); para justificarlo se construyó el mito del legislador racional. En los Estados constitucionales, el órgano límite es el tribunal constitucional; para justificar esa decisión se elaboró el mito del juez razonable, prudente, equitativo, ponderador, quien puede, noblemente, corregir los errores de las mayorías, con miras a proteger los derechos fundamentales de las minorías indefensas.

2.1.4. Derecho subjetivo

La teoría de los derechos subjetivos, que los concibió como entidades distintas del derecho objetivo, tuvo su origen en corrientes del pensamiento jurídico *iusnaturalistas*; esas corrientes del pensamiento afirmaron que existen derechos subjetivos, poderes jurídicos con anterioridad a la existencia misma del Estado; según esas corrientes del pensamiento el derecho positivo no crea los derechos subjetivos; simplemente, los reconoce y los protege.

Para las corrientes positivistas, por su lado, no existen derechos subjetivos por fuera del derecho positivo, de tal manera que el derecho positivo no los reconoce, sino que los crea. En tal sentido, es famosa la reflexión que Hobbes (2004) hace sobre el particular en el *Leviatán*: por fuera del derecho no hay derechos, sólo hay incertidumbre; por fuera del derecho, una persona únicamente tiene aquellos “derechos” que su propia fuerza le permita sostener, y hasta el más fuerte duerme (pp. 142 y ss.).

Kelsen, por su parte, formula su concepto de derecho subjetivo luego de hacer unas críticas a las teorías tradicionales sobre el mismo. Según Kelsen (1995a), el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo, pero visto en relación con aquella persona de cuya declaración de voluntad el derecho (objetivo, positivo) hace depender la imposición de la sanción (pp. 94 y ss.). Suele decirse, en consecuencia, que la teoría de Kelsen sobre el derecho subjetivo es monista; derecho subjetivo y derecho objetivo son lo mismo, pero apreciados de distintas perspectivas.

Su teoría, por supuesto, es opuesta a las llamadas teorías dualistas, para las cuales una cosa es el derecho objetivo y otra el derecho subjetivo, existiendo, incluso, derechos subjetivos con antelación a la existencia del derecho objetivo o, mejor, del derecho positivo. Las teorías tradicionales criticadas por Kelsen (1995a) fueron: en primer lugar, la teoría del interés de Rudolph Von Ihering, máximo exponente de una corriente del pensamiento conocida como la jurisprudencia de intereses; en segundo lugar, la teoría de la voluntad de Windscheid; y, en tercer lugar, la teoría ecléctica de George Jellinek, importante teórico del Estado (pp. 92 y ss.).

Así, según la teoría del interés, el derecho subjetivo es, precisamente, un interés jurídicamente protegido; a partir de esa teoría se produjo, en el derecho civil, un famoso debate entre Ihering y Savigny sobre la naturaleza jurídica de la posesión. Ihering afirmó que la posesión es un derecho, en tanto es un interés económico protegido por el derecho; Savigny, por el contrario, afirmó que la posesión es un hecho; un hecho, a lo sumo, protegido por el derecho¹⁰.

Por otra parte, según la teoría de la voluntad, el derecho subjetivo es un querer, una voluntad protegida por el derecho; según la teoría ecléctica, el derecho subjetivo es un interés o una voluntad protegidos por el derecho. Pues bien, Kelsen criticó esas teorías tradicionales afirmando que se puede ser titular de un derecho subjetivo sin que se tenga interés respecto del

10 Hay, incluso, un escrito de Ihering llamado *En el cielo de los conceptos jurídicos, una fantasía*, en el que, sarcásticamente, se refiere a la posición de Savigny en dicho debate.

comportamiento ajeno; es más, se puede ser titular de un derecho subjetivo sin que se quiera ejercerlo o se tenga la voluntad de ejercerlo.

Una cosa es, pues, el derecho subjetivo, que es un poder jurídico, y otra el ejercicio de ese poder jurídico. Incluso, se puede ser titular de un derecho subjetivo aun sin saberlo, que es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho real de herencia del que se es titular desde que muere el causante, así el causahabiente ignore su muerte.

Con todo, Kelsen (1995a) formuló una teoría sobre el derecho subjetivo que se conoce con el nombre de “teoría del derecho reflejo”, según la cual el derecho subjetivo sólo existe como reflejo de un deber jurídico (pp. 87 y ss.). Por tanto, debido al carácter imperativo-atributivo del derecho, una persona será titular de un derecho subjetivo si correlativamente sobre otra persona recae un deber jurídico; sobre ella recaerá un deber jurídico si el acto contrario al acto en que se materializa dicho deber es un acto antijurídico; un acto es antijurídico, entonces, si es el acto es condicionante de una sanción. Queda reafirmado, pues, el que en esta construcción el concepto de sanción es el concepto jurídico fundamental gravitacional.

Una observación final: a esta postura sobre el derecho subjetivo se le ha criticado el confundir el género con una de sus especies; el confundir el derecho subjetivo —género— con el derecho de acción —especie— (García, 1978, pp. 81 y ss.). Esta crítica, como se verá más adelante, es infundada.

2.1.5. Persona

La expresión “persona” tiene un origen griego, específicamente, referido al teatro griego. Persona era, pues, la máscara empleada por los actores en el teatro que cumplía con dos funciones: en primer lugar, servía para interpretar al respectivo *personaje*; en segundo lugar, permitía amplificar el sonido de la voz.

Ese origen debe ser tenido en cuenta para comprender el concepto de persona en el derecho; en este, la expresión persona se refiere, también, a un rol, a un papel, a una función, a un determinado personaje, que habrá de hacer parte de la “novela” regulada (creada) por ese “libreto” que llamamos

derecho. Recordemos, pues, como lo afirma Ortega, que las plantas y las palabras viven de sus raíces.

La persona, en un sentido jurídico, es el sujeto del derecho y, específicamente, como lo afirma Kelsen (1995a), es el centro de imputación de consecuencias jurídicas (pp. 109 y ss.); es el derecho positivo, según la construcción kelseniana, quien determina cuáles son esos centros de imputación. El concepto jurídico de persona es, pues, puramente normativo, es el producto de una calificación conferida por el derecho; es el derecho el que “reparte los libretos”, determinando, así, qué personajes intervendrán en las posibles relaciones jurídicas.

Suele decirse, en el mundo jurídico, que existen dos clases de personas: las naturales y las jurídicas.

En rigor, la expresión “persona natural” es desafortunada. Se habla de persona *natural* porque tras la máscara, tras el “personaje” se halla un ser humano de carne y hueso; mas no es que ese ser humano de carne y hueso, por su propia “naturaleza”, sea una persona (Kelsen, 1995a, p. 112); es persona, simplemente, porque el derecho le confiere ese atributo, asignándole un *personaje* en la “novela” que este regula. Cosa distinta, empero, es que el derecho, para cumplir con unos imperativos éticos llamados “derechos humanos”, les atribuya el carácter de persona a todo ser humano o, como dice el Código Civil en su artículo 74, a “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

En Roma, por ejemplo, los esclavos no gozaban de ese atributo, esto es, de personalidad jurídica (aptitud para hacer parte de las relaciones jurídicas); el derecho no los consideraba como personas, como centros de imputación de consecuencias jurídicas; no eran, por tanto, sujetos de derecho, sino objetos de derecho, específicamente, del derecho de propiedad. A tal punto es normativo el concepto de *persona* que, si al legislador se le ocurriese crear unas normas determinando que los árboles serán centros de imputación de consecuencias jurídicas, los árboles se convertirían en personas, con independencia de cómo vayan a ejercer sus derechos; es más, hoy, los constitucionalistas no están lejos de afirmar que la fauna y la flora son personas; hoy, escuchamos hablar de “derechos de quinta generación”, que serían, supuestamente, los derechos de los animales; si ello es así, es porque,

en el fondo, sin ser conscientes de lo que afirman, están diciendo que los animales son o deberían ser personas desde el punto de vista jurídico.

Ahora bien, los legisladores suelen atribuirles personalidad jurídica a entidades o entes, por regla general, colectivos, que existen con independencia de los individuos que los integran (Kelsen, 1995a, pp. 113 y ss.); en tal sentido, es que se habla de personas jurídicas, aunque, en rigor, son tan *jurídicas* estas como las mal llamadas personas *naturales*.

Dicha atribución, pues, obedece a dos razones: en primer lugar, el legislador reconoce que el hombre, para desplegar ciertas actividades, como, por ejemplo, las actividades comerciales, requiere unirse con otros hombres, sumando esfuerzos y recursos; en segundo lugar, al existir actividades que el hombre no estaría dispuesto a ejecutar, por los riesgos que implican si tuviese que comprometer en ellas la totalidad de su patrimonio, el legislador autoriza, por vía de la creación de estas personas independientes, a que se desplacen dichos riesgos, afectándose a los mismos una porción, apenas, de dicho patrimonio. Esta última razón es, hoy, la que predomina; por ello, con cada vez más frecuencia, se autoriza la creación de personas jurídicas, sin que las mismas cobijen colectividades.

Respecto de la naturaleza de las personas jurídicas existen dos opuestas teorías: la teoría de la ficción y la teoría de la realidad (García, 1995, pp. 280 y ss.).

Veamos:

Según la teoría de la ficción, cuyo máximo exponente fue Savigny, las personas jurídicas son entidades morales, ideales o ficticias que existen, jurídicamente, exclusivamente en relación con aquellas actividades para las cuales fueron creadas. Por ello, si el representante legal de una de esas entidades, oculto tras el velo corporativo, realiza actividades que exceden las comprendidas por el objeto social, la entidad moral, respecto de tales actos, no existirá jurídicamente; las consecuencias jurídicas de esos actos le serán inoponibles a la persona jurídica, quedando vinculado a ellas, personalmente, dicho representante.

Por lo dicho, entre otras cosas, es que por lo que los penalistas afirman que las sociedades no pueden delinquir (*societas delinquere non potest*); como el objeto social ha de ser lícito, siempre que se realice un delito se estará obrando por fuera del objeto social, y, en consecuencia, tales actos no le serán imputables a la sociedad.

Por el contrario, según la teoría de la realidad, cuyo máximo exponente fue Gierke, las personas jurídicas no son ficciones sino realidades, que poseen una estructura similar a la de los organismos vivos; tienen un cerebro que son sus órganos de dirección; unas células, que son los individuos que se agrupan tras el velo corporativo; y una especie de sistema nervioso, compuesto por el sistema de comunicaciones que opera en su interior. Con base en esta teoría, algunos autores piensan que las personas jurídicas pueden realizar tanto actos lícitos como ilícitos.

En todo caso, como es posible que los particulares abusen del poder jurídico de crear personas jurídicas, en perjuicio de terceros, el derecho suele contener una serie de normas con el fin de posibilitar el que se desmantele el velo corporativo, radicándose, así, las distintas responsabilidades jurídicas en los individuos que se hallan tras esa máscara jurídica.

Con todo, no debemos confundir el concepto jurídico con el concepto filosófico de persona. Desde un punto de vista filosófico, persona, como ya se explicó, es aquello que, a diferencia de lo que ocurre con las cosas, no tiene valor de cambio, por tener dignidad, por tener la capacidad de darse sus propios fines. Cosa, como ya se vio, es, pues, todo aquello que existe exclusivamente como medio; Dios es aquello que existe exclusivamente como fin en sí mismo; persona, aquello que es medio y fin, a la vez.

Para las corrientes *iusnaturalistas*, el concepto filosófico de persona coincide con el concepto jurídico de persona *natural*; para ellas, existe un derecho a tener derechos, un derecho natural a que el derecho positivo reconozca la personalidad jurídica en todo aquel que, ontológicamente, sea una persona.

En realidad, al derecho no le interesa el ser humano de carne y hueso, sino el personaje que, según las normas, él ha de representar; el ser humano en su compleja individualidad es inasible para las formas jurídicas; el derecho lo des-individualiza, transformándolo en personaje, para posibilitar la existen-

cia en coexistencia. El derecho, entonces, no sólo crea las conductas que regula, al atribuirles su sentido; crea, además, en función de hacerlos previsibles y controlables, los personajes que las realizan. Lo importante, para posibilitar la convivencia, es que esa obra de arte creada por el derecho tenga rasgos de realidad, se asemeje a la realidad (o mejor, a lo que *creemos* que ella es).

Dice Ortega (1945) —lo que nos sirve para explicar lo dicho— que somos cuerpo, alma y espíritu. Nuestra interioridad se halla compuesta, pues, por el espíritu y el alma: el primero, el espíritu, consiste en toda aquella actividad que se despliega en nuestro interior y que, traducida en pensamiento y voluntad, depende de nosotros mismos; el segundo, el alma, en ese torrente continuo de sensibilidad que discurre por nuestra intimidad —amores, odios, miedos, pasiones en general— y que, sin depender de nosotros, humedece, inclinando e, incluso, determinando las actividades del espíritu. El espíritu no es, según Ortega, el que le da individualidad al individuo; se halla volcado, siempre, hacia un referente externo, pretendidamente objetivo; siempre que se piensa, se pretende encontrar la verdad; siempre que se quiere, se quiere acertar.

Ahora bien, lo que le da individualidad al individuo es su alma, pues ese torrente de sensibilidad se produce en forma diferente en cada individuo; cada individuo ama, odia, siente sus pasiones en forma distinta; el alma, en rigor, es incomunicable e intransferible (pp. 607 y ss.). A propósito, dice el Joven Werther: “también estima más mi inteligencia y talentos que este corazón, que, sin embargo, es mi único orgullo, la única fuente de todo, de toda fuerza, de toda ventura y de todo dolor. ¡Ay, lo que yo sé, todos pueden saberlo..., sólo mi corazón es solamente mío!” (Goethe, 1957, p. 1840).

Adán y Eva, al comer del fruto del árbol prohibido, nos dice el Génesis, sienten vergüenza por su desnudez y se cubren. Pues bien, según Ortega (1945), ese maravilloso gesto, de gran carga simbólica, revela, al igual que los demás gestos del hombre, algo que se produce en su intimidad (p. 638); el hombre, al descubrir su alma, su individualidad, siente culpa y vergüenza por desordenar una totalidad que cree ordenada, con sentido; pretende, por ello, al cubrirse, ocultar su individualidad, asumiendo un rol que le permita no desentonar con la totalidad envolvente. Por eso, el niño, que apenas vive con un poco de alma, y el viejo sabio, que vive sólo desde el espíritu, nos parecen seres “inocentes”. El traje, por supuesto, es apenas una expresión cultural; en

rigor, toda la cultura, el lenguaje inclusive, es producida por el hombre con miras a salvar su individualidad o, mejor, a desindividualizarse en procura del mantenimiento de cierto orden, de cierta armonía.

El hombre, pues, al tener un alma incomunicable, sólo puede entrar en relación con los otros hombres si asume ciertas formas que, en estricto sentido, lo desindividualizan, transformándolo en un personaje de una novela cuyo libreto se halla compuesto por códigos compartibles. Así, por ejemplo, si un hombre desea entablar una relación afectiva con una mujer, ha de decirle “te amo”; ella, con la misma pretensión, pronunciará esas mismas palabras; sin embargo, los sentimientos de él y de ella no son idénticos, siendo inefables; la formaleta verbal desindividualiza, inautentiza, pero posibilita la relación.

Con el derecho y, en general, con las normas de conducta ocurre algo similar; al derecho, como ya se dijo, no le importa el individuo —qué difícil es asumirlo—, pues este es inasible; le interesa sólo la persona, el personaje, creado y regulado por él mismo. Un ejemplo dramático: las leyes penales de los distintos países suelen atenuar la responsabilidad penal de aquella persona que comete un delito en estado de ira; la razón que suele esgrimirse es que, en tales condiciones, la libertad de la persona, al momento de cometer el hecho, se encuentra disminuida; empero, las leyes sólo atenúan la pena si el estado de ira obedece a un “comportamiento ajeno, grave e injusto”. Es decir, no cualquier estado de ira hace que el legislador reconozca —o, mejor, *impute*— un menor ámbito de libertad para atenuar la pena. El estado de ira sólo produce efectos jurídicos, entonces, si era razonable para un sujeto normativamente construido el que se aminorase su ámbito de libertad (Cfr. Nussbaum, 2012).

2.1.6. Responsabilidad

En el derecho, la expresión “responsabilidad” es equívoca, pues puede entenderse en dos sentidos; ambos sentidos, sin embargo, se encuentran estrechamente vinculados a un mismo concepto, al concepto de acto antijurídico (Molina, 2002, pp. 15 y ss.). El primero de los sentidos mira hacia el pasado del acto antijurídico; el segundo, hacia el futuro de dicho acto. Pues bien, en el primero de los sentidos, el que mira hacia el pasado, se dice que es *responsable* aquel que realizó el acto mencionado; en este primer sentido, para evitar equívocos, es preferible hablar de responsabilidad originaria o genética.

Por el contrario, en el segundo de los sentidos, el que mira hacia el futuro, se dice que es *responsable* aquel que ha de soportar las consecuencias jurídicas negativas que se producen debido a la realización de dicho acto. En este sentido, para evitar equívocos, es preferible hablar de responsabilidad jurídica propiamente dicha. Es, precisamente, en este último sentido, en el que Kelsen (1995a) emplea la voz, la locución “responsabilidad” (pp. 75 y ss.). En este sentido, es en el que las dogmáticas particulares suelen emplear dicha expresión; así, por ejemplo, se habla de responsabilidades civil, penal, disciplinaria, administrativa.

