

Primera parte

Creación del Derecho y la Interpretación Jurisprudencial

EL DEBATE KELSEN-HART SOBRE LA SANCIÓN NORMATIVA UNA MIRADA MÁS ALLÁ DEL “ÚLTIMO MOHICANO”*

Andrés Botero Bernal**
Profesor nacional invitado

Resumen: 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 en torno a la concepción cultural del derecho en Europa continental y en Inglaterra, y la búsqueda de Hart por depurar algunas posturas kelsenianas con el fin de consolidar el positivismo y ubicarlo de mejor manera en el contexto del *Common Law*.

Además, con base en lo anterior, en este escrito se ratifica que el positivismo, en general, y el pensamiento hartiano, en particular, no están en vía de extinción (que Hart no fue el “último mohicano”), a pesar de lo que suele afirmarse al respecto desde algunas corrientes neoconstitucionalistas y no-positivistas contemporáneas.

Palabras clave: Kelsen; Hart; norma jurídica; castigo; sanción.

* Este texto parte de uno publicado previamente: Andrés BOTERO, “El debate Kelsen-Hart sobre la sanción normativa: una mirada más allá del ‘Último mohicano’”, *Revista Filosofía UIS* 16, n.º 2 (2017): 303-324. Se actualizó la bibliografía, se agregaron nuevas ideas y se reconstruyeron algunos párrafos. Es el resultado del proyecto de investigación número 2808, financiado por la UIS. Se realizó siguiendo la metodología de investigación documental, específicamente de investigación bibliográfica, con un enfoque hermenéutico.

** Abogado y filósofo. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y doctor en Derecho por la Universidad de Huelva (España). Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS, Bucaramanga, Colombia). Miembro del grupo de investigación Politeia de la UIS. <http://orcid.org/0000-0002-2609-0265>. Contacto: aboterob@uis.edu.co

THE KELSEN-HART DEBATE ON NORMATIVE SANCTION A LOOK BEYOND “THE LAST OF THE MOHICANS”

Abstract: this paper mentions the debate between Kelsen and Hart about the sanction (punishment) as a structural element or not of the legal norm.

Further, this paper pointed out that this debate reflects, among other things, the different philosophical foundations of both authors, the difference between the cultural conception of law in continental Europe and in England, and it shows that Hart try to purify some of the Kelsenian positions in order to consolidate positivism and to locate it better in the context of the Common Law.

Based on the above, this paper affirms that positivism, in general, and Hartian thinking, in particular, are not on the verge of extinction (which Hart was not the “last Mohican”), despite what is usually affirmed in this respect from some contemporary neoconstitutionalist and non-positivist theories.

Keywords: Kelsen; Hart; legal norm; punishment; sanction.

Diferentes lecturas sobre Hart

Hart ha pasado a la historia de la iusfilosofía de forma diferenciada según la lectura que de él se ha impuesto en la cultura jurídica de nuestra época. Una lectura es la que circula entre los ámbitos de formación de abogados (en los cuales raramente se presta atención a la historicidad de la disciplina en general, y de la iusfilosofía, en especial) y la otra, la que predomina en los territorios de los iusfilósofos en sentido estricto (quienes pocas veces están en condiciones de afectar el entorno educativo de los futuros abogados, ya porque esos entornos consideran a la iusfilosofía como un saber menor, ya porque la brecha entre eruditos y no eruditos hace casi imposible la comunicación).

La primera lectura (que a la postre es la más determinante por sus efectos culturales amplios) sabe de Hart, pero en lo que se circunscribe al debate que tuvo con Dworkin, debate que es leído, al menos en Latinoamérica donde tanto empuje ha tenido el neoconstitucionalismo, como el enfrentamiento del último *de los Mohicanos*¹ (Hart) versus *Hércules*²

¹ Haciendo alusión a la novela *El último mohicano* (1826) de James Fenimore Cooper. Esto es, que Hart sería el último de su estirpe, el positivismo, que lucha por su no desaparición.

² Como referencia al juez-súper-poderoso planteado por Dworkin, que es capaz de dar con la única solución correcta, moralmente hablando, ante cada caso jurídico problemático. “Haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez-filósofo podría elaborar teorías

(Dworkin)³. Me preocupa, seriamente, que esta lectura no solo sea la que predomine en los ámbitos de formación de los nuevos abogados, sino también que termine siendo la que se imponga para el futuro *corpus* doctrinario de la filosofía del derecho, cuando esta aluda a lo que aconteció en la disciplina en la segunda mitad del siglo XX.

La segunda lectura, propia de especialistas, sabe claramente que Hart fue mucho más que lo anterior, de manera tal que acusa, con razones, a la primera lectura pues reduce al autor inglés –en su afán de crear esquemas básicos memorizables adecuados con la enseñanza, cada vez más restringida, de las humanidades al interior de las facultades de derecho–, al considerarlo como el fallido contradictor de Dworkin y como la última columna del edificio positivista. El especialista sabe que Hart no ha representado el papel del “último mohicano”, que desea sobrevivir ante los impulsos imbatibles de la civilización no-positivista, porque, al menos en la tradición anglosajona, el positivismo jurídico como teoría de la existencia del derecho y los sistemas jurídicos es la postura dominante, y está fuertemente representada por autores como Joseph Raz, Andrei Marmor, Wilfrid Waluchow, John Gardner, Leslie Green y Ken Himma, entre muchos otros, quienes han continuado, en alguna medida, con el pensamiento hartiano, sin negarse el derecho a hacerle precisiones, claro está. Incluso, iusnaturalistas contemporáneos (pienso en John Finnis y Mark Murphy, por dar dos casos) y no-positivistas (como Kevin Toh y Stefan Sciaraffa) asumen que la teoría hartiana es más o menos correcta en lo fundamental, aunque incompleta en lo que atañe a la justificación del sistema jurídico.

sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos. Nos encontraremos con que diseñaría tales teorías de la misma manera que un árbitro-filósofo delinea el carácter de un juego. Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos. Supongo que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción. Es decir, que acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal, o de tribunales superiores, cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos.” Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, 2ª ed. (Barcelona: Ariel, 1989), 177.

³ Esta primera lectura es descrita, entre otros, por: Luis LLOREDO, “Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración”, *Doxa*, n.º 40 (2017): 249-278.

Así las cosas, ¿qué hacer? Sería ingenuo creer que la primera lectura se desvanecerá espontáneamente entre más (se) escriban (entre ellos) los expertos al respecto. Hay que poner en evidencia, pero para públicos más amplios, aquellas cosas del pensamiento hartiano que pueden interesar a estudiantes y profesores de derecho contemporáneo para desvirtuar la imagen errada de que el positivismo está casi extinto, como los mohicanos, de un lado, y de que el pensamiento hartiano solo dio para un debate con Dworkin, del otro.

Al pensar qué podrían ser esas cosas, se deslizó entre las primeras posibilidades analizar aquella parte de la vida de Hart que tanto interés despertaba en los estudiantes: que trabajó en el servicio de espionaje y contraespionaje (MI5) del Reino Unido durante la Segunda Guerra Mundial, y que tanto él como su esposa⁴ fueron investigados por ser presuntos espías rusos durante la Guerra Fría (acusaciones que nunca se comprobaron). Pero, si se investiga a fondo, y no solo desde las biografías⁵, no vislumbro alguna relación fuerte y seria de aquellos acontecimientos con la iusfilosofía, por más que alguien haya dicho, sin demostrarlo, todo lo contrario⁶.

⁴ En la década de los 50 y 60 del siglo pasado, en el Reino Unido, se produjo un gran escándalo que envolvió a su servicio secreto. Un importante espía inglés (Kim Philby) resultó ser un agente soviético infiltrado. Durante la investigación de este sonado caso, una testigo involucró como posible espía a Jenifer Hart, esposa de Herbert Hart. No se pudo comprobar que fuese espía o que hubiese dado información privilegiada a los soviéticos, a pesar de que en los años previos a la Segunda Guerra Mundial ella fue miembro del partido comunista, y contactada por el servicio secreto ruso. Pese a no existir prueba al respecto, esta sospecha siempre la acompañó en vida, así como al propio Herbert, y varias veces fue sacada a relucir ante los medios de comunicación. Thomas ROSAMUND, *Espionage and secrecy: The official secrets acts 1911-1989 of the United Kingdom* (London: Routledge, 1991), 181. Edward WHITE, *Book review: Getting close to H.L.A. Hart: A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, editado por Nicola Lacey (Oxford: Oxford University Press, 2004), i-xxii, 1-422; (Melbourne: *University Law Review*, n.º 29): 317-336. Y la autobiografía de HART, *Ask me no more*.

⁵ NICOLA LACEY, *A life of H. L. A. Hart. The nightmare and the noble dream* (Oxford: Oxford University Press, 2004). Esta autora deja en claro lo mucho que afectaron a Hart estas terribles acusaciones. Ver, además, IGNACIO TORRES, “H. L. A. Hart al desnudo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75 (2005): 359-368.

⁶ “Los métodos para analizar la información por Hart (cuando trabajó en el MI5) luego fueron usados para pensar el derecho de otra forma”. El texto entre paréntesis es propio de LUIS CARRANZA, “Cazador de espías, filósofo del derecho”, *Comercio y Justicia* (21 nov. 2014), 2.

Al desechar esta ruta, pasé a otro aspecto que, si bien es un asunto propio de la historia de la iusfilosofía, en el fondo deja en claro, por lo menos, dos enseñanzas muy valiosas: una para la filosofía del derecho y otra para el derecho comparado contemporáneos. Todo con el fin de mostrar a un Hart más proactivo, que el que se quiere imponer en muchas facultades de derecho.

Me refiero al debate que sostuvo con Kelsen sobre las normas sancionadoras, que pone de relieve i) la distancia que hay entre estos dos autores, especialmente por sus diferentes influencias filosóficas (lo que constituye una enseñanza para la iusfilosofía); ii) el papel que jugó Hart como consolidador del positivismo jurídico de su época (lo que implica una enseñanza para la historia de la iusfilosofía), y, iii), la diferencias en la concepción cultural del derecho, entre el sistema jurídico continental con el *Common Law* (lo que sirve de enseñanza para el derecho comparado).

El debate Kelsen – Hart en torno a la estructura de las normas

Hart fue decisivo en la consolidación de las posturas normativistas de Kelsen en su fase final, esto es, la que corresponde a los trabajos de Kelsen una vez radicado en Estados Unidos. Hart logró, vía la aguda crítica y la pertinente polémica que tanto le gustaba⁷, varias precisiones e incluso correcciones del propio Kelsen frente a su *Reine Rechtslehre* (en adelante TPD) en general y la teoría de la normatividad, en especial⁸, las que le permitieron a esa obra no solo consolidarse mejor ante las críticas, sino también adecuarse ante los nuevos escenarios que le suponía el demostrar, como lo intentó Kelsen, que su teoría por ser general también era aplicable al *Common Law*⁹. Estas críticas de Hart a Kelsen pueden concentrarse en varios campos, pero quisiera resaltar, por el momento, tres: i) ¿cuál es la

⁷ Joseph RAZ, “En memoria de H. L. A. Hart”, *Doxa*, n.º 13 (1993): 27-30.

⁸ Torben SPAARK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, en *Perspectives on jurisprudence: essays in honour of Jes Bjarup*, editado por Wahlgren (Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005), 397-414.

⁹ R. S. Clark, “Hans Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Journal of legal education* 22, n.º 2 (1969):170-196.

norma base del sistema jurídico?¹⁰; ii) ¿en qué consiste la unidad del sistema normativo?¹¹; y, iii) ¿cuál es la estructura formal de la norma jurídica?¹²

Estos tres aspectos, que han sido bien estudiados por los expertos, no pueden ser interpretados como una búsqueda de la destrucción de la *Reine Rechtslehre*, en tanto Hart creía que el pensamiento general kelseniano, en términos generales, era correcto y, además, era consciente de que Kelsen era un soporte crucial para el positivismo en el contexto del *Common Law*¹³, especialmente, en la lucha contra el dogmatismo derivado de las tradiciones, a las que ambos se enfrentaban en sus respectivos países. Se trataría más bien de importantes precisiones conceptuales bajo la égida analítica que buscaban, vía crítica, la consolidación de una postura general (el positivismo), al reconocer que la TPD tenía, según el inglés, algunas limitaciones comprensivas del fenómeno normativo propio del sistema anglosajón, pero que ellas no comprometían la validez general de la matriz común que los unía (matriz que los condujo a un autor, que tanto influyó en ellos dos: John Austin).

Quisiera explicar mejor lo señalado anteriormente, en relación con el tercero de los puntos: la estructura de las normas jurídicas en sentido estricto.

¹⁰ Para Kelsen sería la *Grundnorm*, mientras que para Hart sería la “regla de reconocimiento”. La negativa de Kelsen frente a esta teoría hartiana se encuentra en: Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho* (México: Porrúa, 2005), parágrafo 34, i, 229, nota 134. Sobre la teoría de la regla de reconocimiento, ver: Herbert HART, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998):125-137; Eugenio BULYGIN, “Sobre la regla de reconocimiento”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, editado por Jorge BACQUÉ, et al. (Buenos Aires: Astrea, 1976), 31-39; Astrid GÓMEZ, “Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias”, en *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, editado por Bacqué, et al. (Buenos Aires: Astrea, 1976), 47-53; SPAAK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, 404-412, y José MÁRQUEZ, “Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica”, *Persona y Derecho*, n.º 12 (1985):163-188; entre otros.

¹¹ HART, “Kelsen’s doctrine of the Unity of Law”, en *Ethics and Social Justice*, 208-270, editado por Kiefer Munitz; en español: HART, “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, en *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, 383-421, editado por Casanovas y Moreso.

¹² Eugenio BULYGIN y Daniel MENDONCA, *Normas y sistemas normativos* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 11-24; Gregorio ROBLES, “Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 60 (1980): 47-64; SPAAK, “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”; Julián GARCÍA, “Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual”, en *Teoría del derecho*, 2ª ed. coordinada por VALDERRAMA (Medellín: Universidad de Medellín, 2011), 171-212.

¹³ CLARK, “Hans Kelsen’s Pure Theory of Law”, 195-196.

Kelsen consideró, de manera inicial, que toda norma jurídica, para ser tal, implica una sanción negativa o castigo¹⁴ a la transgresión¹⁵; esto es, una prohibición fundada en una amenaza, casi siempre estatal, a quien transgreda el imperativo base del legislador, este último en sentido amplio¹⁶. Dicho con un ejemplo de manual, una norma jurídica sería la sanción negativa (pena de prisión) a quien transgreda un imperativo (no matar), de manera tal que la norma podría explicarse lógicamente a partir de dos mandatos, regidos por el principio de imputación y no de causalidad: el primero sería aquel de lo que se desea se haga o no se haga (no debes matar), y el segundo sería en sentido estricto la verdadera norma jurídica, que consagra el deber de sancionar a quien transgreda el primer imperativo o imperativo base (el que matare a otro deberá ser castigado con una pena de prisión de tantos a tantos años de prisión).

Incluso esta posición, de que el derecho está integrado por normas prohibitivas, llevó al autor austriaco a plantear la tesis de la completud del derecho, en la medida que aquello que no está prohibido se entiende permitido, de manera tal que nada escapa a la regulación del derecho: o está prohibido o está permitido. En consecuencia, no habría lagunas, pues el derecho siempre es un orden completo. Esto generó una serie de críticas, que no enunciaremos pues nos desvían de nuestro interés¹⁷. Sin embargo, el principio de completud fue abandonado por su propio autor casi al finalizar su vida académica.¹⁸

¹⁴ El castigo es entendido por Kelsen como “la privación forzosa de la vida, la libertad o la propiedad con el propósito de retribución o prevención”. Hans KELSEN, *La paz por medio del derecho* (Buenos Aires: Losada, 1946), 119.

¹⁵ La transgresión es la violación de la obligación normativa, esto es, la violación de la prohibición. La sanción solo puede imputarse cuando previamente se ha imputado una transgresión. Entonces, la coacción es, eminentemente, un sistema de castigo ante el imputado como transgresor. Así lo señaló Kelsen en “El derecho como orden constrictivo”, transcrito en: Hans KELSEN y Carlos COSSIO, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura* (Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952), 73.

¹⁶ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 48-50 y 123-129; Hans KELSEN, “The Law as a Specific Social Technique”, *The University of Chicago Law Review* 9, n.º 1 (1941): 75-97.

¹⁷ Cfr. Eugenio BULYGIN, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, editado por Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan C. Bayón (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 11-14.

¹⁸ Hans KELSEN, “Derogation”, en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, editado por Ralph Newman (Indianapolis-New York: The Bobbs-Merrill Co., 1962), 339-355.

Volviendo sobre la teoría de las normas, especialmente en su aspecto de que toda norma es una prohibición respaldada por una sanción, Hart llamó la atención de Kelsen al preguntarse: ¿qué hacer entonces con aquellas normas propias de sistemas jurídicos basados más en el principio de colaboración que en el de prohibición, que no sancionan la transgresión sino que recompensan, permiten, autorizan o informan, desde el derecho, sobre cómo obtener un resultado? Es que aceptar normas no prohibitivas supondría cuestionar no solo la estructura coercitiva de la norma, sino también la teoría de la completud del sistema jurídico.

De esta manera, para Hart, si se mira desde la práctica social de un partícipe del sistema¹⁹, no todas las normas obedecen a la estructura kelseniana; a lo sumo, solo las normas que Hart denominó como “reglas primarias”, que son aquellas reglas sociales aplicadas en ciertos contextos primarios, y que tienen por objeto –directo o indirecto– regular la conducta humana imponiendo obligaciones; incluso, cuando una norma primaria ordena obedecer otra, sigue siendo la conducta humana la principal destinataria. Entonces, entre las normas que no corresponden con la estructura coercitiva kelseniana están las reglas cuya consecuencia jurídica sería una *recompensa*, de un lado, y las reglas secundarias (de cambio, de adjudicación y de reconocimiento), cuya consecuencia jurídica sería una *potestad* frente a reglas primarias, del otro. Frente a este tipo de reglas, Hart escribió:

Pero existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía con órdenes respaldados por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta. Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que

¹⁹ HART, *El concepto de derecho*, 111.

queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas.²⁰

Además, este esquema de sanción-positiva se ve más claramente con las reglas secundarias, entendidas estas como prácticas sociales aceptadas [desde el punto de vista interno, esto es, desde el participante del sistema²¹] mediante las cuales se establece la creación, la adjudicación y el reconocimiento sobre qué es –y, por tanto, sobre qué no es– norma jurídica. Las reglas de cambio serían mandatos que, en la práctica social, determinan la forma de crear, modificar o extinguir reglas primarias; es decir, la facultad a “un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores”²². Las de adjudicación son aquellas que “facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”²³. Y, finalmente, la tercera, sería la norma base del sistema jurídico, en tanto ella le permite al grupo social reconocer una regla primaria²⁴, de manera tal, que es la “regla última de un sistema” o “criterio supremo de validez”²⁵ verificable, en tanto es una “cuestión de hecho”²⁶; regla que, al parecer, impone un deber a los adjudicadores de aplicar las reglas primarias reconocidas.²⁷

²⁰ HART, *El concepto de derecho*, 35.

²¹ HART, *El concepto de derecho*, 111.

²² HART, *El concepto de derecho*, 119.

²³ HART, *El concepto de derecho*, 120. En las reglas de adjudicación se incluyen las que señalan qué individuos tienen esta facultad (jueces), y el procedimiento para hacer tal determinación.

²⁴ HART, *El concepto de derecho*, 117-120, entre otras.

²⁵ HART, *El concepto de derecho*, 133.

²⁶ HART, *El concepto de derecho*, 137.

²⁷ Señalo “al parecer”, porque este es un aspecto debatido. La posición tradicional señala que la regla de reconocimiento impone un deber del juez de aplicar las reglas primarias v. gr., Joseph RAZ, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, VIII, 3 (Oxford: Oxford University Press, 1980); Juan RUIZ, *Jurisdicción y Normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1990); etc. En contra está Bulygin: “Sin duda, normalmente los jueces tienen el deber de (es decir, están obligados a) decidir los casos conforme a las normas válidas. Para poder cumplir esta obligación los jueces tienen que usar la regla de reconocimiento, pero esta obligación no surge de la regla de reconocimiento misma, sino de una determinada norma del sistema, identificada conforme a la regla de reconocimiento”, BULYGIN, “Sobre la regla de reconocimiento”, 39. Ver el debate surgido al respecto, BULYGIN, “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”, *Doxa*, n.º 9 (1991):

La característica común de estas reglas secundarias, como ya dije, es que no corresponden con el esquema kelseniano, en general al de norma, como un deber-ser proposicional sin contacto con la realidad, y, en especial, al de norma-negativa o norma-sanción, propio de entender el derecho solo como coerción (fruto, ambas cosas, de la herencia kantiana, por un lado, y de la familia jurídica continental, por el otro, del autor austriaco). No corresponden, pues la consecuencia de dichas reglas, en un sentido amplio, consiste en la *potestad* de crear, modificar, extinguir, validar o resolver conflictos aplicando reglas primarias. En consecuencia, para Hart (por su herencia humeana²⁸, por un lado, y por la influencia del *Common Law*, por el otro), no todas las reglas pueden ser reducidas a ser meras prohibiciones con mandatos coercitivos en sentido estricto, pues eso supondría, de un lado, la imposibilidad de explicar en la práctica social, i) ciertas reglas (como las de recompensa y las secundarias) y, del otro, ii) la presencia de esencias morales en el derecho.²⁹

Ahora bien, Kelsen, al darse cuenta de la fuerza intrínseca de la crítica hartiana (que supone, entre otras cosas, un reto de la aplicabilidad de la TPD en el contexto del *Common Law*) y para poder mantener la uniformidad de su modelo, consideró –en su segunda edición de la TPD– a las normas con

311-318. Y, en , Juan RUIZ, “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”, *Doxa*, n.º 9 (1991): 281-293.

²⁸ Por ejemplo: “Es cierto desde luego que, en cuanto que todas las leyes humanas están basadas en premios y castigos, se ha supuesto como principio fundamental que estos motivos influyen sobre la mente, produciendo las buenas acciones y a la vez impidiendo las malas”, David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, II, (Buenos Aires: Orbis, 1984), 611.

²⁹ La convivencia exige un mínimo de normas morales en el derecho, pero eso no supone confundir la moral con el derecho, de una parte, ni declararse iusnaturalista, del otro: “Tanto el derecho como la moral incluyen reglas que rigen la conducta de los individuos en situaciones que se repiten constantemente a lo largo de la vida, y no en ocasiones o actividades especiales, y aunque ambos pueden incluir mucho de lo que es peculiar a las necesidades reales o imaginadas de una particular sociedad, tanto el derecho como la moral formulan exigencias que, obviamente, tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir. Por ello es que en ambos hallaremos algún tipo de prohibición de la violencia a las personas o a la propiedad, y algunas exigencias de honestidad y veracidad”, HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, 214. “La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social”, HART, *El concepto de derecho*, 238.

sanción-positiva como “normas incompletas” o “normas no independientes”³⁰, las cuales, sin embargo, solo se vuelven completas o independientes una vez pueden articularse con una sanción-negativa, con una coacción:³¹

De lo dicho resulta que un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que, por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo. Pero tampoco todas las normas que estatuyen actos coactivos obligan, sino sólo aquellas que estatuyen el acto coactivo como reacción –es decir, como sanción- contra determinada conducta humana, obligando, pues, a la conducta contraria.³²

Para entender la importancia de este cambio de la postura kelseniana, insuficiente para algunos y suficiente para otros, hay que explicar, aunque sea someramente, que, para Kelsen, el concepto de norma va más allá de los enunciados normativos que emite el legislador. La norma jurídica, en sentido estricto, es la que se construye a partir de varios enunciados del legislador general, de manera tal que si tengo ante mí un enunciado (un artículo de una ley o de un decreto, por ejemplo) con un sentido positivo (que recompensa, permite, autoriza o informa), no estamos ante una norma completa o en sentido estricto. Le correspondería al juez, por medio de la interpretación³³, articular dicho enunciado con otro(s) que establezca(n) una coacción entendida como sanción-negativa, lo que demostraría, una vez más, la *discrecionalidad judicial*³⁴. El juez debe cambiar el sentido

³⁰ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 63-70, párrafo 6, d y e. Dante CRACOGNA, “La fundamentación normativa del derecho en Hart y Kelsen”, en *Teoría general del derecho: sus problemas actuales, estudios en homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, compilado por Martin Laclau y Dante Cracogna (Buenos Aires: Editorial Heliasta), 50-52.

³¹ Una explicación más amplia sobre la coacción (sanción negativa) y el rechazo kelseniano a las sanciones positivas, en: BOBBIO, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, 14-30, editado por Bacqué, et al. Bobbio se propuso demostrar que la consideración kelseniana de la coacción como elemento estructurante de la norma, frente al rol secundario que le asigna a la recompensa como sanción, fue una concesión que el austriaco terminó haciendo, sin darse cuenta, al funcionalismo.

³² KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 70.

³³ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 349-356.

³⁴ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 354.

positivo del enunciado para leerlo desde el sentido negativo o castigador, propio de las normas jurídicas en sentido estricto o normas independientes. Entonces, si el legislador emite un enunciado que dice que “cualquier ciudadano tiene derecho, si reúne los requisitos A y B, a transitar libremente en su vehículo” o que “el procedimiento de creación de un decreto municipal son X y Y”, el juez asume que detrás de todo ello hay diferentes normas sancionatorias que podrían transcribirse de la siguiente manera: “el ciudadano que transite con su vehículo, sin cumplir los requisitos A y B, debe ser castigado mediante C” (siendo C una sanción estipulada en algún otro enunciado normativo y que el juez considere aplicable, en el marco del propio sistema vigente, al caso que juzga); “el funcionario público que impida el libre tránsito de un ciudadano que reúna los requisitos A y B, debe ser castigado mediante C”; “si un funcionario tramita un decreto municipal sin cumplir con los procedimientos X y Y, debe ser castigado mediante C”; o “si no se respeta el procedimiento X y Y, el decreto municipal debe ser declarado nulo” (siempre y cuando la nulidad pueda ser inferida de otros enunciados normativos del sistema, como suele suceder para este tipo de ejemplos, aunque Kelsen no estaría muy de acuerdo en considerar la nulidad como un castigo). Así, toda regla secundaria o todo enunciado permisivo sería la premisa inicial de una norma sancionadora o independiente.

Pero, ¿qué diría un hartiano sobre esto? En primer lugar, que la distinción entre regla primaria y regla secundaria no es tan radical como lo han pretendido ver los críticos, en tanto dichas categorías no están comunicadas entre sí, de un lado, y que no son categorías ontológicas por fuera del observador, sino que solo son *visibles* según la perspectiva que asuma el operador jurídico, de otro. De esta manera, desde cierta óptica es posible ver una regla primaria de lo que, desde otro lente (esto es, desde otra práctica social propia del punto de vista interno), sería una regla secundaria. De manera tal, que Kelsen, cuando ve una regla primaria con sanción negativa detrás de una regla permisiva o de una regla secundaria, no contradice necesariamente a Hart.

En segundo lugar, tratándose de las reglas secundarias de cambio, para seguir el ejemplo anterior del decreto municipal, la anulabilidad no es una sanción negativa, pues no puede “ser asimilada a un castigo establecido

por una regla como estímulo para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe³⁵; verbigracia, la decisión del árbitro de que un disparo del balón hacia la portería no fue un gol, no es un castigo al jugador que pateó, sino que es parte misma de las reglas que establecen cómo se hace una anotación³⁶. Incluso, como se dijo antes, Kelsen no estaría de acuerdo con considerar la anulabilidad como un castigo, pues no es una privación forzosa de la vida, la libertad o la propiedad³⁷, sino que es la respuesta judicial, ordenada por las reglas básicas de funcionamiento de la estructura jerarquizada, a una contradicción *aparente* entre dos normas de diferente nivel. Dicho con otras palabras, no sería adecuado equiparar sanción con nulidad (anulación judicial de una norma), ya la que la primera tiene por objeto la conducta humana, mientras, la segunda, la validez de los actos jurídicos.

Sin embargo, un antropólogo jurídico o un iusfilósofo realista (mas no el propio Kelsen, quien por temas de edad no pudo continuar el debate sobre este punto, pero sí sus seguidores) podría pensar de la siguiente manera: Hart considera necesario ver el derecho como una práctica social de agentes que participan en él (punto de vista interno). Desde reflexiones teóricas, tanto para Kelsen como para Hart, la anulación no es una consecuencia jurídica negativa o castigo; pero, para los agentes de un sistema, como el funcionario público que debe tramitar la creación de una regla primaria, el que la norma que confecciona no sea anulada por el órgano respectivo puede comportarles una amenaza externa que les produce miedo, elementos claros de la coacción. Dicho con otras palabras, ¿no puede pensarse que el funcionario público tome la anulación de su norma como un castigo? ¿Y la anulación de la norma no está aparejada a otras medidas sancionadoras contra el funcionario responsable, tales como amenazas contra la vida, la libertad y el patrimonio? En este sentido, afirmar que la anulación de una

³⁵ HART, *El concepto de derecho*, 42.

³⁶ HART, *El concepto de derecho*, 44. Esto es que, siguiendo la terminología kelseniana, si la norma jurídica es una amenaza de castigo a quien se le imputa haber desobedecido un imperativo base, ¿la nulidad, a quien está amenazando? y ¿qué imperativo base se protege con la nulidad? Obviamente, los debates no terminaron aquí, pues los críticos de Hart han considerado que, si bien la nulidad no se comporta, de manera clara, como un castigo penal, sí puede ser vista como un castigo que amenaza a quien hace el contrato o la norma (punto de vista interno), incentivándolo a que respete el procedimiento. Ver el párrafo siguiente.

³⁷ KELSEN, *La paz por medio del derecho*, 119.

norma no constituye un castigo en ningún sistema jurídico sería caer del lado del formalismo, justo por considerar que hay significantes y significados que no son dados desde la práctica social, sino ordenados desde un saber superior.

En tercer lugar, que Kelsen sigue sin demostrar por qué se requiere o por qué es preferible encontrar una sanción negativa detrás de una regla permisiva o de una regla secundaria cuando también es posible encontrar, para el mismo caso, una consecuencia positiva (por ejemplo, que si se sigue el procedimiento el decreto municipal debe ser imputado como válido). Ahora bien, Kelsen, claramente, no puede responder por qué es preferible su teoría de la sanción negativa, pues esto supondría barrer con la pureza que el austriaco deseaba para sus análisis. No obstante, entre los factores que pesan en la concepción de castigo que tiene Kelsen es su defensa del liberalismo político, cosa que se mencionará más adelante.

Para finalizar este acápite, el debate Kelsen – Hart en torno a la estructura de las normas en general y la sanción en especial, tuvo un gran impacto en la comunidad académica. Muchos iusfilósofos han tomado parte en el asunto, haciendo gala de análisis y distinciones lógicos. A manera de ejemplo, encontramos a Rodilla, quien sostiene:

... la interpretación de Kelsen de la idea de coactividad, a la que usa como criterio de individualización de las normas jurídicas, es incompatible con su caracterización del Derecho como sistema normativo dinámico. El sistema jurídico kelseniano no puede construirse con las normas jurídicas kelsenianas, porque entre éstas no pueden darse las relaciones de validación que son características de un sistema dinámico. De esta manera, la teoría kelseniana del Derecho como un sistema normativo dinámico es una razón para abandonar la teoría kelseniana sobre la estructura uniforme de las normas jurídicas.³⁸

Este autor descalifica la postura de Kelsen sin necesidad de acudir a las críticas de Hart.

En fin, estas intervenciones han sido en muchas líneas, pero lo que aquí me propongo es ofrecer otra manera de ver el debate y comprenderlo (por no

³⁸ Miguel RODILLA, “Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28 (2005): 183.

decir que disolverlo), esto es, considerar las diferencias entre estos dos autores, ya no desde la propia iusfilosofía, sino a la luz de la historia del derecho (que explica la forma en que evolucionaron los diferentes sistemas jurídicos que inspiran a Kelsen y a Hart), el derecho comparado (que permite comprender, al momento del debate, las diferencias entre las familias jurídicas) y la antropología jurídica (que da elementos para ver cómo las culturas determinan, en parte, los significados de los conceptos jurídicos).

Los efectos del debate en torno a la estructura de la norma jurídica

La respuesta kelseniana, provocada ante los reclamos de Hart, ha tenido, por lo menos, una consecuencia sistémica y otra cultural. Frente a la consecuencia sistemática (esto es, sobre cómo articular una experiencia concreta con una teoría general formal), es que Kelsen, en vez de reconocer que no todas las normas obedecen a la misma estructura y a la misma función social (represión para conseguir la *paz* o la *convivencia*, aspecto sobre el que volveré luego), termina por uniformarlas al considerar el derecho como “una reacción contra lo ilícito”³⁹. Es decir, por su afán de dar con lo general de todo sistema jurídico, cuando Hart le planteó que no toda norma se construye como prohibición garantizada con una coerción-castigo, Kelsen terminó precisando, para los kelsenianos, o maquillando, para los hartianos, su teoría inicial.

Y digo maquillando su teoría porque, en cierto sentido, parecería que el vuelco kelseniano fue insuficiente [como lo señaló el propio Hart⁴⁰, al considerar este cambio como una mera argucia teórica⁴¹], pues Kelsen siguió sosteniendo, a pesar de todo, que las normas solo son tal, en el sentido más estricto de la palabra, si castigan.

En lo que respecta al asunto cultural, lo que se les reclama a los contrincantes, en especial a Kelsen, está en un presunto error epistemológico: ¿es

³⁹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 126.

⁴⁰ HART, *El concepto de derecho*, 45-48.

⁴¹ Claro está que este juicio hartiano no se circunscribió solo a la teoría de la sanción-positiva (norma no-independiente) y de la sanción-coerción (norma independiente). HART, “Kelsen visited”, en Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ensayo 14, 286-308. También publicado en: *UCLA Law Review* 10 (1963): 709-728. Ver, especialmente: “Rules of Law in a descriptive sense” y “The definition of delict”.

válido creer que hay algo en común en la concepción de norma en todos los sistemas jurídicos? Pretender que todos los sistemas jurídicos tienen unos mismos componentes formales, de manera tal que sobre eso que los une es posible hacer una teoría general [como lo creía Kelsen y Hart⁴², aunque en diferente medida], aplicable a cualquier sistema, conlleva una tensión difícil de resolver para la ciencia jurídica en general, y para el positivismo, en especial⁴³: ¿lo jurídico, que incluye tanto la ciencia como la normativa, debe construirse de cara a su contexto cultural y político, o atendiendo a las formas de la teoría general? Cualquier respuesta es problemática. Por ejemplo, si se afirma que la teoría del derecho es más cultural que formal, entonces los estudios generales caerían en desgracia, pero ¿cómo podría identificarse lo jurídico en una cultura si no hay claridad previa en las formas generales, que son justo las que permiten tal identificación? Dicho con otras palabras, ¿es posible hacer un análisis cultural sin haber realizado previamente un juicio formal y general de lo que es derecho? Sin embargo, ¿es posible plantear una teoría formal de identificación general de lo jurídico, por fuera del contexto cultural de quien formula la teoría? Si es imposible –o por lo menos muy difícil– salir del esquema cultural propio, ¿cómo una teoría formal puede ser general? Fruto de esta problematicidad es que los formalistas terminan haciendo concesiones a los culturalistas, y viceversa.

Todo esto nos lleva, necesariamente, al reto de comprender lo jurídico reconociendo la importancia tanto de los aportes de las teorías generales-formales como de los estudios culturales contextualizados; que –si se interpretan de manera conjunta– arrojarían muchos beneficios para la observación del derecho, pero si se mira uno en desmedro del otro, darían visiones muy limitadas.

Entonces, en el caso que nos ocupa (la norma jurídica), consideramos que la teoría general-formal permite clarificar y, por tanto, identificar qué es y qué no es norma, para luego contextualizar el sentido de la norma en su cultura más inmediata. Solo resolviendo la pregunta formal previa podemos hacer un análisis contextualizado; pero la respuesta formal dada no se

⁴² HART, *El concepto de derecho*, 3-4.

⁴³ Keith CULVER, “Leaving the Hart-Dworkin Debate”, *University of Toronto Law Journal*, n.º 51 (2001): 367-398.

aleja, por lo menos no en el caso que nos ocupa, del contexto cultural de cada autor. Y no se aleja, por consideraciones cognitivas (desde la teoría de la intencionalidad del conocimiento, ninguna idea planteada surge por fuera de las experiencias previas de quien la enuncia) y por las familias jurídicas que rodean a los autores que analizamos. Veamos.

Un aspecto que diferencia parcialmente el *Common Law* (entendido aquí desde su faceta cultural-histórica y no desde las propuestas de autores imperativistas como Austin) del sistema jurídico continental, está fundado en su orientación política al momento de construir el Estado y, por tanto, el derecho normativo. Mientras el Estado inglés se construyó bajo el empirismo, el pragmatismo, el realismo y el historicismo (ratificado por un modelo consuetudinario-judicial, esto es, de costumbres que son interpretadas por los jueces en defensa del precedente⁴⁴); el Estado, en el continente europeo, se construyó de otra forma, más racionalista, formalista, estatalista y legicentrista, si se quiere⁴⁵. Y este fundamento diferenciador favoreció y se vio favorecido en una actitud política, de qué se espera del Estado. En el *Common Law* el poder público no ha sido visto tanto —es decir, no de la misma manera como ha sucedido en el continente europeo— como un mero motor creador de derecho y sancionador (castigador) de las desviaciones de los ciudadanos ante ese mismo derecho, sino también como un poder político garante, desde una racionalidad histórica o consuetudinaria, de un derecho que se entiende hecho, en parte, por fuera de la voluntad estatal. Así, en el mundo inglés, el derecho, si bien se reserva un claro componente coercitivo, no se expresa siempre así. Como lo indicó Hart, en la mentalidad inglesa el imperativo y la coercibilidad dura suelen representarse, fundamentalmente, como características del derecho penal y disciplinario, pero no de las otras áreas del derecho.⁴⁶

Por tanto, fuera de este campo jurídico, el penal y el disciplinario, la norma no hace tanto énfasis en la sanción negativa, de allí que varias veces se

⁴⁴ Desde la parte histórica, ver: Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (Madrid: Trotta, 1998), 25-35. Desde la parte dogmática: Simon WHITTAKER, “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho* 35, n.º 1 (2008): 37-83.

⁴⁵ WHITTAKER, “El precedente en el derecho...”, 46-53. Y, María José FALCÓN Y TELLA, “La *Equity* angloamericana”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 1 (2005): 79-108.

⁴⁶ HART, *El concepto de derecho*, 34-35 y 53.

presente como una permisión, pues en el fondo subyace, por lo menos más que en la tradición continental, el principio de colaboración del derecho y del Estado frente al ciudadano, como es de esperarse en un sistema pragmático e historicista, propio del Reino Unido de mediados del siglo XX. Contrario a lo sucedido con el Estado europeo continental, el cual, por su fundamento y por su cultura, ha sido más proclive a un derecho sancionador. No se está diciendo, en modo alguno, que el *Common Law* carezca de coercibilidad y de sanciones-amenaza, sino que no hace tanto énfasis en dicho aspecto al momento de presentarse la norma jurídica.

Además, este matiz diferenciador se observa también en sus fundamentos filosóficos: “La teoría de Hart es una reflexión de Hume, mientras que la de Kelsen refleja a Kant —el Kant de la primera Crítica..., debe añadirse—”⁴⁷. Fundamentos que no chocan con los aspectos culturales a los que antes se aludió: Kelsen, al separar el *ser* del *deber ser*, siguiendo la tradición continental, abrió el camino para una teoría de la norma prohibitiva; Hart, al momento de plantear su teoría sobre las prácticas sociales o las creencias del partícipe como consecuencia de la tradición británica, despejó la vía para una concepción de la norma, más allá del esquema prohibitivo.

Añadamos, por demás, que Kelsen reconoció en algún momento que, para la formulación de algunas ideas de su TPD, se basó exclusivamente en experiencias jurídicas particulares; verbigracia, la teoría de la unidad entre derecho y Estado le surgió del análisis del sistema jurídico austríaco⁴⁸; por tanto, dado que “esa teoría del Estado es una parte esencial de la *Teoría pura del derecho*, a esta puede considerársele como una teoría específicamente austríaca”.⁴⁹

En fin, Kelsen y Hart conciben, pues, una teoría general desde su presupuesto cultural, a la vez que filosófico. Esto lleva, como ya lo dije, a que Hart deba ampliar el marco de identificación de la norma kelseniana del positivismo (kantiano en lo filosófico e imperativista, a la vez que prohi-

⁴⁷ Stanley PAULSON, “Normativismo continental y su contraparte británico. ¿Qué tan diferentes son?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, año XXXVIII, n.º 114 (2005): 1158.

⁴⁸ Clemens JABLONER, “La Teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria”, en *Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, editado por Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 477-499.

⁴⁹ Hans KELSEN, *Autobiografía* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 120.

bitivo, en lo cultural), para darle así cabida en el mundo anglosajón (más humeano en lo filosófico e imperativista, a la vez que promocional, en lo cultural).

A todo esto, le sumo un elemento altamente conflictivo en la *Teoría pura del derecho*, pero que podrá servir para comprender de mejor manera la postura kelseniana: la paz como fin del derecho⁵⁰. Kelsen consideró que el derecho solo podría lograr la paz (entendida como convivencia desde la mentalidad de un hombre asustado por la fragilidad de los sistemas democráticos y de control de su época) mediante la prohibición de ciertas conductas y mediante la sanción a los transgresores.

Si se concibe el derecho como un orden coactivo, y se toman en consideración sólo aquellas normas que estatuyen sanciones, es decir, que estatuyen actos coactivos, como reacciones contra una conducta calificada como ilícita, tendremos que el derecho es una reacción contra lo ilícito; y, por tanto,

⁵⁰ Kelsen, en su texto “Teoría general del derecho y del Estado” (1945) y en el “Derecho como orden constrictivo” (1949), señaló que el derecho, en tanto que controla las conductas coactivamente, promociona la paz. Por ejemplo, refiriéndose a la coercibilidad estatal, señaló: “Es de esta manera que el Derecho garantiza la paz dentro de la comunidad jurídica. He aquí la esencia del Derecho, que es una específica técnica social. Y si la paz es un valor, un fundamental valor social, helo aquí al valor del Derecho, que es paz”. Kelsen en: Kelsen y Cossio, *Problemas escogidos de la teoría...*, 60. En cambio, en la segunda edición de la TPD, habló de “seguridad colectiva”, para restarle así el impacto axiológico que puede tener la finalidad “paz”: “Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social... La seguridad colectiva aspira a la paz, puesto que la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza... La seguridad colectiva o la paz son funciones que –como ya se estableció– los órdenes coactivos designados como derecho poseen realmente en cierto momento de la evolución, si bien en grados diferentes. Esa función es un hecho objetivamente verificable”, KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 50, 51 y 61, respectivamente. Pero como bien lo advirtió Bobbio, la “sustitución del concepto de paz por el de seguridad colectiva hace retroceder un paso el fin mínimo del derecho, pero no lo elimina: lo hace más vago, menos específico, pero no lo suprime”, BOBBIO, “Hacia una teoría funcional...”, 14. Así, para Bobbio, Kelsen no renunció a consideraciones funcionales cuando aludió a esta finalidad.

como Tomás de Aquino, lo dice, en *Summa theologica*, 1-11, 96, artículo 5, sólo los malos, pero no los buenos, estarían sujetos al derecho.⁵¹

El derecho debía, pues, mostrar sus dientes como la única forma de impedir un estado caótico o el fin del modelo de convivencia aceptable desde su lógica democrática, y desde su concepto privilegiado de *Estado liberal de derecho*⁵², que, como se sabe, justifica la intervención estatal en materia jurídica solo si esta es para evitar o corregir una conducta considerada como desviada (por medio de hacerla imposible, difícil o desventajosa, gracias a una sanción negativa), en tanto dicha conducta afectaría la paz social.⁵³

Hart, por el contrario, consideraría que la convivencia, entendida ahora en clave de unas verdades morales obvias al interior del derecho, lo que refleja por demás el modelo judicial propio de la *equity*⁵⁴ (en la que Hart litigó exitosamente antes de la Segunda Guerra Mundial⁵⁵), no requiere, en todos los casos, normas prohibitivas, aspecto que está más o menos claro si se observa la cultura inglesa que hace parte, junto con modelos más cercanos al *Estado de bienestar* de aquella época, a lo que se ha llamado como “ordenamientos jurídicos promocionales”, en los cuales se busca

⁵¹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 126.

⁵² Una precisión: Kelsen, por su ideal de pureza metodológica en lo que atañe al derecho, no fue muy amplio en sus opiniones políticas y económicas. Por ello, la academia se ha preguntado: ¿cuál es el modelo ideal de Estado para Kelsen? Si bien no hay respuesta unánime, hay quienes sostienen, justo por su teoría de la sanción negativa, que Kelsen defendió el *Estado liberal de derecho* (v. gr. Gregorio PECES BARBA, “El problema de la justicia en Kelsen: notas de lectura”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 3, n.º 8 (1983): 322-323); otros, por su parte, consideran que Kelsen fue un defensor, en lo político y en lo económico, de la socialdemocracia y, por tanto, del Estado social de derecho (v. gr. Juan RUIZ, “Sobre la crítica de Kelsen al marxismo”, *Doxa* n.º 3 (1986): 194-195). Pero, esto último, opino, no choca de plano con su criterio de que el derecho solo actúa para repeler actos considerados como dañinos, idea que proviene del liberalismo político.

⁵³ BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, 371-385. Y, Diego LÓPEZ, “¿Existe una “ciencia jurídica”? Los modelos de la “cientificidad” del Derecho en Colombia”, en *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*, 151, editado por Santiago Castro (Bogotá: Pensar, Instituto de Estudios Sociales y Culturales, 2000).

⁵⁴ Modelo fundado en principios generales con clara alusión a componentes morales. María José FALCÓN Y TELLA, “La *Equity* angloamericana”, 79-108.

⁵⁵ No olvidemos que Hart mismo reconoció la importancia de su práctica profesional como determinante en sus teorías positivistas, Cristóbal ORREGO, “Antecedentes iusfilosóficos de El concepto de derecho de H. L. A. Hart”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie” año XXVIII, n.º 84 (1995): 1132.

incentivar una conducta deseada haciéndola fácil o ventajosa⁵⁶. Aquí, el derecho coercitivo es una *ultima ratio*, la última línea de defensa de la comunidad, pero la vanguardia propiciadora de la convivencia serían normas permisivas y autorizativas; es decir, normas con sanción-positiva. En estos ordenamientos, el control de la conducta ha pasado más por otros escenarios que por el derecho castigador mismo, cosa que tenía bien claro Hart, lo que lo acercó más al funcionalismo que al estructuralismo puro:

Si el reconocimiento de la importancia del derecho promocional o promotor puede tener algún efecto, no es tanto respecto del enfoque estructural de él cuanto respecto del enfoque funcional [...] La función de un ordenamiento jurídico no es únicamente la de controlar el comportamiento de los individuos, lo cual puede obtenerse mediante la técnica de las sanciones negativas, sino también la de encauzar los comportamientos hacia ciertos objetivos previamente establecidos. Eso se podrá conseguir preferentemente por medio de la técnica de las sanciones positivas y de los incentivos. Se dice que la concepción tradicional del derecho como ordenamiento coactivo se funda en el presupuesto del “hombre malo”, cuyas tendencias antisociales deben ser sojuzgadas. Se puede decir que la consideración del derecho como ordenamiento directivo parte de la presunción del hombre inerte, pasivo, indiferente, que debe ser estimulado, provocado, urgido. Creo, pues, que hoy es más correcto definir el derecho, desde el punto de vista funcional, como forma de control y de dirección social.⁵⁷

Conclusiones

El debate Kelsen-Hart, sobre la estructura de la norma jurídica, permite muchas lecturas útiles para la iusfilosofía, para la historia del derecho, para la antropología jurídica y para el derecho comparado. Para empezar, es un debate que nos aclara sus diferencias filosóficas, a la vez que culturales. La objeción central de Hart⁵⁸ es que reducir las normas a imperativos prohibitivos y a sanciones-castigos produce una distorsión en lo que el partí-

⁵⁶ Norberto BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, 371-385. Y, María Isabel GARRIDO, “Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 6 (2002-2003): 200-202.

⁵⁷ Norberto BOBBIO, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, 30, editado por Bacqué, et al. (Buenos Aires: Astrea, 1976).

⁵⁸ HART, *El concepto de derecho*, 49-53.

cipe común entiende por derecho, distorsión que permite la uniformidad de una teoría, pero que la aleja de la realidad. Para Hart es vital producir una teoría que sea aceptada por el ciudadano partícipe del sistema y, para ello, la teoría debe reflejar la riqueza y la variedad de las normas que viven como prácticas sociales; por tanto, en este específico debate, se acerca al culturalismo. Kelsen está más centrado en la coherencia de su edificio teórico y en su mayor generalidad, que le permita ser aplicado a todos los sistemas, asunto que lo lleva a uniformizar tanto la teoría de la norma como su concepción de la finalidad del derecho⁵⁹; en consecuencia, en este punto, se acerca al formalismo. En cambio, Hart, en su propia teoría general, niega que haya una sola estructura normativa y una sola función que puedan explicar el derecho, por lo que el derecho tiene diferentes tipos de reglas y distintas funciones según el contexto y la práctica social a la que aludamos⁶⁰. Pero esto deja en claro dos aspectos. El primero, haciendo uso de una expresión ya conocida en la iusfilosofía⁶¹, Kelsen es un erizo-formalista, mientras Hart es un zorro-culturalista⁶². El segundo es que ambos, al momento de plantear su teoría general no pueden eludir elementos particulares que determinan su visión, tales como sus influencias filosóficas, de un lado, y sus contextos culturales, del otro. Ambos aspectos determinaron dicho debate sobre la estructura de la norma jurídica. Veamos.

