

EDITORIAL
EDITANDO LA REVISTA MÁS ANTIGUA DE COLOMBIA
CREACIÓN DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN
JURISPRUDENCIAL



Yadira Alarcón Palacio
Académica correspondiente

En esta, mi primera ocasión para editar uno de los números de la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, sean mis primeras palabras para agradecer a la Academia, la asociación de juristas más prestantes, la deferencia con esta servidora por designarme directora de la revista más antigua de Colombia. En ella el público encontrará, como se ha hecho históricamente, nuestro pensamiento, las expresiones científicas de juristas investigadores de primer nivel, que son miembros de nuestra institución, y la contribución de algunos juristas nacionales e internacionales que nos honran con su participación escogiéndonos para exponer en este espacio sus reflexiones en torno a los fenómenos jurídicos de los últimos tiempos y las discusiones más coyunturales de la ciencia jurídica. A partir de este número, los lectores encontrarán, además del obligatorio editorial, tres secciones. La primera de ellas ocupará el Eje temático propuesto por el

Comité Editorial, donde los articulistas expresan sus enfoques en torno a la temática seleccionada. En segundo lugar encontrarán una sección sobre Doctrina y Jurisprudencia, en donde se registrarán artículos científicos con variedad temática que sean considerados de suficiencia investigativa. En tercer lugar estará la sección correspondiente a nuestra Vida académica y en ella se reflejarán nuestras dinámicas institucionales, es por ello que co-bijará discursos, conversatorios, ponencias, homenajes, reconocimientos y todas las actividades que, como asociación de juristas de máximo nivel que somos, integran el día a día de nuestro quehacer.

En esta ocasión, en el Eje temático trabajamos la Creación del derecho y la interpretación jurisprudencial. En los ordenamientos y sistemas jurídicos del siglo XXI, la tradicional discusión, tanto teórica como práctica, relacionada con la creación e interpretación del derecho, parece haber concluido, al afirmarse que existe más de una fuente de producción y exégesis. Esto es, la usual idea de que las fuentes se circunscribían solo al “imperio de la ley formal” y que más allá de aquella no había otro horizonte de sentido ha venido siendo modulada, sin que esto sustituya al legislador democrático.

Ya en su tiempo afirmó el maestro Karl Larenz, en su representativa obra *Metodología de la ciencia del derecho*, que el juez que dilucida la ley se esfuerza no solo en juzgar “conforme a ella”, sino, además, en adjetivar “justamente”. En ese orden, aparte de que los jueces se encargan de juzgar resolviendo en justicia, expanden las fuentes y fronteras de producción y creación de normativas para establecer derechos. Por ello, hoy, el concepto de creación e interpretación también es jurisprudencial. Existe el derecho judicial.

No obstante, el salto conceptual y práctico que implica entender la creación e interpretación del derecho en sede judicial convierte esta realidad en un tema significativo, porque la interpretación y producción de la vida jurídica es el núcleo del sentido de nuestros sistemas jurídicos, aún más, en la actividad judicial.

Consideramos vital este aspecto porque “crear e interpretar el derecho” demanda altas dosis de sensatez y medida jurídicas, pues no en vano de la discreción judicial con que se lleven a cabo dichas actividades dependerá la resolución de los casos, la seguridad jurídica de nuestras instituciones, la estabilidad teórica y práctica de las ramas del derecho, la pervivencia de

nuestras tradiciones jurídicas y la vida misma de la ciudadanía, por tanto, este tema merece una delicadísima atención.

En definitiva, la interpretación y creación del derecho en materia judicial es, entonces, una actividad autónoma, parte de las fuentes del derecho de complejidad irreducible que, bien llevada, no tiene por qué sustituir al legislador democrático, pero tampoco conducir al sistema a zonas de penumbra y vacilación jurídicas. De ahí que esta revista, en el marco de su objetivo, haya dedicado una especial atención al estudio de estas actividades para develar el sentido mismo que debe tener en nuestro sistema jurídico de referencia.