Ahora bien, un mismo acto puede originar diversas formas de responsabilidad jurídica, esto es, puede producir consecuencias jurídicas negativas para una misma persona en distintos sectores del derecho *positivo*. Un mismo acto, entonces, puede provocar responsabilidades civil, penal, disciplinaria y administrativa. Si, por ejemplo, Juan, funcionario público, conduce un vehículo del Estado, en estado de embriaguez, y atropella a Pedro y lo mata, a la luz del derecho civil, deberá Juan indemnizar a la familia de Pedro; seguramente, además, será penalmente responsable y purgará una pena de prisión por el homicidio cometido; también, a la luz del derecho administrativo, Juan deberá pagar la multa por la evidente infracción de tránsito cometida; y, por último, desde el punto de vista disciplinario, Juan, probablemente, será sancionado, *verbi gratia*, con la destitución del empleo.

Por otra parte, es preciso advertir que, en el derecho civil, la responsabilidad jurídica propiamente dicha puede recaer sobre aquel que realizó el acto antijurídico, el *obligado*, o sobre un tercero, al que la dogmática civil llama el *tercero civilmente responsable* (Kelsen, 1995a, p. 81). La responsabilidad jurídica de ese tercero se explica por la particular relación jurídica de custodia o de aseguramiento que lo vincula con aquella persona que realizó el acto antijurídico, esto es, con el responsable originario o genético. Así, por ejemplo, los padres deben responder jurídicamente por las conductas realizadas por sus hijos menores.

En el derecho penal, el derecho disciplinario y, en general, en el derecho administrativo sancionador, por el contrario, la responsabilidad jurídica debe ser personal e individual, de tal manera que esta únicamente deberá recaer sobre el responsable originario o genético; la sanción no debe alcanzar a personas distintas de aquella que realizó el acto antijurídico. Argu-

mento este, adicional, para sostener que las personas jurídicas no deberían ser penalmente responsables, pues se estaría sancionando colectivamente al eventual número plural de individuos cobijados por el velo corporativo. Desde una perspectiva *iuspositivista*, sin embargo, la responsabilidad jurídica podría aquí, también, recaer sobre una persona distinta del responsable originario o genético, pues es el derecho quien, sin atender a referentes objetivos de justicia, distribuye las responsabilidades.

Una última observación: si se entiende que no hay *mala in se*, sino *mala prohibita* (postura *iuspositivista* o *normativista*), la magnitud de la responsabilidad jurídica dependerá, pues, de la gravedad del hecho, apreciada a partir de los criterios valorativos tenidos en cuenta para su consagración como actos ilícitos, y de los fines que normativamente se persiguen con dicha consagración. Si, por el contrario, se entiende que hay *mala in se* (postura *iusnaturalista* u *ontologicista*), la gravedad del hecho, de la que dependerá la magnitud de la responsabilidad, estará determinada por la naturaleza misma de la conducta, la cual, por ejemplo, habrá de pender de la finalidad concreta de quien la realizó, del valor objetivo quebrantado y del real ámbito de libertad del infractor. Para los *iuspositivistas* o *normativistas*, el derecho, incluso, a partir de criterios valorativos, habrá de atribuir el ámbito de libertad que poseía la *persona* al momento de la realización de la conducta.

2.1.7. Orden jurídico

Como ya lo dijimos, el orden jurídico, según Kelsen (1995a), es el conjunto de normas jurídicas que tienen un fundamento común de validez, esto es, que derivan su validez de una misma *norma hipotética fundamental* (pp. 129 y ss.). Remitimos a todo lo ya dicho sobre el particular, al desarrollar la teoría del ordenamiento jurídico.

2.2. Teoría de Hohfeld

Hohfeld fue un profesor norteamericano, bastante desconocido en nuestro medio, que falleció a los 38 años de edad. Fue profesor de las Universidades de Stanford y de Yale, e hizo parte de la llamada jurisprudencia analítica, esto es, de aquella corriente del pensamiento jurídico que pretende desentrañar los conceptos jurídicos básicos a partir de un análisis lógico del len-

guaje. En el año de 1913, Hohfeld (2001) publicó una monografía que fue traducida al español por Genaro Carrió, con el título de *Conceptos jurídicos fundamentales*. Esta monografía, pese a su importancia, es con frecuencia ignorada por los juristas de los Estados que integran la familia jurídica romano-germánica.

La tesis central de dicha monografía es esta: el binomio derecho-deber es insuficiente para explicar las distintas posiciones que una persona puede ocupar al hacer parte de una relación jurídica. Una relación jurídica es, como lo afirma Carnelutti (2006), recordémoslo, un conflicto de intereses regulado por el derecho; es, por tanto, ese intervalo, relevante jurídicamente, que existe entre uno y otro sujetos de derecho, que los separa pero al mismo tiempo los une (pp. 185 y ss.).

Pues bien, según Hohfeld (2001), una persona, al hacer parte de una relación jurídica, puede ocupar en ella una posición constitutiva de una situación jurídica de ventaja, consistente en ser titular de un *derecho*, de un *privilegio*, de una *potestad* o de una *inmunidad*. Asimismo, una persona, al hacer parte de dicha relación, puede ocupar en ella una posición constitutiva de una situación jurídica de desventaja, consistente en recaer sobre ella un *deber*, o en, simplemente, no ser titular de un derecho (*no derecho*), o en padecer una *sujeción*, o en soportar una *incompetencia* (pp. 45 y ss.).

El valioso descubrimiento de Hohfeld consistió, pues, en advertir que los juristas suelen emplear la expresión “derecho subjetivo” para aludir a distintas realidades conceptuales. Por tanto, si la función de las palabras radica en diferenciarnos las cosas, los conceptos, realidades conceptuales distintas ameritan denominaciones diferentes. Hohfeld descubrió, entonces, que quienes operan con el derecho utilizan la expresión derecho subjetivo para referirse no sólo a la facultad de exigirle a otra persona una determinada conducta; la utilizan, también, para aludir a la posibilidad de determinar la propia conducta (privilegio), a la capacidad de crear normas y de imponerlas y ejecutarlas (potestad), y a estados de no sujeción al ejercicio de potestades (inmunidad).

Así las cosas, Hohfeld, con miras a explicar las distintas posiciones que una persona puede ocupar al hacer parte de una relación jurídica, propuso el que se hablase de cuatro binomios de conceptos jurídicos correlativos y de cuatro binomios de conceptos jurídicos opuestos.

Conceptos jurídicos fundamentales correlativos

Situaciones jurídicas de ventaja	Situaciones jurídicas de desventaja
Derecho	Deber u obligación
Privilegio	No derecho
Potestad	Sujeción
Inmunidad	Incompetencia

Conceptos jurídicos fundamentales opuestos

Situaciones jurídicas de ventaja	Situaciones jurídicas de desventaja
Derecho	No derecho
Privilegio	Deber u obligación
Potestad	Incompetencia
Inmunidad	Sujeción

Fuente: autor.

Por el carácter imperativo atributivo del derecho, siempre que una persona se halla en una situación jurídica de ventaja, *correlativamente* otra se encuentra en una situación jurídica de desventaja. Así: si una persona es titular de un derecho subjetivo, correlativamente recaerá sobre otra un deber o una obligación; si una persona es titular de un privilegio, correlativamente ninguna otra persona estará facultada (no derecho) para exigirle a aquella que realice o se abstenga de realizar la conducta objeto de ese privilegio; si una persona es titular de una potestad, correlativamente otra estará sujeta al ejercicio de esa potestad; por último, si una persona goza de una inmunidad, correlativamente otra será incompetente para ejercer válidamente respecto de aquella una potestad.

Ahora bien, lo opuesto, que no lo correlativo, de ser titular de un derecho es no tenerlo (no derecho); lo opuesto de gozar del privilegio de realizar determinada conducta es tener el deber o la obligación de realizarla o de abstenerse de realizarla; lo opuesto de ser titular de una potestad, y poder ejercerla válidamente, es ser incompetente para ejercerla respecto de determinadas situaciones fácticas (incompetencia); lo opuesto de gozar de una inmunidad es estar sujeto al ejercicio de una potestad.

2.2.1. Derecho - deber

El derecho subjetivo es la facultad, normativamente fundada, radicada en cabeza de una persona determinada para exigir de otra la realización de una determinada conducta consistente en dar, hacer o no hacer algo; el derecho subjetivo es *facultas exigendi* y no *facultas agendi*; el derecho subjetivo no es la facultad de hacer o no hacer algo, sino la facultad de exigir el comportamiento de otro. Por tanto, el derecho subjetivo, en la terminología propuesta por Hohfeld, no es el derecho a la propia conducta; es, por esencia, el derecho a la conducta de otro, el derecho a la conducta ajena. Así, por ejemplo, Juan tiene el *derecho*, surgido de un contrato de mutuo, de exigirle a Pedro el pago de un millón de pesos.

Ahora bien, articulando la teoría de Hohfeld con la de Kelsen, podemos afirmar que siempre que una persona sea titular de un derecho subjetivo, correlativamente otra será titular de un deber o de una obligación, entendiéndose por deber jurídico, en el sentido kelseniano, aquel que se materializa en el acto contrario al acto antijurídico, al condicionante de una sanción.

No olvidemos, sin embargo, que deber y obligación no son lo mismo; recordemos que, en el derecho, existen tres clases de imperativos: deberes, obligaciones y cargas (Couture, 2002, pp. 171 y ss.). El concepto de carga, como ya lo dijimos, es un concepto jurídico a-rrelacional. Véase sobre el particular lo ya expuesto al estudiar las llamadas por Riccardo Guastini “normas instrumentales”.

2.2.2. Privilegio – no derecho

El privilegio es una libertad reconocida y protegida por el derecho; es el poder, reconocido y protegido por el derecho, de determinar, en ciertos ámbitos, la propia conducta. Los privilegios, entonces, son *facultas agendi*; es la posibilidad, normativamente fundada, que tiene una persona para determinar su propia conducta, para hacer o no hacer algo.

Recordemos, pues, que la libertad es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales; son privilegios, por ejemplo, la posibilidad, jurídicamente reconocida y protegida, de disponer del propio cuerpo en mate-

ria sexual (libertad sexual); la de escoger las creencias (libertad de conciencia); la de darse un modelo de vida, un proyecto existencial (libre desarrollo de la personalidad); la de escoger si se expresan o no los pensamientos y la forma en que se expresan (libertad de expresión); la de escoger si se hace parte o no de un sindicato (libertad sindical); la de participar en la construcción de lo público (libertad de elegir o mal llamado “derecho” al voto).

En general, los “derechos”, que los constitucionalistas llaman derechos fundamentales de primera generación, son, desde esta perspectiva, privilegios, libertades reconocidas y protegidas por el derecho. A la luz de esta construcción teórica, son, también, privilegios los llamados “derechos” reales a los que alude el del derecho civil; por ejemplo, el “derecho” real de dominio es la posibilidad jurídica de usar, gozar y disponer de un bien¹¹.

Ahora bien, siempre que una persona tenga un privilegio, correlativamente ninguna otra estará facultada (no derecho), ninguna otra tendrá el derecho de exigirle a aquella que realice o que se abstenga de realizar la conducta objeto del privilegio. Por otra parte, lo opuesto, que no lo correlativo, de tener un derecho es no tenerlo; mas lo opuesto de gozar de un privilegio es padecer un deber o una obligación.

El derecho, pues, *reconoce* la libertad del sujeto de realizar o de no realizar la conducta objeto del deber o de la obligación; sin embargo, el derecho, si bien reconoce esa libertad, no la protege; por el contrario, si el sujeto decide desatender el deber o la obligación, el derecho lo sanciona. Como ya lo dijimos, es de la esencia de la norma jurídica el que pueda ser transgredida; es de la esencia de los deberes y de las obligaciones el que puedan ser incumplidos.

Los deberes y las obligaciones se hallan, por supuesto, consagrados en normas prohibitivas y en normas mandatorias; los privilegios, por su parte, en normas permisivas que, como lo sabemos, existen en función de reportar los mandatos y las prohibiciones. Existe, así, un privilegio general

11 Sobre una propuesta de análisis respecto de los derechos personales y reales, a la luz de la construcción de Hohfeld, véase *Conceptos al Derecho* de Manuel Oviedo (2013).

de conducta que emana de la norma de clausura según la cual, respecto de los particulares, todo lo que no está prohibido les está jurídicamente permitido. Dicho lo anterior, es posible entender esta afirmación: a mayor amplitud tengan los privilegios, menor amplitud tendrán los deberes y las obligaciones; a mayor amplitud tengan los deberes y las obligaciones, menor amplitud tendrán los privilegios.

Existe, por ejemplo, en el derecho penal, el deber jurídico de no matar a otro; empero, se autoriza a matar a otro en legítima defensa. Matar a otro, en legítima defensa, constituye, pues, el ejercicio de un privilegio. Las causales de justificación de las que hablan los penalistas no son, contrario a lo que suele decirse, derechos subjetivos; son privilegios.

Con todo, si bien una cosa es el derecho subjetivo y otra el privilegio, estos conceptos se encuentran estrechamente relacionados, pues el ejercicio de los derechos subjetivos constituye un privilegio; el titular del derecho tiene el privilegio de escoger si lo ejerce o se abstiene de ejercerlo. Asimismo, existe, por lo menos, un derecho subjetivo de exigirles a las demás personas que se abstengan de impedir el ejercicio de los privilegios; ello, por cuanto esas otras personas tienen el deber jurídico de abstenerse de interferir en la esfera de libertad del titular del privilegio; interferir constituiría un acto antijurídico, por ejemplo, un delito llamado constreñimiento ilegal.

Ahora bien, existen privilegios que gozan de una protección jurídica reforzada, provocando el que su afectación constituya un acto antijurídico de mayor gravedad; piénsese, por ejemplo, en la libertad sexual o en la libertad de participación democrática, cuya afectación, respectivamente, puede originar un delito de constreñimiento al sufragante o algún delito sexual (acceso carnal violento, acto sexual violento diverso del acceso carnal, constreñimiento a la prostitución).

2.2.3. Potestad – sujeción

La potestad es la capacidad normativa, esto es, la capacidad, conferida por el derecho objetivo, para crear —también, para modificar y derogar— normas jurídicas generales y abstractas o particulares y concretas, y para imponer y ejecutar sus consecuencias jurídicas. Las potestades, pues, pueden ser de dos clases: públicas y privadas.

Así, una potestad es pública si ella se materializa en el ejercicio de una función pública (funciones legislativa, jurisdiccional, ejecutiva, electoral y de control). El ejercicio de estas potestades, por regla general, constituye un deber jurídico; su no ejercicio, un acto antijurídico, el acto condicionante de una sanción; la omisión de una función pública puede dar lugar a sanciones disciplinarias e, incluso, a sanciones penales. Existe, *verbi gratia*, una figura delictiva llamada prevaricato por omisión, referida a aquellos casos en los cuales un servidor público, dolosamente, omite realizar un acto propio de sus funciones.

Los penalistas, por ejemplo, suelen hablar del “*ius puniendi*” para referirse a la existencia de un supuesto derecho de castigar radicado en cabeza del Estado; ese “derecho de castigar”, sin embargo, no existe. Si el *ius puniendi* fuese un derecho subjetivo, que no lo es, el particular estaría correlativamente obligado a someterse a la pena estatal; si ello fuera así, que no lo es, el no sometimiento voluntario constituiría un acto antijurídico, el acto condicionante de una sanción —sanción adicional a la imponible por el delito que se está persiguiendo—; ocurre todo lo contrario, el Estado cuenta con unos plazos perentorios para ejercer su potestad de castigar, para lograr *sujetar* al particular, vencidos los cuales, este —el particular— adquiere, en términos Hohfeldianos, una inmunidad (Solano, 2012a, pp. 183 y ss.).

Además, si el *ius puniendi* fuese un derecho subjetivo, se trataría de un muy curioso “derecho” cuyo ejercicio constituye, por regla general, un deber jurídico. El *ius puniendi*, como es sabido, es la potestad de castigar radcada en cabeza del Estado, que se ejerce en tres fases o momentos: fase de la amenaza, que consiste en la creación de normas penales generales y abstractas (función legislativa); fase de la imposición, que consiste en la determinación de la pena llevada a cabo por el Juez, por vía de la creación de una norma jurídica particular y concreta (función jurisdiccional); fase de la ejecución, que consiste en el efectivo cumplimiento de esa norma jurídica particular y concreta (función ejecutiva, bajo el control de la Jurisdicción, respecto de la pena privativa de la libertad). Legislar, juzgar y ejecutar no son, pues, derechos del Estado. Los procesalistas, con razón, en alguna intuición inteligente, sostienen que la Jurisdicción es un poder-deber.

El Estado, pues, es un personaje que se desdobla en el ordenamiento jurídico; por veces, obra como ente soberano; en otras ocasiones, lo hace como

cualquier persona jurídica. Al obrar como ente soberano, como Leviatán no es titular de derechos, sólo de potestades; al obrar como cualquier persona jurídica, por ejemplo al contratar, puede llegar a ser titular de derechos subjetivos.

El *ius puniendi*, que de *ius* sólo tiene el nombre, es, entonces, una potestad pública cuyo ejercicio constituye, por regla general, un deber jurídico. Se dice “por regla general”, por cuanto el principio de oportunidad, al posibilitar que los sujetos de la relación jurídica, en casos excepcionales, dispongan del contenido de las normas penales que las regulan, dejándolas sin efectos para gobernar tales relaciones y tornándolas, por ello, en normas de orden privado, hace que, en ocasiones, el ejercicio de esa potestad pública adquiera el ropaje jurídico de un privilegio.