Kelsen se vio en apuros para responder las críticas de Hart que iban más allá de un debate lógico. Kelsen, para defender su formalismo, eludió referirse expresamente al componente cultural del debate que se le planteó, aunque creo que, en el fondo, su teoría respondió a sus fundamentos filo-

⁵⁹ HART, *El concepto de derecho*, 46-52.

⁶⁰ STANLEY PAULSON, “Normativismo continental y su contraparte británico. ¿Qué tan diferentes son?” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVIII, n.º 114 (2005): 1139-1163.

⁶¹ Por ejemplo, la expresión de Kelsen como erizo ha propiciado una buena compilación de textos de renombrados académicos en CARLOS BERNAL Y MARCELO PORCIUNCULA, *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017).

⁶² BERLIN planteó una distinción entre el erizo y el zorro, basado en un poema de Arquíloco, que dice: “La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante.” ISAIAH BERLIN, *El erizo y la zorra* (Barcelona: Muchnik Editores, 1998), 39. Los erizos logran reducir la complejidad del mundo a un puñado de ideas, pero pierden capacidad de explicar los casos difíciles que se encuentran en la realidad; en cambio, los zorros son más abiertos a la complejidad, aunque no logran la precisión y la coherencia teórica, propia de los erizos.

sóficos a la vez que al contexto cultural continental; y eludió tal cosa, pues de hacerlo habría tenido muchas dificultades teóricas, ya que él predicaba una teoría descriptiva de los sistemas jurídicos en general, por lo que, de entrada, la TPD debía rechazar cualquier tipo de consideraciones extrajurídicas, como sería lo cultural de un sistema jurídico concreto. Pero bien supo Kelsen que esas críticas debían ser asumidas para poder seguir afirmando que la TPD por ser formal y general es aplicable al *Common Law*. Por todo ello planteó una corrección, más formal que material para Hart, que mejoró de todas maneras la presentación de su teoría: las normas con sanción-positiva, a pesar de ser reconocidas como tal en varias culturas (desde un “punto de vista interno”), no son normas plenas, vistas desde el plano científico (aquí Kelsen estaría haciendo un juicio desde el “punto de vista externo” hartiano). Pero hasta aquí podría pensarse que este debate solo tiene interés para la historia de la iusfilosofía.

Sin embargo, estas críticas hartianas, repito, no buscaban el fin del estructuralismo kelseniano en el derecho, sino el reconocimiento de que la norma no es solo un conjunto de imputaciones prohibitivas y que la teoría general del derecho no puede reducirse a hacer juicios por fuera de las prácticas sociales. Estas correcciones, Hart las consideró necesarias para posicionar de mejor manera la postura kelseniana, a la que consideraba en muchos aspectos como correcta, y para suavizar (en referencia a su “positivismo suave”) afirmaciones que volvían débil su propio frente de batalla. Incluso, podemos acudir a las propias palabras de Hart al momento de relatar su encuentro con Kelsen en Berkeley, en 1961:

Advertimos a nuestra gran audiencia de que podrían quedar decepcionados o aburridos, o ambas cosas: porque las preguntas que propusimos discutir podrían parecer excusablemente secas y técnicas, y nuestras diferencias serían meras disputas sobre detalles en el campo “positivista” de la jurisprudencia, lo que no tiene mayor interés para los que están fuera de ella. Yo expliqué que mi punto de vista era que el gran trabajo de Kelsen merecía el cumplimiento de un escrutinio detallado, y que con demasiada frecuencia se había usado como excusa para debate de cuestiones vastas y vagamente definidas, como el perennemente conocido “Derecho Natural versus Positivismo Jurídico”.⁶³

⁶³ HART, “Kelsen visited”, en HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 286. (Traducción propia)

Es decir, Hart realizó un “escrutinio detallado” de la obra kelseniana por su relevancia, para fortalecer así el positivismo y para evitar que dicha obra fuese usada impropriamente (por ciertos aspectos muy específicos como el que aquí mostré en torno a la sanción) en los debates cruciales de su época. Y por ese escrutinio, que tiene como ánimo plantear una teoría descriptiva general, Hart decide que es necesario ampliar el significado de varios conceptos, como el de sanción, para que su teoría descriptiva pueda aplicarse de mejor manera en diferentes sistemas jurídicos, lo que supone que el formalismo kelseniano, por su rigidez conceptual, podría terminar jugando en contra de su pretensión de generalidad, pues no todos los sistemas conciben de la misma forma las normas y las sanciones.

Todo esto queda más claro si se recuerda que Hart no dudó en respaldar a Kelsen ante los enemigos comunes, especialmente los que existían al interior del *Common Law*. Este trabajo mancomunado, ficcionalmente hablando, se puede ver en decenas de campos (uno de ellos fue la crítica a los “derechos subjetivos”⁶⁴), pero quisiera llamar la atención en tres aspectos, entre muchos posibles. El primero fue la purificación de una fuente inspiradora común: John Austin [1790-1857]; autor que Hart consideraba esencial para poder cimentar de mejor manera el positivismo para la segunda

⁶⁴ En aquel entonces se dieron muchos debates sobre si existían los “derechos subjetivos”. En este debate participaron, obviamente, Kelsen y Hart con posturas complementarias. Kelsen, siendo normativista, no consideró al derecho subjetivo como una categoría independiente: “Si se pone de lado la suposición de derechos naturales, y sólo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; más, consiste en esa obligación jurídica” KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 143. Esto es, que no hay distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo. Igualmente, consideró que la concepción del derecho subjetivo se vio favorecida por aspectos ideológicos del capitalismo (de allí el rechazo que esta categoría generó en los autores soviéticos) en su reivindicación de la propiedad privada: “No es función esencial del derecho objetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria, del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse el derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual”. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 148. En el fondo, la acusación a los positivistas de defender el “derecho subjetivo” como una entidad propia dentro del derecho solo se predicaría de pocos sectores del positivismo, puesto que Bentham, Kelsen y Hart, por dar solo tres nombres, rechazaron que el “derecho subjetivo” tuviese un contenido semántico propio, aunque sí tendría un interés ideológico y pragmático. ANA RUBIO, “Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (1987): 295-302.

mitad del siglo XX. El segundo fue la reacción mancomunada contra el realismo judicial; que ambos consideraron como el principal oponente en Estados Unidos. Y el tercero fue el frente común ante los embates moralistas como los de Fuller⁶⁵, para lo cual Hart debió matizar la fuerte separación entre moral y derecho presente en la TPD (favoreciendo así la defensa del positivismo en el contexto anglosajón⁶⁶). En este esquema más general es que puede entenderse la potencialidad y la trascendencia de Hart como consolidador del positivismo de su época. Y fue tal su labor que logró, en cierto sentido, con sus críticas a Kelsen y con sus luchas mancomunadas, darle mayor aliento al positivismo, brindarle un nuevo aire a las discusiones que él estaba librando, aire que tal vez ya no tenía la TPD y que permitió, junto con otras cosas que aquí no pude mencionar por amor a la brevedad, que hubiese positivismo para mucho rato más. Todo esto es de suma importancia para un lector contemporáneo.

Pero también es importante para el lector contemporáneo que, gracias a dicho debate sobre la sanción en la norma jurídica, entra a terrenos propios de la antropología jurídica, de un lado, y más especialmente al derecho comparado, de otro, puesto que, en el fondo, se vislumbra el contenido cultural de la norma jurídica asociada a la finalidad axiológica de la misma, aspectos ante los cuales la tradicional filosofía del derecho se ha quedado corta y que son asuntos que aún siguen teniendo vigencia⁶⁷. Asumir este debate se constituye, pues, en una buena manera de comprender las vicisitudes culturales de la forma de concebir el derecho en dos modelos tan distintos, pero que, por la globalización, se ponen hoy día en fuerte comunicación.

En conclusión, Hart no fue el último mohicano cuya estela desapareció gracias a Dworkin, sino que sigue siendo un autor que tiene mucho que decirle a quien desee estar mejor habilitado para comprender la iusfilosofía y los sistemas jurídicos contemporáneos, sea estudiante o experto.

⁶⁵ LON FULLER, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 630-672.

⁶⁶ Entonces, aludir a contenidos mínimos de moral en el derecho, como ya se explicó, en contravía de Kelsen, sirvió para posicionar de mejor manera al positivismo dentro de los debates que Hart estaba dando en su momento. ORREGO, "Antecedentes iusfilosóficos del concepto de derecho de H. L. A. Hart", 1097.

⁶⁷ CULVER, "Leaving the Hart-Dworkin Debate", 367-398.

Bibliografía

- BERLIN, Isaiah. *El erizo y la zorra*. Traducido por C. Aguilar. Barcelona: Muchnik Editores, 1998.
- BERNAL, Carlos y PORCIUNCULA, Marcelo (editores). *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- BOBBIO, Norberto. “Hacia una teoría funcional del derecho”. En *Derecho, Filosofía y Lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, editado por Jorge Bacqué et al., 14-30. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducido por A. RUIZ. Madrid: Debate, 1990.
- BOTERO, Andrés. “El debate Kelsen-Hart sobre la sanción normativa: una mirada más allá del ‘Último mohicano’”. *Revista Filosofía UIS* 16, n.º 2 (2017): 303-324.
- BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- BULYGIN, Eugenio. “Sobre la regla de reconocimiento”. En *Derecho, Filosofía y Lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja* editado por Jorge Bacqué et al. 31-39. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- BULYGIN, Eugenio. “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 9 (1991): 311-318.
- BULYGIN, Eugenio, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”. En *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, editado por Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan C. Bayón, 11-14. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- CARRANZA, Luis R. “Cazador de espías, filósofo del derecho”, *Comercio y Justicia*, 21 nov. 2014, <http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/cazador-de-espias-filosofo-del-derecho/>
- CLARK, R. S. “Hans Kelsen’s Pure Theory of Law”. *Journal of Legal Education* 22, n.º 2 (1969): 170-196.
- CRACOGNA, Dante. “La fundamentación normativa del derecho en Hart y Kelsen”. En *Teoría general del derecho: sus problemas actuales. Estudios*

- en homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, 47-64, compilado por Martin Laclau y Dante Cracogna. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1986.
- CULVER, Keith. "Leaving the Hart-Dworkin Debate", *University of Toronto Law Journal*, n.º 51 (2001): 367-398.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 2ª ed. traducida por M. GUASTAVINO. Barcelona: Ariel, 1989.
- FALCÓN Y TELLA, María José. "La *Equity* angloamericana", *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 1 (2005): 79-108.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 2ª ed. traducida por M. MARTÍNEZ. Madrid: Trotta, 1998.
- FULLER, Lon. "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 630-672.
- GARCÍA, Julián. "Concepciones sobre la norma jurídica. Una aproximación textual". En *Teoría del derecho*, 171-212, 2ª. ed., coordinada por Francisco Valderrama. Medellín: Universidad de Medellín, 2011.
- GARRIDO, María Isabel. "Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 6 (2002): 193-203.
- GÓMEZ, Astrid, "Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias". En *Derecho, Filosofía y Lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, 47-53, editado por Jorge Bacqué et al. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- HART, Herbert. "Kelsen's doctrine of the Unity of Law". En *Ethics and Social Justice*, 208-270, editado por Milton Munitz y Howard Kiefer. Albany NY: State University of New York Press, 1968.
- HART, Herbert. "Kelsen visited". En *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 286-308, editado por Herbert Hart. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- HART, Herbert. "La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho". En *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, 383-421, editado por ROMEU CASANOVAS Y JOSEP J POMPEU-MORESO. Barcelona: Crítica, 1994.
- HART, HERBERT. *El concepto de derecho*. Traducido por G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- HART, Jenifer. *Ask me no more*. London: Halban Publishers, 1998.

- HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Traducido por F. Duque. Buenos Aires: Orbis, 1984.
- JABLONER, Clemens. “La Teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria”. En *Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson*, editado por Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula, 477-499. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- KELSEN, Hans y COSSIO, Carlos. *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.
- KELSEN, Hans. “The Law as a Specific Social Technique”, *The University of Chicago Law Review* 9, n.º 1 (1941): 75-97.
- KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Traducido por L. Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1946.
- KELSEN, Hans. “Derogation”. En *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, editado por Ralph Newman, 339-355. Indianapolis-New York: The Bobbs-Merrill Co., 1962.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 14ª. ed. Traducida por R. Vernengo. México: Porrúa, 2005.
- KELSEN, Hans. *Autobiografía*. Traducida por L. Villar. Bogotá: Universidad Externado, 2008.
- LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart. The nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LLOREDO, Luis. “Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 40 (2017): 249-278.
- LÓPEZ, Diego. “¿Existe una “ciencia jurídica”? Los modelos de la “cientificidad” del Derecho en Colombia”. En *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*, 137-156, editado por Santiago Castro. Bogotá: Pensar, Instituto de Estudios Sociales y Culturales, 2000.
- MÁRQUEZ, José. “Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica”. *Persona y Derecho*, n.º 12 (1985):163-188.
- ORREGO, Cristóbal. “Antecedentes iusfilosóficos de El concepto de derecho de H. L. A. Hart”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie*, año XXVIII, n.º 84 (1995): 1091-1137.

- PAULSON, Stanley. “Normativismo continental y su contraparte británico. ¿Qué tan diferentes son?”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVIII, n.º 114 (2005): 1139-1163.
- PECES BARBA, Gregorio. “El problema de la justicia en Kelsen: notas de lectura”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 3, n.º 8 (1983): 317-325.
- RAZ, Joseph. *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, 2a. ed., Oxford: Oxford University Press, 1980.
- RAZ, Joseph. “En memoria de H. L. A. Hart”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 13 (1993): 27-30.
- ROBLES, Gregorio. “Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 60 (1980): 47-64.
- RODILLA, Miguel. “Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28 (2005): 183-220.
- ROSAMUND, Thomas. *Espionage and secrecy: The official secrets acts 1911-1989 of the United Kingdom*. London: Routledge, 1991.
- RUBIO, Ana. “Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross”. *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 4 (1987): 279-302.
- RUIZ, Juan. “Sobre la crítica de Kelsen al marxismo”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 3 (1986): 191-231.
- RUIZ, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- RUIZ, Juan. “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 9 (1991): 281-293.
- SPAACK, Torben. “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”. En *Perspectives on jurisprudence: essays in honour of Jes Bjarup*, editado por Peter Wahlgren. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005.
- TORRES, Ignacio. H. L. A. “Hart al desnudo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75 (2005): 359-368.
- WHITE, Edward. *Book review: Getting close to H. L. A. Hart: A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, i-xxii, 1-422, editado

por Nicola Lacey. Oxford: Oxford University Press, 2004; Melbourne: *University Law Review*, n.º 29 (2005): 317-336.

WHITTAKER, Simon. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”. *Revista Chilena de Derecho* 35, n.º 1 (2008): 37-83.

CONTRATO Y CONSTITUCIÓN: REFLEXIONES EN TORNO AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Carlos Alberto Chinchilla Imbett*
Profesor nacional invitado

Resumen: 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.

Palabras clave: contrato y constitución; constitucionalización del derecho contractual.

CONTRACT AND CONSTITUTION REFLECTIONS ON CONTRACTUAL BREACH

Abstract: the author intends to present some considerations on the relations between the contract and the constitution, where it's possible to evidence the reciprocal communication channels that have brought transformations in the contract. To exemplify, the author analyzes the cases of damage to fundamental rights in contractual issues and the limits to remedies against a contractual breach.

Keywords: Contract and constitution; "Constitutionalization" of contract law.

* Profesor de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Génova; magíster en Sistemas Jurídicos Romanistas, Unificación del Derecho y de Derecho de la Integración de la Universidad de Roma "Tor Vergata"; abogado de la Universidad Externado de Colombia.
Contacto: carlos.chinchilla@uexternado.edu.co.

Los vasos comunicantes entre la Constitución Política y el contrato evidencian funciones del contrato distintas a la satisfacción de meros intereses económicos

Algunos de los valores en los que se basa la sociedad actual distan de aquellos sobre los que se construye el Código Civil de Andrés Bello, otros valores, en cambio, permanecen perennes en el tiempo por ser considerados identificadores de nuestro sistema jurídico; esto implica que la doctrina civilista tenga la tarea de “repensar” las categorías que consagran nuestro Código Civil para colocarlo a tono con las exigencias de la sociedad contemporánea, sin desconocer las bases en las que se construyó nuestro ordenamiento¹. De hecho, en este proceso de “repensar” las categorías, el comprender la conexión existente entre la Constitución Política y el Código Civil podría ser una manera de encontrar algunas soluciones², pues la interpretación de las categorías clásicas del derecho civil leídas a la luz de la Constitución trae como consecuencia descubrir una nueva esencia, estructura y tutela de los sujetos de derecho³, las relaciones familiares⁴, la propiedad privada⁵, el contrato⁶ y la responsabilidad civil.⁷

¹ Véase, Jairo RIVERA SIERRA et al., *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, editado por Carlos Alberto Chinchilla Imbett y Felipe Navia Arroyo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), *passim*.

² Giuseppe VETTORI, “Contratto e costituzione”, en *Enciclopedia del diritto*, I, *Contratto* (Milano: Giuffrè, 2021), 266.

³ Cfr. Carlos Alberto CHINCHILLA IMBETT, “La equiparación a sujetos de derechos de los animales y los ecosistemas. El uso impropio de la categoría “sujetos de derechos” para establecer nuevos límites a la autonomía individual” en *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 285-310.

⁴ Cfr. Natalia RUEDA, *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 79 y ss; Yadira ALARCÓN PALACIO, “La autonomía de la voluntad privada en las relaciones familiares en el desarrollo del nuevo orden constitucional”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* n.º 372 (2020): 685-724.

⁵ Cfr. Héctor SANTAELLA QUINTERO, “Notas sobre el concepto y las garantías de la propiedad privada en la Constitución colombiana”, *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 21, (2011), 233-253.

⁶ Cfr. Margarita MORALES HUERTAS, “Constitución y límites a la autonomía privada”, en *Autonomía Privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por Martha Lucía Neme Villarreal (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 195 y ss.

⁷ Cfr. Edgar CORTÉS MONCAYO, “Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente”, *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 11, (2011): 171-179.

En especial, la sociedad del Código de Bello exigía que la disciplina del contrato se orientara a proteger y prevalecer la autonomía privada, y por ende la libertad de los contratantes era el criterio y la medida de la construcción del vínculo contractual, cuyos límites estaban definidos por el mismo ordenamiento jurídico y se aplicaban de forma excepcional⁸. De hecho, por ello la expresión en la codificación civil que trata la fuerza de ley del contrato cuando este es válidamente celebrado⁹, pues evidencia la idea de un contrato que responde a una sociedad cuya preocupación era la confianza social en la estabilidad y seriedad de los compromisos contractuales asumidos, lo que se traduce en la ilicitud del comportamiento de la parte que no cumpla el contrato según el tenor de las disposiciones, en la imposibilidad de intervenir o de extinguir el contrato de manera unilateral, en los remedios que se le otorgan al acreedor para hacer respetar el vínculo¹⁰ y, especialmente, la intervención excepcionalísima del juez en el contenido negocial, en cuanto es una expresión plena de la libertad contractual de los sujetos contratantes.¹¹

Hoy, las sociedades contemporáneas no se limitan a la preocupación de la garantía del respeto por la libertad, van más allá. Exigen constituciones políticas en las que se consideren las necesidades de protección del medio ambiente y los ecosistemas; se ponga a la dignidad humana como centro de la arquitectura normativa y a la igualdad como pilar de una sociedad que permita la integración social y la tutela de los derechos; se respalde a las mujeres en la lucha por sus derechos eliminando las barreras históricas en nuestros escenarios y se tumben los prejuicios en los que se fundan las discriminaciones odiosas de todo tipo; se preserve el amor a la democracia como forma de ser del Estado y el respeto a la libertad como elemento

⁸ Pietro BARCELLONA, *Diritto Privato e Società moderna* (Nápoles: Jovene, 1996), 340 y ss.

⁹ Artículo 1602 del Código Civil colombiano; *Code civil français* 1804, artículo 1134; *Codice civile italiano* 1865, artículo 1123; *Codice civile italiano*, artículo 1372; artículo 1197 del antiguo Código Civil de Argentina.

¹⁰ Carlos Alberto CHINCHILLA IMBETT, “Límites a la autonomía privada en el mutuo disenso”, en *Autonomía Privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por Martha Lucía Neme Villarreal, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 247 y ss.

¹¹ Francesco MESSINEO, *Dottrina generale del contratto* (Milano: Giuffrè, 1948), 370. Giuseppe VETTORI, *La vincolatività en Trattato di diritto privato*, M. Bessone, v. XIII, V (Torino: Utet, 2002), 6.

esencial del ciudadano¹². Adicionalmente, las constituciones de las sociedades actuales, cada vez más globalizadas, interconectadas y complejas, deben contener un conjunto de valores que permitan concebir al derecho como una ciencia facilitadora, en la cual exista una oposición férrea a la participación en la estigmatización de las personas y de los grupos vulnerables; un derecho que proteja la dignidad de sus miembros contra la vergüenza y el estigma¹³, que facilite el mejor ambiente para que las personas puedan desarrollar su vida de manera libre, en respeto con su entorno, los ecosistemas, con el prójimo, capaces de dar ejemplo de corrección a las generaciones anteriores y de dar una pauta a las generaciones venideras para que sigan construyendo una sociedad mejor.¹⁴

Lo dicho conlleva que las reglas constitucionales construidas para cumplir con las mencionadas exigencias se conjuguen con la libertad que pretende proteger el contrato, de manera que la realización del reglamento contractual no se reduzca solo a la satisfacción de intereses de los particulares en el pleno ejercicio de su libertad contractual, sino que, además, propenda al mismo tiempo a la realización de los valores constitucionales¹⁵. Así, el contrato es una supraestructura de la operación económica¹⁶, que busca la realización de intereses económicos sin desatender los criterios de equilibrio, equidad, solidaridad, lealtad, buena fe, entre otros, todo lo cual implica sostener que el contrato tiene una perspectiva y una función más amplia, de manera que al insertarse en un contexto social se exige la comprensión de otros intereses, que no son solo de interés y preocupación de la Constitución.¹⁷

Esta lectura no puede ser reductiva al considerar que el ordenamiento jurídico, en especial la Constitución, solo tiene la función de corregir las

¹² Stefano RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti* (Roma: Editori Laterza, 2012), 41 y ss.

¹³ Martha NUSBAUM, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, (Buenos Aires: Katz Editores, 2006), 149 y ss.

¹⁴ Gustavo ZAGREBESKI, *Senza Adulti* (Turín, Giulio Einaudi Editore, 2016), 104 y ss.

¹⁵ Cfr. Mauro GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale* (Torino: Giappichelli Editore, 2011), 19 y ss.

¹⁶ Andrea D'ANGELO, *Contratto e operazione económica* (Torino: Giappichelli Editore, 1992), 70.

¹⁷ Martha Lucía NEME VILLARREAL, "El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo", en *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por Martha Lucía Neme Villarreal (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 113.

anomalías individualistas del contrato mediante la inclusión de los valores en los que se funda la sociedad con la finalidad de ampliar la función del contrato. La idea que se sostiene es más amplia: la relación entre la Constitución y el contrato debe ser biunívoca en el entendido de que, por una parte, el contrato es un resultado del concurso de distintas fuentes, además de la voluntad de las partes, las cuales influyen a la satisfacción de los intereses particulares, del orden jurídico general y al correcto funcionamiento del mercado¹⁸; por otra parte, la Constitución se sirve de las relaciones contractuales para el cumplimiento de sus finalidades, por ello su preocupación de garantizar el correcto ejercicio de las libertades contractuales para evitar excesivos individualismos que pueden traducirse en abusos de poder, violación de derechos fundamentales y fallas en los mercados; igualmente, puede utilizar al contrato como un instrumento de reconciliación en el que, mediante el acuerdo, se promueve la deliberación, la negociación y el consenso para la satisfacción de necesidades específicas de los individuos y del mercado.¹⁹

Por ello, la relación entre el contrato y el ordenamiento tienen valores que se comunican entre sí, con una fuerte relación recíproca, en el que se promueven valores abiertos y dinámicos²⁰. La Constitución, como fuente axiológica y fuente principal del ordenamiento jurídico, y el contrato, como símbolo del ordenamiento de los privados y, por tanto, de su libertad, tiene vasos comunicantes que deben ser analizados a través de la visión integral y total del ordenamiento, lo cual exige del intérprete ver al ordenamiento jurídico como un todo, en el que las distinciones del derecho público y privado son consideradas criterios obsoletos, sesgados y reductivos en la resolución de los conflictos, en el que el análisis del caso concreto no puede ser solo resuelto desde la instancia constitucional o solo desde las normas del Código Civil y las disposiciones particulares de las partes; requiere, en cambio, una posición hermenéutica y argumentativa que permita integrar el orden jurídico privado y el orden jurídico constitucional, con la finalidad de garantizar la justicia del caso concreto.