En primer lugar, dentro del Eje temático encontramos el trabajo de Andrés Botero Bernal, titulado “El debate Kelsen-Hart sobre la sanción normativa: una mirada más allá del ‘Último mohicano’”. En este escrito se menciona el debate entre Kelsen y Hart en torno a la sanción (castigo) como un elemento estructural o no de la norma jurídica. Se señala que dicho debate refleja, entre otras cosas, los distintos fundamentos filosóficos de ambos autores, la diferencia entre la concepción cultural del derecho en Europa continental e Inglaterra y la búsqueda de Hart por depurar algunas posturas kelsenianas a fin de consolidar el positivismo y ubicarlo, de mejor manera, en el contexto del *Common Law*. Luego, encontramos el trabajo de Carlos Alberto Chinchilla Imbett, titulado “Contrato y Constitución: reflexiones en torno al incumplimiento contractual”. En él, el autor pretende presentar algunas reflexiones sobre las relaciones del contrato y la Constitución, en las que se evidencian los canales de comunicación recíprocos que han traído transformaciones en el derecho contractual. Para ejemplificar, se analizan los casos de los daños a los derechos fundamentales en materia contractual y los límites a los remedios frente al incumplimiento contractual. A continuación, Edgar Fabián Garzón Buenaventura y Brayan Yesid Herrera Rey, nos presentan su obra “La circulación de la jurisprudencia sobre el régimen general de responsabilidad de los administradores en materia societaria”, en él se analizan las formas de creación del derecho a través de la circulación de la jurisprudencia y sus modalidades. Por tal motivo, se exponen las herramientas usadas por el juez para crear su decisión judicial a partir de la jurisprudencia extranacional. Para el caso concreto, se expone la escasa regulación normativa del régimen general de responsabilidad de

los administradores en materia societaria y la adopción de la jurisprudencia estadounidense, como fuente directa para la resolución de los casos. A continuación Luis Miguel Hoyos Rojas nos presenta su propuesta sobre “Activismo y creativismo legal. Teoría de las ingenierías judiciales para la creación e interpretación del derecho” donde expone cómo los sistemas jurídicos occidentales han venido experimentando cambios relacionados con el origen e interpretación de los derechos fundamentales. Sostiene que la teoría legal, buscando comprender la fundamentación e interpretación de aquellos, incluso en sede judicial, conceptualizaba una impenetrable diferencia entre *Common law* y *Civil law* para teorizar características y definir a qué tradición pertenecían. Sin embargo, a finales del siglo XX la tercera ola del constitucionalismo incardinó totalmente el método hermenéutico del derecho occidental a las “epistemologías relacionales” y así viabilizó la caída del positivismo clásico y la dialéctica *Common law vs. Civil law* que los presentaba sin mixidad legal. Luego Liliana Ortiz Bolaños y Martha Cecilia Paz nos presentan una propuesta sobre cómo “Una sentencia judicial es infructuosa si se aparta de la filosofía”. Este trabajo puntualiza que decidir es una de las principales actividades que se ejercen en la práctica judicial, lo cual sugiere un sinnúmero de operaciones cognitivas ineludibles por parte del intérprete. Ellas sostienen que pensar el derecho implica una conjunción de múltiples creaciones conceptuales que dan vida a la práctica jurídica y que, al mismo tiempo, generan el *telos* creíble para la existencia del derecho como marca fundamental de la civilización. A continuación Juan Antonio Pabón Arrieta nos presenta “La interpretación jurídica en Luis Recaséns Siches” en la que expresa que esta contribuyó al desarrollo de la ciencia jurídica en Iberoamérica, la filosofía del derecho y la hermenéutica. Considera que su pensamiento ha constituido una guía para jueces, académicos y abogados. Además, identificó que todo problema jurídico era un problema de interpretación, y que el derecho no estaba en las normas jurídicas, ni que el proceso de interpretación fuera un mero procedimiento de adecuación de los casos a las normas, sino que constituye un complejo proceso lingüístico de juzgamiento que, partiendo de la tradición jurídica de una comunidad, examina las normas jurídicas desde un proceso valorativo, para determinar el derecho al caso. Por último, Verónica Piedrahita Orozco nos trae su obra sobre “Las tensiones jurídicas en el marco del reconocimiento de la pensión de invalidez”, en

la que discute que la ausencia de un tránsito legislativo, ante los sucesivos cambios normativos que ha tenido la pensión por invalidez, llevó a que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, suplieran con su desarrollo jurisprudencial el vacío normativo, en aras de proteger las expectativas legítimas de quienes concretaron situaciones jurídicas en regímenes derogados.