Ahora bien, el concepto jurídico correlativo al concepto de potestad es el de sujeción. La sujeción es un estado de sometimiento, de subordinación al ejercicio de una potestad. Quien está sujeto al ejercicio de una potestad se halla sometido, subordinado a ella, mas no obligado. Como ya se dijo, por ejemplo, en el caso del “*ius puniendi*”, el particular que ha realizado el delito está sujeto al ejercicio de esa potestad pública, mas no está obligado a someterse a la pena estatal.

Como ya se advirtió, el ejercicio de las potestades públicas, por regla general, constituye un deber jurídico; existen, empero, algunas excepciones en las que el ejercicio de una potestad pública no constituye un deber jurídico, sino un privilegio. Es lo que ocurre con el caso, ya citado, del principio de oportunidad en materia penal; es el caso, también, de ciertas potestades discrecionales que se ejercen en la administración pública: *verbi gratia*, existen ciertos funcionarios públicos que son de “libre nombramiento y remoción”.

Pues bien, el derecho correlativo a ese deber jurídico, en el que, por regla general, se traduce el ejercicio de las potestades públicas, puede ser llamado, genéricamente, derecho de activar el ejercicio de tales potestades. Una de las especies de ese género es el llamado por los procesalistas derecho de acción, que es el derecho de activar el ejercicio de una potestad pública llamada jurisdicción. La jurisdicción, así, no es un derecho del Estado, sino una potestad pública cuyo ejercicio, por regla general, constituye un deber jurídico; específicamente, es la capacidad conferida por el derecho objetivo

para crear una norma jurídica, por vía de la cual se resuelva el litigio que al titular de esa potestad le ha sido proyectado a través de una pretensión.

La pretensión, entonces, es el acto proyectivo del litigio; el acto a través del cual se ejerce el derecho de acción. El derecho de acción es, pues, la facultad que tiene toda persona de exigirle al titular de esa potestad pública, llamada jurisdicción, la creación de una norma jurídica particular y concreta, que resuelva el litigio que se le ha proyectado a través de una pretensión. El derecho de acción, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y, como ya se dijo, llamado hoy derecho a una tutela judicial efectiva, es la facultad de reclamar la creación de dicha norma. Por ello, cuando el titular de la jurisdicción no crea la norma, incurriendo en una vía de hecho, se conculca ese derecho fundamental, y de allí que, como ya se vio, resulte ser procedente la acción de tutela en contra de las providencias judiciales.

Por otra parte, un fenómeno que resulta ser interesante, al ser analizado desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales, es el relativo a la *inconstitucionalidad por omisión*. En los Estados constitucionales, se habla de inconstitucionalidad por omisión para referirse a aquellas omisiones del legislador, al desarrollar y proteger los derechos fundamentales; esa omisión suele producir, en este modelo de Estado, un curioso desplazamiento de la potestad del legislador al tribunal constitucional, que, como lo sabemos, funge, en dicho Estado, como órgano de cierre. En rigor, no existe un argumento razonable que permita entender el desplazamiento que se produce de dicha competencia y que supuestamente legitima al órgano de cierre para legislar positivamente en tales casos.

En un comienzo se entendió, recordémoslo, que, por vía del llamado control de constitucionalidad concentrado, los tribunales constitucionales fungían, siguiendo las expresiones kelsenianas, como “legisladores negativos”; sus funciones se limitaban a excluir del ordenamiento jurídico las normas jurídicas contrarias a la Constitución. Pues bien, ese desplazamiento de la competencia, que dice estar amparado por el supuesto principio de la prohibición inefectiva de los derechos fundamentales, es absurdo; la consecuencia de dicha omisión debería consistir en que el legislador debería ser sancionado, mas no en que dicha omisión provocase un desplazamiento de la competencia al tribunal constitucional para que este “legislase positivamente”.

Por otro lado, y volviendo a la clasificación de las potestades, por potestad privada se entiende la capacidad que tienen los particulares, conferida por el derecho objetivo, para, dentro de ciertos ámbitos, regular sus propias relaciones jurídicas, autolegislarse, crear normas particulares y concretas; la potestad privada es llamada por los civilistas autonomía privada o autonomía de la voluntad (Cfr. Ferri, 2001).

Ahora bien, la mayor o menor amplitud de los ámbitos en los que puede ejercerse esa autonomía depende del modelo de Estado. En los Estados personalistas o humanistas se confieren amplios márgenes para ejercer esa capacidad; en los Estados transpersonalistas o antihumanistas tales márgenes son bastante reducidos e, incluso, inexistentes.

Los particulares, por tanto, son, también, fuentes de producción de derecho, al ejercer dicha potestad privada, por vía de la realización de negocios jurídicos (Ferri, 2001, pp. 27 y ss.); los documentos en los que se expresan esos negocios constituyen fuentes de manifestación del derecho, en tanto contienen enunciados normativos a través de los cuales se expresan normas jurídicas particulares y concretas.

Con todo, el ejercicio de las potestades privadas, por regla general, constituye un privilegio, como quiera que se trata, su ejercicio, de una libertad, reconocida y protegida por el derecho, de realizar o de abstenerse de realizar negocios jurídicos. Por excepción, su ejercicio constituye una obligación o un deber jurídico: una obligación, como, por ejemplo, al celebrarse un contrato, *verbi gratia*, de compraventa, en cumplimiento de un contrato de promesa, que es, precisamente, un acuerdo de voluntades que crea obligaciones de hacer, específicamente, crea para ambas partes la obligación de contratar; un deber jurídico, que es lo que ocurre, por ejemplo, al adquirirse el llamado “seguro obligatorio” respecto de un vehículo automotor, pues, el no adquirirlo constituye el acto condicionante de una sanción administrativa reglada por el Código de Tránsito.

No existe, pues, en términos hohfeldianos, un “derecho de contratar o derecho a contratar”. Ese “derecho” es, en verdad, una potestad privada cuyo ejercicio, por regla general, constituye un privilegio, y, excepcionalmente, comporta un deber o una obligación. En ocasiones, incluso, se ejerce la

potestad privada para satisfacer una carga, para cumplir lo que impone una norma instrumental: es el caso, por ejemplo, de contratar a un abogado para, atendiendo al supuesto derecho de postulación, poder intervenir en un proceso jurisdiccional.

Por último: tanto las potestades públicas como las privadas, por encontrarse conferidas por el derecho objetivo, están sujetas a unos límites formales y materiales. Los primeros, los formales, responden a las preguntas por el quién y el cómo; los segundos, los materiales, responden a la pregunta por el qué. Los límites formales señalan quién es el titular de la potestad y trazan los cauces por los que ha de discurrir el ejercicio de la misma; los límites materiales aluden al contenido mismo del ejercicio de la potestad, trazando los contornos de la materia susceptible de ser decidida por parte de su titular. Por virtud de los límites materiales, la norma creada no puede tener cualquier contenido; no sobre todo se puede decidir y no sobre todo se puede dejar de decidir (Ferrajoli, 2004, pp. 15 y ss.).

De la observancia que se haga, pues, de dichos límites, formales y materiales, dependerá la validez, formal y material, respectivamente, del producto del ejercicio de la potestad. En los Estados constitucionales, el límite material más importante al ejercicio de toda potestad, tanto pública como privada, lo constituye, como ya se dijo, el principio de proporcionalidad en sentido amplio o de la prohibición del exceso. Los estudiosos del derecho privado están, así, en mora de leer los límites materiales a la autonomía de la voluntad, a través de la lente del principio de proporcionalidad. Un buen intento por aproximarse al estudio del negocio jurídico, desde la teoría general del derecho, es el escrito *Autonomía Privada*, de Luigi Ferri (2001).

2.2.4. Inmunidad- incompetencia

La inmunidad es un estado de no sujeción, de no sometimiento, en determinadas circunstancias, al ejercicio de una potestad. El concepto jurídico correlativo al de inmunidad es el de incompetencia; siempre que una persona goce de una inmunidad, correlativamente otra será incompetente para ejercer válidamente su potestad respecto de ella; la incompetencia, por tanto, es la incapacidad del titular de una potestad para ejercerla, válidamente, en determinadas circunstancias.

El concepto opuesto al de inmunidad es, pues, el de sujeción; lo opuesto de estar sujeto al ejercicio de una potestad es gozar de una inmunidad. Por su parte, el concepto opuesto al de potestad es el de incompetencia, por cuanto lo opuesto de tener una potestad, y de poder ejercerla válidamente, es tener la potestad y no poder ejercerla, válidamente, en determinadas circunstancias. En estricto sentido, el concepto jurídico opuesto al de incompetencia no debería ser el de potestad sino el de competencia. Potestades, sujeciones, inmunidades e incompetencias, en todo caso, se encuentran reguladas por reglas secundarias, en el sentido hartiano de la expresión (Hart, 1998, pp. 99 y ss.).

¿Qué diferencia existe entre potestad y competencia? La diferencia radica en que la competencia es la capacidad para ejercer válidamente una potestad en determinadas circunstancias. Por ello, por ejemplo, los procesalistas diferencian entre jurisdicción y competencia; según ellos, la competencia es “la medida de la jurisdicción”, es decir, la medida en que los distintos órganos de la jurisdicción se reparten, se distribuyen esa potestad pública llamada jurisdicción. En tal sentido, se afirma que todo juez tiene jurisdicción, pero sólo tiene competencia para ejercerla respecto de determinados asuntos (Devis, 1996, pp. 133 y ss.).

Veamos, ahora, ejemplos de inmunidades:

Es común el que en el lenguaje de los juristas se hable del “derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho”, como consecuencia del postulado del “*non bis in idem*” (no dos veces por lo mismo) o de la prohibición de la doble incriminación. Tal prohibición se halla estrechamente relacionada con la cosa juzgada, la “*res iudicata*”; una vez se ejerce la jurisdicción respecto de determinado litigio, se agota, por seguridad jurídica, toda posibilidad de ejercicio de la jurisdicción respecto de ese litigio (Couture, 2002, pp. 325 y ss.).

Suele decirse, entonces, que quienes tomaron parte en el proceso jurisdiccional en el que se procesó determinado litigio, adquieren “el derecho” a que este no pueda, válidamente, volver a ser procesado, y, por ende, adquieren el “derecho” a la estabilidad jurídica de la decisión judicial que sobre dicho litigio se profirió.

La cosa juzgada —que según los romanos hace de lo blanco, negro, y de lo falso, verdadero— es un atributo del que gozan ciertos efectos de determi-

nadas decisiones judiciales. Específicamente, es un atributo de estabilidad de los efectos que producen las sentencias respecto de las partes del litigio que fue procesado y enjuiciado. En estricto sentido, la cosa juzgada no produce un derecho subjetivo; provoca, sí, una inmunidad, como quiera que en tales circunstancias dichos sujetos dejarán de estar sometidos al ejercicio de esa potestad pública llamada jurisdicción. En rigor, la cosa juzgada, esto es, ese atributo de estabilidad jurídica, no se predica de la sentencia sino de la decisión en ella contenida; específicamente, se predica de la norma particular y concreta creada por el juez para resolver el litigio; la cosa juzgada hace que esa norma particular y concreta sea inmodificable.

Otro ejemplo: los legisladores suelen ser cuidadosos al regular el derecho de acción, con miras a evitar obstaculizar el acceso a la administración de justicia. No obstante, y producto de ciertas ponderaciones, por excepción, el legislador señala que, en ciertos casos, el derecho de acción deba ejercerse en ciertos plazos preclusivos, vencidos los cuales se produce un fenómeno jurídico-procesal llamado la caducidad.

La caducidad, pues, es la pérdida de la oportunidad para ejercer el derecho de acción, debido al paso del tiempo (Cfr. Couture, 2002, pp. 145 y ss.). Así, la caducidad produce una inmunidad; por virtud de ella, las partes del litigio no se encuentran sujetas al ejercicio de la potestad pública jurisdiccional. Si opera una caducidad, por supuesto, el titular de la potestad jurisdiccional será incompetente para procesar y enjuiciar el respectivo litigio. No debemos, sin embargo, confundir la caducidad, que es la pérdida de la oportunidad para ejercer el derecho de acción, con la prescripción extintiva, que es la pérdida del derecho sustancial que constituye la causa de la eventual pretensión; la primera hace perder el poder jurídico de acceder a la jurisdicción; la segunda, el poder jurídico de reclamar una sentencia de fondo favorable; la primera constituye un fenómeno procesal; la segunda, uno sustancial.

La inmunidad, en todo caso, no es un fenómeno exclusivamente procesal; hay inmunidades que provienen del derecho sustancial; es lo que ocurre, por ejemplo, con la inoponibilidad, esto es, con la imposibilidad jurídica de que las normas negociales o consecuencias jurídicas relativas a las mismas afecten a determinadas personas.

3. Otros conceptos

3.1. Acto jurídico

3.1.1. Concepto

No todo hecho es un acto, pero todo acto es un hecho. El hecho es, pues, una modificación o mudamiento del mundo exterior; siempre que se produce un hecho, el mundo preexistente sufre una alteración. El acto, por su parte, es una modificación del mundo exterior determinada por la voluntad; el acto es un hecho humano voluntario (Carnelutti, 2006, pp. 265 y ss.). Ahora bien, la voluntad es el producto del ejercicio efectivo de la libertad, y la libertad, recordémoslo, es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales. Para que haya un acto se requiere, entonces, que exista una voluntad exteriorizada, una voluntad que se incruste en el mundo exterior; un acto es un movimiento interno de la voluntad que se manifiesta externamente.

Para que haya acto, por tanto, se requiere que haya habido voluntad, así esta esté coaccionada. A propósito de ello, en el derecho, con razón, suele clasificarse la fuerza mayor o *vis maior* en: fuerza física y fuerza moral. Para referirse a la fuerza física se habla de *vis absoluta*; para aludir a la fuerza moral se habla de *vis relativa* o *compulsiva*. La expresión latina *vis*, que traducimos por fuerza, significa el poder que le da la esencia a algo.

La fuerza física consiste, pues, en un factor externo al hombre que aniquila su voluntad, que lo arrastra, haciendo que el hombre obre como una “masa mecánica”. El hombre, en estos casos, no obra, sino que “es obrado” (Velásquez, 2009, p. 536). Así, por ejemplo, si Juan empuja a Pedro y este cae sobre una niña y la mata, Pedro no habrá realizado un acto, un hecho humano voluntario.

La fuerza moral, por su parte, consiste en la amenaza de un mal futuro proferida por un hombre a otro, que lo constriñe, llevándolo a obrar de determinada forma. Así las cosas, la fuerza moral no aniquila la voluntad; la coacciona, reduciendo el ámbito de libertad del individuo. Así, por ejemplo, si Juan le dice a Pedro: o mata a Luis o mato a su hija recién nacida,

y Pedro, movido por ello, *decide* matar a Luis, Pedro habrá realizado una conducta, pues él, físicamente, pudo abstenerse de matar a Luis, sacrificando a su hija. En ese caso, sí hay voluntad porque hay libertad, sólo que el ámbito de libertad del individuo se encontraba sumamente reducido; si hay libertad, hay voluntad, y si hay voluntad, hay acto.

Esas distintas clases de fuerzas producen, pues, diferentes efectos, en las distintas parcelas del derecho. Así, por ejemplo, para los civilistas, si hay fuerza física, no hay acto jurídico, porque no hubo consentimiento; por el contrario, si hay fuerza moral, sí hay acto jurídico, puesto que sí hubo consentimiento, pero este se halla viciado, afectándose la validez del negocio jurídico o, mejor, de la norma negocial (Claro, 1992, pp. 192 y ss.). Para los penalistas, por su parte, si hay fuerza física, no habrá delito (conducta típica, antijurídica y culpable) por cuanto ni siquiera hay *conducta*; si hay fuerza moral, tampoco hay delito, mas sí hay conducta; no hay delito, en tal caso, por regla general, por ausencia de culpabilidad, como quiera que al sujeto, debido a su estrecho ámbito de libertad, no le era exigible jurídicamente una conducta distinta de la que realizó (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2000, pp. 712 y ss.).

En todo caso, no debemos confundir la voluntad, que es sinónimo del querer, con el deseo o el gusto (Aftalión, Vilanova & Raffo, pp. 367 y ss.). El hombre es, por esencia, un ser circunstanciado, finito, limitado; suele realizar, voluntariamente, conductas que le disgustan, que le resultan ser indeseables. Para que un hecho sea voluntario basta con que el individuo lo haya escogido entre diversas posibilidades existenciales, así la posibilidad querida le resulte desagradable.

Con todo, la expresión “jurídico”, como ya lo sabemos, significa relativo o perteneciente al derecho. Por tanto, un acto es jurídico si está regulado por el derecho; acto jurídico es, en suma, manifestación de voluntad *apta* para producir efectos jurídicos; acto jurídico es, entonces, un mudamiento del mundo exterior, determinado por la voluntad, que el derecho regula, haciéndole producir efectos, consistentes en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, o, lo que es lo mismo, de situaciones jurídicas de ventaja y de sus correlativas situaciones jurídicas de desventaja.

Los civilistas, especialmente los formados bajo la influencia del pensamiento jurídico francés, sin embargo, suelen definir el acto jurídico (género)

confundiéndolo con una de sus especies, el negocio jurídico. El negocio jurídico es una manifestación de voluntad *encaminada* a producir efectos jurídicos (Cfr. Ospina & Ospina, 1998b, p. 17).

3.1.2. Clasificación

A la luz de los conceptos jurídicos fundamentales y, por ende, de la teoría general del derecho, los actos jurídicos se clasifican atendiendo a la posición que, en la relación jurídica que con ellos se afecta, ocupe el sujeto que los realiza.