¹⁸ Stefano RODOTÀ, *Le fonte de integrazione* (Milán: Giuffrè, 2004), capítulo VIII.

¹⁹ Ver las interesantes reflexiones de Neme Villarreal en "El contrato, una estructura capaz...", 109.

²⁰ GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, 227-228.

La Constitución y la interpretación jurisprudencial han permitido una construcción dinámica del contrato como categoría del derecho civil

Las categorías son criterios de clasificación, determinaciones generales que nos permiten pensar las cosas y, por tanto, entenderlas. Las categorías jurídicas son conceptos básicos que ayudan a construir una coherente explicación doctrinal de la estructura sustantiva del ordenamiento; son básicas referencias a partir de las cuales se habría de desenvolver el quehacer del jurista, mediante la oportuna labor interpretativa de las normas que describen, articulan o estructuran la categoría²¹. El derecho civil es una sede privilegiada en la construcción de las categorías, pues se han elaborado refinadas operaciones reconstructivas, que históricamente han sido fundamentadas en valores sustancialmente compartidos por la sociedad. Podría decirse que dichas categorías son sujeto de derecho, familia, contrato, responsabilidad, las cuales constituyen el substrato fundamental del modo de entender y operar de un civilista.²²

Las categorías podrían analizarse de dos formas: estática y dinámica. La primera forma de estudiar las categorías corresponde a la idea de que las categorías tienden a construirse, a consolidarse y luego cristalizarse, pues representarían concepciones mayoritariamente compartidas y expresarían la práctica de un sector determinado; son el reflejo de una sociedad con valores homogéneos, en donde los modos de pensar, las técnicas de producción social y los estilos de vida son uniformes entre los destinatarios de las normas y los mismos intérpretes. En este sentido, las categorías servirían como freno o espacio condicionante de una sociedad en evo-

²¹ Nicolò LIPARI, *Las categorías del derecho civil* (Madrid: Dykinson, 2016), 30.

²² Cfr. LIPARI, *Las categorías del derecho civil*, 21. Por su parte, Jean CARBONIER, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho* (Madrid: Tecnos, 1974), 154, califica como los tres pilares del orden jurídico a la familia, la propiedad y al contrato: "... jamás se hará notar bastante la profunda serenidad que las tres instituciones poseen, una vez despojadas de sus detalles y sacudidas sus alianzas provisionales. El contrato ha podido ser un instrumento de oscura dominación, pero contratar es siempre un gozo y un juego. La propiedad privada de los medios de producción es, sin duda, para los que no la tienen, alienación... [y en cuanto a la familia...] cualesquiera que sean los obstáculos intelectuales que podamos encontrar respecto de ella, continúa siendo el punto más usual de las sensaciones predominantemente agradables que, con razón o sin ella, el hombre mantiene en la perseverancia del ser, al cual todos los regímenes económicos o políticos parecen estar ligados de un modo y otro".

lución, pues los juristas cuando se enfrentan a una experiencia en rápida transformación preferirían llevarlo a sus tradicionales instrumentos de clasificación, considerando que la fuerza estructuradora de las categorías reduciría los riesgos del desorden de los acontecimientos cotidianos²³. La forma dinámica de analizar las categorías requiere que estas no se cristalicen; se parte de la idea de que la realidad social no permite la sedimentación de las estructuras o formas de razonar, pues las ideas se construyen en un proceso de evolución del pensamiento y de la apremiante actualidad de una sociedad compleja como la nuestra. Así, las categorías jurídicas se transforman, se vacían o incluso se desintegran, pues ellas se construyen con base en un ordenamiento que se resiente y se transforma en razón de la poderosa incidencia de las realidades sociales; que además en su proceso de evolución absorbe las realidades económicas y es cada vez más influenciado en su conformación por la jurisprudencia y por la necesidad de acoger soluciones que antes eran ajenas o de tutelar situaciones que antes eran impensables; en fin, las categorías terminan siendo contenedores capaces de acoger, además de las concepciones tradicionalmente compartidas, aquellas con un contenido nuevo y complejo, en atención a los principios que rigen el sistema.²⁴

En el caso del contrato, la relación recíproca con la Constitución, la globalización y el rol que juega la jurisprudencia en el sistema constitucional de fuentes, las exigencias del Estado social de derecho, las nuevas exigencias de los mercados en términos de producción, entre otros, han permitido que el análisis del contrato no se realice de manera cerrada y estática, sino en cambio de forma dinámica²⁵. Esta aproximación trae transformaciones sustanciales en la concepción del contrato, pues el derecho privado no se limita a verificar la expresión del consentimiento libre de vicios y al cumplimiento

²³ Véase, LIPARI, *Las categorías del derecho civil*, 40.

²⁴ LIPARI, *Las categorías del derecho civil*, 50-61.

²⁵ Las categorías del derecho civil como un instrumento operativo en función de las situaciones sobrevenidas de hecho o normativas permite un sistema abierto de fuentes mediante una obra continua de corrección, de ampliación y de modificación. Reflexionar sobre ellas significa, precisamente, analizar en torno a este aparato clasificatorio para entender sus modalidades aplicativas y, por esa misma vía, ver cuáles de ellas son una simple modernización y cuándo se impone un cambio radical del traje o de su forma. Con esta tarea se evita que el derecho civil se reduzca a su técnica y olvide su función ordenadora de las relaciones sociales y económicas en atención a las necesidades del presente.

de los requisitos de formación del contrato; el contrato no es un escenario en el que solo las partes pueden intervenir en la construcción del contenido negocial, dejando al juez y al legislador al límite del ámbito contractual y con participaciones excepcionales; la regla del efecto relativo de los contratos encuentra mayores excepciones en cuanto se radican derechos a sujetos sin haber necesariamente intervenido en la celebración del contrato; los remedios frente al incumplimiento no están al arbitrio único del acreedor, sino, por el contrario, deberá considerar los principios que rigen la contratación contemporánea; el proceso de interpretación del contrato tiene una función que va más allá a la mera regulación de los intereses de los particulares, para comprender funciones sociales, ecológicas o globales.²⁶

En particular, la Constitución de 1991 evidencia cómo las nuevas reglas sustantivas de resolución de conflictos sociales y las “re-comprensión” del Estado exigen un análisis dinámico del contrato como categoría, ya que la propia Constitución introduce al ordenamiento jurídico tres elementos importantes: i) en materia constitucional, aparece una generosa carta de derechos fundamentales, la creación de la Corte Constitucional y el otorgamiento de un mecanismo procesal de protección de tales derechos, como lo es la acción de tutela; ii) en lo concerniente al derecho civil, varios principios generales del derecho, y clásicos del derecho civil, fueron elevados a rango constitucional, y ello ha tenido repercusiones en materia constitucional, en cuanto los valores que contienen dichos derechos y su contenido limitan, orientan, articulan el entero ordenamiento jurídico, los poderes públicos, la actividad empresarial y a los propios ciudadanos²⁷; iii) y, finalmente, la transformación del rol del Estado, pues pasa de tener un papel

²⁶ Javier Mauricio RODRÍGUEZ OLMOS, “Más allá del contrato por medio del contrato: las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización”, en *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por Martha Lucía Neme Villarreal (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 147 y ss.

²⁷ La constitucionalización del principio de la buena fe –artículo 83– y el abuso del derecho –artículo 95– se erigen como límites materiales al poder de configuración normativa del Congreso de la República de Colombia, que, en caso de ser violados por alguna norma, conducen a ser declarados inexecutable por la Corte Constitucional. También obligan a que todos los operadores jurídicos interpreten las normas en el sentido que resulte más adecuado a tales principios, y en caso de ausencia de norma, vinculan la interpretación constitucional de modo que pueda ser decidida la controversia en armonía con el sistema jurídico. Cfr. Clara Inés VARGAS HERNÁNDEZ, “La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 8 (2008), 5 y ss.

garantista de los derechos, cuya obligación principal consistía en respetar las prohibiciones no previstas en el ordenamiento jurídico, a un Estado corrector de los desequilibrios y desigualdades del orden social, obligado a velar por la efectiva protección de los derechos de las personas, mediante el acatamiento de los mandatos categóricos e imperativos de hacer y de dar, previstos en la Constitución²⁸, de ahí, por ejemplo, los mandatos de no discriminación en materia contractual o la intervención en los contratos cuyos sectores son de especial relevancia para el correcto funcionamiento económico y social: derecho del consumidor, servicios públicos domiciliarios, contratos financieros, entre otros.

Lo anterior va acompañado de la importancia del rol de la jurisprudencia en la construcción o modificación, o ampliación, del contrato como categoría, pues con base en los nuevos hechos y fenómenos jurídicos, el juez ha debido entender y disciplinar mejor una realidad ya no interpretable a la luz de los viejos estereotipos²⁹. En efecto, el rol creativo de la jurisprudencia ha crecido fuertemente como efecto del incremento de la complejidad y la heterogeneidad que se ha registrado en los actuales ordenamientos jurídicos, en especial el colombiano en el que los problemas económicos, medioambientales, sociales y culturales exigen mayor invención y rigor del operador jurídico.

La jurisprudencia ha contribuido a la reinterpretación de figuras contractuales: el caso del daño a los derechos fundamentales por incumplimiento del contrato y los límites a los remedios frente al incumplimiento contractual

Uno de los vasos que comunican al contrato con la Constitución es la idea en la que los derechos fundamentales contenidos en la carta constitucional tienen ciertos efectos sobre las relaciones establecidas entre particulares y

²⁸ VARGAS HERNÁNDEZ, “La incidencia de la Constitución...”, 10 y ss. Acerca de la incidencia de la Constitución de 1991 en el derecho privado en todas sus áreas consultar: AA. VV., *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso internacional de la Association Andrés Bello des Juristes franco-latino-américains* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), *passim*.

²⁹ Fernando HINESTROSA, “*Principi generali: applicazioni e prospettive*”, en *Il diritto dei nuovi mondi*, editado por G. Visintini (Padova: Cedam, 1994), 224.

vinculan al juez al momento de decidir el caso concreto. Estos efectos han conllevado la creación de “nuevos daños” por el incumplimiento contractual³⁰ y la creación de límites en el ejercicio de las acciones de las que es titular el acreedor en caso de incumplimiento contractual.³¹

El daño a los derechos fundamentales por el incumplimiento contractual

Sobre la primera creación, debido a la influencia de los derechos fundamentales, vale mencionar dos sentencias icónicas, en las que se evidencia el daño a los derechos fundamentales con ocasión al incumplimiento contractual. El primer caso surge de nuestra jurisprudencia constitucional, Sentencia T-412 de 1992 de la Corte Constitucional, en el cual una persona en calidad de fiadora es sometida a vejámenes en el cobro ante el incumplimiento de las obligaciones del deudor principal, haciéndolo a través del denominado “chepito” para poner a la fiadora en ridículo frente a los demás y, con ello, ejercer presión para que proceda al cumplimiento de la obligación. La Corte tutela los derechos de la fiadora, fundamentalmente el derecho al buen nombre, a la honra y a la dignidad, pues sostiene que el ejercicio del derecho subjetivo al pago que tiene el acreedor por la obligación que surge de un contrato no debe tener como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales³². La segunda sentencia que traemos de manera ejemplificativa es la proferida el 4 de agosto de 2014, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), la cual resuelve la litis de una demanda por incumplimiento contractual interpuesta por una pareja que fue reportada indebidamente a las centrales de información por una deuda inexistente cobrada por una entidad financiera. En sede de

³⁰ Milagros KOTEICH, “Indemnización de perjuicios contractuales: nuevos daños, nuevas formas de reparación”, en *Incumplimiento y sistema de remedios*, editado por Carlos Alberto Chinchilla Imbett y Mauro Grondona (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 755.

³¹ Carlos Alberto CHINCHILLA IMBETT, *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, VIII (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017).

³² Corte Constitucional, Sentencia T-412 de 1992. En igual sentido, Sentencia T-798 de 2007, en la que se analiza si existe abuso en el cobro de una deuda, y con ello vulneración a derechos fundamentales, en aquellos casos en los que una empresa de cobranza realiza llamadas telefónicas y visitas al domicilio del conyuge supérsite, con la finalidad de indagar por una deuda del conyuge fallecido hace 11 años.

Casación, se reconocen los perjuicios extrapatrimoniales en materia contractual, los cuales no se limitan a la esfera interna del sujeto, sino que incluyen tutela judicial efectiva de aquellos derechos que tiene la persona, como lo son la honra, la dignidad, la libertad y el buen nombre; en ese sentido, por una parte, se reconoce el daño por el menoscabo al buen nombre debido al reporte injustificado en las centrales de riesgos, por otra parte, el detrimento moral, que consistió en el sometimiento durante mucho tiempo a constantes zozobras y angustias por el cobro frecuente de una obligación inexistente.³³

Estas dos sentencias permiten demostrar dos puntos de vista: i) por una parte, el constitucionalismo se convirtió en el nuevo paradigma del orden jurídico, cuyo influjo ha repercutido en el derecho civil, toda vez que el derecho civil no solo cumple la función que tradicionalmente ha cumplido como regulador de las relaciones privadas, sino que se refuerza ahora como un mecanismo protector de los derechos inalienables, como lo son los derechos fundamentales; así, ya no es cierto que el contrato tutele únicamente derechos de carácter relativo, esto es, que sea incapaz de tutelar derechos de carácter absoluto, como la vida, la integridad psicofísica o el honor, ni es cierto tampoco que las únicas consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento sean las de carácter patrimonial o económico³⁴; ii) por otra parte, evidenciamos un caso en el que el contrato requiere comunicarse con la Constitución con miras a garantizar la tutela efectiva de las partes, razón por la cual el juez utiliza la Constitución, y los principios y valores en ella contenidos, como un instrumento potente, al punto de condicionar o invadir la comprensión de la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la política y las relaciones sociales³⁵. Sobre este último punto de vista, surge la inquietud de si la protección a los dere-

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2014, Rad. 10297-2014. M. P. Ariel Salazar.

³⁴ KOTEICH, “Indemnización de perjuicios contractuales...”, 755.

³⁵ Nicolò LIPARI, “Considerazioni introduttive”, en *Effettività e drittwirkung: idee a confronto*, editado por Emanuela Navarretta, (Torino: Giappichelli Editore, 2017), IX. Sobre la incidencia de los principios constitucionales y la interpretación y aplicación de las reglas del derecho privado, en especial cuando se realizan de manera directa, Cfr. Giovanni D’AMICO, “Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)”, en *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali* (Torino: Giappichelli Editore, 2018), 360 y ss.

chos fundamentales en el contrato se realiza por la aplicación directa de la Constitución en el reglamento contractual, o si, en cambio, la exigencia de la protección de los derechos fundamentales en el contrato ingresa a través de otro proceso hermenéutico.

La aplicación directa de los principios constitucionales en las relaciones entre privados se presenta en cuanto las constituciones modernas incluyen disposiciones normativas que tratan clásicos institutos del derecho civil, o que se comunican íntimamente con ellos. En ese sentido, la aplicación del principio de manera directa al caso concreto implica afirmar la idoneidad de la norma constitucional para entregar o suministrar la disciplina de la relación privada y la solución al caso concreto, sin revisar la aplicación de reglas específicas que puedan expresar el principio³⁶. Sin embargo, de regla, los derechos fundamentales que corresponden a los valores de solidaridad, seguridad, libertad y dignidad humana deben armonizarse con la iniciativa económica privada y, por lo tanto, con la autonomía negocial, puesto que es innegable que el ejercicio de ciertos institutos del derecho civil permite concretar tales valores, por ejemplo, la decisión de contratar o no hacerlo, y como proyección a la autonomía privada, representa, entre otros, una concreción del libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, no es que los derechos fundamentales tengan una eficacia inmediata en la relación entre privados y, por tanto, se desconozca la relación necesaria entre las normas propias de los privados y los principios constitucionales; por el contrario, los derechos fundamentales deben llegar al contrato mediante un instrumento que les permita especificarlos en el caso concreto y de paso colocar a tono el contrato con los valores constitucionales.³⁷

³⁶ Carmelita CAMARDI, “Brevi Riflessioni sull’argomento per principi nel diritto privato”, en *Effettività; à e drittwirkung: idee a confronto*, editado por Emanuela Navarretta (Torino: Giappichelli Editore, 2017), 5 y ss. También, importante revisar, D’AMICO, “Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta”, 365.

³⁷ Esta lógica nos permite activar un poderoso movimiento en el que se pueda modernizar la legislación civil adecuando nuestras categorías, en particular, el contrato a los valores de la Constitución, sobre los cuales se fundamenta la realidad social. Con la misma lógica en materia de responsabilidad civil lo plantea, CORTÉS MONCAYO, “Constitución y responsabilidad civil...”, 34.

Nuestro Código Civil tiene un importante instrumento para integrar en la operación económica del contrato el respeto por los derechos fundamentales, de manera que, cuando el incumplimiento del contrato violente dichos derechos, existan instrumentos dentro del mismo para lograr la efectiva tutela del contrato, lo que incluye la protección de los derechos fundamentales. Hago referencia al artículo 1603 del Código Civil colombiano, el cual exige la ejecución del contrato conforme a la buena fe, lo cual significa ejecutar el contrato según lo que las partes hayan dispuesto, y según lo que indique la naturaleza de la obligación y lo que la ley dispone³⁸. En ese sentido, la buena fe colabora en la interpretación y en la fijación del contenido contractual, de modo que las partes estarán obligadas a lo que está expresamente fijado en la convención, como también a todas aquellas prestaciones que rodean el negocio y colaboran con el cumplimiento de la operación económica querida por ellas; pero al mismo tiempo, ordena que se integren aquellas disposiciones de ley, esto es, podría entenderse que la Constitución, como ley, ingresa al entramado contractual, y por esa vía, el respeto por los derechos fundamentales de las partes contratantes.³⁹

La progresiva sensibilidad de la doctrina privatista a los valores éticos de la persona, que están institucionalizados en nuestras constituciones en la forma de derechos fundamentales, ha determinado un gradual cambio en la jurisprudencia. Los ejemplos citados son un buen referente, pues el contrato está dirigido a la protección del interés de los contratantes, pero también a preservar a la persona y a sus bienes de daños producto de comportamientos incorrectos, desleales y negligentes de la contraparte, cuyos daños no se reducen solo al daño material (daño emergente y lucro cesante), ni solo al daño moral, sino que trascienden al daño al derecho fundamental,

³⁸ Cfr. Martha Lucía NEME VILLARREAL, “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 11, (2006), 79-126.

³⁹ Sobre el particular, véase, NEME VILLARREAL, “La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”, 278. Este autor considera que el puente de comunicación de los derechos fundamentales se encuentra igualmente en la buena fe, solo que su incorporación al contrato surge por virtud de la naturaleza de la obligación, pues de ella surge el carácter cooperativo del contrato y, por tanto, la inclinación a promover y realizar los derechos fundamentales, en plena consonancia con la función social del contrato.

en el que el derecho civil estará atento para su tutela⁴⁰. Esta aproximación trae como consecuencia que la Constitución y el contrato no sean considerados como dos mundos normativos separados, sino interconectados por la buena fe, de manera que puedan considerarse aquellos derechos que le son inalienables a la persona, y reconocidos constitucionalmente, y su violación, objeto de tutela efectiva, tramite los remedios del contrato. Además, es una lectura que permite poner en sintonía el derecho de los contratos con los principios constitucionales, en el que los jueces están llamados a respetar la operación económica querida por las partes, y compaginarla con los principios que rigen el sistema constitucional en el caso concreto, de manera que la iniciativa económica de los particulares deba tener una utilidad social, y debe ser ejercida en modo de no generar daños a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.

Los límites a los remedios frente al incumplimiento contractual

La obligación⁴¹ es una relación jurídica⁴² que conlleva la presencia de dos posiciones correlativas: el derecho, esperanza que se convierte en pretensión en caso de la renuencia del deudor a cumplir con lo prometido, y la

⁴⁰ Véase, KOTEICH, “Indemnización de perjuicios contractuales...”, 743.

⁴¹ El concepto de obligación, tomada principalmente del concepto de Justiniano (“*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*” Instituciones Justiniano 3. 13. pr.), se entiende como toda limitación jurídica impuesta a la voluntad, cuyo carácter esencial se encuentra en ser un vínculo de derecho, por virtud de la cual una persona determinada se constituye en la necesidad, respecto de otra también determinada, de dar, hacer o no hacer una cosa. Además, la sustancia de la obligación consiste en la posibilidad de constreñir al deudor al cumplimiento de la obligación (“*Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum vel servitutum nostram faciat, sed ut alium obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*” D. 44, 7, 3 pr.).

⁴² En palabras del maestro Hinestrosa, es una relación jurídica sancionada por el derecho, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, llamada prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniario, de parte y a cargo de otro sujeto llamado deudor, quien se encuentra en la necesidad de ajustar su conducta a la prestación so pena de padecer la ejecución forzada, o sea a verse constreñido, a elección del acreedor, a realizar la prestación original o a satisfacer el equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños ocasionados por no adecuar su comportamiento a la prestación debida. Cfr. Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 55.

deuda, necesidad del deudor de orientar en cierto modo su conducta con el fin de satisfacer el interés del acreedor. Ahora, en caso de que esta relación no funcione, se dice que se encuentra en su fase patológica, esto es, la inejecución. Cuando este se presenta, el deudor se encontraría expuesto a los poderes que el ordenamiento le entrega al acreedor para la satisfacción específica o genérica de su interés y para el resarcimiento del daño padecido con la violación de su derecho⁴³, salvo que ocurra una imposibilidad sobrevenida de la prestación que impida el ejercicio de tales poderes.⁴⁴

Sin embargo, puede ocurrir que el deudor no se encuentre en una verdadera imposibilidad absoluta a cumplir⁴⁵ que lo exima de las acciones del acreedor frente al incumplimiento, y aun así el acreedor no tenga derecho de utilizar libremente los remedios contractuales otorgados para superar el mal funcionamiento del contrato. Se hace referencia a la obligación que es jurídicamente inexigible, no porque no puedan ser ejecutadas, sino porque con la utilización de los medios de tutela resulta un sacrificio de derechos, propios o de terceros, que deben ser considerados prevalentes. En esta acepción comporta conectar la inejecución de la prestación a un estado de necesidad, a la protección de derechos fundamentales y a la consideración

⁴³ Fernando HINESTROSA, “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, *Revista de derecho privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 31 (2016); en igual sentido, específicamente con el artículo 1546 del Código Civil colombiano, en Carlos Alberto CHINCHILLA IMBETT, “La resolución por incumplimiento contractual en la llamada “condición resolutoria tácita” y su carácter irrenunciable”, en *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*, editado por Carlos Alberto Chinchilla Imbett y Mauro Grondona, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 470.

⁴⁴ El derecho que tiene el acreedor de solicitar al deudor la prestación debida tiene unos límites. Primero debe establecerse cuáles son las razones y el porqué de la inejecución del contrato, si ocurrió por una circunstancia sobrevenida, insuperable, irresistible y no imputable al deudor, pues, por regla general, el deudor se libera cuando la prestación se hace imposible por causa extraña a él: caso fortuito o de fuerza mayor (casus), acto de un tercero o acto del acreedor. También puede liberarse el deudor por un hecho suyo, pero que haya acaecido sin su culpa. En caso contrario, la inejecución del contrato es imputable al deudor y, por tanto, no libera al deudor y será responsable contractualmente por su comportamiento, ver: HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 56.

⁴⁵ Es decir, cuando existe una verdadera imposibilidad, la absoluta, esta es originada en un elemento extraño a la persona del deudor o a su economía; el obstáculo debe ser de tal nivel que es insuperable e irresistible al deudor y no debe confundirse con la simple dificultad, pues esta sería personal, correspondería a las circunstancias individuales del deudor, a su fuero interno, Cfr. Luciana CABELLA PISU, “La causa non imputabile”, en *Inadempimento e rimedi*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, ed Giovanna Visintini (Padova: Cedam, 2009), 212 y ss.

de la integridad física del deudor a causa del contenido de la prestación, en el sentido de que su ejecución es en sí peligrosa.⁴⁶

Esta tendencia ha tomado fuerza debido a la interpretación de las constituciones modernas, en virtud de la cual se consideran algunos límites al poder de coacción del acreedor y se modifica el alcance de los términos contractuales producida por las circunstancias no patrimoniales sobrevenidas⁴⁷. En otras palabras, el concurso de las circunstancias acaecidas, posterior a la celebración del contrato, genera que la ejecución de la prestación resulte lesiva de los valores de la persona y, objetiva y directamente, contraria a los principios que rigen el derecho civil. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha buscado limitar el ejercicio de los remedios contractuales, en particular, el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* bajo la interpretación de la Constitución Política y, en particular, de su amplia carta de derechos fundamentales.