En la sección de Doctrina y Jurisprudencia, encontramos la ponencia de nuestro académico correspondiente miembro extranjero José María Alonso Puig, que fue su discurso de ingreso titulado “El arbitraje: un ejercicio de responsabilidad”, y las aportaciones del académico de número Alejandro Venegas Franco, como respuesta a la misma propuesta. Seguidamente, el académico de número, Horacio Gómez Aristizábal nos trae un trabajo acerca de “La humanización de la pena”, en el que pone de presente ese sufrimiento impuesto por el Estado al culpable de un delito, en ejecución de una sentencia. En su decir, la pena no puede ser destructora; su sentido implica rescatar al infractor. Luego el académico de número Mauricio Plazas Vega nos lleva hasta “Las ideas políticas de la Constitución de Villa del Rosario de Cúcuta de 1821”, y nos muestra sus reflexiones alrededor de una nueva visión de la Constitución Política de 1821 desde la óptica de las ideas políticas. De la mano de las actas del Congreso de Cúcuta, que le dieron origen, se procura demostrar, en contraste con lo que hasta ahora se ha dicho, que esa carta política, fundamental en nuestra historia, no tuvo una impronta ni esencial ni exclusivamente escolástica, ni esencial ni exclusivamente liberal. Luego Guillermo Sánchez Luque, académico correspondiente, nos aporta su contribución al “Derecho administrativo de la libertad. Transformaciones del ‘derecho de los servicios públicos’ y subsidiariedad de las ‘prerrogativas de poder público’”. Para el autor, el servicio público, como monopolio oficial, ya no es la noción clave del derecho administrativo colombiano. Con la expedición de la Constitución de 1991 y de las reformas legales que la desarrollaron, se dio un paso importante en volver a la persona como centro del derecho administrativo. El monopolio y la unilateralidad estatales cedieron terreno frente a la libertad y a la autonomía de la voluntad. En la primera parte estudia los ámbitos legales donde las transformaciones constitucionales se reflejaron expresamente (régimen de los servicios públicos y contratación estatal); en la segunda parte analiza

los ámbitos legales pendientes de reflejar esa transformación (organización administrativa, acto administrativo y control judicial de la administración).

Con un periodo de mucha actividad institucional, en la sección Vida académica recordamos los acontecimientos de orden nacional e internacional que han ocupado nuestra atención. Por ello, los lectores encontrarán el “Llamado al diálogo en favor de la convivencia nacional”, puesto en conocimiento de la opinión pública a través de distintos medios de comunicación y que ha sido respaldado por un importante número de académicos y académicas, donde invitamos a tomar en cuenta los retos de la democracia para la garantía de la estabilidad en el sistema colombiano. También, se presentan acontecimientos que alegran nuestra vida académica como el nombramiento de la académica de número Emilssen González de Cancino, como nueva decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, cuyo reconocimiento lo presenta el académico honorario Cesáreo Rocha Ochoa. Lastimosamente, en este número también dirigimos unas palabras de despedida, por su fallecimiento, a nuestro expresidente y académico de número, Fernando Sarmiento Cifuentes, quien entregó su vida al derecho, y en nuestra academia hizo grandes aportaciones y nos entregó su sapiencia y dedicación dirigiendo nuestros caminos.

Así mismo, el académico de número Hernán Alejandro Olano García, nos presenta un comentario sobre “La reforma constitucional de 1968 y la administración de Carlos Lleras Restrepo”. A continuación, encontraremos la presentación del libro *Lo humano de la abogacía y de la justicia*, del académico de número Carlos A. Orjuela Góngora. Seguidamente, Eduardo Cifuentes Muñoz presenta la obra *La política: arte y ciencia. Aplicaciones a Colombia*, del académico correspondiente Hernando Roa Suárez. Encontraremos enseguida, la reseña bibliográfica “Cerveleón Padilla Lascarro, ejemplo de superación y de servicio a sus compatriotas”, del académico correspondiente Carlos Adolfo Arenas Campos.

Por último, encontraremos el conversatorio “La sociedad conyugal y sociedad patrimonial de la unión marital” en el que me acompañan los académicos de número Carlos Fradique Méndez y Luis Augusto Cangrejo Cobos y el académico correspondiente Jairo Rivera Sierra, para discutir el alcance de la Sentencia SC-4027 de 2021.