Veamos:

El derecho subjetivo, el privilegio y la potestad son poderes jurídicos; son algo que el sujeto tiene. Ahora bien, los derechos subjetivos, los privilegios y las potestades se ejercen a través de actos; los actos son, pues, algo que el sujeto hace. Los deberes y las obligaciones, que son algo que el sujeto padece, se cumplen y se incumplen a través de actos; las cargas, asimismo, se atienden y se desatienden a través de actos.

Como ya lo sabemos, por virtud de la norma de clausura, todos los actos que el hombre realiza en su existencia están regulados por el derecho; tienen algún significado normativo que el derecho les atribuye. Dicha atribución la realiza valiéndose de los conceptos jurídicos fundamentales, así: las llamadas por Hart reglas primarias conceden derechos subjetivos e imponen los correlativos deberes u obligaciones; conceden, además, privilegios. Las llamadas por Hart reglas secundarias atribuyen potestades públicas y privadas, e imponen las correlativas sujeciones; consagran, además, inmunidades y las correlativas incompetencias. Por último, las llamadas por Guastini normas instrumentales imponen las cargas, los imperativos del propio interés.

Pues bien, como quiera que por virtud de la norma de clausura todos los actos son jurídicos, pues no existe un sólo acto que el derecho no regule, esta clasificación que vamos a analizar debe dar cuenta de todos los actos que el hombre realiza en su existencia. La clasificación anunciada es esta:

Los derechos subjetivos se ejercen a través de unos actos llamados *pretensiones*. Recordemos que a Kelsen se le criticó el haber confundido el género

(derecho subjetivo) con una de sus especies (el derecho de acción). Sostienen los procesalistas que el derecho de acción se ejerce a través de un acto llamado pretensión, afirmando que esta es el acto por vía del cual una de las partes del litigio, autoatribuyéndose un derecho (Couture, 2002, p. 59), exige que se subordine el interés ajeno al interés propio (Carnelutti, 2004c, p. 44). Sostienen, además, que el derecho de acción es autónomo, como quiera que se es titular de ese derecho así no se sea titular del derecho subjetivo sustancial constitutivo de la causa de la pretensión.

No debemos confundir, es preciso advertirlo, la pretensión con la demanda; la demanda es, apenas, una de las formas que puede asumir la pretensión; en el proceso penal, por ejemplo, la pretensión punitiva se encuentra vertida no en una “demanda” sino en el escrito de acusación que el fiscal radica ante el llamado juez de conocimiento.

Pues bien, recordemos que el derecho de acción es el derecho a exigirle al titular de la potestad pública llamada jurisdicción la creación de una norma particular y concreta, a través de la cual se resuelva el litigio que se le ha proyectado por medio de la pretensión. De ese derecho se es titular así “no se tenga la razón”, así no se sea titular del derecho subjetivo sustancial que se invoca como causa de la pretensión. Si el pretensor es, además, titular del derecho subjetivo sustancial mencionado, tendrá derecho no sólo a exigir que se cree dicha norma particular y concreta; tendrá derecho a que esa norma tenga determinado contenido, específicamente, a que esa norma le sea favorable.

Por ello, si se comprende lo dicho, debemos afirmar que Kelsen no estaba equivocado; todos los derechos subjetivos se ejercen a través de unos actos llamados pretensiones; lo que ocurre es que si bien siempre que se pretende se está ejerciendo el derecho de acción, no siempre el pretensor es titular, además, del derecho subjetivo sustancial que constituye la causa de la pretensión. Si el pretensor, entonces, es titular del derecho subjetivo sustancial, estará ejerciendo, a través de la pretensión, dos derechos: el derecho de acción, de naturaleza procesal, y el derecho subjetivo sustancial aludido. Recordemos, pues, que el derecho subjetivo es *facultas exigendi*; dicha exigencia se realiza, precisamente, a través de ese acto llamado pretensión; derecho subjetivo es facultad de exigir *jurídicamente*, mas no a través de una vía de hecho.

Por otra parte, los privilegios se ejercen a través de unos actos llamados *actos facultativos* (Carnelutti, 2006, p. 273). Recordemos que el privilegio es *facultas agendi*; caminar, expresar opiniones, escoger creencias, tener relaciones sexuales, por ejemplo, son actos facultativos. No olvidemos, pues, que el privilegio es un poder jurídico, es algo que uno tiene; la posibilidad de desplazarse, reconocida y protegida por el derecho, es un privilegio (libertad de locomoción); caminar es uno de esos actos a través de los cuales se ejerce ese privilegio. Las potestades públicas, a su turno, se ejercen a través de unos actos llamados, en términos generales, *proveimientos*—*leyes* (aludiéndose, aquí, más al acto de producción que al documento resultado del mismo), *actos administrativos*, *decisiones judiciales*—; las potestades privadas, a través de unos actos llamados *negocios jurídicos* (Cfr. Carnelutti, 2006, p. 272).

Conviene hacer unas precisiones sobre el negocio jurídico: este es una manifestación de voluntad *encaminada* a producir efectos jurídicos; es un acto que crea normas jurídicas particulares y concretas. Como ya lo dijimos, los civilistas, especialmente los formados bajo la influencia del pensamiento jurídico francés, suelen confundir el género (acto jurídico) con una de sus especies (el negocio jurídico); es más, para ellos el negocio jurídico, atendiendo seguramente al sentido que la expresión negocio tiene en el lenguaje vulgar o común, es sólo el acto jurídico—entendido como manifestación de voluntad *encaminada* a...—bilateral en su formación.

La etimología de la expresión negocio, *nec-otium*, sin embargo, nos lleva a concluir que el negocio es, simplemente, la negación del *otium*, la negación del ocio; ese es el sentido en el que se entiende dicha expresión en el lenguaje de los filósofos. Ahora bien, ocio para los filósofos no es la pereza, no es la ausencia de actividad; el ocio es la vida contemplativa, la vida intelectual, la vida del ensimismamiento, la vida volcada hacia las actividades propias del pensamiento. El negocio, por el contrario, es la vida en alteración, esto es, ocupándose de lo otro que yo, ocupándose del mundo exterior; es la vida práctica. Existen, pues, dos clases de hombres: los ocupados y los preocupados, los políticos y los intelectuales; aquellos dedican su vida al negocio, a la vida en alteración; estos, al ocio, a la vida contemplativa (Cfr. Ortega, 1983o, pp. 342 – 343). Dios, que es el ser perfecto, vive sólo en estado de ensimismamiento, como quiera que no tiene circunstancia de la cual deba ocuparse; el ideal del hombre no es la vida del negocio sino

la vida contemplativa; quien quiera percibir el infinito que cierre los ojos (Comte-Sponville).

Ahora bien, el negocio jurídico, ya lo sabemos, es el acto a través del cual se ejerce una potestad privada, que los civilistas llaman autonomía privada o autonomía de la voluntad. Pues bien, Luigi Ferri (2001), en su famoso texto sobre el particular, ya citado, critica la teoría de Savigny, jurista alemán, y, en general, la tradicional teoría de los civilistas franceses sobre el negocio jurídico, según la cual la ley crea el derecho objetivo, y el negocio jurídico sólo crea derechos subjetivos (pp. 16 y ss.). Los civilistas franceses llevan al extremo el planteamiento de Savigny afirmando, incluso, que, en estricto sentido, la única fuente de las obligaciones y de los correlativos derechos subjetivos es la ley; según ellos, las fuentes de las obligaciones son la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito; afirman, pues, que, en estricto sentido, la fuente de todas las obligaciones es la ley, sólo que uno de sus supuestos normativos se llama contrato, otro cuasicontrato, otro delito, otro cuasidelito, y, bajo la denominación “ley”, se agrupan todos los demás supuestos innominados productores de obligaciones previstos en aquella que no son ni contrato ni cuasicontrato ni delito ni cuasidelito.

Luigi Ferri (2001), entonces, critica tales planteamientos afirmando que confunden la fuente de validez con la fuente normativa (pp. 25 y ss.). La fuente de validez de una norma es la norma de superior jerarquía; la fuente normativa es el acto que crea la norma. Así, pues, el negocio jurídico, también, crea normas jurídicas, crea derecho objetivo, sólo que el negocio jurídico crea normas jurídicas particulares y concretas. Cosa distinta es que la ley, por ser norma de superior jerarquía, sea la fuente de validez de las normas jurídicas creadas por el negocio jurídico, de la misma forma que la Constitución es fuente de validez de la ley.

Con todo, entender la autonomía privada como una potestad, en la terminología de Hohfeld, y, por ende, comprender el negocio jurídico como productor de normas jurídicas particulares y concretas, permite habérselas, con pulcritud intelectual, esto es, con la distancia intelectual necesaria para apreciar con rigor el fenómeno jurídico, eso que los civilistas mal denominan las “sanciones al acto jurídico”; los civilistas suelen, al respecto, diferenciar los conceptos de inexistencia, nulidad, ineficacia e inoponibilidad. La teoría general del derecho, pues, nos permite comprender esas *realidades*

conceptuales, así la terminología que utilicemos no se corresponda plenamente con la terminología propia de los civilistas.

Así, bien puede ocurrir, en primer lugar, que no se haya exteriorizado una voluntad, esto es, que el acto sea inexistente; en segundo lugar, que si bien hubo de exteriorizarse una voluntad, el acto sea ineficaz —ineficacia jurídica; de allí que la eficacia jurídica equivalga a la vigencia o existencia (Cfr. Prieto, 2005, p. 84)—, como quiera que no logre producir el efecto jurídico, esto es, no logre crear la norma particular y concreta; en tercer lugar, que haya habido un acto y que este haya logrado vomitar el efecto jurídico, pero que la norma jurídica creada sea inválida, formal o materialmente, debiéndose recoger dicho efecto por vía de su declaratoria judicial de nulidad —la nulidad, en este caso, es a la norma particular y concreta lo que la inexecutable es a la general y abstracta—; en cuarto lugar, que se haya exteriorizado una voluntad y esta haya logrado crear una norma válida, formal y materialmente, pero la misma no rija respecto de determinadas personas, en tanto les sea inoponible, gozando estas de una inmunidad.

La teoría general del derecho nos permite, además, comprender, con la debida pulcritud intelectual, ciertos fenómenos que ocurren en torno al llamado negocio jurídico, como, por ejemplo, los de revocación, resiliación y resolución. Todos ellos son, simplemente, formas de pérdida de vigencia de las normas particulares y concretas que tuvieron por fuente normativa a un negocio jurídico.

Así las cosas, la revocación es la pérdida de vigencia, debido a la voluntad tácita o expresa de su creador, de la norma particular y concreta creada por un negocio jurídico unilateral en su formación —como ocurre, por ejemplo, con el apoderamiento o con un testamento, aunque en este último el tema resulta ser aún más complejo, pues las normas testamentarias sólo comienzan a regir una vez muere el testador—; la resiliación —que, contrario a lo que suele decirse, no des-hace el negocio, pues el pasado es imborrable— es la pérdida de vigencia, debido a la voluntad tácita o expresa de sus creadores, de la norma particular y concreta creada por un negocio jurídico bilateral en su formación —como ocurre, por ejemplo, con un contrato—; la resolución, por su parte, es la pérdida de vigencia, debido a la realización efectiva de una condición —hecho futuro e incierto— de la norma particular y concreta creada por un negocio jurídico.

No olvidemos, como ha quedado dicho, que la voluntad o el consentimiento puede manifestarse de dos formas: de una forma tácita y de una forma expresa. Voluntad tácita es aquella que se expresa a través de un acto que no tenía como única finalidad la de expresarla; voluntad expresa es aquella que se exterioriza por vía de un acto que tenía como único fin el de manifestarla.

Hechas las mencionadas precisiones sobre el negocio jurídico, debemos continuar con la clasificación de los actos jurídicos, así: los deberes jurídicos se cumplen a través de unos actos jurídicos llamados *actos debidos* (Carnelutti, 2006, p. 280); las obligaciones se cumplen, por su parte, a través de un acto llamado el *pago* (Ospina & Ospina, 1998a, pp. 320 y ss.); las cargas, a su turno, se atienden por vía de los denominados *actos necesarios* (Carnelutti, 2006, p. 280); los deberes jurídicos y las obligaciones se incumplen a través de unos actos que, como lo vimos, Kelsen (1995a) llama *actos antijurídicos* (p. 59).

Pues bien, ¿cómo es posible que un acto jurídico sea, a la vez, antijurídico? Carnelutti (2008) sostiene que en el lenguaje de los juristas se usa indebidamente la expresión *antijuridicidad*; suele confundirse lo jurídico con lo lícito; lo jurídico es lo relativo o perteneciente al derecho; lo lícito es lo conforme a derecho; lo contrario a derecho, por tanto, no es lo antijurídico sino lo ilícito; lo ilícito, pues, es jurídico porque está regulado por el derecho; lo regula en tanto que lo sanciona. Carnelutti, por ello, propone, con razón, abandonar la expresión “acto antijurídico”, sustituyéndola por la locución “acto ilícito”; hay, entonces, *actos jurídicos ilícitos*, esto es, actos regulados por el derecho que son ilícitos porque el derecho los sanciona; el delito, por ejemplo, es uno de ellos (pp. 67 y ss.). Si, por el contrario, la expresión acto jurídico se emplea, como lo hace la doctrina civilista francesa, en el sentido de manifestación de voluntad *encaminada* a producir efectos jurídicos, confundiendo el género con una de sus especies, el delito, por supuesto, no sería uno de ellos, salvo que el agente quisiese cometerlo con miras a quedar sujeto a la pena.

3.2. Bien jurídico

3.2.1. Concepto

No todo objeto es un bien; bien es sólo aquel objeto valioso, aquel objeto sobre el que se encarna un valor (objetivismo) o sobre el que proyecta-

mos una valoración positiva (relativismo). Bienes jurídicos son, por tanto, los objetos valiosos protegidos por el derecho. Así, un objeto es valioso en tanto es representativo de una situación de ventaja para quien lo posee, consistente en que quien lo posee se halla en una posición favorable a la satisfacción de una necesidad; en un sentido amplio, pues, bienes son todos los medios, de contenido económico o no, con los que cuenta el hombre para la satisfacción de sus necesidades.

El interés, como ya lo dijimos, es una posición favorable a la satisfacción de una necesidad; el bien es el medio para la satisfacción de la necesidad. A todo conflicto de intereses subyace un bien, objeto de disputa; es, precisamente, la posesión de dicho bien la que produce el conflicto, y, por ende, la que divide a los sujetos. Recordemos que el conflicto de intereses se presenta en aquellos casos en los cuales la posición favorable a la satisfacción de la necesidad de una persona excluye la posición favorable a la satisfacción de una necesidad de otra; recordemos, además, que si el conflicto de intereses se halla calificado por un conflicto de voluntades se produce un litigio; también, que una relación jurídica es un conflicto de intereses regulado por el derecho (Carnelutti, 2004c, pp. 11 y ss.).

Pues bien, los sujetos de la relación jurídica son los titulares de los intereses en conflicto, y el objeto de la relación es el bien jurídico en disputa. No todos los bienes, por supuesto, son bienes jurídicos, pues no todos los bienes son objeto de relaciones jurídicas; para que un bien sea objeto de una relación jurídica se requiere de su escasez, esto es, se requiere que no haya la cantidad suficiente para satisfacer todas las necesidades. Sólo el bien escaso es objeto de una relación jurídica, porque esta es un conflicto de intereses que se produce, precisamente, por el desequilibrio existente entre los bienes y las necesidades; los bienes son limitados, las necesidades ilimitadas (Carnelutti, 2004a, pp. 9 y ss.). Así, el aire, por lo pronto, pese a ser un bien, no es un bien jurídico, por cuanto hay aire para todos.

¿Cuáles son los bienes jurídicos? La respuesta a esa pregunta depende de una decisión política y, especialmente, del modelo de Estado: unos son los bienes protegidos por el derecho en un Estado personalista; otros, los bienes protegidos por el derecho en un Estado transpersonalista. En el primero, serán bienes jurídicos todos aquellos medios necesarios para que cada ser humano pueda desplegar su vocación, su proyecto existencial, el desti-

no ético que se ha trazado; en el segundo, todos aquellos medios para que se realicen, a plenitud, ciertos ideales colectivos.

3.2.2. Clasificación

Atendiendo a su titular, los bienes jurídicos se clasifican en individuales y en colectivos (Velásquez, 2009, p. 107). Bienes jurídicos individuales son aquellos cuyo titular es una persona natural o jurídica determinada, distinta del Estado en su condición de ente soberano; bienes jurídicos colectivos son aquellos cuyo titular es el Estado, en su condición de ente soberano, o el conglomerado social difusamente concebido.

Si los bienes jurídicos colectivos son del conglomerado social difusamente concebido se llaman, específicamente, bienes jurídicos difusos; estos son de “la gente”, del individuo desindividualizado, de todos y de nadie en particular. A tal punto es ello cierto que, así se reuniesen todas las personas que coexisten en un momento determinado y hubiese unanimidad entre ellas, no podrían disponer, válidamente, de estos bienes; son bienes que incluso les pertenecen a generaciones futuras, esto es, a generaciones aún inexistentes.

Ejemplos de bienes jurídicos individuales son la vida, la libertad, la integridad personal, el honor, la honra, los bienes de contenido patrimonial. Ejemplos de bienes jurídicos colectivos cuyo titular es el Estado, en su condición de ente soberano, son la administración pública (que se refiere a la actividad funcional del Estado), la seguridad y existencia del Estado (que se refiere a su carácter de ente independiente de otros Estados). Ejemplos, por último, de bienes jurídicos difusos son la seguridad pública, la salud pública, el medio ambiente.