Hacemos referencia, por ejemplo, a los casos de contratos de prestación de servicios en salud, en los cuales no se legitima a la entidad prestadora de salud (EPS) a suspender la prestación si el beneficiario no paga oportunamente los aportes al sistema de seguridad social, pero con la particularidad de que la EPS recibe extemporáneamente tales pagos, o continúa con la prestación del servicio sin reportar de manera oportuna el estado de mora del beneficiario, pues desconocería su buena fe y lo dejaría en un estado de indefensión⁴⁸. También en los casos de prestación de servicios públicos domiciliarios, en los que la empresa prestadora no está legitimada para suspender el servicio como respuesta al incumplimiento del usuario, y por el contrario está obligada a garantizar un suministro básico e indispensable del servicio, fundamentalmente en aquellos casos en los que la falta de cumplimiento no obedece a la voluntad del deudor o se da como conse-

⁴⁶ Piénsese, en la Segunda Guerra Mundial, que los bancos entregaron las cajas de seguridad de los judíos bajo la amenaza de las tropas alemanas, ver: CABELLA PISU, “La causa non imputabile”, 215.

⁴⁷ Véase, Oriana CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, (Napoli: ESI, 2012), 14.

⁴⁸ Véase, Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 1997 y las decisiones análogas aplicadas a los contratos de prestación de servicios de salud llamados ‘Medicina Prepagada’, Sentencias T-196 de 2007 y T-158 de 2010. En caso de personas en estado de indefensión, mujer embarazada (Sentencias T-553 de 2005; T-1104 de 2004 y T-136 de 2008) o un estudiante farmacodependiente (Sentencia T-057 de 2007).

cuencia de una fuerza insuperable; o porque en el lugar donde se presta el servicio habitan sujetos de especial protección y el servicio resulta indispensable para el goce de derechos como la vida en condiciones dignas, la salud, la igualdad, entre otros⁴⁹. En todos estos casos, la Corte Constitucional ha impuesto los límites al ejercicio de *la exceptio non adimpleti contractus* mediante la imposibilidad del acreedor de ejercerlo (a pesar de ser titular y el remedio ser formalmente aplicable al caso concreto), y, adicionalmente, imponiéndole una carga justificada por la Constitución consistente en continuar con el cumplimiento del contrato sin recibir su contraprestación.

Ahora, esta interpretación de la Corte puede generar inconvenientes, en cuanto no se impongan criterios claros en el otorgamiento de la tutela al deudor frente a las situaciones personales adversas y en la imposición de la carga al acreedor de continuar con el cumplimiento de sus obligaciones, sin la sinalagmaticidad propia del contrato. Por ello, la inexigibilidad de la prestación por circunstancias no patrimoniales del deudor no se configuraría por el solo hecho de la afectación formal a los derechos fundamentales, debe interpretarse además con base en el comportamiento correcto, leal y diligente del deudor, en atención a la utilidad de la exigibilidad de la misma prestación, en cuanto su cumplimiento es indispensable para el éxito del desarrollo de la actividad profesional, o incluso para el correcto funcionamiento del mercado, y que la carga constitucionalmente justificada al acreedor no simbolice un sacrificio de tal magnitud que implique su propia quiebra. De hecho, lo que se busca con el límite al ejercicio de los remedios del que es titular el acreedor es la imposibilidad temporánea de la prestación y, por lo tanto, constituirse como un justificante del retardo en el cumplimiento del deudor, de manera que le permita tener sosiego en una fase delicada y que, al dilatar el tiempo del cumplimiento, lo ponga en grado de activarse para mejorar su condición económica y de disfrutar plenamente cada útil ocasión que se le presente.⁵⁰

Una interpretación sin mayor reflexión sacrificaría el interés legítimo del acreedor en el contrato y ocasionaría que particulares soportaran cargas que afecten su propio interés de forma injustificada, con consecuencias

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-163 de 2014, T-089 de 2012 y T-717 de 2010.

⁵⁰ Giuseppe GRISI, "L'inadempimento di necessità", *Jus Civile* n.º 6 (2014), 215-240.

negativas en el mercado, en perjuicio de los otros ciudadanos. En efecto, la correcta valoración del caso concreto es fundamental para aplicar con razonabilidad la carga justificada constitucionalmente al acreedor, al limitar el ejercicio de sus remedios y alterar la interdependencia y reciprocidad de las prestaciones del contrato sinalagmático.

La dimensión de la garantía y desarrollo de los derechos fundamentales consagrados en las constituciones, y la consagración constitucional de los principios, se convierte en un nuevo paradigma, en una renovada forma de ser de los estados democráticos⁵¹, razón por la cual los criterios para la procedibilidad del ejercicio de los remedios aplicables a un supuesto de hecho de incumplimiento contractual deben comprender el impacto del ejercicio de los remedios en el caso concreto. De hecho, con estos límites impuestos jurisprudencialmente a los remedios contractuales se demuestra que la concepción, aplicación e interpretación de los remedios frente al incumplimiento contractual no parten solo del derecho del acreedor para cobrar su crédito, ni del incumplimiento contractual, sino, por el contrario, deben incorporar los principios constitucionales como un elemento transcendental, las reglas de corrección, lealtad, transparencia y diligencia exigibles a ambos contratantes y todas las aristas económicas, sociales y políticas de la función del contrato, pues, en últimas, los remedios frente al incumplimiento deben ser ejercidos en modo de no generar daños a la seguridad, la libertad y a la dignidad humana.

Conclusión

Este fenómeno jurídico lo que demuestra es que existe un diálogo evidente entre el derecho privado y el derecho constitucional, lo cual podría surgir una pequeña conclusión de este nuevo contexto de la constitucionalización en el que vive el jurista: el derecho contemporáneo requiere que el intérprete vea la unidad del sistema y deje de lado la concepción dualista del derecho, entre el derecho privado y público. Se deben leer, no como dos ramas del derecho, sino como las dos perspectivas desde las cuales deben observarse los institutos jurídicos, las cuales son inseparables en la comprensión del derecho. En ese sentido, el Código Civil debe ser leído desde

⁵¹ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, 41 y ss.

los valores constitucionales; y, al mismo tiempo, los principios constitucionales requieren ser aplicados a través de las reglas, que están contenidas en el Código; es decir, cómo el principio se aterriza en el caso concreto a través de sus reglas.

Una concepción en sentido contrario sería simplista: o se tomaría todo a una instancia constitucional, en la cual se reconduce a los principios constitucionales sin atender las particularidades de las instituciones del derecho, desarticulando la coherencia que la tradición ha construido por medio de sus reglas, vaciando su contenido al no aplicarlas; o se reconduce a una instancia de reglas civiles, lo cual supone la aplicación de normas sin un fundamento superior desconociendo ese ligamen que existe entre la Constitución y el contrato.

Esto entonces, trae un nuevo dinamismo del sistema de fuentes, en el que se incentive el diálogo entre ellas, no en una versión jerárquica de fuentes, sino armónica, que pretenda la mejor aplicación del derecho y la justicia del caso concreto. De hecho, hoy no existe derecho privado y derecho público como dos escenarios con planos absolutamente separados, en los que los derechos fundamentales tienen un plano de superioridad sobre el contrato; el razonamiento debe ser otro: el de la complementariedad, pues, en últimas, los derechos fundamentales y el contrato, por virtud de la buena fe, comparten una finalidad y es la protección de la persona en su dimensión integral.

Bibliografía

RIVERA SIERRA, Jairo et al. *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, editado por Carlos Alberto Chinchilla Imbett y Felipe Navia Arroyo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des Juristes franco-latino-américains. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

ALARCÓN PALACIO, Yadira. “La autonomía de la voluntad privada en las relaciones familiares en el desarrollo del nuevo orden constitucional”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 372 (2020): 685-724.

- CABELLA PISU, Luciana. “La causa non imputabile”. Inadempimento e rimedi. En *Trattato della responsabilità contrattuale*, editado por Giovanna Visintini. Padova: Cedam, 2009.
- CAMARDI, Carmelita. “Brevi riflessioni sull’argomento per principi nel diritto privato”. En *Effettività e drittwirkung: idee a confronto*, editado por Emanuela Navarretta. Turín: Giappichelli Editore, 2017.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “La equiparación a sujetos de derechos de los animales y los ecosistemas. El uso impropio de la categoría ‘sujetos de derechos’ para establecer nuevos límites a la autonomía individual”. En *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, 285-310. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “La resolución por incumplimiento contractual en la llamada ‘condición resolutoria tácita’ y su carácter irrenunciable”. En *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “Límites a la autonomía privada en el mutuo disenso”. En *Autonomía Privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por Martha Lucía Neme Villarreal, 247 y ss. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- CLARIZIA, Oriana. *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*. Napoli: ESI, 2012.
- CORTÉS MONCAYO, Edgar. “Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia* n.º 11 (2011): 171-179.
- D’AMICO, Giovanni. “Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)”. En *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*. Torino: Giappichelli Editore, 2018.
- D’ANGELO, Andrea. *Contratto e operazione economica*. Torino: Giappichelli Editore, 1992.
- GRISI, Giuseppe. “L’inadempimento di necessità”, *Jus Civile*, 2014.

- GRONDONA, Mauro. *Diritto dispositivo contrattuale*. Torino: Giappichelli Editore, 2011.
- HINESTROSA, Fernando. “*Principi generali: applicazioni e prospettive*. En *Il diritto dei nuovi mondi*, editado por G. Visintini, 224. Padova: Cedam, 1994.
- HINESTROSA, Fernando. “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”. *Revista de derecho privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 31 (2016).
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CARBONIER, Jean. *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*. Madrid: Tecnos, 1974.
- KOTEICH, Milagros. “Indemnización de perjuicios contractuales: nuevos daños, nuevas formas de reparación”. En *Incumplimiento y sistema de remedio*, editado por Carlos Alberto Chinchilla Imbett y Mauro Grondona, 755. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- LIPARI, Nicolò. “Considerazioni introduttive”. En *Effettività, à e drittwirkung: idee a confronto*, editado por Emanuela Navarretta. Torino: Giappichelli Editore, 2017.
- LIPARI, Nicolò. *Las categorías del derecho civil*. Madrid: Dykinson, 2016.
- MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1948.
- MORALES HUERTAS, Margarita. “Constitución y límites a la autonomía privada”. En *Autonomía Privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por Martha Lucía Neme Villarreal, 195 y ss. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía. “El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo”. En *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, editado por Martha Lucía Neme Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 11 (2006), 79-126.
- NUSBAUM, Martha. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz Editores, 2006.
- RODOTÀ, Stefano. *Le fonte de integrazione*. cap. VIII. Milán: Giuffrè, 2004.

- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Editori Laterza, 2012.
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio. “Más allá del contrato por medio del contrato: las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización”. En *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, 147 y ss., editado por Martha Lucía Neme Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- RUEDA, Natalia. *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor. “Notas sobre el concepto y las garantías de la propiedad privada en la Constitución colombiana”. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, n.º 21 (2011), 233-253.
- VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. “La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano”. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 8 (2005), 5-16.
- VETTORI, Giuseppe. *La vincolatività en Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, V. Torino: Utet, 2002, 6.
- Vettori, Giuseppe. “Contratto e costituzione”, en *Enciclopedia del diritto, I. Contratto*, 266. Milán: Giuffrè, 2021.
- ZAGREBESKI, Gustavo. *Senza Adulti*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2016.

CIRCULACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN MATERIA SOCIETARIA*

Edgar Fabián Garzón Buenaventura**

Investigador nacional invitado

Brayan Yesid Herrera Rey***

Investigador nacional invitado

Resumen: El presente artículo analiza 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 sobre la materia. Por tanto, se analizan las decisiones proferidas por la Superintendencia de Sociedades y la modalidad de diálogo con los criterios judiciales estadounidenses sobre la responsabilidad de los administradores.

* Artículo de reflexión del proyecto de investigación denominado “Codificación Procesal Constitucional” del Grupo de Investigación de Derecho Privado y del proceso Gustavo Vanegas Torres de la Universidad Libre.

** Abogado y filósofo de la Universidad Libre de Colombia; magíster en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora; doctor en Derecho de la Universidad Libre de Colombia; candidato a Doctor en Filosofía por la Universidad de Salamanca. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Contacto: edfagabu@gmail.com

*** Abogado de la Universidad Libre de Colombia; especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia; candidato a magíster en Derecho Privado por la Universidad Libre. Contacto: brayan1804@gmail.com

Palabras clave: creación del derecho; circulación de jurisprudencia; decisión judicial; responsabilidad de administradores; modalidad de diálogo.

CIRCULATION OF JURISPRUDENCE ON THE LIABILITY OF DIRECTORS IN CORPORATE LAWS

Abstract: This article analyzes the forms of law creation through the circulation of jurisprudence and modalities. In addition, the tools used by the judge to create his judicial decision based on extranational jurisprudence. Specifically, the poor normative regulation of liability of directors in corporate laws, and the adoption of US jurisprudence as a direct source for the resolution of cases. Therefore, the decisions issued by the Colombian Corporate Superintendence and the dialogue modality with the American judicial criteria on the liability of directors are analyzed.

Keywords: Law creation, Circulation of jurisprudence, Judicial decision, Liability of directors in corporate laws, Dialogue modality.

Introducción

La circulación de la jurisprudencia entre diferentes ordenamientos tiene como fin acoger nuevas instituciones, conceptos, figuras o reglas jurídicas, que brinden un direccionamiento al quehacer judicial ante eventos desconocidos o de difícil resolución. La naturaleza de la norma es ajena a la multiplicidad fáctica, luego, entonces, resulta en un imposible que la ley, por sí sola, resuelva la infinidad de eventos que pueden ventilarse en un proceso judicial. Por ende, ante eventos desconocidos o de difícil resolución, es necesario evaluar la jurisprudencia externa para acoger nuevos criterios que ayuden a configurar la decisión judicial correcta.

Ejemplo de lo anterior se observa en la escasa regulación normativa del régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia. El artículo 24 de la Ley 222 de 1995 limita el alcance de la responsabilidad a los elementos subjetivos de dolo y culpa frente a la sociedad y a terceros, sin que atienda la naturaleza de la actividad del administrador y la limitada intervención del derecho a las estructuras societarias. De ahí que sea complejo distinguir entre las acciones que tienen por objeto maximizar el capital invertido, frente a las conductas que pueden llegar a ser objeto de reproche por un proceso judicial. Al final, la escasa regulación legal hace del régimen de responsabilidad del administrador un evento desconocido o de difícil resolución.

Lo anterior implica que el operador jurídico en materia societaria advierta la necesidad de acoger nuevos criterios normativos o jurisprudenciales, que entren a regular la materia de responsabilidad de los administradores. En Colombia, la Superintendencia de Sociedades es el órgano que ejerce las facultades jurisdiccionales en lo que concierne a los conflictos societarios, y acude como juez para dirimir tales asuntos, entre ellos, el régimen de responsabilidad en estudio. En ese contexto, este órgano ha sido el responsable de acudir a la circulación de jurisprudencia como mecanismo idóneo para resolver los problemas en cuanto a la responsabilidad.

En este sentido, el presente artículo de investigación busca mediante una metodología descriptivo-analítica responder el presente interrogante metodológico: ¿Cómo la Superintendencia de Sociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia? El interrogante propuesto pretende explayar las formas de creación e interpretación del derecho a través de la jurisprudencia, al delimitar el régimen general de responsabilidad de los administradores y al definir la intervención del derecho a las estructuras societarias, todo, desde la circulación de la jurisprudencia estadounidense.

Se sigue de lo anterior, que el objetivo general está en determinar cómo la SuperSociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense para regular la escasa regulación normativa frente al régimen general de responsabilidad de los administradores. En consecuencia, se abordará el siguiente sumario para dar respuesta a la pregunta planteada: i) creación del derecho a través de la jurisprudencia; ii) modalidades de circulación de jurisprudencia; iii) régimen general de responsabilidad de los administradores en materia societaria; iv) jurisprudencia estadounidense del régimen general de los administradores; v) casos de responsabilidad administrativa por la Superintendencia de Sociedades; vi) diálogo entre la Superintendencia de Sociedades y los tribunales estadounidenses.

Creación del derecho a través de la jurisprudencia

Uno de los problemas de la tradición jurídica se debe a la imposibilidad de la norma para acoger todos los hechos posibles del mundo real. Las acciones son infinitas y las palabras limitadas para que el texto normativo

responda a todos los casos posibles que puedan surgir. Así las cosas, la naturaleza abierta del lenguaje impide que se subsumen todos los elementos fácticos posibles. En palabras de Hart, “las situaciones de hecho no nos esperan claramente etiquetadas, planchadas y dobladas, ni llevan su clasificación jurídica escrita encima para que el juez simplemente las lea. En lugar de ello, al aplicar reglas jurídicas, alguien debe tomar la responsabilidad de decisión, con todas las consecuencias prácticas que ello involucra, si el caso en cuestión está o no cubierto por las palabras”.¹

Lo precitado impone al juez la labor proactiva de configurar su decisión judicial, aun cuando no tenga respuesta en el texto normativo. De ahí que su labor judicial sea compleja al acudir a otras herramientas jurídicas que le permitan definir su sentencia. Más allá de ser un operador jurídico que aplica la ley, el juez debe tener el rol de creador de derecho, ante los eventos que no tienen repuesta en la ley, o que simplemente resultan complejos en su resolución. Por tanto, además del texto normativo, hay que disponer de recursos judiciales necesarios, que se preceptúen como vectores para configurar la decisión judicial, por ejemplo, la jurisprudencia.

Es ese sentido, la jurisprudencia es la interpretación de la norma jurídica que sirve para resolver cada caso. “Es el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales”.² Luego, entonces, corresponde a la jurisprudencia el papel de la interpretación del derecho y ser fuente generadora del mismo.

Así pues, la jurisprudencia se establece como la doctrina³ creada por las altas cortes o tribunales, que emiten criterios de interpretación, que pueden convertirse en normas o reglas jurídicas del quehacer judicial, igual de vinculantes en la configuración de la sentencia. En ese tenor, la jurisprudencia dista del texto normativo en extremo riguroso, para configurar criterios

¹ H. L. A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 593.

² Clemente DE DIEGO, Antonio Gullón Ballesteros y Alfonso Cossio y Corral, *Instituciones del Derecho Civil Español* I. 2a ed. (Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959).

³ Rafael DÍAZ ROCA, *Teoría general del Derecho* (Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1997), 367.

amplios que sirven como vectores interpretativos para el juez, ante los casos de difícil resolución, donde la norma no da respuestas claras.

Ahora bien, un amplio debate versa sobre la jurisprudencia como fuente de derecho. Por una parte, se encuentran las tesis que afirman que la jurisprudencia es fuente directa bajo el concepto de costumbre⁴ y su aplicación de los principios jurídicos⁵, además de la teoría que sustenta la premisa desde una dirección socialista⁶ y de reconocimiento de los efectos de la interpretación⁷ del derecho. Esta tesis, fue acogida por el derecho anglosajón, al basar su sistema judicial en el precedente emanado del cúmulo de decisiones jurídicas proferidas por los jueces.

Por otra parte, están las tesis que niegan la jurisprudencia como fuente de derecho⁸, y que aducen su vinculatoriedad a criterios de reiteración de las decisiones conforme vayan tomando fuerza y relevancia, para los casos de difícil resolución. Estas tesis, fundamentan los sistemas jurídicos del derecho continental, donde pesa más la delimitación del texto normativo que las decisiones aisladas que puedan proferir los jueces en casos concretos.

En Colombia, el debate precitado ha sido zanjado por la Corte Constitucional al declarar que “son fuentes formales la ley –material–, la jurisprudencia, la costumbre, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina”⁹. Destáquese de lo antedicho, que la jurisprudencia es fuente formal del ordenamiento jurídico colombiano, como origen próximo a la elaboración y creación de las reglas contentivas de la modelación jurídica adoptada por el país.¹⁰

⁴ Ambrosio COLIN y H. Capitant, *Curso elemental de Derecho Civil I*. 3a ed. (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952).

⁵ Federico PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, I, I (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957).

⁶ *Ibidem*

⁷ José CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho* (Madrid: Editorial Reus S. A., 1954), 167

⁸ Luis DÍEZ PICAZO y Antonio Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, II (Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998).

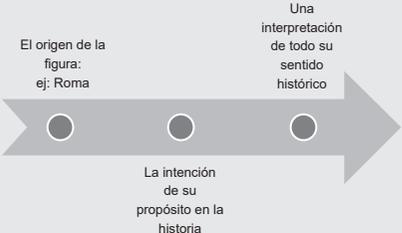
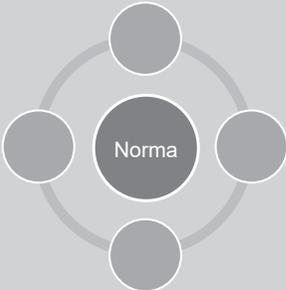
⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-168 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

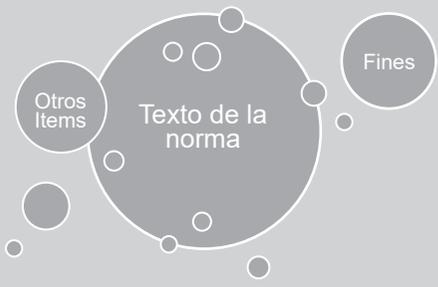
¹⁰ Carolina SCHIELE MANZOR, “La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia” (tesis de doctorado, Universidad Católica de Chile, 2008), <https://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>

En consecuencia, la labor del juez encuentra como fuente formal la jurisprudencia para moldear su decisión judicial. Es en estos eventos que la creación del derecho brinda un alcance y contenido que resguardan una parte más amplia del mundo fáctico, como elemento integrador de la decisión del juez en su sentencia. De este modo, el quehacer judicial es el resultado de una tarea interpretativa de la ley, con un vector de interpretación enmarcado en la jurisprudencia. Es esta la razón por la cual se aceptan varias respuestas para un mismo caso, dada las diferentes formas de interpretar el derecho.

En ese contexto, pueden encontrarse diversos métodos de interpretación del derecho, que postulan diversas respuestas posibles en la decisión judicial. Se sigue entonces, que, acorde con el método de interpretación elegido por el juez, podrá llegarse a diferentes conclusiones en su sentencia. Véanse a continuación, entonces, los métodos más comunes de interpretación, a fin de validar la divergencia del ejercicio judicial, por parte del operador jurídico, ante los diferentes que casos que debe resolver.

Tabla 1. Métodos de interpretación

Método	Uso	Gráfico
Histórico	Esta interpretación busca el origen y génesis histórico de la institución jurídica. Su objetivo confluente en encontrar el “espíritu” o la intención con la cual fue creada la figura o institución jurídica en estudio.	
Sistemático	La interpretación de la norma parte del sistema que la incluye. Así, pues, se haya no solo el sentido de la norma específica, sino su sentido en conjunto con el cuerpo normativo al que pertenece. Luego entonces hay que hallar el propósito del sistema del cual hace parte el texto normativo interpretado.	

Método	Uso	Gráfico
Gramatical	Esta interpretación ubica el objeto en el texto de la norma estudiada. Busca el sentido en su literalidad, teniéndose como propósito encontrar la interpretación que del lenguaje expresado resulte.	
Teleológico	Esta interpretación busca los propósitos objetivos por los cuales el legislador creó la norma. Busca relacionar el precepto con las valoraciones jurídicas, ético-sociales y político-criminales; ¹¹ por tanto, va más allá del texto literal de la norma.	

Fuente: elaboración de los autores.

Modalidades de circulación de la jurisprudencia

El discurso acerca de las transferencias normativas y jurisprudenciales, que se producen entre diferentes ordenamientos jurídicos, desestima las modalidades en que esta circulación del derecho es realizada. Con frecuencia, la referencia a la movilización de la normativa o la jurisprudencia entre países se enmarca en el rótulo de trasplantes jurídicos. Véanse, por ejemplo, el estudio de la Teoría impura del derecho del profesor López Medina,¹² o los estudios de Watson¹³, como autores de la materia en trasplantes legales.

¹¹ José CASTILLO ALVA, Manuel Luján Túpez y Roger Zavaleta Rodríguez, 2da. ed. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación, y motivación de las resoluciones judiciales* (Perú: Ara Editores, 2006).

¹² Diego LÓPEZ MEDINA, “¿Por qué de hablar de una ‘teoría impura del Derecho’ para América Latina”, en *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla (Bogotá: Siglo del Hombre, 2009).

¹³ Alan WATSON, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, Edimburgh: Scottish Academic Press, 1974.