Ahora bien, como no hay existencia sin coexistencia, en un Estado personalista se deben proteger tanto los bienes individuales como los colectivos, sólo que estos últimos se protegen no como fines en sí mismos, sino como medios o instrumentos para la protección de aquellos. Es decir, en un Estado personalista se protege la coexistencia, mas no como fin en sí misma, sino como medio para posibilitar las existencias individuales. Por el contrario, en un Estado transpersonalista, se hace énfasis en la protección de los bienes jurídicos colectivos como fines en sí mismos, de tal manera que la protección de un bien jurídico individual sólo interesa si ella posibilita alcanzar un ideal colectivo.

3.2.3. Teorías

La expresión “bien jurídico” fue creada en 1834 por Birnbaum (2010); este profesor, de pensamiento *iusnaturalista*, acudió a este concepto con miras a diferenciar los derechos subjetivos de los objetos sobre los cuales estos recaen (pp. 35 y ss.); una cosa es la vida, bien jurídico, y otra cosa es el *derecho* a la vida. Esa diferenciación, según el planteamiento propio de los *iusnaturalistas*, se hizo para sostener que si bien el derecho objetivo es el que crea los derechos subjetivos, los bienes jurídicos no los crea el derecho; simplemente, los reconoce y los protege.

Con Birnbaum surgieron, pues, las teorías trascendentalistas sobre la naturaleza de los bienes jurídicos; para estas, como ya se dijo, el derecho positivo no crea los bienes jurídicos, tan sólo los reconoce y protege. Tales teorías se oponen a las teorías inmanentistas, de familia *iuspositivista*, para las que el derecho positivo establece, crea los bienes jurídicos (Bustos, 1984, pp. 51 y ss.). Por supuesto, las teorías trascendentalistas se corresponden con un objetivismo axiológico; las inmanentistas, con un relativismo valorativo. En la actualidad, en el Estado constitucional, se sostiene que es la Constitución Política la que determina (¿crea o reconoce?) los bienes jurídicos, siendo el respectivo tribunal constitucional, quien cumple allí el mismo papel que tenía la Iglesia en los Estados Pontificios, el que tiene la última palabra sobre cuáles son los bienes jurídicos y sobre su alcance.

Con todo, de la naturaleza que se les atribuya o reconozca a los bienes jurídicos dependerá la disponibilidad de los mismos por parte de su titular. Si se parte de una teoría inmanentista, el derecho positivo será el que determine si son disponibles y en qué circunstancias los bienes jurídicos; si se parte de una teoría trascendentalista, será la esencia, la estructura ontológica de ellos la que determine su disponibilidad.

Al respecto, nuestro Código Civil, en su artículo 15, nos suministra un criterio, puramente formal, con miras a determinar qué bienes jurídicos, de *lege data*, son disponibles: serán disponibles aquellos bienes jurídicos sobre los que recaigan derechos renunciables; “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. Sin embargo, ¿qué derechos miran al exclusivo interés del renunciante? La respuesta a esa pre-

gunta dependerá, indefectiblemente, del sistema de creencias subyacente a la decisión del órgano de cierre del Estado. Así, por ejemplo, dependerá de si dicho sistema consiste en una moral libertaria, o en una utilitarista, o en una cristiana, etc.

UNIDAD

VI

El pensamiento jurídico

Introducción

Por último, en esta obra introductoria, nos ocuparemos del pensamiento jurídico, así: en primer lugar, del derecho entendido como ciencia; en segundo lugar, de las corrientes de dicho pensamiento.

1. Ciencia del derecho

Recordemos que una cosa es la ciencia, y otra la filosofía: la ciencia es la reconstrucción sistemática, a partir de la elaboración de unas teorías, de un aspecto de la realidad; es un saber, por esencia, parcial; pretende, en palabras de Ortega, hacer espumar esencias del universo; se ocupa, así, de hallar, de descubrir, de desvelar el ser de determinados objetos del universo. La filosofía, por su parte, es un saber universal, pues pretende descubrir, desvelar no el ser de determinados objetos del universo, sino el ser de todos los objetos de este—aquello que unifica la multiplicidad de las cosas, la totalidad envolvente, el todo en cuanto todo— (Solano, 2012b, pp. 55 y ss.). La filosofía, pues, más que un saber, es una

perspectiva de apreciación de la realidad: pretende ocuparse de la parte desde la perspectiva del todo; se define, por tanto, no por sus objetos de estudio, sino por la forma de abordarlos.

Los juristas, al igual que lo que ocurre en las demás “ciencias blandas” o ciencias del deber ser o del espíritu, discuten sobre el estatuto científico del derecho, es decir, sobre el estatuto científico de ese saber que tiene por objeto de estudio al derecho en sentido objetivo. La discusión se debe al carácter esencialmente dinámico de dicho objeto; se trata, según algunos, de un terreno inestable que no permite levantar construcciones teóricas rigurosas; tres pinceladas del legislador convierten bibliotecas enteras en basura, nos diría Kirchmann (1983, pp. 16 y ss.); tres grados de latitud hacen caducar toda la jurisprudencia, nos diría Pascal (Cfr. Del Vecchio, 1997, p. 301). Otros, como Kelsen, defienden dicho estatuto científico, advirtiendo que la ciencia del derecho debe hacerse sobre aquello que permanece en el cambio, sobre su forma y no sobre su contenido (Cfr. García, 1978, pp. 9 y ss.).

Sea lo que fuere, ese saber que llamamos derecho, como ya lo sabemos, se encuentra compuesto por unos conceptos que se hallan sistematizados al menos en tres plantas o niveles de abstracción: en primer lugar, los conceptos propios de cada parcela de cada derecho positivo en particular; son esos los conceptos propios de la dogmática jurídica. En segundo lugar, aquellos que son comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles; son esos los conceptos jurídicos pertenecientes a las llamadas teorías generales-particulares. En tercer lugar, aquellos que son comunes a todas las parcelas de todos los derechos positivos existentes y posibles; son esos los llamados conceptos jurídicos fundamentales, que son los propios de la teoría general del derecho. El edificio de la ciencia del derecho tiene, pues, tres plantas o niveles de abstracción: el nivel más bajo, que es el de la dogmática jurídica; un nivel medio de abstracción, en el que se encuentran las teorías generales-particulares; y el nivel más alto de abstracción, en el que se halla la teoría general del derecho (Solano, 2012a, pp. 185 y ss.).

La dogmática jurídica, recordémoslo, es el saber que se ocupa de reconstruir, científicamente, sistemáticamente, los contenidos de cada parcela de cada derecho positivo en particular, con miras a explicar, en una forma coherente, qué es lo prescrito por ese derecho, respecto de quiénes se encuentra prescrito y en qué circunstancias (Guastini, 1999, pp. 23 y ss.); dependiendo

de la parcela del derecho objeto de estudio, se habla de, por ejemplo, dogmáticas civil, penal, procesal, etc. Las teorías generales-particulares, por su parte, son construcciones sistemáticas que pretenden dar cuenta de conceptos que son comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles; se habla así, por ejemplo, de las teorías del delito, del proceso, del acto de comercio, etc. La teoría general del derecho, por último, es una construcción sistemática de conceptos que pretende dar cuenta del ser universal del derecho; se ocupa, específicamente, de dos grandes temas: el concepto de derecho y los conceptos jurídicos fundamentales.

Como ya se dijo, el jurista, además de haberse desplazado por esos tres niveles de abstracción, debe salir del edificio, para, en perspectiva filosófica, observar con claridad sus perfiles, descubriendo, así, la relación existente entre el aspecto de la realidad objeto de su estudio —el derecho— y la totalidad del universo; debe habérselas, pues, con la filosofía del derecho.

No existe, sin embargo, claridad entre filósofos y juristas sobre qué es la filosofía del derecho; los filósofos parecen reducir la filosofía del derecho a una estimativa o axiología jurídica; los juristas, a la teoría general del derecho (Bobbio, 2015, pp. 48 y ss.). Para Giorgio Del Vecchio (1997) la filosofía del derecho es una disciplina que pretende estudiar el derecho en sus dimensiones lógica, fenomenológica y axiológica; es una disciplina que pretende, desde una perspectiva universal, estudiar lo que el derecho *es* (dimensión lógica), lo que el derecho *ha sido* (dimensión fenomenológica) y lo que el derecho *debería ser* (dimensión axiológica) (pp. 275 y ss.).

Así, la llamada filosofía del derecho sería el conjunto de tres subdisciplinas: la teoría general del derecho, que estudia el ser universal del derecho; la historia del derecho, que se ocupa de estudiar lo que el derecho ha sido; y la estimativa o axiología jurídica, que se pregunta por lo que el derecho debería ser, como quiera que pretende descubrir, en perspectiva *iusnaturalista*, los valores que deben inspirar a cada derecho positivo. Algunos le agregan, incluso, una disciplina llamada metodología jurídica, que se encarga de dar cuenta de las distintas formas de aproximarse al estudio del derecho (Bobbio, 2015, pp. 71 y ss.).

La teoría general del derecho, entonces, sería una filosofía del derecho hecha por juristas; la estimativa o axiología jurídica, una filosofía del derecho

hecha propiamente por filósofos (Guastini, 1999, pp. 16 y ss.) La historia del derecho sería, pues, una filosofía del derecho hecha por historiadores. Tal apreciación nos parece relativamente equivocada: la filosofía del derecho, en estricto sentido, ha de ocuparse de estudiar el derecho (la parte) desde la perspectiva del todo; debe, por tanto, preguntarse por cómo una determinada postura sobre el *ser*, sobre la totalidad envolvente, repercute en el mundo jurídico. Al analizar el acto antijurídico, como concepto jurídico fundamental, hemos dado una pequeña muestra de ello.

Con todo, los saberes mencionados (teoría general del derecho, teorías generales-particulares y dogmática jurídica) que integran, en principio, la ciencia del derecho, no agotan el estudio del fenómeno jurídico; ellos se encuentran volcados, apenas, sobre su dimensión normativa. Todo fenómeno jurídico, empero, tiene tres dimensiones: una fáctica, una normativa y una axiológica o valorativa; toda norma jurídica, como ha quedado dicho, es el producto de la valoración o de la desvaloración que su creador ha hecho de una conducta.

Pues bien, el estudio de la dimensión normativa del fenómeno jurídico le corresponde a la dogmática jurídica, a las teorías generales-particulares y a la teoría general del derecho; el estudio de la dimensión valorativa, a la estimativa o axiología jurídica y a la política jurídica; por último, el estudio de la dimensión fáctica, entre otras, a la historia del derecho y a la sociología jurídica. Para algunos, la ciencia del derecho, entendida como “ciencia del derecho integrada”, es el conjunto de todos esos saberes.

La sociología jurídica y la historia del derecho se ocupan, pues, del estudio de la dimensión fáctica del fenómeno jurídico. La primera estudia el derecho entendido como un uso social, como una vigencia colectiva; estudia, además, las causas de los conflictos de voluntades, que se añaden a los conflictos de intereses, y los distintos medios con los que cuenta la sociedad para hacerle frente a su existencia; si tales conflictos se expresan como fenómenos criminales, la sociología jurídica adquiere un nuevo ropaje, llamándose criminología. La segunda, la historia del derecho, se enfoca en el análisis de las distintas manifestaciones que ha tenido el fenómeno jurídico, así como de la influencia que, en las distintas legislaciones, tienen las instituciones de ciertos derechos fontanares, como, por ejemplo, del derecho romano.

Por otra parte, el estudio de la dimensión valorativa del fenómeno jurídico es del resorte, pues, de la política jurídica y de la estimativa o axiología jurídica. La primera, nutriéndose de los datos provenientes de la sociología jurídica, se ocupa del estudio de los medios normativos que resultan ser idóneos, necesarios y proporcionados para la consecución de ciertos fines que interesan a la *polis*; se trata de un saber, esencialmente crítico y valorativo, que estudia el derecho no como este es, sino como este debería ser, de tal manera que pueda lograr sus cometidos. La segunda, la axiología o estimativa jurídica, estudia no ya los medios, como la política jurídica, sino, precisamente, los fines y, especialmente, los valores que con tales medios deben ser realizados. Para algunos, Kelsen (1995b) entre ellos, la ciencia del derecho debe reducirse al estudio de la dimensión normativa, debiendo estar radicalmente separada de la sociología, historia, política y estimativa jurídicas (p. 15).

2. Corrientes del pensamiento jurídico

A lo largo de este escrito, nos hemos referido a las dos grandes y opuestas corrientes del pensamiento que han atravesado la historia del derecho: el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo* (Cfr. Bobbio, 2004, pp. 37 y ss.). Conviene, ahora, simplemente, hacer unas precisiones, retomando algunas de las ideas ya mencionadas.

Pues bien, el positivismo jurídico, recordémoslo, es aquella corriente del pensamiento que afirma la existencia exclusiva del derecho positivo, esto es, del derecho puesto o impuesto por el hombre. No debemos confundir el objeto de estudio con la corriente del pensamiento; una cosa es el derecho positivo, y otra, muy distinta, el positivismo jurídico; ninguna corriente del pensamiento ha negado la existencia del derecho positivo; lo que suele afirmarse por parte de quienes no comparten las tesis positivistas es que, jurídicamente, existe algo más que el derecho positivo.

El *iusnaturalismo*, por su parte, es aquella corriente del pensamiento jurídico que afirma la existencia de una dualidad de derechos: el derecho positivo y el derecho natural. Afirma, además, la subordinación de aquel respecto de este, y, por ende, la superioridad de este respecto de aquel. Para

el *iusnaturalismo* el derecho natural es la esencia que precede a la existencia del derecho positivo, de tal manera que el derecho positivo sólo es derecho si ejecuta dicha esencia, si la reproduce; por regla general, esa esencia radica en el valor justicia. El derecho positivo, entonces, sólo es derecho si su contenido, si lo por él prescrito es justo; afirma Tomás de Aquino (2004), siguiendo a Agustín de Hipona, que la ley injusta no es ley, es corrupción de ley (p. 46). Es, precisamente, el valor justicia lo que, según San Agustín, permite diferenciar al derecho de las órdenes emitidas al interior de las bandas de malhechores (Cfr. Prieto, 2005, pp. 18 y ss.).

Ahora bien, como ya lo dijimos, existen, en el mundo del derecho, tres clases de positivismo, que tienen en común, todas ellas, por supuesto, el afirmar la existencia exclusiva del derecho positivo. Esas tres clases son: el positivismo ideológico, el positivismo científico o metodológico y el positivismo teórico (Bobbio, 2004, pp. 39 y ss.).

Según el positivismo ideológico, pues, una acción es justa o injusta atendiendo a si se corresponde o no con lo prescrito por el derecho positivo; todo lo prescrito por el derecho positivo es justo por ser emanación de la voluntad del soberano. Si el *iusnaturalismo* reduce la validez a la justicia, el positivismo ideológico reduce la justicia a la validez formal. Se habla de positivismo *ideológico*, porque, precisamente, recordémoslo, una ideología es un conjunto sistematizado de ideas que permite adoptar una postura sobre una realidad determinada; para el caso, el positivismo ideológico adopta una concepción sobre la justicia llamada concepción *legalista* de la justicia. Así, en el derecho, se utiliza la expresión “legalismo” para referirse a aquella concepción que reduce la justicia a lo legal; para referirse, entonces, a aquella creencia consistente en que los límites éticos de la conducta se hallan en el derecho positivo.

El positivismo científico o metodológico, a su turno, se refiere a un método de estudio, a una particular forma de aproximarse al estudio del derecho. Pues bien, como el objeto de estudio determina el método para estudiarlo, si el único derecho que existe es el derecho positivo, el estudio científico de este debe limitarse a dar cuenta de lo que *es* y no de lo que *debería ser*. Del estudio del deber ser del derecho, entendida esa expresión en términos axiológicos o valorativos, no se ocupa la ciencia del derecho, sino la política jurídica. Para el *iusnaturalismo*, por el contrario, la ciencia del derecho no puede limitarse a describir, sistemáticamente, lo prescrito por el derecho po-

sitivo; debe, además, someterlo a constante crítica, proponiendo correctivos al mismo, en función de hacer efectivo lo prescrito por el derecho natural.

El positivismo teórico o positivismo jurídico propiamente dicho, por último, alude a una particular teoría sobre el derecho. Recordemos, pues, que una teoría es una construcción conceptual que pretende explicar la esencia de algo, para el caso, la esencia del derecho. Según la teoría positivista del derecho, que es una teoría formalista, la esencia del derecho está en su forma y no en su contenido; el derecho, como ya se ha dicho, es, para esta teoría, una “forma constante respecto de un contenido generalmente variable”; su contenido, que se halla en frecuente movimiento, es el producto de actos de voluntad, de cambiantes decisiones políticas. Para los *iusnaturalistas*, por el contrario, el contenido del derecho positivo es el producto de un acto de conocimiento, a través del cual el hombre logra desvelar, descubrir esa esencia, en que consiste el derecho natural, preexistente al derecho positivo.

La expresión más elaborada del positivismo jurídico propiamente dicho es, pues, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, jurista neokantiano, que se nutrió de la Escuela de Marburgo dirigida por Hermann Cohen. La denominación “teoría pura del derecho” no es, así, producto de una simple coincidencia o del azar; tal expresión tiene una fundamentación filosófica que supera, incluso, la hecha explícita por Kelsen, en las primeras páginas de su famosa obra. Kelsen (1995b) comienza su libro *Teoría pura del derecho* explicando en qué consiste la pureza de su teoría: afirma, por una parte, que su teoría pretende ser no sobre un derecho en particular, sino una teoría sobre el derecho en general, y, por otra parte, afirma que la ciencia del derecho debe desprenderse de consideraciones políticas, psicológicas, sociológicas (p. 15).