Pese a lo anterior, las transferencias de la normativa y jurisprudencia responden a diferentes fines en la labor judicial. Es debido precisar que la configuración de la sentencia es el resultado de una valoración probatoria y un ejercicio racional¹⁴, que requiere el criterio del juez como director del proceso para proferir su decisión. En ese contexto, ante casos desconocidos o de difícil resolución, el juez debe valerse de los recursos necesarios para configurar su sentencia, entre estos: trasplantar el derecho. Por tanto, dependiendo del proceso que afronte, el juez deberá importar parcial o totalmente una teoría jurídica, una regla decisoria, figura jurídica, o cualquier criterio que coadyuve a configurar una decisión judicial razonada.

En este sentido, el juez puede importar jurisprudencia extranjera que le permita dilucidar un caso, ante la omisión de regulación de la ley o frente a casos de difícil resolución que debe dirimir. Esta potestad deriva de su rol, como creador de derecho y director del proceso. Además, la necesidad de dar respuesta a los eventos que la ley no puede resolver está en cabeza del operador jurídico, siendo este el único que sobrepasa la naturaleza limitada de la norma para acoger la infinidad de hechos posibles.

De iure, deben diferenciarse las modalidades de circulación de la jurisprudencia que tiene el juez a su mano para dirimir la situación jurídica presentada. La doctrina inglesa, ha derivado variadas denominaciones, para hacer referencia a las transferencias jurisprudenciales y normativas, a saber: “*Transposition*”¹⁵; “*Legal transplants*”¹⁶; “*Migration*”¹⁷; “*Cross fertilization*”¹⁸, entre otras. Punto en el cual resulta indispensable, abordar las diferencias sustanciales entre los conceptos referenciados, que la doc-

¹⁴ Pedro CABALLERO, “Las decisiones judiciales: justificación y racionalidad”, *Filosofía y teoría del Derecho*, n.º 13 (2019).

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872019000100067

¹⁵ Véase, Esin ÖRÜCÜ, “Law as Transposition”, *International Comparative Law Quarterly*, 51 n.º 2 (2002): 205-223.

¹⁶ J. SMITS, *Legal Tourism: Contract, Marriage and Citizenship Beyond the State* (England: Oxford Institute of European and Comparative Law, 2010).

¹⁷ Sujit CHOUDHRY, *The Migration of Constitutional Ideas* (New York: Cambridge University Press, 2006).

¹⁸ Stephane JAQUEMET, “The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law”. *International Committee of the Red Cross (ICRC)* 83 n.º 843 (2001). https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/651-674_jaquemet.pdf

trina y la práctica han establecido en el ejercicio de las transferencias normativas. De esta manera, se presenta una distinción de las modalidades de importación de la jurisprudencia en: a) trasplantes, b) diálogos, c) injertos, d) cooperación.

Trasplantes

El trasplante jurídico es el vocablo más usado para hacer referencia a las transferencias normativas y jurisprudenciales. Esta modalidad se refiere a la importación de instituciones, conceptos, figuras o reglas jurídicas provenientes de otro ordenamiento jurídico. En ese tenor, el trasplante responde a la movilización de las concepciones, discursos y pensamientos del derecho entre diferentes fronteras, con el ánimo de crear recursos transversales en el ejercicio judicial del operador jurídico, ante los casos de difícil resolución.

Esta modalidad de importación de la jurisprudencia es desarrollada por el profesor López Medina, quien atribuye como fuentes la cultura jurídica y el fenómeno de la globalización, a modo de elementos fundamentales en la importación y circulación del derecho. Se sigue entonces quienes señalan la posibilidad de trasplantar la jurisprudencia como Watson¹⁹, y quienes se niegan a la idea, con fundamento en el arraigo cultural de los fenómenos jurídicos que se quieren importar, dada la diferencia cultural y las consecuencias divergentes que se despliegan en el país receptor. En otras palabras, no se tendrá la misma identidad de la normativa y jurisprudencia trasladada del país emisor al país receptor.

Así las cosas, la modalidad de trasplantar el derecho deriva, ya sea de la necesidad para adoptar nuevas formas jurídicas, o por libre elección del ejercicio judicial desplegado. En todo caso, el juez como director del proceso, es quien evalúa la necesidad de acudir a un trasplante jurídico, dado su despliegue en el país emisor, sobre el caso desconocido o de difícil resolución que necesite desentrañar. No obstante, el juez podrá importar derecho de un sitio de producción ajeno, con fundamento en una decisión de pura autoridad.

¹⁹ WATSON, “*Legal Transplant: An Approach to*”, 1974.

Por tanto, los trasplantes jurídicos adoptados por un país tendrán consecuencias diferentes en la resolución de los casos, dada la diferencia de cultura y subjetividad propia de cada pueblo que lo acoge en su sistema de derecho. Luego entonces, no es lo mismo el despliegue de una figura jurídica en Francia, que en el sistema jurídico de Colombia.

Injerto

El injerto es una modalidad de circulación de la jurisprudencia que adopta una palabra jurídica de otro idioma con el fin de brindar mayor motivación a la decisión judicial. Esta importación del derecho está en la clase de libre elección del juez, dado que su adopción depende en exclusiva del querer del operador jurídico, más no de la necesidad de resolver el caso.

Así pues, el ejercicio judicial para configurar la sentencia podrá acudir a un lexema²⁰ proveniente de otra lengua. En el caso de la jurisprudencia, podrá adoptarse una palabra en su origen para acoger su definición y alcance en los términos jurídicos dados, de esta manera, será el juez como creador de su decisión, quien decantará las consecuencias del término acogido y su implicación en el caso dirimido.

Cooperación

La cooperación es la creación de derecho por parte de jueces de diferente cultura jurídica que, de manera coordinada, da origen a nuevas reglas de interpretación a través de la jurisprudencia para dirimir casos de difícil resolución. El objetivo de esta modalidad de circulación de jurisprudencia es crear una línea jurídica que revista de cohesión y unidad²¹ a las futuras sentencias proferidas, sobre casos que aún resultan novedosos, o en los que la ley omite su regulación debido a su complejidad.

²⁰ L. ANTONIOLLI, G. A Benacchio y R. Toniatti, *Le nuove frontiere della comparazione* (Milano: Univerità degli Studi di Trento, 2012), 140.

²¹ Giuliana ZICCARDI CAPALDO, *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence* (Oxford University Press, 2018).

Esta modalidad implica la casi nula existencia de criterios jurídicos frente a un determinado caso, que impiden al juez pronunciarse de manera fundada por la complejidad del asunto estudiado. En estos eventos, la cooperación entre los jueces nacionales y extranjeros debe dirigirse a la creación de derecho, desde su origen, ya sea con fundamento en otras ciencias (filosofía, sociología, antropología, etc.) u otras perspectivas, que brinden el génesis de una nueva articulación del derecho. Por tanto, el fin converge en la creación de nuevos elementos jurídicos que constituyan herramientas transversales para las culturas jurídicas implícitas, en aras de resolver el caso complejo que se presente.

De esta manera, mientras se articulan los nuevos criterios jurídicos en la jurisprudencia desplegada por los diferentes países, se requiere la cooperación de proferir de manera coordinada y unificada las sentencias que entrarán a regular el caso complejo, a fin de originar herramientas judiciales cohesionadas y congruentes. Así pues, la labor del juez será sumarse a la línea de cooperación supranacional para resolver el caso complejo, acudiendo a los criterios de interpretación que se han producido para crear su decisión judicial. Luego entonces, su labor comprende, de una parte, acogerse a lo hasta ahora planteado en la circulación del derecho y, de otra, acudir a su capacidad proactiva para la creación de nuevas formas jurídicas que le permitan resolver el asunto de difícil resolución.

Diálogos

Los diálogos entre jueces de distintos países también son parte de una modalidad de circulación de la jurisprudencia y la normativa. El diálogo es la circulación de criterios jurídicos entre las cortes y los tribunales de distintos países, que circulan de forma unidireccional de un país líder a otro país. A diferencia de la cooperación, el diálogo parte de modelos jurídicos ya generados, que han sido ensayados en determinados casos, complejos o innovadores para los operadores jurídicos.

Mientras que la cooperación parte de una casi nula existencia de criterios jurídicos y se maneja con bidireccionalidad para resolver los casos difíciles, el diálogo, por su parte, tiene un manejo unidireccional, en donde

el tribunal o corte, adopta modelos jurídicos de una cultura jurídica líder, esto es, con gran trascendencia en la ciencia del Derecho. Por tanto, el ordenamiento jurídico receptor, no coadyuva en el desarrollo del criterio adoptado, sino que tan solo lo moldea a su cultura jurídica, sin que tenga implicaciones o produzca cambios en el derecho de país emisor.

La circunstancia anterior es causa de crítica a la denominación asignada de “diálogo”, toda vez que la postura unidireccional impide que se entablen los elementos de discusión o acuerdo, propios de una conversación entre dos o más cortes o tribunales. Así las cosas, cuando se habla de diálogo, se hace referencia a la adopción de jurisprudencia propia de una corte con gran trascendencia jurídica, que se impone en un mayor nivel jerárquico frente a la corte del país receptor. En palabras de Pegoraro, “... existen algunas cortes que se consideran “importantes”, que manifiestan parsimonia, discriminación y una cierta soberbia en el uso de la jurisprudencia extranjera. Para ellas, sin embargo, diferentemente del caso de los gobiernos y parlamentos, con base en los datos de la investigación empírica parece más difícil demostrar situaciones de subordinación unidireccional y unilateral”.²²

Más allá de la crítica presentada a la denominación de “diálogo”, su efecto es la creación y circulación de derecho entre fronteras jurídicas. Luego entonces, el nivel del diálogo podrá darse en los diversos niveles entre jueces, esto es: i) entre tribunales internacionales y tribunales internacionales; ii) entre tribunales internacionales y tribunales nacionales; iii) entre tribunales nacionales y tribunales nacionales).²³ Los jueces, sin distinción de la jerarquía que ocupen en un sistema judicial, podrán hacer uso del diálogo al adoptar criterios de derecho exógenos en los diversos niveles de la corte emisora, para la configuración de sus decisiones judiciales.

²² Lucio PEGORARO, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos”, en *Jurisprudencia y Doctrina frente a los retos del derecho comparado* (España: Tirant lo Blanch, 2013), 38.

²³ Jenny S. MARTÍNEZ, “Towards an International Judicial System”, *Stanford Law Review* 56, n.º 2 (2003): 429-529.

Figura 1. El diálogo como modalidad de circulación del derecho

Fuente: elaboración propia.

En efecto, las modalidades de circulación del derecho permiten evaluar el ejercicio judicial realizado por el operador jurídico en su decisión judicial. La forma de adoptar nuevas instituciones, conceptos, figuras o reglas jurídicas desde la jurisprudencia amplía el conocimiento sobre el ejercicio creador del derecho. Por una parte, depende de si la sentencia acogió un criterio jurídico debido a la necesidad por omisión de regulación normativa o complejidad del asunto resuelto; por otra, de si fue el juez en su decisión quien, debidamente motivado, adoptó una importación jurídica para fortalecer la configuración de la misma.

Ya sea por necesidad o por querer del juez, adoptar jurisprudencia o normativa de otra cultura jurídica implica en el ejercicio judicial desarrollar el criterio acogido en el caso concreto. Ciertamente, la identidad del criterio jurídico importado se perderá en la circulación del país emisor al país receptor, dadas las diferencias culturales y subjetivas de cada ordenamiento jurídico. Por tanto, el acoplamiento de un trasplante, cooperación, injerto o diálogo, siempre cobrará identidad propia en el país donde se acoja y se ensaye, frente al caso ventilado en un proceso judicial.

Régimen general de responsabilidad de los administradores en materia societaria

Luego de revisar *ut supra* las modalidades de circulación de jurisprudencia y su carácter de fuente formal del derecho colombiano, se pasa a exponer y analizar la responsabilidad de los administradores en una sociedad comercial, con el objetivo de determinar cuál ha sido el modelo de circulación y creación del derecho realizado por la Superintendencia de Sociedades, como juez societario en la materia.

En un primer estadio, debe señalarse que el administrador de una sociedad comercial es aquel que gestiona los negocios de la empresa, y quien tiene como objetivo primordial maximizar el capital de la sociedad. Así pues, la calidad de administrador la pueden detentar el representante legal, los miembros de la junta o consejo directivo, el liquidador, o quien detente las funciones de “administrar” dentro de los estatutos que regulan la compañía. Por tanto, el administrador será la persona a quien se le confie la gestión del capital abonado para incrementar su valor.

Se sigue de lo anterior que la responsabilidad circundante en la labor administrativa deriva de la confianza asignada por parte de los accionistas de determinada sociedad, quienes detentan un ánimo de maximizar el capital invertido. Así las cosas, delegar la gestión y cuidado del dinero aportado implica, por parte del asociado, depositar un grado de confianza en quien se designará como administrador para gestionar los negocios sociales. Dicha determinación, por parte de los accionistas, implica asignar mayores responsabilidades a quien detenta la calidad de administrador.

Es lógico suponer que quien reúne en su seno tan gran poder estará, en contrapartida, sometido a una responsabilidad no menor; que cualquier acto que represente perjuicio para aquellos que, al menos en teoría, son titulares de la empresa a la que sirve, podrá ser revisado; que su actuación toda estará constantemente controlada por la ley en compensación a la ausencia de riesgo que supone en su patrimonio la gestión de estos intereses ajenos; que, en definitiva, la diligencia que deberá prestar será enérgicamente exigida.²⁴

²⁴ Jorge PINZÓN SÁNCHEZ, “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”, en *Nuevos retos del derecho mercantil* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000), 50.

En este tenor, el administrador debe demostrar la mayor diligencia para con el negocio que le ha sido confiado y, sobre todo, en su objetivo de maximizar el capital invertido en la sociedad y acrecentar el valor accionario de los asociados. Sin embargo, ante la dinámica y limitación del derecho societario, debido a su independencia para lograr los fines económicos, resulta complejo distinguir qué acciones del administrador pueden llegar a ser objeto de reproche y, más aún, objeto de juicio por la responsabilidad civil.

Ante la dificultad expuesta, la Ley 222 de 1995 reguló una responsabilidad especial sobre las funciones de los administradores²⁵, en el sentido de reconocer la actividad administrativa bajo el concepto de empresario, quien ejerce actividades comerciales con el ánimo de obtener ganancias. Este nuevo enfoque delimitó la actividad realizada por el administrador bajo el concepto del “buen hombre de negocios”, categoría referida a la conciencia y razonabilidad del administrador, para asumir riesgos en su objetivo primordial de acrecentar el capital.

Así, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser cumplidas con una particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta más estricto, que implica una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.²⁶

Lo precitado confluye en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 cuando señala que “los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.”²⁷ Pese al esfuerzo normativo realizado, ello no resolvió la distinción entre los hechos reprochables por el régimen de responsabilidad frente al accionar loable en las funciones de un administrador empresario. Ciertamente, si las acciones del administrador cumplen con el objetivo de lucro, su actividad no será reprochada por los asociados,

²⁵ Véase, Nicolás URIBE LOZADA, *El régimen general de responsabilidad civil de los Administradores de sociedades y su aseguramiento* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 562

²⁶ Francisco REYES VILLAMIZAR, *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos* (Bogotá: Temis, 1996), 204 y 205.

²⁷ Ley 222 de 1995 del Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial* 42156.

pero ello no obsta para que pueda ser reprochable ante el régimen de responsabilidad.

Destáquese entonces, que la labor administrativa puede ser sancionada por los asociados de una compañía, ante el evento en que el administrador no ha desplegado las ganancias esperadas. Pese a lo anterior, esto no implica la declaratoria de responsabilidad del administrador, sino, posiblemente, la dinámica empresarial en donde se gana, o a veces se pierde. Este escenario implica un caso de difícil resolución para el juez que asuma dirimir la responsabilidad del administrador. Luego, entonces, el operador jurídico, más allá de aplicar un régimen especial de responsabilidad, deberá evaluar la labor del “buen hombre de negocios” y la relación de confianza depositada en el administrador.

Por tanto, los casos que sobrevienen del régimen general de los administradores revisten de alta complejidad para la labor judicial. En primer lugar, dado que el juez debe comprender la dinámica empresarial y el accionar del administrador como buen hombre negocios, *ergo* debe asumir su rol para determinar la responsabilidad de su accionar. Y, en segundo lugar, dada la escasa regulación normativa sobre la labor del administrador que brinda el texto jurídico, dado que nunca se define que es ser un “buen hombre de negocios”, o ser diligente en una actividad empresarial.

Se sigue de lo anterior, la necesidad de acudir a la jurisprudencia, como recurso y fuente del derecho, a fin de brindar los vectores de interpretación que permitan configurar la decisión judicial de forma razonada. De ahí, que la Superintendencia de Sociedades acoja la jurisprudencia estadounidense para dirimir la responsabilidad de los administradores, como modo de circulación del derecho ante la omisión de regulación por parte del texto normativo.

Jurisprudencia estadounidense del régimen general de los administradores

A diferencia del ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia estadounidense ha decantado con mayor profundidad los eventos acerca de la responsabilidad de los administradores. El avance en materia societaria

y en sociedades mercantiles ha pautado criterios judiciales transversales a la actividad administradora respecto a la delimitación del “buen hombre de negocios” y la confianza emitida por parte de los asociados. En este punto resulta necesario evidenciar la jurisprudencia estadounidense más relevante, e identificar las subreglas allí mencionadas, para luego realizar un ejercicio de comparación con las decisiones judiciales proferidas por la Superintendencia de Sociedades.

Se tiene, entonces, que la jurisprudencia norteamericana, con mayor relevancia sobre el particular estudiado, tiene subreglas listadas en la siguiente tabla.

Tabla 2. Subreglas de sentencias estadounidenses

Sentencia	Resumen	Subregla
Aronson vs. Lewis (1983)	Se demanda al administrador, presuntamente, por irregularidades en la destinación de los recursos de la compañía y favoritismos en la contratación y honorarios a uno de los directores de la compañía. El juez rechaza la demanda, dado que se impone la presunción de que el administrador actúa de buena fe, con la creencia honesta de adoptar buenas decisiones en su actividad y con un actuar informado. Luego, entonces, ante la falta de evidencia razonable para determinar la responsabilidad del administrador, el derecho no interfiere en las políticas empresariales adoptadas.	La actuación del administrador reviste una regla de criterio empresarial que consiste en una presunción de buena fe, de un actuar informado y de la creencia honesta en las decisiones que adopte en su política empresarial.
Shlensky vs. Wrigley. (1968)	Los socios demandan al administrador para forzar la instalación de luces al estadio de beisbol, con el fin de tener eventos deportivos por las noches. El administrador se niega, dado que considera que afectará al vecindario del estadio. El tribunal le haya la razón al administrador, puesto que no encuentra que la política empresarial adoptada sea reprochable a la luz de la responsabilidad. Por lo tanto, considera que el derecho solo entra a regular los casos en donde exista fraude, ilegalidad o conflicto de intereses.	La conducta del administrador en el ejercicio empresarial solo es reprochable si su actuar adolece fraude, ilegalidad o conflicto de intereses.

Sentencia	Resumen	Subregla
Bayer vs. Beran (1941)	Los socios demandan al administrador por pagar sumas cuantiosas de publicidad a su esposa, quien trabaja en una cadena radial. El juez halla la razón a los asociados toda vez que encuentra conflicto de intereses en las actuaciones del administrador.	Los deberes fiduciarios del administrador no deben adolecer de conflicto de intereses en su accionar.
Stone vs. Ritter (2006)	Dos trabajadores bancarios crean un sistema piramidal dado el acceso a información susceptible. Se demanda al banco por 50 millones de dólares. La aclaración del juez va encaminada a que no se demuestre la mala fe de los administradores. Ante la duda razonable, debe entonces aplicarse la regla de criterio empresarial.	La falta de buena fe es una condición <i>sine qua non</i> para declarar el incumplimiento del deber fiduciario del administrador.

Fuente: elaboración propia con base en la jurisprudencia estadounidense.

Las subreglas decantadas por la jurisprudencia estadounidense han resuelto con gran éxito los casos relacionados con responsabilidad de los administradores. Tanto la creación de la regla de criterio empresarial, como presunción del correcto quehacer del administrador y los criterios de fraude, ilegalidad y conflicto de intereses, como elementos vectores de la labor administrativa, se imponen como criterios de interpretación, que coadyuvan en la labor judicial ante la omisión del texto legal para los casos específicos.

Casos de responsabilidad administrativa por la Superintendencia de Sociedades

Los vectores de interpretación de la jurisprudencia estadounidense han sido acogidos por el juez societario aquí en Colombia, específicamente por la labor jurisdiccional realizada por la Superintendencia de Sociedades. Así las cosas, la adopción de estos criterios normativos provenientes de la jurisprudencia norteamericana, ante la escasa regulación de la responsabilidad de los administradores en Colombia, se legitima en una circulación del derecho en modalidad de diálogo, de referencia antelar en el presente escrito.

Es debido precisar, que la SuperSociedades como juez no ha realizado un trasplante jurídico, ya que la responsabilidad de los administradores está consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano²⁸. Tampoco se ha realizado un injerto, dado que no se han adoptado lexemas del lenguaje inglés. Mucho menos una cooperación, dado que existe un precedente desde 1983 (Aronson vs. Lewis) del tratamiento a la responsabilidad de los administradores. Se trata entonces, de un diálogo, como modalidad de circulación del derecho en los términos aquí referenciados, esto es, con adopción de unidireccionalidad, en donde la SuperSociedades es la corte receptora y las Cortes estadounidenses son quienes detentan la tradición jurídica, *ergo*, no dialogan con el juez societario colombiano acerca del tema en estudio.

En este punto, es necesario revisar las sentencias que han adoptado la jurisprudencia estadounidense por la SuperSociedades; no sin antes mencionar la vinculación de la jurisprudencia extranjera por otras corporaciones colombianas, como la Corte Suprema de Justicia (CSJ), al adoptar la regla de criterio empresarial²⁹. Empero, se revisa en exclusiva la jurisprudencia emanada de la SuperSociedades, dada su jurisdicción en los temas de responsabilidad de los administradores en Colombia.

Tabla 3. Jurisprudencia estadounidense sobre la responsabilidad de los administradores

Sentencia	Resumen	Subregla
Sentencia 801-35 de 9 de julio de 2013	Se demanda a los administradores cuestionando su buena fe en sus políticas empresariales, toda vez que demandan un conflicto de intereses que perjudica a los demás socios.	Las acciones de los administradores son reprochables si: i) adolecen de conflicto de interés y/o ii) actúan de mala fe.
Sentencia 800-29 de 14 de mayo de 2014	Los socios demandan a la administradora por falta de lealtad a la compañía. Se destaca que aprovechaba sus funciones para beneficiar a ciertas personas, denotándose un conflicto de intereses.	Los deberes fiduciarios incluyen actuar de buena fe en favor de la sociedad comercial.

²⁸ Ley 222 de 1995 del Congreso de la República de Colombia, *Diario Oficial* 42156.

²⁹ Véase, Corte Suprema de Justicia Sentencia SC2749, 2021, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo. Colombia.

Sentencia	Resumen	Subregla
Sentencia 800-40 de 2 de julio de 2014	Se demanda a los administradores, dado que ejecutan acciones dirigidas al control completo de la compañía al actuar de mala fe y favorecer a allegados, y por esto recaer en conflicto de intereses.	Los deberes fiduciarios del administrador no deben adolecer de conflicto de intereses en su accionar.
Auto 800-4782 de 26 de marzo de 2015	Se demanda el accionar del administrador al favorecer a un familiar en la contratación de la compañía, y su posible fraude para con la compañía.	Los deberes fiduciarios del administrador no deben adolecer de conflicto de intereses en su accionar o de una labor con ánimo defraudatorio.
Sentencia 800-00444 de 28 de octubre de 2020	Demanda por posible conflicto de intereses y falta a los deberes fiduciarios del administrador.	Las acciones de los administradores son reprochables si adolecen de conflicto de interés y actúan de mala fe.

Fuente: elaboración propia.

Diálogo entre la Superintendencia de Sociedades y los Tribunales estadounidenses

Así las cosas, las decisiones proferidas por la Superintendencia de Sociedades, como juez societario en Colombia, han adoptado la circulación del derecho en modalidad de diálogo unidireccional. Significa que han importado las subreglas decisorias de Tribunales estadounidenses con tradición jurídica y aplicado dichos vectores de interpretación en materia de responsabilidad de los administradores.