En rigor, la expresión teoría *pura* del derecho se encuentra estrechamente ligada con la razón pura de la que nos habló Kant, con aquella razón que se edifica sobre conceptos *a priori*, que, por supuesto, no dependen de las contingencias de la experiencia. Kant, como es sabido, hace parte del racionalismo moderno que, curiosamente, pretende no que el pensamiento se ajuste a la realidad, sino que sea la realidad la que se ajuste, se acomode a las leyes que rigen el pensamiento. Según Kant, pues, toda ciencia debe estar construida con base en la razón pura; la ciencia es, según este pensador, un conjunto sistemático de juicios sintéticos *a priori* (Marías, 1981, p. 279).

Así, tengamos en cuenta para entender lo dicho que los juicios sintéticos se oponen a los juicios analíticos, y los juicios *a priori* se oponen a los juicios *a posteriori*. Juicios sintéticos son, entonces, aquellos en los que el concepto del predicado no se encuentra contenido en el concepto del sujeto; el predicado se le añade al sujeto, y, por ello, estos juicios amplían el conocimiento. Por el contrario, juicios analíticos son aquellos en los que el concepto del predicado se encuentra contenido en el concepto del sujeto, de tal manera que el predicado no se le añade al sujeto; estos juicios no amplían el conocimiento, sólo lo explicitan (Marías, 1981, p. 280). Recordemos que, según Ortega, analizar es hacer brotar uno o más pensamientos de un primer pensamiento; todos los pensamientos que se hacen brotar ya están contenidos en ese primer pensamiento. Sintetizar, por el contrario, es implicar y complicar varios pensamientos en uno. Los pensamientos se implican por cuanto el uno se añade al otro, pero, además, se complican, porque, al vincularse sistemáticamente, conforman un todo, una entidad distinta de la simple sumatoria de los pensamientos implicados. Ejemplo de un juicio analítico: la esfera es redonda; ejemplo de un juicio sintético: la mesa es blanca.

Por su parte, los juicios *a priori* son aquellos cuyo contenido no depende de las contingencias de la experiencia; juicios *a posteriori*, aquellos en los que su contenido sí depende de tales contingencias. Empero, el problema para la ciencia radica en encontrar juicios sintéticos, esto es, juicios que amplíen el conocimiento, que, además, sean *a priori*, pues sólo estos constituyen un terreno firme en el que pueda construirse, edificarse el conocimiento científico.

Pues bien, la teoría pura del derecho no es más, pero tampoco nada menos, que la pretensión de Kelsen por leer el fenómeno jurídico, valiéndose de la razón pura kantiana; de allí que se diga, precisamente, que Kelsen es al derecho lo que Kant es a la filosofía. Desde esta perspectiva, la ciencia del derecho sólo puede ser ciencia si se encuentra compuesta por juicios sintéticos *a priori*, los mismos que únicamente pueden emitirse sobre la forma del derecho, mas no sobre su contenido, toda vez que este es cambiante, como quiera que depende de las contingencias de la experiencia; sobre el contenido del derecho sólo es posible emitir juicios *a posteriori*, inestables para soportar una construcción científica.

Como ya se ha dicho, la esencia del derecho, para esta teoría formalista, radica en la particular forma como este regula la conducta; esa forma es la

coacción. El derecho, según Kelsen (1995b), es un orden coactivo regulador de la conducta humana (pp. 44 y ss.); la esencia del derecho no se halla en su contenido (su contenido es producto de decisiones políticas); el derecho puede regular cualquier conducta, siempre y cuando esa conducta sea posible; su regulación puede ser justa o injusta.

Para los *iusnaturalistas*, por el contrario, la esencia del derecho está no sólo en su forma, sino, también, en su contenido. Si la esencia del derecho estuviese exclusivamente en su forma, sería imposible diferenciar las normas jurídicas de las órdenes emitidas por las bandas de malhechores. Existen organizaciones criminales, dice Prieto Sanchís (2005), a tal punto estructuradas, que es posible hallar en ellas tanto reglas primarias como reglas secundarias, en el sentido en el que Hart utiliza tales expresiones (p. 25). Hart, digámoslo de paso, es positivista, o neopositivista como suele decirse; para Hart el derecho es fuerza, pero fuerza institucionalizada; para los *iusnaturalistas*, el derecho es fuerza justa.

Así las cosas, los *iusnaturalistas* afirman la existencia de un derecho natural que precede, ontológicamente, a la existencia del derecho positivo; el derecho natural sería un conjunto de normas inmutables, indelebles, universalmente válidas que informan los contenidos del derecho positivo; el derecho positivo sólo es derecho si ejecuta esa esencia en la que consiste el derecho natural. Existen, también, varias clases de *iusnaturalismo*, pero, en este caso, aunque podría hablarse de *iusnaturalismos* ideológico, teórico y metodológico, la clasificación que suele hacerse obedece al origen que se le atribuya —o, mejor, que se le reconozca— al derecho natural.

Para algunos, pues, el derecho natural es el producto de un Ente creador —Dios— que, además de crear el mundo, lo ha ordenado finalísticamente; para otros, el derecho natural es el producto de la racionalidad, como quiera que existan ciertos imperativos para el hombre que se derivan de ella; para otros, el derecho natural es el producto de la naturaleza misma de las cosas, del orden del mundo, de un “ente” —“el ente en cuanto ente”—que no es creador sino que permanece latente en la totalidad de las cosas. La expresión “naturaleza de las cosas”, recordémoslo, era utilizada por los filósofos griegos para referirse a aquello que permanece en el cambio, a aquello que permanece en las cosas, pese a su movimiento, modificación. Ejemplos de clases o de

corrientes *iusnaturalistas* son el *iusnaturalismo* tomista y el *iusnaturalismo* kantiano (Cfr. Aftalión, Vilanova & Raffo, 1999, pp. 201 y ss.).

Discurramos, brevemente, sobre el *iusnaturalismo* tomista: Tomás de Aquino (2004) dedica unas profundas palabras para referirse al derecho, en su *Tratado de la ley*; propone, al respecto, una definición de derecho (p. 8) y una clasificación de las leyes (pp. 9 y ss.). Así, según Santo Tomás, el derecho es una ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por la autoridad que tiene a su cargo una comunidad; existen cuatro clases de leyes: ley eterna, ley natural, ley divina y ley humana o positiva.

La ley eterna es creada por Dios y rige la totalidad del universo; ese Dios no es el *ser* al que aluden los griegos, ni el demiurgo (ordenador), sino un “ente”, paradigma de perfección, que existe al margen del mundo, que lo ha creado de la nada y lo ha ordenado teleológicamente; es el Dios de la tradición judeocristiana. Según Tomás de Aquino (2007), existen poderosos argumentos que permiten “demostrar”, racionalmente, la existencia de ese Dios; la *fe* es necesaria para aceptar la revelación y el misterio de la Santísima Trinidad, mas no para aceptar la existencia de Dios, que puede ser “probada” por vías racionales.

Esas razones o argumentos, expuestos magistralmente en la *Suma contra los gentiles*, pueden resumirse así (pp. 37 y ss.):

En primer lugar, si todas las cosas que existen en el mundo son imperfectas, es necesario la existencia de un ser perfecto con el que puedan confrontarse dichas cosas; Dios es, entonces, el ser perfecto, completo, a quien nada le falta; es, por tanto, el sumo bien, aquello en lo que confluyen todas las virtudes.

En segundo lugar, si las cosas que existen en el mundo son todas ellas contingentes —pudieron no haber existido— tiene que haber al menos un ente cuya existencia sea necesaria; Dios, pues, es el ser necesario —no puede no existir—, en el que coinciden la esencia y la existencia.

En tercer lugar, si todo hecho que se produce en el mundo es consecuencia de un hecho anterior —hecho este que constituye la causa de aquel—, es necesario que exista una primera causa que cause todo lo demás, pero que, a su turno, siendo causa de sí misma, no sea consecuencia de otra cau-

sa; Dios, por tanto, es esa primera causa, la causa incausada. José Antonio Marina (2005), filósofo español, en un libro llamado *Dictamen sobre Dios*, sostiene que una de las razones para afirmar la existencia de este radica en pretender evitar, debido a la finitud del conocimiento humano, el que el cuestionamiento en cadena se prolongue hasta el infinito. Así, por ejemplo, el niño le pregunta a la mamá ¿puedo salir a la calle?; la mamá le dice que no; el niño pregunta ¿por qué?; aquella responde “porque va a llover”; el niño pregunta ¿por qué va a llover?; la mamá responde “porque hay nubes”; y ¿por qué hay nubes...?; porque Dios lo quiere... Los límites del conocimiento, según Marina, hacen que el hombre recurra a afirmar la existencia de Dios (pp. 25 y ss.).

En cuarto lugar, si todo movimiento es consecuencia de un motor, esto es, de algo que lo produce, ha de existir un primer motor que mueva todo lo demás y que, a su vez, no sea movido por nada ni nadie; Dios es, así, el motor inmóvil; aquel que produce el movimiento, pero que, curiosamente, siempre está en acto, nunca en potencia.

Explicemos esto último, recordando que Tomás de Aquino se nutrió del pensamiento de Aristóteles: según este último, el movimiento (*kinesis*) es todo cambio, modificación; es el paso de la potencia (*dynamis*) al acto (*energeia*). Todo movimiento requiere, pues, de dos entes: el ente que se deja de ser y el ente que se llega a ser; todo ser en *acto* es *potencia* de un nuevo ser. Dios, en tanto es perfecto, siempre está en acto, nunca en potencia; no puede tener movimiento.

Ahora bien, según Aristóteles, en todo ente hay forma y materia (hilemorfismo): la materia es pura potencia, de allí que se hable de la *materia primae* (materia primera); la forma es la que actualiza esa potencia, posibilitando que el ente exista tal y como es (Cfr. Marías, 1981, pp. 55 y ss.). Dios, en tanto no tiene movimiento, no puede tener materia. Tampoco tiene forma, pues esta es la que ordena la materia, dándole individualidad al ente, y permitiéndole diferenciarse de los demás entes del mundo. Dios, al ser perfecto, completo, no puede tener límites, perfil, confines, que lo aislen de los demás entes.

En quinto lugar, si las cosas que existen en el mundo se encuentran teleológicamente ordenadas, si obedecen a una finalidad, es Dios quien les imprime esa finalidad; Dios es, así, la causa final. Según Aristóteles, todo

movimiento obedece a cuatro causas: la causa material, que es la potencia, aquello de lo que está hecho el nuevo ente; la causa formal, que es la esencia, aquello que permite que el nuevo ente sea lo que es y no otra cosa distinta, y que, por tanto, permite que la potencia se actualice; la causa eficiente, que es la fuerza que produce el movimiento; y la causa final, que es la finalidad por la que se produce el movimiento (Cfr. Marías, 1981, pp. 69 – 70).

Así, por ejemplo, en una escultura, la causa material es el mármol —potencia— que va a ser tallado —una escultura, se dice, es una piedra de mármol quitándole todo lo que le sobra—; la causa eficiente es el hombre que talla la piedra; la causa formal es la imagen, la idea que sirve de referente para moldear la escultura; la causa final es una finalidad estética. Los racionalistas modernos, sin embargo, critican la tesis de la causa final; por ejemplo, sostienen que si Dios es perfecto, si no tiene carencias, no puede obrar con voluntad, por cuanto sólo se quiere aquello de lo que se carece; podría decirse, empero, siguiendo a Santo Tomás, que se quiere tanto lo que no se tiene, como no perder aquello que ya se tiene. Sea lo que fuere, la tesis de la causa final se encuentra estrechamente relacionada con el argumento cosmológico (*cosmos*: orden) sobre la existencia de Dios: no hay orden sin ordenador.

Ahora bien, la ley natural es aquella creada por Dios para regir las creaturas racionales; es aquella parte de la ley eterna reconocible por medio de la razón. La ley divina —que se halla revelada en el Antiguo y en el Nuevo Testamento—, por su parte, es aquella creada por Dios para que el hombre pueda alcanzar un fin sobrenatural, pueda alcanzar la salvación de su alma. La ley humana o positiva —que debe estar inspirada por la ley natural, constituyendo su concreción y determinación— es aquella creada por el hombre para regular sus relaciones con los otros hombres.

Con todo, la ley humana o positiva sólo es *ley* si es justa; si es injusta, no será “ley sino *corrupción* de ley”. Sin embargo, advierte Santo Tomás (2004) que la justicia o injusticia de la ley humana, salvo en casos de extrema necesidad, puede ser juzgada exclusivamente por la autoridad (pp. 59 – 60); no es cierto, como suele decirse, que el *iusnaturalismo*, y esta es quizás la expresión más radical, haga un llamado a la desobediencia del derecho injusto.

Por otra parte, hagamos unos breves comentarios sobre el *iusnaturalismo* racionalista kantiano: según Kant (2005), el derecho es el conjunto de con-

diciones que hacen posible la coexistencia del arbitrio del uno con el arbitrio de los otros bajo una ley universal de libertad (p. 46). El contenido de esa ley es producto del famoso imperativo categórico kantiano: obra de tal forma que tu acción pueda erigirse como máxima universal del obrar; obra de tal forma que cualquier persona, en tu misma circunstancia, debería obrar de esa misma manera (Cfr. Aftalión, Vilanova & Raffo, 1999, pp. 216 y ss.).

De tal imperativo, que constituye el fundamento de la ética kantiana —la misma que se halla trazada en su famosa obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*—, se derivan, entre otros, el imperativo o postulado de humanidad, según el cual, en todas las acciones, se debe considerar al otro no *meramente* como medio sino, *a la vez*, como fin (Kant, 1996, pp. 186 y ss.). Esto es, se debe considerar al otro, en los términos orteguianos ya vistos, no sólo como circunstancia, paisaje o periferia, sino, además, como centro vital (Ortega, 1998a, p. 346). Ese otro, al igual que el yo, consiste, como ser racional, en un proyecto vital que hace que no sea una cosa sino una persona, y, por ende, se le deba tratar en su condición de tal.

Así, el derecho natural, para Kant, viene impuesto por la racionalidad misma: cada hombre, como ser racional, tiene la capacidad de trazarse un destino ético, un proyecto vital, que el derecho positivo ha de reconocer; el *iusnaturalismo* kantiano, pues, se encuentra fundamentado en el reconocimiento de la dignidad humana, en los términos ya mencionados.

Ahora bien, por otro lado, en los países escandinavos y en Norteamérica se produjo una corriente del pensamiento jurídico que se conoce con el nombre de “realismo jurídico”; este nada tiene que ver con el ya mencionado realismo o esencialismo filosófico de la Edad Media. Esta corriente del pensamiento jurídico —que, en un sentido amplio, puede calificarse de positivista, pues no reconoce la existencia de un derecho natural— pretende ser una especie de tercera vía entre *iuspositivistas* y *iusnaturalistas*.

Pues bien, entre los autores más significativos de esta corriente del pensamiento se encuentran: un juez norteamericano de apellido Holmes (2012) —véase *La senda del derecho*—; un profesor sueco llamado Karl Olivecrona (1980) —*El derecho como hecho*—; y un muy importante profesor danés, que fue alumno de Kelsen, aunque no siguió su pensamiento, llamado Alf Ross (1997) —su obra más importante: *Sobre el derecho y la justicia*—.

El realismo jurídico hace énfasis en la dimensión fáctica del derecho, del fenómeno jurídico. Para esta corriente el derecho vigente no es el derecho legislado, sino el derecho efectivamente cumplido y acatado; el realismo jurídico hace depender la vigencia de la norma de su eficacia. Esta corriente del pensamiento jurídico tuvo su mayor acogida, por supuesto, en países ajenos al fenómeno de la codificación, en países ajenos a la tradición jurídica continental europea.

Para los realistas norteamericanos, por ejemplo, para el juez Holmes (2012), el derecho es lo que los jueces dicen en sus sentencias; el derecho no es más que un conjunto de decisiones judiciales; la ciencia del derecho cumple tan sólo con una actividad profética, limitándose a predecir las posibles decisiones de los jueces, atendiendo a las decisiones precedentes (pp. 59 y ss.).

Alf Ross (1997), a su turno, es partidario de lo que se califica como un realismo jurídico moderado, pues no olvida la dimensión normativa del fenómeno jurídico; simplemente, la hace depender de la eficacia. Así las cosas, el derecho vigente sería el derecho viviente, el derecho efectivamente cumplido, acatado por sus destinatarios, el derecho efectivamente aplicado por los jueces. Por tanto, el derecho, según este autor, es el conjunto de normas que, en tanto efectivamente reconocidas por la comunidad, resulta ser predecible que las mismas van a ser reconocidas por los jueces en sus decisiones (pp. 55 y ss.).

Existe, por otra parte, una corriente del pensamiento jurídico que se conoce con el nombre de teoría tridimensional del derecho, según la cual el derecho es hecho, valor y norma (Reale, 1993a, pp. 73 y ss.); Miguel Reale es uno de sus máximos exponentes (Cfr. Reale, 1993b). En todo fenómeno jurídico, como ya se ha dicho, confluyen tres dimensiones: una fáctica, una normativa y una valorativa o axiológica; toda norma jurídica es el producto de la valoración o disvaloración que se ha hecho de una conducta.

El positivismo jurídico, pues, sin desconocer las otras dos dimensiones, hace énfasis en la dimensión normativa del fenómeno jurídico; el *iusnaturalismo*, sin desconocer las demás dimensiones, hace énfasis en la dimensión valorativa o axiológica del fenómeno jurídico; el realismo jurídico, al menos en la vertiente de Ross, sin desconocer las dimensiones normativa y valorativa, hace énfasis en la dimensión fáctica. Para el positivismo jurí-

dico, el derecho es un conjunto de normas establecidas por una autoridad humana, con independencia de si esas normas son justas o injustas, eficaces o ineficaces; para el *iusnaturalismo*, el derecho es un conjunto de normas justas, haciendo depender, así, la vigencia de la justicia; para el realismo jurídico, el derecho es un conjunto de normas efectivamente reconocidas y acatadas por la comunidad, reduciendo, de esta manera, el concepto de vigencia al de eficacia.

Los *iuspositivistas*, por ejemplo, no ignoran que toda norma jurídica sea el producto de la valoración o desvaloración de una conducta; lo que ocurre, sí, es que, por regla general, para ellos los valores son relativos. Los *iusnaturalistas*, a su vez, no ignoran que el fenómeno jurídico tenga una dimensión normativa positiva, sólo que, según ellos, existe una esencia (la dimensión valorativa o axiológica) que precede, ontológicamente, a la existencia de esa normatividad positiva. La teoría tridimensional del derecho, entonces, sostiene una postura absurda: la “esencia” del derecho está en sus tres dimensiones. Pues bien, sin desconocer la existencia de esas tres dimensiones, habrá que asumir que la esencia del derecho está en los hechos, en las normas o en los valores, pero no en todos ellos al tiempo.

Ahora bien, existe, en la actualidad, una corriente del pensamiento jurídico que ha dado en llamarse neoconstitucionalismo o Nuevo Derecho, y que cuenta entre sus autores más representativos con los profesores Ronald Dworkin (2010) —precursor—, Robert Alexy (2001) —máximo exponente—, Gustav Zagrebelsky (1999) —quien, con particular agudeza, habla de un Nuevo Derecho: el derecho dúctil—, Paolo Comanducci (2003) —sistemizador—.

Pues bien, este último, Comanducci (2003), con miras a delimitar el concepto de neocostitucionalismo, propone clasificarlo de una manera muy similar a la clasificación propuesta por Norberto Bobbio para el positivismo jurídico. Sostiene, al efecto, que existen tres clases de neoconstitucionalismo: uno teórico, uno ideológico, y otro metodológico. El primero alude, así, a una particular teoría sobre el derecho; el segundo, a una concepción sobre la justicia; el tercero, a una particular forma de aproximarse al estudio del derecho (pp. 82 y ss.).

Veamos, siguiendo lo dicho por este autor:

El neoconstitucionalismo teórico se refiere, pues, a una particular teoría sobre el derecho, específicamente, a la teoría del derecho propio de un determinado modelo de Estado, del Estado constitucional de derecho. Según esa teoría, ese derecho, el nuevo, reúne ciertas características, ciertas peculiaridades que permiten diferenciarlo del viejo derecho:

En primer lugar, se trata de un derecho en el que existe una Constitución rígida, esto es, una Constitución protegida respecto de la legislación ordinaria, como quiera que aquella no puede ser modificada siguiendo el trámite previsto para la modificación de esta.

En segundo lugar, se trata de un derecho en el que existe una Constitución no ya programática, sino vinculante. Suele decirse por los partidarios de este discurso que, en dicho modelo de Estado, las normas constitucionales no representan simples ideales o promesas; son verdaderas normas jurídicas que tienen fuerza vinculante, cuya aplicación no depende de que las mismas sean desarrolladas por la legislación ordinaria, pudiendo ser aplicadas directamente.

En tercer lugar, se trata de un derecho en el que existe una Constitución invasora que irradia, impregna todos los contenidos de los distintos sectores del ordenamiento jurídico. Debido a esa irradiación, se produce, en este modelo de Estado, un fenómeno que han dado en llamar “la constitucionalización del derecho”. ¿Por qué y cómo se produce esa irradiación? Esa irradiación se produce porque la Constitución, que tiene fuerza vinculante, positiva en ella un catálogo de derechos fundamentales de enorme carga axiológica o valorativa. Según este discurso, el núcleo esencial de esos derechos fundamentales se encuentra trazado, delineado por el llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio o de la prohibición del exceso.

Así las cosas, toda norma de todo sector del ordenamiento jurídico debe hallarse conforme con las exigencias propias de dicho principio, esto es, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto; ello rige tanto para las normas del derecho público como para las normas del derecho privado, tanto para las normas generales y abstractas como para las particulares y concretas; ello rige tanto para las normas creadas por el legislador como para las creadas por los jueces en sus sentencias, y, también, para las creadas por los particulares en el ejercicio de la autonomía privada.

Esa irradiación hace, pues, que toda potestad normativa esté limitada no sólo formal, sino, además, materialmente —límites materiales que dicen derivar de los derechos fundamentales—; no sobre todo se puede decidir y no sobre todo se puede dejar de decidir, según la ya famosa expresión de Ferrajoli (2004, pp. 23 y ss.).

Bien puede afirmarse, en todo caso, que existen varios grados de neoconstitucionalismo: desde un neoconstitucionalismo moderado, como lo es, por ejemplo, el de Luigi Ferrajoli, si es que se le puede calificar de neoconstitucionalista —lo que no nos parece del todo riguroso, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su respeto por el principio de legalidad y su postura afirmativa de la *mala prohibita* (Ferrajoli, 1997, pp. 91 y ss.)—, hasta un neoconstitucionalismo extremo, que es el que se encuentra de moda, *verbi gratia*, el de Alexy o el de Dworkin —con su “única solución correcta”—, según el cual esos límites materiales, con la poderosa carga axiológica que derivan de los derechos fundamentales, logran excluir el acto de voluntad por parte del titular de la potestad normativa.

Según este neoconstitucionalismo extremo, que es propiamente un *ius-naturalismo* inconfeso, los derechos fundamentales y, específicamente, el principio de proporcionalidad tienen tal fuerza normativa que determinan los contenidos de todo el derecho; el “creador” de la norma positiva, por tanto, realiza sólo un acto de conocimiento, guiado por un juicio de ponderación cuasimatemático, que le permite descubrir, supuestamente, la “única solución correcta”. Existe, pues, una especie de Constitución material compuesta por un catálogo perfectamente delimitado de valores que posibilita derivar de él el contenido de todas las normas del ordenamiento jurídico; el operador jurídico, especialmente el juez constitucional, deberá, entonces, sumergirse en esos contenidos de esa supuesta Constitución material, subyacente a los enunciados lingüísticos, con miras a hallar la respuesta normativa correcta para cada caso (Cfr. García, 2003, pp. 67 y ss.).

En cuarto lugar, se trata de un derecho en el que existe una Constitución cuyas normas pueden ser de dos clases: principios o reglas (clasificación de Alexy); el viejo derecho se halla compuesto, exclusivamente, por reglas. Con los principios, como ya se dijo, se opera jurídicamente a través de un juicio ponderación; con las reglas, a través de una subsunción. Los neoconstitucionalistas sostienen que la interpretación de la Constitución es cualitati-

vamente distinta de la interpretación de la ley; los críticos sostienen, por el contrario, que la diferencia es puramente cuantitativa, como quiera que los enunciados normativos constitucionales poseen, simplemente, una textura deliberadamente abierta.

En quinto lugar, se trata de un derecho en el que existe una Constitución cuya supremacía está judicialmente garantizada. Existen, en el mundo, tres modelos de garantía judicial de la supremacía de la Constitución:

I) El modelo norteamericano, consistente en un control de constitucionalidad *a posteriori*, que se realiza vía excepción, en el caso concreto, por parte del juez de la causa, en el ejercicio de su competencia. Este primer modelo posibilita que entren en vigencia leyes inconstitucionales; simplemente, el juez, dentro de su respectiva competencia, puede dejar de aplicar la ley inconstitucional; este control de constitucionalidad, en principio, tiene efectos sólo respecto del caso concreto; se dice “en principio” porque la reiterada inaplicación de la ley puede provocar un precedente judicial obligatorio.

II) El modelo francés, consistente en un control de constitucionalidad *a priori*, que se realiza vía acción, en abstracto, por un tribunal judicial o un órgano concentrado que tiene esa específica función; este control de constitucionalidad evita que entren en vigencia leyes inconstitucionales; pese a ello, padece un grave problema en tanto una ley, que en abstracto resulta ser ajustada a la Constitución, puede ser contraria a ella en un caso concreto.

III) Este tercer modelo, que existe en países como España e Italia, comporta un control de constitucionalidad *a posteriori*, que se realiza vía excepción, en el caso concreto, por un tribunal constitucional, a petición del juez de la causa; el ejercicio de dicho control produce una decisión de efectos *erga omnes* (para todo el mundo). En este modelo, si un juez, en el ejercicio de su competencia, encuentra que una ley es inconstitucional, debe elevar, de oficio o a solicitud de la parte, una “cuestión de inconstitucionalidad” al tribunal constitucional, para que sea este quien decida sobre el particular.

Ahora bien, como ya lo dijimos, en los Estados constitucionales de derecho, el Juez constitucional, entendiéndose por tal aquel que, al realizar el control de constitucionalidad, asegura la supremacía de la Constitución, es el ór-

gano de cierre del sistema jurídico. Según este discurso, es él quien, aun legislando positivamente ante las omisiones del legislador, debe salvaguardar los derechos fundamentales de todas las personas, especialmente, los de las minorías. Lo dicho suele criticarse, por cuanto el juez constitucional carece de legitimidad democrática para dejar sin efectos las decisiones de las mayorías materializadas en las leyes; por ello, el neoconstitucionalismo propone un nuevo concepto de democracia que permitiría, según sus partidarios, afirmar que el juez constitucional sí goza de legitimidad democrática.

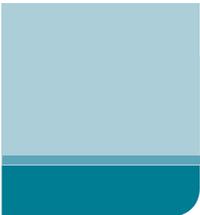
Los neoconstitucionalistas, como ya se dijo, sostienen que, en el plurimentado modelo de Estado, existen dos clases de democracia: democracia formal y democracia material o sustancial. Para los neoconstitucionalistas el juez constitucional goza de legitimidad democrática, desde una perspectiva material o sustancial, como quiera que es él el llamado a proteger los derechos fundamentales de todas las personas, especialmente, reiterémoslo, los derechos fundamentales de los grupos minoritarios. Con razón, se ha dicho que la decisión del juez constitucional puede ser una decisión contramayoritaria; un veto a las decisiones, materialmente antidemocráticas, de las mayorías.

Por otra parte, el neoconstitucionalismo puede ser apreciado, también, como una ideología —neoconstitucionalismo ideológico—, encaminada a sostener que el derecho sólo es justo si reúne las características mencionadas; el neoconstitucionalismo, así, no es únicamente una teoría que pretende explicar el derecho propio de los Estados constitucionales; es, además, una ideología que defiende ese modelo de Estado, al punto de afirmar que si el derecho reúne las características mencionadas existe la obligación moral de obedecerlo. Esta corriente reivindica, pues, un *iusnaturalismo* soterrado, que obedece a un “derecho natural” mixto e inasible, en el que se entrelazan, según la ideología de turno del juez constitucional, creencias libertarias, utilitaristas, neomarxistas, etc.

El neoconstitucionalismo, por último, se refiere también a una particular forma de aproximarse al estudio del derecho —neoconstitucionalismo metodológico—; esa particular forma de aproximación (método) es propuesta por esta corriente del pensamiento, criticando el, llamado por ellos, anticuado modelo positivista o “*paleopositivista*”.

Recordemos, pues, que según el positivismo científico o metodológico, el derecho debe estudiarse tal y como este es y no como este debería ser; para esta corriente, el derecho propio de los Estados constitucionales requiere de un “nuevo” método de estudio; en el Estado constitucional existe, por virtud de la carga axiológica de los derechos fundamentales, una estrecha conexión entre el derecho y la moral; la Constitución positiviza la moral; el ser —el derecho positivo— consagra el deber ser —la moral—. La ciencia del derecho, por tanto, no puede limitarse a explicar lo prescrito por el derecho; debe proyectar qué es lo que el derecho, en sus distintas parcelas, ha de prescribir, con miras a desarrollar, proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales.

Las distintas corrientes mencionadas no agotan, por supuesto, el panorama de lo que ha sido y es el pensamiento jurídico; existe, por ejemplo, una corriente posmoderna que agrupa a las llamadas teorías críticas, y que, retomando las ideas expuestas por los “maestros de la sospecha” —Nietzsche, Freud y Marx—, y negándole, por ende, todo fundamento metafísico al derecho, lo aprecian como una más de las consecuencias provocadas por las “patologías de la razón” (Cfr. Honneth, 2009) y un irracional ejercicio de violencia; la razón pura, de la que partió la Modernidad, se encuentra, según esta corriente, contaminada por la lucha de clases, la voluntad de poder, las pulsiones...



Bibliografía citada y consultada

Abbagnano, N. (2008). *Diccionario de filosofía* (J. E. Calderón, A. N. Galleti, E. Cazenabe, B. González & J. C. Rodríguez, trads.). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Aftalión, E. R., Vilanova, J., & Raffo, J. (1999). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (2002). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Astrea.

Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (J. M. Seña, trad.). Barcelona: Gedisa.

Almoguera, J. (1999). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: Reus.

Alvear, J. (2013). *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*. Madrid: Marcial Pons.

- Atienza, M. (2000). *Introducción al Derecho*. México D. F.: Fontamara.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Aristóteles. (1967a). *Metafísica*. En: Obras completas (F. Samaranch, trad.). Madrid: Aguilar.
- Aristóteles. (1967b). *Política*. En: Obras completas (F. Samaranch, trad.). Madrid: Aguilar.
- Aristóteles. (2007). *Ética Nicomaquea* (A. Gómez, trad.). México D. F.: Porrúa.
- Austin, J. (2002). *El objeto de la Jurisprudencia* (J. R. Argüelles, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barrère, M. A., Campos, A., Ezquiaga, F. J., & Igartua, J. (1998). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas* (F. Laplaza, trad.). Madrid: Trotta.
- Bergson, H. (1963). *Pensamiento y movimiento* (J. A. Miguez, trad.). En: Obras escogidas. Madrid: Aguilar.
- Bernal, C. (2005a). *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2005b). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Birnbaum, J. (2010). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito* (J. L. Guzmán, trad.). Buenos Aires – Montevideo: B de F.
- Blondel, M. (1996). *La acción. Ensayo de una crítica de la vida y una ciencia de la práctica* (J. Isasi & C. Izquierdo, trads.). Madrid: BAC.
- Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho* (J. Guerrero, trad.). Bogotá: Temis.

- Bobbio, N. (2004). *El problema del positivismo jurídico* (E. Garzón, trad.). México D. F.: Fontamara.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (E. Díaz, E. Garzón, A. Greppi & A. Ruiz, trads.). Madrid: Trotta.
- Bonnecase, J. (2000). *Introducción al estudio del Derecho* (J. Guerrero, trad.). Bogotá: Temis.
- Borges, J. (1996). *Borges, oral: El tiempo*. En: Obras completas. Buenos Aires: Emecé.
- Borges, J. (1999). *Cartas del fervor. Correspondencia con Maurice Abramowicz y Jacobo Sureda*. Barcelona: Galaxia Gutenberg – Emecé.
- Borges, J. (2005). *Obra poética*. Buenos Aires: Emecé.
- Burgos, J. M. (2005). *Antropología. Una guía para la existencia*. Madrid: Palabra.
- Bustos, J. (1984). *Manual de derecho penal español. Parte general*. Barcelona: Ariel.
- Capella, J. R. (1999). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*. Madrid: Trotta.
- Capella, J. R. (2001). *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Capella, J. R. (2002). *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Trotta.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil* (N. Alcalá, trad.). Buenos Aires: Depalma.
- Carnelutti, F. (2001). *Arte del Derecho*. México D. F.: Editorial Jurídica Universitaria.
- Carnelutti, F. (2003a). *Metodología del Derecho* (A. Ossorio, trad.). Granada: Comares.
- Carnelutti, F. (2003b). *Teoría General del Derecho* (C. Posada, trad.). Granada: Comares.
- Carnelutti, F. (2004a). *Cómo nace el Derecho* (S. Sentís & M. Ayerra, trads.). Bogotá: Temis.
- Carnelutti, F. (2004b). *Cómo se hace un proceso* (S. Sentís & M. Ayerra, trads.). Bogotá: Temis.

- Carnelutti, F. (2004c). *Sistema de derecho procesal civil. Tomo I* (N. Alcalá & S. Sentís, trads.) Buenos Aires: UTEHA.
- Carnelutti, F. (2006). *Teoría general del derecho*. Lima: ARA Editores.
- Carnelutti, F. (2008). *Teoría general del delito* (W. Roces, trad.). Madrid, España: Reus.
- Cicerón. (1989). *Sobre los deberes* (J. Guillén, trad.). Madrid: Alianza.
- Claro, L. (1992). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones* (Vol. V del T. XI). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Comanducci, P. (2003). “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” (M. Carbonel, trad.). En M. Carbonel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 75 – 98). Madrid: Trotta.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos* (R. Escudero, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Comte-Sponville, A. (2002). *Invitación a la filosofía* (V. Gómez, trad.). Barcelona: Paidós.
- Comte-Sponville, A. (2005). *Pequeño tratado de las grandes virtudes* (B. Corral & M. Corral). Barcelona: Paidós.
- Couture, E. J. (2002). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos aires – Montevideo: B de F.
- De Agostino, F. (2007). *Filosofía del Derecho* (J. Rodríguez, trad.). Bogotá: Temis – Universidad de la Sabana.
- De Aquino, T. (2004). *Tratado de la Ley y Tratado de la Justicia* (C. I. González, trad.). México D. F.: Porrúa.
- De Aquino, T. (2007). *Suma contra los gentiles* (Vol. I) (Robles, L. & Robles, A., trads.). Madrid: BAC.
- De Hipona, A. (2007). *La Ciudad de Dios* (S. S. del Río & M. Fuentes, trads.). Madrid: Tecnos.
- De Ockham, G. (2001). *Sobre el gobierno tiránico del papa* (P. Rodríguez, trad.). Madrid: Tecnos.