En este sentido, resulta aplicable la teoría de la comunicabilidad entre Cortes, redireccionada con fundamento en la aplicación dada por el profesor Garzón³⁰, quien, bajo la metodología de la ecología intelectual, evalúa las relaciones intrínsecas en el orden vertical y horizontal de las subreglas emanadas de la jurisprudencia. Para el caso en concreto, y, a fin de determinar de qué manera la SuperSociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense, para regular la escasa regulación normativa frente al régi-

³⁰ Edgar GARZÓN BUENAVENTURA, *Control judicial del acto discrecional en Colombia* (Colombia: Editorial Tirant lo Blanch, 2020).

men general de responsabilidad de los administradores, se examinará a la luz de una matriz horizontal la comunicación unidireccional. Lo anterior, en aras de demostrar la relación intrínseca entre SuperSociedades-Tribunales estadounidenses, en cuanto al tema estudiado.

Figura 2. Matriz horizontal SuperSociedades – Tribunales estadounidenses

Corporación	Aproximación temporal	Aproximación de precedente		Circulación del Derecho
Cortes EE. UU.	1983-2006	TA	<p>MATRIZ HORIZONTAL CORTES EE. UU.</p>	Corte con trascendencia jurídica
		TN	<p>MATRIZ HORIZONTAL SuperSociedades</p>	
Super Sociedades	2013 - 2020	TP		Órgano receptor

Fuente: elaboración propia.

Luego, entonces, se evidencia en la matriz horizontal, el vínculo de igual identidad entre la jurisprudencia emanada de las Cortes estadounidenses y las decisiones proferidas por la SuperSociedades, en Colombia. El diálogo sostenido entre las corporaciones estudiadas se da en el plano extrínseco³¹, dada la comparación entre órganos jurisdiccionales de orden nacional y extra-nacional.

En efecto, los tribunales estadounidenses se imponen en el diálogo ejercido, como fuentes de derecho con alta trascendencia jurídica, sin acudir a la confrontación de sus reglas aplicadas en otro ordenamiento jurídico. Por el contrario, Colombia, a través de la SuperSociedades, acoge e importa los vectores de interpretación en diálogo horizontal con la jurisprudencia

³¹ *Ibidem.*

norteamericana, y valida la unidireccionalidad de un emisor con mayor peso jurídico sobre el receptor.

Conclusiones

Ante la pregunta metodológica planteada en el presente artículo, a saber: ¿Cómo la Superintendencia de Sociedades ha acogido la jurisprudencia estadounidense en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia? La respuesta a este interrogante se da en la circulación del derecho, en modo de diálogo extrínseco entre una corporación nacional con funciones jurisdiccionales, SuperSociedades, en diálogo unidireccional con las Cortes estadounidenses. Este hecho implica que, ante la escasez de contenido del texto legal que contiene el régimen de responsabilidad de los administradores, las decisiones proferidas sobre el particular, en el ordenamiento jurídico colombiano, deban acudir como fuente formal del derecho a la jurisprudencia norteamericana.

La relación intrínseca entre estas dos corporaciones se evidencia en la matriz horizontal, como metodología propia del diálogo y su movilización del derecho. Se sigue, entonces, que la creación y la injerencia de la jurisprudencia cruza fronteras, acorde con su tradición jurídica y la imposición de relevancia que ostente en la materia. En ese contexto, la jurisprudencia estadounidense, en materia societaria ha decantado con mayor profundidad la labor de gestión administrativa, a diferencia de otros ordenamientos legales. *Ergo*, los criterios judiciales creados se convierten en vectores de interpretación transversales a nivel global, en el ejercicio judicial que desempeña la configuración de decisión judicial, y por lo menos en el presente estudio, del régimen de los administradores.

Téngase en consideración, adicionalmente, que los modos de circulación del derecho imprimen una mayor sofisticación a la hora de evaluar la sentencia emitida, conforme los recursos extra-nacionales importados. Esto es, la necesaria convicción de identificar en qué nivel el juez ha decidido adoptar una transferencia normativa. Esta conciencia de la configuración de la sentencia permite identificar el nivel de creación del derecho a través de la jurisprudencia y, sobre todo, examinar la capacidad del juez para proferir su sentencia ante casos desconocidos o de difícil resolución.

Bibliografía

- ANTONIOLLI, L., G. A. Benacchio y R. Toniatti. *Le nuove frontiere della comparazione*. Milano: Univerità degli Studi di Trento, 2012.
- CABALLERO, Pedro. “Las decisiones judiciales: justificación y racionalidad”. *Filosofía y teoría del Derecho*, n.º 13 (2019). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872019000100067
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *La formulación judicial del Derecho*. Madrid: Editorial Reus S. A., 1954.
- CASTILLO ALVA, José, Manuel Luján Túpez y Roger Zavaleta Rodríguez. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación, y motivación de las resoluciones judiciales*. 2a ed. Lima: Ara Editores, 2006.
- CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- DE DIEGO, Clemente, Antonio Gullón Ballesteros y Alfonso Cossio y Corral. *Instituciones del Derecho Civil Español, I*. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1959.
- COLIN, Ambrosio y H. Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil, I*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 222 de 1995. *Diario Oficial* 42156.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-168 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia C-2749 de 2021 M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.
- DÍAZ ROCA, Rafael. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1997.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Instituciones de Derecho Civil, II*. Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1995.
- GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar. *Control judicial del acto discrecional en Colombia*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020.
- HART, H. L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review* 71, n.º 4 (1958): 593.

- JAQUEMET, S. “*The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law*”. International Committee of the Red Cross (ICRC), 2001.
https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/651-674_jaquemet.pdf
- LÓPEZ MEDINA, Diego. “¿Por qué hablar de una ‘teoría impura del Derecho’ para América Latina?”. En *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- MARTÍNEZ, Jenny S. “Towards an International Judicial System”. *Stanford Law Review* 56, n.º 2 (2003): 429-529.
- ÖRÜCÜ, Esin. “Law as Transposition”. *International Comparative Law Quarterly* 51, n.º 2 (2002): 205-223.
- PEGORARO, Lucio. “Estudio Introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos”. En *Jurisprudencia y Doctrina frente a los retos del derecho comparado*. España: Tirant lo Blanch, 2013.
- PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. “El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa”. En *Nuevos retos del derecho mercantil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*, I, I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*. Bogotá: Temis, 1996.
- SCHIELE MANZOR, Carolina. “*La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia*”. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2008.
- SMITS, J. *Legal Tourism: Contract, Marriage and Citizenship Beyond the State*. England. Oxford Institute of European and Comparative Law, 2010.
- URIBE LOZADA, Nicolás. *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- WATSON, Alan. *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.
- ZICCARDI CAPALDO, Giuliana. *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*. Oxford Scholarship, 2018.

ACTIVISMO Y CREATIVISMO LEGAL TEORÍA DE LAS INGENIERÍAS JUDICIALES PARA LA CREACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO*

Luis Miguel Hoyos Rojas**
Profesor nacional invitado

Resumen: los sistemas jurídicos occidentales han venido experimentando cambios relacionados con el origen e interpretación de los derechos fundamentales. 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. Hoy observamos la realidad de la “hibridación legal”, un mecanismo producido por los trasplantes, aculturaciones

* El artículo es parte del resultado de la investigación, realizada por el autor en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) en Madrid-España, para alcanzar la titulación de “máster en Derecho en Constitucional” curso 2018/2019 donde el autor fue becario-tipo A. Esta investigación se complementó con una estancia en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

** Profesor de Constitucionalismo, Filosofía moral y política y Teoría del derecho público y privado. Profesor de Régimen legal de las personas con discapacidad en la Especialización en Derecho de familia de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Fue subdirector general del Instituto Nacional para Sordos (INSOR) en el Ministerio de Educación, y consultor de Humanity & Inclusion, así como del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para el Ministerio de Justicia y del Derecho (Colombia). Ha sido par evaluador del Observatorio Colombiano

o apropiaciones selectivas –cruces epistémicos– entre sistemas pertenecientes a distintas familias jurídicas y razas conceptuales. La hibridación conecta el “formalismo neutral” del *Civil law* con la “interseccionalidad dialógica” del *Common law* produciendo criterios interpretativos antes ajenos a las tradiciones conocidas, este es el caso de la experiencia legal colombiana. En el país, la hibridación ha generado “ingenierías judiciales” con sus propios sistemas de producción, interpretación y creación de derechos, identificándose dos que revelan su operación: el activismo o sistema judicial activista –ampliamente conocido– y el creativismismo o sistema judicial creativistista, todavía desierto en la teoría local. Este artículo tiene como propósito presentar una narrativa que, sobre la materia, supere el margen de especulación existente y sin ánimos de generar hipostatizaciones jurídicas, introduzca en la academia un primer debate sobre esta realidad que es perceptible en la experiencia judicial.

Palabras clave: jueces; justicia; activismo; derechos fundamentales; constitucionalismo; interpretación jurídica.

ACTIVISM AND LEGAL CREATIVISM

THEORY OF JUDICIAL ENGINEERING FOR THE CREATION AND INTERPRETATION OF LAW

Abstract: Western legal systems have been undergoing changes related to the origin and interpretation of fundamental rights. Legal theory, seeking to understand the foundation and interpretation of those rights, even in the courts, conceptualized an impenetrable difference between “Common law” and “Civil law” to theorize characteristics and define to which tradition they belonged. However, at the end of the 20th century, the third wave of constitutionalism totally incardinated the hermeneutic method of western law to the “relational epistemologies” making viable the fall of classical positivism and the dialectic “Common law vs. Civil law” that presented them without legal mix. Today we observe the reality of “legal hybridization”, a mechanism produced by transplants, acculturations, or selective appropriations –epistemic crossings– between systems belonging to different legal families and conceptual races. Hybridization connects the “neutral formalism” of civil law with the “dialogic intersectionality” of Common law, producing inter-

de Ciencia y Tecnología (OCyT), la Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia (ACAC) y el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (ScienTI) del Ministerio de Ciencias de Colombia. Actualmente, es par evaluador para proyectos y publicaciones científicas en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Premio Youth Leadership Award (2020) por la Academia Política de Washington D.C., Estados Unidos. Es doctorando en Derecho (Ph. D) en la Universidad Carlos III de Madrid (España) con estancias en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), el Instituto de Políticas y Bienes Públicos de España (2019); el Instituto de Estudios de Género de la Universidad Carlos III de Madrid (2020) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019). Filósofo y abogado con estudios de posgrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y la Universidad de Harvard.

Contacto: hoyoslm@gmail.com / hoyos.luis01@javeriana.edu.co

pretative criteria previously alien to the known traditions, this is the case of the Colombian legal experience. In the country, hybridization has generated “judicial engineering” with its own systems of production, interpretation, and creation of rights, identifying two that reveal its operation: activism or activist judicial system –widely known– and creativism or creativist judicial system still deserted in local theory. The purpose of this article is to present a narrative that, on the matter, overcomes the existing margin of speculation and, without intending to generate legal hypostatizations, introduces in the academy a first debate on this reality that is perceptible in the judicial experience.

Keywords: Judges; Justice; Activism; Fundamental rights; Constitutionalism; Legal interpretation.

Introducción

Ricardo Guastini se refiere a la “interpretación del Derecho” como la extensión de este a todos los espacios del ordenamiento jurídico, de manera que la materia no regulada por una regla encuentre en la Constitución y el sistema jurídico un mínimo de regulación¹, este mismo aspecto lo entrevió Hart al manifestar que las lagunas jurídicas deben ser objeto de interpretación judicial con base en el Derecho². Sea como fuere, el juez debe utilizar la interpretación para encontrar una solución a partir del ordenamiento preexistente, por lo que es innegable que tiene la facultad de buscar una respuesta, o como lo expresó Raúl Canosa, diseñar una que no sea contraria a ninguno de los valores que inspiran al ordenamiento³. Hay momentos donde podemos constatar que la interpretación judicial está sujeta al sistema jurídico de referencia, como lo exponen Guastini, Hart y Canosa, no obstante, hay casos donde las perspectivas sobre política, principios y Derecho –a manera de intersección– guían la interpretación por fuera del marco de referencia. Tal situación nos obliga a asumir dos debates: identificar si la interpretación judicial parte de alguna noción amplia de justicia, o si, partiendo de lo primero, considera los límites o restricciones impuestas por otros poderes públicos. En otras palabras, si la interpretación judicial es producto de una dimensión formal que inspira a los jueces, al tiempo que permite la amplitud o reducción de la

¹ Ricardo GUASTINI, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Estudios de Teoría Constitucional (México: UNAM, 2001), 112.

² H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 161.

³ Raúl CANOSA, *Interpretación constitucional y fórmula política* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), 200.

capacidad interpretativa de aquellos. Esto con el propósito de constatar por qué existen decisiones judiciales que alcanzan a resolver casos sin partir del ordenamiento jurídico y, otras, donde brindando una respuesta innovadora son construidas a partir de aquel. El artículo se enmarca en este debate. El objetivo es explicar desde un enfoque jurídico-constitucional y crítico la existencia de distintas perspectivas interpretativas a la hora de garantizar la eficacia judicial de los derechos para contestar la pregunta: “¿de qué depende la eficacia jurisdiccional de los derechos fundamentales?”

El activismo judicial

Origen y conceptos

El “activismo judicial” aparece en los Estados Unidos⁴ como respuesta a la sucesión de hechos sociales⁵, así lo afirmó Arthur Schlesinger⁶ al definirlo como “conducta política” en manos de jueces que implementan una concepción del bien común⁷. Sobre este origen, Manuel Atienza⁸ señala que la realidad del New Deal de Roosevelt⁹, *Lochner* de 1905¹⁰, *Corte Warren*¹¹ y *Brown vs. Board of Education*¹² permitieron precisar el para-

⁴ Vicki JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, Incorporated, 2013).

⁵ Germán Alfonso LÓPEZ DAZA, “Inactividad parlamentaria y activismo judicial”, *Revista Jurídica Piélagus* 17, n.º 2 (julio de 2018): 8. <https://doi.org/10.25054/16576799.3121>

⁶ Keenan D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, *California Law Review* 92, n.º 5 (octubre de 2004): 1141-1478. <https://doi.org/10.2307/3481421>

⁷ Mônia Clarissa HENNIG LEAL, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: Existe realmente “un activismo” o “el” activismo””, *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200011>

⁸ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, 2ed. (New York: Springer, 2012), 7.

⁹ Medidas sociales y económicas puestas en marcha por el presidente Roosevelt entre 1933 y 1937 con el propósito de acabar la grave crisis económica de los años 30. Véase, Rodolfo FIGUEROA G-H, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho* 36, n.º 3 (diciembre de 2009): 45. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372009000300006>

¹⁰ En palabras de Manuel Atienza la sentencia se basó en una teoría económica [*el liberalismo del laissez faire*] que la mayoría no compartió. Véase, ATIENZA, *A Theory of Legal ...*, 9.

¹¹ William H. REHNQUIST, *The Supreme Court* (New York: Vintage Books, 2002), 308.

¹² “El 17 de mayo de 1954, la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció por unanimidad que la existencia de la segregación racial en las escuelas públicas del territorio nacional era violatoria de la decimocuarta enmienda de la Constitución federal”. Véase, Charles Payne,

digma activista en los Estados Unidos y, a partir de allí, este identificó la “realidad social”¹³ como contexto de surgimiento o fuente primaria de producción¹⁴. Este último aspecto es destacado por Raúl Canosa al aseverar que el activismo judicial es la institucionalización de una corriente social que permeó el sentido de la interpretación del derecho¹⁵, cuestión ya indicada –ampliamente– por Duncan Kennedy al definirlo como “respuesta política” al saber el logro de una sentencia justa.¹⁶

El activismo judicial¹⁷ ha generado debates en torno a su definición e implementación, así, por ejemplo, en Colombia, tiene una comprensión polisémica que no está del todo acompañada a la connotación jurídico-normativa, su definición está principalmente incardinada a la referencia de presentarlo como parte del cambio social que debe producir la jurisdiccionalidad¹⁸, aspecto que en ocasiones hace entender que el proyecto activista judicial es parte de la deconstrucción –en términos de Derrida– de los derechos en vía judicial. En otras partes, en Europa del Este, Shannon Smithey y John Ishiyama señalan que es el elemento que marca la preferencia hacia factores más políticos que jurídicos¹⁹. Ante la penumbra de

“The Civil Rights Movement as History”, *Equity & Excellence in Education* 19, n° 3-6 (mayo de 1981): 54-60. <https://doi.org/10.1080/0020486820190310>

¹³ “Tres periodos históricos son distinguidos al momento de evaluar el alcance de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. El primer período, de 1803 a 1880, llamado “período constitutivo”; el segundo, entre 1880 y 1936, “período conservador” y, finalmente entre 1936 hasta nuestros días “período protector”, en especial, a partir de 1954, 1969. Véase, Raúl CORREA, *El Control de constitucionalidad en Estados Unidos y Europa* (UEC: México, 1987), 151-153.

¹⁴ Carlos Mario MOLINA BETANCUR y Sergio Orlando SILVA ARROYAVE, “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, n.º 1 (junio de 2020): 117-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>

¹⁵ Raúl CANOSA, *El control de convencionalidad* (Pamplona: Ed. Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2015), 134.

¹⁶ Duncan KENNEDY, *Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica* (México: Siglo Veintiuno, 2010), 55. Sobre el particular, véase, Sebastián FIGUEROA RUBIO, “Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica de Duncan Kennedy”, *Derecho y Justicia*, n.º 1 (septiembre de 2012): 199-203. <https://doi.org/10.29344/07196377.1.935>

¹⁷ Arvind VERMA, “Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India”, *Howard Journal of Criminal Justice* 40, n.º 2 (mayo de 2001): 148-165. <https://doi.org/10.1111/1468-2311.00198>

¹⁸ Julieta LEMAITRE RIPOLL, *El Estado siempre llega tarde: La reconstrucción de la vida cotidiana después de la guerra*, 1 ed. (Argentina: Siglo XXI Editores, 2019), 40.

¹⁹ Shannon ISHIYAMA SMITHEY y John ISHIYAMA, “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002): 719. <https://doi.org/10.2307/1512169>

su concepto Kent Roach presenta un esbozo, advierte a la sazón que el activismo judicial es el que tiene su desarrollo al interior de sistemas de “*judicial review*” fuertes²⁰ tesis que, a nuestro juicio, excluye que la fuerza del sistema judicial dependa del rol del juez y no del impulso (débil o fuerte) del control judicial. La postura de Roach es, en ocasiones, compartida hasta cierto punto por Mark Tushnet, cuando avala que los sistemas judiciales débiles pueden transformarse en fuertes si media un catalizador²¹. En el marco epistémico de Tushnet el activismo es ese “catalizador” que asiste a la transformación del rol de los jueces, perspectiva usual en Víctor Ferreres al sostener que la fuerza del modelo de justicia constitucional fue robustecida por el activismo en el *judicial review*.²²

Es válido –por lo menos a partir de esta preliminar exposición– que el activismo judicial es una construcción judicial-política y, como se precisará, está dotado de “extrajuridicidad” por lo que la peculiaridad que permite entender su definición y operación será la tradición o cultura jurídica del sistema donde este se manifieste²³. Este punto ha sido aventurado en España por el maestro Manuel Aragón al señalar la necesidad de identificar si el control judicial de las normas ha sido aceptado válidamente como “legislador negativo”²⁴ o, dicho en otras palabras, si el activismo judicial funciona como modelo de justicia lateral. La orientación del maestro Aragón nos permite, por ejemplo, identificar ordenamientos como el de los Estados

²⁰ Kent ROACH, “Judicial Activism in the Supreme Court of Canada”, en *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts* (Oxford University Press, 2007), 69-120. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199213290.003.0003>

²¹ Mark TUSHNET y Kent ROACH, “Judicial Activism or Restraint in a Section 33”, *World, University of Toronto Law Journal* 53, n.º 1 (2003): 89. <https://doi.org/10.2307/3650888>

²² Víctor FERRERES COMELLA, “The Justification of Constitutional Review”, en *Constitutional Courts and Democratic Values*, 29-35 (Yale University Press, 2009). DOI:10.12987/yale/9780300148671.001.0001

²³ Este particular hace referencia a la posibilidad que tiene el derecho de ser interpretado desde las teorías formales y antiformalistas. Véanse, Juan Sebastián Alejandro PERILLA GRANADOS, “Alineación iustéorica de las fuentes del derecho comercial”, *Revista de Derecho Privado* 53 (junio de 2015): 1-24. <https://doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.03>

²⁴ Manuel ARAGÓN REYES, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la constitución”. Este trabajo fue expuesto en la ceremonia académica de investidura del doctorado Honoris Causa otorgado al autor por la Universidad Benito Juárez Autónoma de Tabasco, y forma parte del libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo, *Cuestiones Constitucionales* 29 (julio de 2013): 3-25. [https://doi.org/10.1016/s1405-9193\(13\)71288-5](https://doi.org/10.1016/s1405-9193(13)71288-5)

Unidos, cuya tradición es “jurisprudencial” o, el de España, perteneciente al *Civil law* de cultura formalista²⁵. Es cierto que desde hace dos décadas –por ejemplo, en Colombia– el debate en torno a “*Civil vs. Common law*” está cerrado, el Occidente jurídico es un sistema legal-civilizatorio donde la “experiencia judicial” crea derechos. Sistemas jurídicos como el colombiano están acompañados a la hibridación judicial contemporánea –cuya correspondencia técnica– apela a las fuentes y criterios del *Civil y del Common law*²⁶. No obstante, la identificación de la tradición jurídica de referencia –que formula el profesor Aragón– no deja de ser un elemento central para precisar si el activismo u otras experiencias jurisprudenciales son productoras de derecho judicial.

En un ejercicio aplicado intentar definir, por ejemplo, el activismo judicial a partir de la cultura jurídica española no será tan útil como hacerlo desde la tradición estadounidense. Los sistemas jurídicos español y colombiano con relación a los Estados Unidos, carecen –en teoría– de elementos que están en la tradición estadounidense y que permitieron la aparición del clásico activismo judicial. Así pues, en la cultura legal de los Estados Unidos:

- a. Hay poco apego a las palabras de la ley.
- b. La Constitución federal es mínima y en sus inicios fue totalmente política, aspecto que amplió el margen activista.
- c. Es una unión federal que se conformó por Estados preexistentes, con distintas realidades constitucionales y socioculturales.
- d. Existieron amenazas secesionistas que obligaron a diseñar una ingeniería judicial multinivel –incluida la juridicidad activista–.
- e. El silogismo jurídico-judicial no sigue la lógica de la ley codificada –como en los sistemas del *Civil law*.

²⁵ Luis María Díez Pícazo, *Sistema de derechos fundamentales* (Cizur Menor-Navarra: Aranzadi, 2013), 120.

²⁶ Luis Miguel Hoyos Rojas, “El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (junio de 2012): 1-24. <https://doi.org/10.15425/redepriv.47.2012.03>

- f. La “interseccionalidad dialógica”²⁷—un elemento poco estudiado en la teoría legal colombiana— es un mecanismo que precisa la narrativa sobre lo que el derecho “debe ser” a partir del diálogo-equifonía del sistema legal con fuentes extrajurídicas; de ahí la posibilidad que tuvo la “interseccionalidad” de ser trasplantada al derecho en la realidad teórica, sobre todo a partir del surgimiento de los “Estudios Críticos del Derecho” (*Critical Legal Studies*).

Para ordenamientos del linaje *Civil law* como España²⁸ y —en teoría— Colombia, cuya tradición es “romano-germánica”, el activismo es incompatible o no tendría condición de posibilidad porque no se reúnen los elementos racionales para producirse, como sucedió en los Estados Unidos. No cabría en el diseño delimitado de sistemas codificados y, por ello, definirlo o abrirle una posibilidad —al menos teórica— a partir de la ordenación reglada que parametriza el *Civil law* resultaría ser, en apariencia, un oxímoron legal. El activismo —en el marco de una cultura formal— es una forma “no jurídica” de interpretación²⁹ que no encuentra *velis nolis* posibilidad justificativa porque la codificación ha cerrado el “margen extra y político” de la discrecionalidad judicial, y de ahí que tenga críticas, sobre todo en autores, académicos y jueces defensores de la tradición heredada.

Los profesores Linio Graglia y Manuel Atienza comparten una perspectiva cercana a la explicación preconcebida: el activismo judicial es una cuestión o decisión política con impacto jurídico. Para Graglia es un contexto donde el “juez no permite elecciones de política a otros funcionarios”³⁰ y para Atienza es “una cuestión jurídica solucionada con opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el derecho”³¹. En otras palabras, es “elección política” y “opinión de lo justo”, pero, en ambas con una misma particularidad: una “respuesta extrajurídica”.

²⁷ Kimberle CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (julio de 1991): 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>

²⁸ Consuelo SIRVENT, *Sistemas jurídicos atípicos* (México: Editorial Porrúa, 2011), 267.

²⁹ Aharon BARAK, *Judge in a Democracy* (Princeton University Press, 2009), 88. <https://www.perlego.com/book/734391/the-judge-in-a-democracy-pdf>.

³⁰ Lino GRAGLIA, “It’s not Constitutionalism, it’s Judicial Activism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19, n.º 2 (junio 1995): 223-293.