- De Staël, M. (2007). *De la influencia de las pasiones en la felicidad de los individuos y de las naciones* (D. Marín, trad.). Córdoba: Berenice.
- Del Vecchio, G. (1971). *Los Principios Generales del Derecho* (J. Ossorio, trad.). Barcelona: Bosch.
- Del Vecchio, G. (1997). *Filosofía del Derecho* (L. Legaz, trad.). Barcelona: Bosch.
- Devis, H. (1996). *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso, Tomo I*. Bogotá: ABC.
- Díaz, E. (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Díaz, R. (1997). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Díez, L. (1993). *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2005). *El imperio de la justicia* (C. Ferrari, trad.). Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2010). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, trad.). Barcelona: Ariel.
- Eco, U. (2007). *El nombre de la rosa* (R. Pochtar, trad.). Barcelona: Random House Mondadori.
- Engisch, K. (2001). *Introducción al pensamiento jurídico* (E. Garzón, trad.). Granada: Comares.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (P. A. Ibáñez, A. Ruiz, J. C. Bayón & R. Cantarero, trads.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., Baccelli, L., B. Michelangelo, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, & D. Zolo (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (P. A. Ibáñez, A. Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado & G. Pissarello, trads.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La Ley del más débil* (P. A. Ibáñez & A. Greppi, trads.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (Vol. I) (P. A. Ibáñez, A. Ruiz, J. C. Bayón, L. Prieto & M. Gascón, trads.). Madrid: Trotta.
- Ferri, L. (2001). *La autonomía privada* (L. Sancho, trad.) Granada: Comares.

- Fronzizi, R. (1997). *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Frosini, V. (1974). *La estructura del Derecho* (A. E. Pérez, trad.). Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Gaos, J. (2008). *Filosofía de la filosofía*. México D. F. Porrúa.
- García, J. A. (1996). *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons.
- García, J. A. (2003). *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- García, E. (1978). *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*. México D. F.: Porrúa.
- García, E. (1991). *Diálogos jurídicos*. México D. F.: Porrúa.
- García, E. (1994). *Importancia de la Teoría Jurídica Pura*. México D. F.: Fontamara.
- García, E. (1995). *Introducción al estudio del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- García, E. (2004). *Filosofía del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- García, M. (2002). *Lecciones preliminares de Filosofía*. México D. F.: Porrúa.
- Gascón, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, M., & García, A. J. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra.
- Gimbernat, E. (1990). *Estudios de derecho penal. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?* Madrid: Tecnos.
- Goethe, J. W. (1957). *Los sufrimientos del Joven Werther* (R. Cansinos, trad.). En: Tomo I de Obras completas. Madrid: Aguilar.
- Gómez, N. (2002). *Escolios a un texto implícito. Selección*. Bogotá: Villegas Editores S. A.
- Goñi, C. (2010). *Breve historia de la filosofía*. Madrid: Ediciones Palabra.
- Guasp, J. (1996). *La cultura del jurista*. En: Estudios jurídicos. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (J. Ferrer, trad.). Barcelona: Gedisa.

- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones* (D. Vecchi, P. Caballero & A. Calzetta, trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de Derecho* (G. R. Carrió, trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hegel, G. (2000). *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho natural y Ciencia del Estado* (E. Vásquez, trad.). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Hegel, G. (2006). *Filosofía de la lógica* (E. Ovejero, trad.). Buenos Aires: Claridad.
- Heidegger, M. (2006). *¿Qué es metafísica?* (H. Cortés y A. Leyte, trads.). Madrid: Alianza.
- Hessen, J. (1996). *Teoría del conocimiento* (J. Gaos, trad.). México D. F.: Porrúa.
- Hobbes, T. (2004). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil* (M. Sánchez, trad.). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Hohfeld, W. N. (2001). *Conceptos jurídicos fundamentales* (G. R. Carrió, trad.). México D. F.: Fontamara.
- Holmes, O. W. (2012). *La senda del Derecho* (J. I. Solar, trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Honneth, A. (2009). *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la teoría crítica* (G. Mársico, trad.). Madrid: Katz Editores.
- Ihering, R. (1990). *La lucha por el Derecho* (A. Posada, trad.). Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Ihering, R. (2000). *El fin en el Derecho* (D. Abad, trad.). Granada: Comares.
- Ihering, R. (2002). *¿Es el derecho una ciencia?* (F. Fernández-Crehuet, trad.). Granada: Comares.
- Johnson, P. (2010). *La historia del cristianismo* (A. Leal & F. Mateo, trads.). Barcelona: Zeta.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (J. Mardomingo, trad.). Barcelona: Ariel.
- Kant, I. (2002). *Crítica de la razón pura* (P. Ribas, trad.). Madrid: Taurus.

- Kant, I. (2005). *Introducción a la Teoría del Derecho* (F. González, trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Kaufmann, A. (1997). *Filosofía del Derecho* (L. Villar & A. M. Montoya, trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría General de las Normas* (H. C. Delory, trad.). México D. F.: Trillas.
- Kelsen, H. (1995a). *Teoría General del Derecho y del Estado* (E. García, trad.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1995b). *Teoría Pura del Derecho* (R. J. Vernengo, trad.). México D. F.: Porrúa.
- Kelsen, H. (2005). *¿Qué es Justicia?* (E. Garzón, trad.). México D. F.: Fontamara.
- Kelsen, H. (2008). *Teoría pura del derecho* (M. Nilve, trad.). México D. F.: Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, H. (2009). *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho* (L. Legaz, trad.). Madrid: Reus.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho* (G. Robles & F. Sánchez, trads.). Madrid: Trotta.
- Kirchmann, J. (1983). *La jurisprudencia no es ciencia* (A. Truyol, trad.). Madrid: Civitas.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (M. Rodríguez, trad.). Barcelona: Ariel.
- Latorre, A. (2002). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Leibniz. (2011). *Monadología* (E. de Olaso, trad.). En: Leibniz. Madrid: Gredos.
- Legaz, L. (1943). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Lenoir, F. (2010). *El Cristo filósofo* (M. Pino, trad.). Barcelona: Ariel.
- López, D. (2001). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho judicial*. Bogotá: Legis – Ediciones Uniandes.

- Lucrecio. (1998) *De la naturaleza* (E. Valentí, trad.). Barcelona: Círculo de Lectores.
- Massini, C. (2005). *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural* (Tomo I). Buenos Aires: LexisNexis Abeledo – Perrot.
- Márai, S. (2006). *¡Tierra, Tierra!* (J. Xantus, trad.). Barcelona: Salamandra.
- Marías, J. (1981). *Historia de la Filosofía*. En: Tomo I de Obras completas. Madrid: Revista de Occidente.
- Marina, J. (2005). *Dictamen sobre Dios*. Barcelona: Anagrama.
- Mir, S. (2002). *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires – Montevideo: B de F.
- Molina, F. (2002). *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montesquieu. (1998). *Del espíritu de las leyes* (N. Estévez, trad.). México D. F.: Porrúa.
- Moreso, J., & Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Muñoz, F. (2003). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires – Montevideo: B de F.
- Nawiasky, H. (2002). *Teoría General del Derecho*. (J. Zafra, trad.). Granada: Comares.
- Neme, M. L. (2003). “*Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”. En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neme, M. L. (2010). *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Nietzsche. (2011). *La gaya ciencia* (G. Cano, trad.). En: Nietzsche I. Madrid: Gredos.

- Nussbaum, M. C. (2012). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley* (G. Zadunaisky, trad.). Madrid: Katz Editores.
- Olivecrona, K. (1980). *El Derecho como hecho* (L. López, trad.). Barcelona: Labor.
- Ortega y Gasset, J. (1945). *El espectador*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Ortega y Gasset, J. (1953). *La ciencia romántica*. En: Obras completas, Tomo I. Madrid: Revista de Occidente.
- Ortega y Gasset, J. (1953). *Personas, obras, cosas. Adán en el Paraíso*. En: Obras completas, Tomo I. Madrid: Revista de Occidente.
- Ortega y Gasset (1966). *Pidiendo un Goethe desde dentro*. En: Obras completas, Tomo IV. Madrid: Revista de Occidente.
- Ortega y Gasset, J. (1976). *Meditaciones del Quijote*. México D. F.: Aguilar.
- Ortega y Gasset, J. (1983a). *El espectador - IV*. En: Obras completas, Tomo II. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983b). *El hombre y la gente*. En: Obras completas, Tomo VII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983c). *El tema de nuestro tiempo*. En: Obras completas, Tomo III. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983d). *En el centenario de una Universidad*. En: Obras completas, Tomo V. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983e). *En torno a Galileo*. En: Obras completas, Tomo V. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983f). *España invertebrada*. En: Obras completas, Tomo III. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983g). *Historia como sistema*. En: Obras completas, Tomo VI. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983h). *Idea del teatro: Una abreviatura*. En: Obras completas, Tomo VII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983i). *Ideas y creencias*. En: Obras completas, Tomo V. Madrid: Alianza.

- Ortega y Gasset, J. (1983j). *Introducción a una estimativa: ¿Qué son los valores?* En: Obras completas, Tomo VI. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983k). *La razón histórica: Lisboa, 1944*. En: Obras completas, Tomo XII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983l). *La deshumanización del arte*. En: Obras completas, Tomo III. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983m). *La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva*. En: Obras completas, Tomo VIII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983n). *Lecciones de metafísica*. En: Obras completas, Tomo XII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983o). *Meditación de la técnica*. En: Obras completas, Tomo V. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983p). *Meditación del pueblo joven*. En: Obras completas, Tomo VIII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983q). *Para un diccionario filosófico*. En: Obras completas, Tomo XII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983r). *¿Qué es filosofía?* En: Obras completas, Tomo VII. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1983s). *Un rasgo de la vida alemana*. En: Obras completas, Tomo V. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1998a). *A una edición de sus obras*. En: Obras completas, Tomo VI. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1998b). *El espectador – II*. En: Obras completas, Tomo II. Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1998c). *El espectador – III*. En: Obras completas, Tomo II. Madrid: Alianza.
- Ospina, G., & Ospina A. (1998a). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Ospina, G., & Ospina A. (1998b). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.

- Oviedo, M. (2013). *Conceptos al Derecho. Un análisis de la distinción entre derechos personales y reales*. Medellín: Eafit.
- Pacheco, M. (1993). *Teoría General del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pappini, G. (1965). *Cercenaduras* (J. M. Velloso, trad.). En: Obras. Madrid: Aguilar.
- Pardo, J. L. (2006). *La metafísica. Preguntas sin respuesta y problemas sin solución*. Valencia: Pre-textos.
- Parménides. (2007). *Poema. Fragmentos y tradición textual* (A. Bernabé, trad.). Madrid: Istmo.
- Pattaro, E. (1991). *Elementos para una Teoría del Derecho* (I. Ara, trad.). Madrid: Debate.
- Peces-Barba, G., Fernández, E., & De Asís, R. (2000). *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Peña, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta.
- Pérez, A. E. (1994). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Pérez, A. E. (2002). *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Platón. (2011). *Diálogos. Cratilo* (J. L. Calvo, trad.). En: Platón I. Madrid: Gredos.
- Pound, R. (2004). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico* (J. Puig, trad.). Granada: Comares.
- Prieto, L. (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Quinche, M. F. (2010). *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Quinche, M. F. (2015). *La acción de tutela. El amparo en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Radbruch, G. (1999). *Relativismo y Derecho* (L.Villar, trad.). Bogotá: Temis.
- Radbruch, G. (2002). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (W. Roces, trad.). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

- Radbruch, G. (2007). *Filosofía del Derecho* (J. Medina, trad.). Madrid: Reus.
- Reale, M. (1993a). *Introducción al Derecho* (J. Brufau, trad.). Madrid: Pirámide.
- Reale, M. (1993b). *Teoría Tridimensional del Derecho* (A. Mateos, trad.). Madrid: Tecnos.
- Recaséns, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Recaséns, L. (2002). *Tratado general de Filosofía del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Recaséns, L. (2003). *Introducción al estudio del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Recaséns, L. (2004). *Sociología*. México, D. F.: Porrúa.
- Robles, G. (2003). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Barcelona: Debate.
- Rodríguez, C. (2005). *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.
- Ross, A. (1997). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Ruiz, A. M. (2013). *La violencia del derecho y la nuda vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ruiz, D. (Ed.). (2003). *Acta de los mártires* (D. Ruiz, trad.). Madrid: BAC.
- Russell, B. (2003). *Religión y ciencia* (S. Ramos, trad.). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Salinas, P. (2002). *El defensor. En defensa del lenguaje*. Barcelona: Península.
- Sánchez, D. (2012). *Teoría del conocimiento*. Madrid: Dykinson.
- Sandel, M. (2014). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (J. P. Campos, trad.) Barcelona: Debate.
- Sartre, J. (2004). *El existencialismo es un humanismo* (V. Praci, trad.). Barcelona: J Edhasa.
- Séneca, L. A. (1943). *Cartas a Lucilio* (L. Riber, trad.). En: Obras completas. Madrid: Aguilar.

- Silva, J. M. (2002). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Solano, H. (2012a). “El *ius puniendi* desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales”. En R. Molina (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal. Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75° aniversario* (pp. 183 - 205). Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ – Universidad Pontificia Bolivariana.
- Solano, H. (2012b). *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ.
- Soto, G. (2007). *Filosofía medieval*. Bogotá: San Pablo – Universidad Pedagógica Nacional.
- Soto, G. (2010). *En el principio era la physis: El lógos filosófico de griegos y romanos*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Spinoza, B. (2006). *Ética demostrada según el orden geométrico* (V. Peña, trad.). Madrid: Alianza.
- Squella, A. (2000). *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.
- Squella, A. (2001). *Filosofía del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.
- Stammmler, R. (2009). *Tratado de Filosofía del Derecho* (W. Roces, trad.). Madrid: Reus.
- Tamayo, J. (2013). *Manual de Hermenéutica Jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial. Extracto adaptado y adicionado de la obra “La Decisión Judicial”*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ.
- Tarello, G. (2002). *Cultura Jurídica y Política del Derecho* (J. Monereo, trad.). Granada: Comares.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la Ley* (D. Dei Vecchi, trad.). Lima: Palestra.
- Troper, M. (2004). *La Filosofía del Derecho* (M. García, trad.). Madrid: Tecnos.
- Valencia, A., & Ortiz, A. (1997). *Derecho civil. Parte general y personas*. Tomo I. Bogotá: Temis.

Bibliografía

- Valencia, H. (1996). *Derecho privado romano. Con especial referencia al Código de Bello y al restante derecho privado colombiano vigente*. Medellín: Señal Editora.
- Vanni, I. (1922). *Filosofía del Derecho* (R. Urbano, trad.). Madrid: Francisco Beltrán.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho penal. Parte general*. Medellín: Comlibros.
- Verdross, A. (1962). *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental* (M. de la Cueva, trad.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Villoro, M. (1999). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Von Wright, G. (2001). *Normas, Verdad y Lógica* (C. Alarcón, trad.). México D. F.: Fontamara.
- Welzel, H. (2002). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (J. Cerezo, trad.). Buenos Aires – Montevideo: B de F.
- Welzel, H. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (F. González, trad.). Buenos Aires - Montevideo: B de F.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar A. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zagrebelsky, G. (1999). *El Derecho dúctil* (M. Gascón, trad.). Madrid: Trotta.
- Zubiri, X (1981). *Prólogo a la Historia de la Filosofía de J. Marías*. En: Obras, Tomo I. Madrid: Revista de Occidente.

SOBRE EL AUTOR

Henry Roberto Solano Vélez

Abogado, Doctor en Filosofía (*Summa cum laude*) y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Becario Líder de la Fundación Carolina, año 2003. Primer puesto en los exámenes de Estado para la calidad de la educación superior, año 2002. Autor de la obra *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*.



Universidad
Pontificia
Bolivariana

SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía e-mail a editorial@upb.edu.co
Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, e-mail y número telefónico.



Este texto, *Introducción al estudio del derecho*, —que se encuentra dirigido tanto a quienes se aproximan por vez primera al mundo jurídico, como a quienes se han enfrentado ya a un análisis riguroso del mismo, y que pretende dar cuenta de la “cartografía jurídica fundamental” necesaria para la comprensión de cualquier “mapa normativo”— se ocupa, en primer lugar y retomando las ideas expuestas por el autor en el libro *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*, de la ubicación del derecho en el universo; en segundo lugar, de la relación existente entre el derecho y la política; en tercer lugar, del concepto de derecho; en cuarto lugar, del derecho en sentido objetivo o derecho objetivo; en quinto lugar, del derecho subjetivo, en el contexto de los conceptos jurídicos fundamentales; en sexto y último lugar, del derecho en sentido científico y de las distintas corrientes del pensamiento jurídico.