³¹ Manuel ATIENZA, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003), 9.

Así trazado, el activismo judicial sería una respuesta –en los términos de la teoría normativa– que nada tendría que ver con la “eficacia formal” de los derechos diseñada por el legislador democrático, se trata de una contestación brindada por fuera del marco de referencia normativo, razón por la cual Duncan Kennedy lo calificó no como dirección normativa, sino política que “cambia la norma injusta por una justa”.³²

Defensa principal

Como se manifestó, el activismo judicial presenta una naturaleza política axiomática que, en ciertas culturas jurídicas, como es el caso de los Estados Unidos –y en algunos casos, Colombia– permite a los jueces rebasar los límites fijados por el legislador democrático y acompasar el derecho a la teoría política que sea contemporánea³³. Para llegar a este punto la interpretación activista traslada –casi siempre– un elemento que se convertiría en el método de su defensa básica: la “interseccionalidad dialógica”. Este es un recurso externo que permite el diálogo del derecho con la teoría política, la ética y la justicia social otorgando a los jueces la facultad de comprender el sistema legal no desde el ordenamiento, sino a partir de otras realidades, incluso aquellas cercanas a su propio criterio de lo justo³⁴. Este recurso logra romper los límites teleológicos de la interpretación tradicional instituyéndose como elemento de *rule of law* materialmente identificado en

³² Duncan KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997), 103.

³³ El caso de la Sentencia C-605 de 2012 de la magistrada María Victoria Calle es un ejemplo. La dinámica activista posibilitó superar las barreras del ordenamiento común para situar –pese a la inexistencia de leyes– la condición cultural, educativa, lingüística y social, de las comunidades sordas en el mismo nivel de importancia y protección que las comunidades indígenas del país. Esta sentencia dio origen al llamado “enfoque dual” donde las personas sordas se interpretan como pertenecientes a la comunidad de personas con discapacidad y también como minoría lingüística usuaria de la lengua de señas colombiana (LSC). Esta nivelación inexistente en la legislación, que, en términos de técnica legal hubiera tenido que ser efectuada por el legislador democrático, marcó una realidad única en el constitucionalismo comparado, porque siendo inexistente en otros sistemas, en Colombia ha posibilitado el acceso progresivo de las personas sordas y sus comunidades al goce efectivo de los derechos reconocidos en las leyes 324/1996, 982/2005 y 1618 de 2013. Véase, Luis Miguel HOYOS ROJAS, *Comunidad sorda en disputa: Vindicación de una teoría y tradición política de la Modernidad* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2021).

³⁴ Christian COURTIS, *Desde otra mirada: Textos de Teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires: Publicaciones Eudeba, 2001), 299.

la experiencia jurisprudencial de los Estados Unidos³⁵. La interseccionalidad dialógica, adviértase, poco señalada, y hundida en la *gouvernement des juges*, fue descalificada –sin conocerse técnicamente– en países como Francia y España donde se asumió que las miradas extrajurídicas a sede judicial generaban efectos opuestos al Parlamento. Esto lo explica Marina Gascón³⁶ y Raúl Canosa³⁷ al advertir que las llamadas “perspectivas alternativas del derecho”, basadas en interpretaciones extrajurídicas pueden llevar a concepciones judiciales ignorando al legislador democrático. Sin embargo, la tradición de los Estados Unidos institucionalizó el *gouvernement des juges* como función de su primer diseño judicial, circunstancia que hizo diferente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (en adelante, Scotus). Este elemento, sin la realidad normativa de un derecho completamente escrito, posibilitó una cultura basada en la deconstrucción decidida de la perspectiva formal³⁸ y admitió afirmar la “autolegitimidad” de Scotus –período Warren, por ejemplo– y lograr traer al derecho discursos filosóficos, morales, sociológicos, feministas y políticos para convertir la interpretación judicial en un instrumento de innovación o reforma social. A la sazón, *Marbury vs. Madison* considerado por los “Estudios Críticos del Derecho” (*Critical Legal Studies*) como el más notorio en defensa del activismo judicial³⁹, responde al paradigma precedentemente esbozado. Tal planteamiento se origina a partir de uno de los argumentos utilizados por Scotus para dirimir la situación:

³⁵ La interseccionalidad no viene definida jurídicamente. Su aparición conceptual es producto de Kimberlé Williams. Representa una oportunidad para que los estudios legales identificaran todas y cada una de las identidades e instituciones jurídicas solapadas o interceptadas en un mismo proceso para alcanzar la justicia social. Véase, Kimberlé WILLIAMS CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (julio de 1991): 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>

³⁶ Faustino MARTÍNEZ, “Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia”, 5ª ed. traducida por Marina Gascón, *Revista de estudios histórico-jurídicos* n.º 27 (2005): 134. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552005000100073>

³⁷ Raúl CANOSA USERA, “Un nuevo derecho fundamental en nuestro Ordenamiento”, *Revista de las Cortes Generales* (abril de 1991): 251-58. <https://doi.org/10.33426/rcg/1991/22/1360>

³⁸ Lord EDMUND-DAVIES, “Judicial Activism”, *Current Legal Problems* 28, n.º 1 (1975): 11. <https://doi.org/10.1093/clp/28.1.1>

³⁹ “The Politics of Constitutional Change”, en *Marbury vs. Madison* (University Press of Kansas, s. f.), 68-77. <https://doi.org/10.2307/j.ctvngcs.11>

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los EE. UU., si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviere cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él? Si fuera ese el estado real de las cosas constituiría algo peor que una solemne burla.⁴⁰

En el argumento tomado como referencia para la decisión histórica es indiscutible identificar una apelación a la justicia que es propia de la filosofía moral y política⁴¹. Como es evidente –desde el sentido positivista– carece de identidad normativa y no está basado en la interpretación de un derecho, quizás, por la inexistencia de una regulación directa, lo que es muestra de una exégesis conversada –casi en términos del diálogo intersubjetivo habermasiano⁴²– con la política, la filosofía y la justicia, esto es “interseccionalidad dialógica”. En este caso, no solo se afianzó el valor jurídico de la Constitución de los Estados Unidos como en efecto se estudia, sino que también apareció la “autolegitimidad política” de Scotus para ejercer la potestad de incidir *de facto* en las decisiones de cualquier nivel de la administración. El caso no es solo importante para la *judicial review*, también porque instituyó la autolegitimidad de un tribunal como creador del derecho a partir de lo “justo”⁴³. Los argumentos esgrimidos por Scotus sirvieron de base para la aparición de la interseccionalidad dialógica como elemento central activista en otras latitudes del mundo⁴⁴ y consolidó la

⁴⁰ Traducción del original: “Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the Constitution of the United States if that constitution forms no rule for his government? If it is closed upon him and cannot be inspected by him”. Véase, Secretary of State of the United States. James Madison, Secretary of State of the United States. U. S. Supreme Court, del 24 febrero 1803.

⁴¹ Eugenio BULYGIN, “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 18 (octubre de 2021): 6-25. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i18.501>

⁴² Jurgén HABERMAS, “On Law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’”, *Ratio Juris* 16, n.º 2 (junio de 2003): 187-94. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00231>

⁴³ Rodrigo UPRIMNY y Sergio CHAPARRO, “Inequality, Human Rights, and Social Rights: Tensions and Complementarities”, *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 10, n.º 3 (2019): 376-94. <https://doi.org/10.1353/hum.2019.0028>

⁴⁴ Argumento que sería utilizado como por ejemplo en América Latina donde la influencia activista tuvo mayor fuerza, porque es una región donde el derecho se acostumbró a hacer lo que no debe: “maltratar a quienes debe cuidar, perseguir a quienes debe proteger, ignorar a quienes debe mayor atención, y servir a quienes debe controlar”. Véase, Roberto Gargarella,

autolegitimación simbólica o actuación autártica⁴⁵ de un tribunal supremo –posteriormente, en tribunales o Cortes Constitucionales– capaz de imprimir juridicidad a decisiones sin elementos jurídicos⁴⁶. Sobre este punto, Francisco Rubio Llorente precisa que, por esta razón, algunos tribunales se preocupan por no perder su legitimidad a la hora de producir derechos; tal función les autolegitima en el escenario jurídico-político.⁴⁷

Crítica clásica

El profesor Francisco Díaz Revorio advierte que no cuidar los límites del derecho en la interpretación hace germinar la subjetividad interpretativa de “lo justo o injusto”⁴⁸; esto que advierte, en su día, inspiró en los Estados Unidos la aparición del “ataque autorrestrictivista”. Frank Cross y Stefanie Lindquist⁴⁹ coinciden con Díaz Revorio en que la generalidad de la Constitución instaló un marco de trascendencia –casi universal– de interpretaciones sobre

“El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, n.º 12 (septiembre de 2011): 44. <https://doi.org/10.5354/0719-2517.2006.16204>

⁴⁵ “Sociedades desiguales encuentran en *Marbury vs. Madison* una idea deliberativa de democracia que encuentra en la interseccionalidad una utilidad del derecho”. Germán Alfonso LÓPEZ DAZA, “Inactividad parlamentaria y activismo judicial”, *Revista Jurídica Piélagus* 17, n.º 2 (julio de 2018): 8. <https://doi.org/10.25054/16576799.3121>

⁴⁶ Importantes casos para mencionar: *The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom, Irene and others*, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 04-10-2000; *id.*, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, y, Or. vs. City of Johannesburg and others*; Verbitsky, CSJN, 03-05-2005; *Mendoza Beatriz*, CSJN, 20-06-2006; T-025, Corte Constitucional de Colombia, 22-01-2004. Véase, Carlos Ignacio GIUFFRÉ y Gonzalo SCIVOLETTO, “Diálogo y activismo judicial. Una mirada crítica de la imparcialidad a partir de *El Federalista*”. *Estudios de Filosofía práctica e Historia de las ideas*, 20, n.º 1 (2018): 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6696738>

⁴⁷ Franciso RUBIO LLORENTE, “Constitutional Jurisdiction as Law-Making”, en *Law in the Making*, editado por A. Pizzorusso (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 1988), 156. https://doi.org/10.1007/978-3-642-73052-8_5

⁴⁸ Francisco Javier DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Revista IUS* 10, n.º 37 (noviembre de 2016): 22. <https://doi.org/10.35487/rius.v10i37.2016.7>.

En el mismo sentido, véase, Marina Gascón, “Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo”, *Teoría Jurídica Contemporánea* 1, n.º 2 (julio de 2017): 238. <https://doi.org/10.21875/tjc.v1i2.10167>.

⁴⁹ Frank B. CROSS y Stefanie A. Lindquist, “The Scientific Study of Judicial Activism” 1, por Kelleher, H. D., See, K. D. (2007). *Minnesotalawreview.org*. https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf

lo justo⁵⁰ y por ello la labor del juez se ampara en el sinfín de un “texto abierto”; a la sazón, este es un criterio innegable dada la enorme espiral abstracta que heredaron los textos constitucionales por su adscripción al racionalismo ilustrado, este último destacado por estampar universalismo a todos los sistemas producidos en los albores de la Modernidad, incluido el constitucionalismo que tiene su “primera ola” en la Ilustración del siglo XVIII.⁵¹

Ahora bien, en los Estados Unidos Cross y Lindquist introdujeron la crítica para señalar que la interpretación –sin restricción alguna– hacía creer a los jueces que tenían un *positive role* para suscitar reformas sociales constantes. Para los autores, la generalidad-universalidad del texto constitucional y el apego de los jueces a la teoría política para explicar las reformas propuestas permitía amparar la decisión en concepciones de la justicia y no en aspectos jurídicos. La *invectiva* crossiana –lindquistiana recuerda la delimitación entre moral y derecho– como recurso productor de las normas–, que Kant fijó en *La Metafísica de las Costumbres*⁵², separación tomada por Kelsen y presentada en su ampliamente conocida *Teoría pura del Derecho*⁵³. Una crítica similar en España –en el sentido crossiano-lindquistiano– es sostenida por Juan Carlos Bayón, al advertir que el activismo judicial en sentido reformista es un riesgo para la estabilidad democrática y en el derecho para la seguridad jurídica.⁵⁴

Quizás el *judicial restraint* es el rostro más visible del ataque autorrestriccionista⁵⁵, hay que recordar que esta crítica introducida por James Thayer

⁵⁰ C. Herman PRITCHETT, *The American constitutional system*, 5a ed. (New York: McGraw-Hill, 2002), 51-79.

⁵¹ El Constitucionalismo occidental ha pasado por tres olas como teoría política y movimiento jurídico-social: “Constitucionalismo ilustrado” (1700); “Constitucionalismo liberal” (1800) y “Constitucionalismo social progresista” (1900). Aunque la mayoría de los autores no parten de tal estructuración cronológica, sí sientan las bases para su construcción. Véase, Shannon ISHIYAMA SMITHEY y John ISHIYAMA, “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002): 719. <https://doi.org/10.2307/1512169>

⁵² Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 3a ed. (Tecnos S. A., 2005).

⁵³ Hans KELSEN, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires, Madrid: Eudeba, 1996).

⁵⁴ Juan Carlos BAYÓN, “Derechos, democracia y constitución” (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008).

⁵⁵ Richard A. RESTRAINT, “Activism, Restraint, and the Debate about Judicial Policymaking”, *Policy Studies Journal* 12, n.º 3 (marzo de 1984): 566. <https://doi.org/10.1111/j.1541-0072.1984.tb00334.x>

expone que la función de los jueces no es hacer de la decisión un elemento de dominación política, el autor llama al “autocontrol” y respeto por la separación de poderes⁵⁶ denunciando la ilegitimidad de las decisiones que tienen impacto político y los peligros de la Constitución como libro abierto –nada lejano a lo propuesto por la vindicación crossiana-lindquistiana–. Este planteamiento fue señalado por Edouard Lambert –tradicción francesa– cuando dijo que la actuación judicial genera “disfuncionalidad democrática”, si esta es en suma “lo que los jueces dicen que es la democracia”⁵⁷. En este marco, el activismo judicial se presenta como una amenaza que supone el desapego judicial a la norma legal,⁵⁸ sin que tal crítica niegue la existencia de las llamadas “zonas de penumbra”⁵⁹ o su necesidad⁶⁰. En efecto, lo que denuncia la crítica clásica –pues hay otras⁶¹– es

⁵⁶ James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” 1, en *Bills of Rights* (Routledge, 2017), 293-320. <https://doi.org/10.4324/9781315096339-12>.

⁵⁷ Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (Paris: M. Giard & Cie, 1921), 299.

⁵⁸ Plácido FERNÁNDEZ VIAGAS, *El juez imparcial* (Granada: Comares, 1997), 48.

⁵⁹ H. L. A. HART y Genaro R. CARRIÓ, *El concepto de derecho* (Abeledo-Perrot, 1998), 332.

⁶⁰ Véase sobre el particular los estudios del profesor Juan RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas: Dos estudios sobre función jurisdiccional y Teoría del derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), 94-95.

⁶¹ En la contemporaneidad existen dos críticas –poco revisadas– al planteamiento activista: la democrática, y la económica. La “crítica democrática” consiste en señalar que los jueces carecen de legitimidad y a través de las decisiones capturan la democracia. Identifica el límite que trastoca el juez: el orden democrático. Ofuscado por una actuación que queda en manos de una corporación no electa popularmente, Michael Perry identificó esta superación del límite como actuación “contra-constitucional” porque vincula el quehacer de los jueces con la función democrática, desligando al legislador de dicho encargo. Esta crítica señala la “perversión del constitucionalismo” porque una decisión judicial alcanza la plenitud de la justicia usurpando el lugar del legislador. Esta realidad fue llamada por Lino Graglia “enfermedad ocupacional de los jueces que sirven a la vida y no al derecho”. La crítica democrática denuncia el activismo como elemento que moraliza el orden jurídico y resta al “*accountability*” por que impide a las instituciones cumplir con sus funciones asignadas. En el mismo sentido, lo expresó Karl Loewenstein al advertir que los jueces, al proclamar el derecho políticamente, hacen que el control de otras instituciones se haga discutible. Aspecto compartido por Alexis de Tocqueville al identificar a las que llamó “consecuencias sobre el mal uso de las potestades judiciales”. La “crítica económica” debe de la crítica democrática. Precisa que la respuesta a los problemas económicos se debe construir desde la ciudadanía, la ciencia política u otras disciplinas. Desde este precepto denuncia los “costos insostenibles” de las decisiones cuando los tribunales buscan alcanzar la superación de la desigualdad a partir de la distribución social de lo económico. Plantea que concentrar en la función judicial una posibilidad de distribución económica basada en el activismo es un craso error, porque tal función no ha sido diseñada ni encargada a los jueces.

la omnipotencia del juez para prescindir de los límites del ordenamiento y crear derecho. Sin ánimos de entrar en el debate sobre la legitimidad moral para producir una norma –aspecto que rebasa el objetivo de este escrito– el hecho concreto es que la *judicial-restraint* se convirtió en la principal inyectiva, que pasa por la criba de la razón práctica al planteamiento activista.⁶²

El planteamiento formalista de los derechos

Los derechos fundamentales tienen distintas connotaciones dependiendo de la tradición jurídica. En España, por ejemplo, hacen referencia a los establecidos en el Título I de la Constitución Española (en adelante, CE) “de los derechos y deberes fundamentales” siguiendo para tal efecto a la tradición de la Ley Fundamental de Bonn⁶³. En los Estados Unidos son –teóricamente– inexistentes en la Constitución Federal, no obstante, el “Bill of Rights de 1791” es, en la práctica, un catálogo de derechos fundamentales⁶⁴. Por su parte, Colombia al igual que la CE, los fijó en el Capítulo I

En la misma línea, Kristin Hickman y Richard Pierce denunciaron el problema del activismo como forma de garantizar el costo de los derechos. Estos autores, tomando como referencia al caso *Chevron*, señalaron que los jueces deben ser deferentes a la hora de pretender convertir la justicia en una “autoridad especialista en distribución”, pues el activismo hace que los jueces tomen decisiones sin fundamento económico. Finalmente, se une a esta crítica Cass Sunstein al enfatizar que las llamadas “decisiones judiciales con consecuencias adversas no previstas” son resultado de jueces poco deferentes que ordenan reformas sobre costos inexistentes. Lo planteado por Sunstein tiene sentido en países como Colombia, donde el impacto al presupuesto público por decisiones judiciales ha generado, como expresó Richard Posner, un “sinnúmero de externalidades económicas” no previstas por la legislación.

⁶² M. D. KIRBY, “Judicial Activism”, *Commonwealth Law Bulletin* 23, n.º 3 y 4 (julio de 1997): 1224. <https://doi.org/10.1080/03050718.1997.9986485>.

⁶³ Joaquín Tomás VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, 4a ed. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985).

⁶⁴ En el caso *Plessy* la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que obligaba a los negros a ocupar en los trenes vagones distintos a los ocupados por los blancos. En *Sirauder vs. West Virginia*, declaró la inconstitucionalidad de una ley que autorizaba solo a los varones blancos mayores de veintinueve años a ser miembros de los jurados en procesos criminales, y en *Bolling vs. Sharpe* realizó una extensión de la doctrina antisegregacionista al Distrito de Columbia. Véase, María Ángeles MARTÍN. “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos: nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 23, n.º 68 (2003): 151-94. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=716855>.

del Título II “Derechos fundamentales”, una lista originalmente taxativa, que después fue ampliada a través de la interpretación de la Corte Constitucional.

Ahora bien, basado en tales diferencias, no podemos señalar un único concepto de “derecho fundamental”, pues en la tradición estadounidense, por ejemplo, es infecunda tal perspectiva –como en la mayoría de los sistemas del orbe anglosajón–. En un intento por precisar una definición, el profesor Francisco Bastida afirma que las constituciones utilizan disímiles terminologías para precisar el concepto⁶⁵. Siguiendo al autor, aunque no exista una misma connotación, lo indudable es que la definición que utilizamos es todavía formalista –sobre todo, en los sistemas continentales–. A la pregunta, “¿qué permite la fundamentación de un derecho fundamental?”, Bastidas señala que aquellos logran su fundamentalidad por expresa autorización jurídico-constitucional del ordenamiento, lo que él identifica como “apoderamiento jurídico”.

Un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la Constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber; de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros.⁶⁶

Así mismo lo afirma Luis M. Díez Picazo al declarar que los derechos fundamentales son aquellos garantizados por la Constitución⁶⁷ o en una concepción más amplia “los que un ordenamiento reconoce a todas las personas” como lo declara LUIGI FERRAJOLI⁶⁸. En este marco –estrictamente formal– no son de producción judicial, son potestades subjetivas de origen jurídico-formal que reciben su eficacia y garantía a partir de la Constitu-

⁶⁵ Francisco BASTIDA FREIJEDO, “El fundamento de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* (Redur), n.º 3 (noviembre de 2005): 41. <https://doi.org/10.18172/redur.3856>.

⁶⁶ Francisco BASTIDAS et al. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editorial Tecnos, 2004), 55.

⁶⁷ DÍEZ PICAZO, *Sistemas de derechos fundamentales*, 122.

⁶⁸ Luigi FERRAJOLI, *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*, (Madrid: Trotta, 2005), 66.

ción o las normas fijadas por el legislador democrático⁶⁹. Tal perspectiva, aunque pareciera oponerse al paradigma de los derechos en clave material, como señalan Ferrajoli⁷⁰ y, en Colombia, Julieta Lemaitre⁷¹, sin importar la perspectiva que se tenga, la existencia de aquellos “formales o materiales” no será posible sin la presencia o preexistencia de un ordenamiento de referencia, siendo este el “escenario común” en todas las definiciones incluidas, las de Díez Picazo y Bastidas. El concepto de los derechos fundamentales nos permite identificar que estos están bajo la sombrilla de un sistema preestablecido, son una construcción formalista entendiendo por formalismo su sentido “neutral”, que significa que la fundamentalidad y por supuesto eficacia provienen del sistema diseñado por el orden constitucional. Razón que justifica, porque el constituyente los ubicó en el nivel constitucional (más alto) para hacer frente a cualquier acción u omisión contra su disfrute.⁷²

El activismo judicial, caracterizado en ocasiones por una sobredimensión político-subjetiva, abandona esta concepción formal de los derechos invitando a los jueces a prescindir de las “formas jurídicas” preestablecidas⁷³. No se desdeña que hay casos donde ni siquiera existen las formas para fallar, no obstante, la apelación a tal abandono –de las formas– no solamente causa una distorsión en la tradición jurídica de referencia, sino que niega al ordenamiento como fuente formal de los derechos fundamentales y, por tal motivo, activismo y dimensión formal se convierten en planteamientos opuestos –teóricamente– no concordables. Ahora bien, pese a que el fenómeno de la “hibridación” es real, hay una considerable distancia teórica que no se ha abreviado entre “formalismo neutral” y “activismo judicial”, de ahí el choque que otrora fue fuerte en la teoría y práctica legal.

⁶⁹ BASTIDAS, *Teoría general de los Derechos...*, 27.

⁷⁰ FERRAJOLI, *Los derechos fundamentales en...*, 69.

⁷¹ Julieta LEMAITRE RIPOLL, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2009), 30.

⁷² DÍEZ PICAZO, *Sistemas de derechos fundamentales*, 122.

⁷³ Como se valorará adelante, aunque la jurisprudencia de Scotus inició en el marco de una perspectiva activista un tipo específico de activismo que no responde, por ejemplo, a la realidad judicial latinoamericana y, en específico, a la colombiana Véanse, Susan E. LAWRENCE, “Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis”, *Perspectives on Politics* 3, n.º 03 (agosto de 2005). <https://doi.org/10.1017/s1537592705450252>

La “hibridación” es un mecanismo de conciliación o intersección entre tradiciones jurídicas, y en nuestro caso, no tiene como propósito cambiar la naturaleza del diseño judicial que es costumbre legal por el texto constitucional –esto corresponde al legislador democrático–, la hibridación referida busca paliar los casos donde la interpretación requiere más de un criterio, que en ocasiones no está en la tradición jurídica de base⁷⁴. No fija optar –como decisión política– por un sistema específico de interpretación basado en el *Civil* o el *Common law*, como se precisó, esto corresponde al legislador democrático o al poder constituyente. El objetivo de la hibridación es que pervivan otras lógicas interpretativas en el diseño preestablecido. Por tal motivo, los juristas y académicos no debemos asumir que la hibridación acortó la distancia entre formalismo y activismo judicial, tal diferencia teórica y jurídica es existente, así por ejemplo, Colombia y los Estados Unidos no se parecen en su interpretación y aplicación del derecho, somos diferentes aun cuando el recurso de la hibridación nos permita tomar del derecho estadounidense –entre otros– ciertas características para concitar una interpretación legal capaz de producir decisiones judiciales idóneas, y con ello estabilizar las realidades que nuestro sistema social requiere, dada la desigualdad, la democracia defectiva y el desarrollo en vía de consolidación que sobrellevamos. Por este motivo, la interpretación judicial que encuentra en el activismo judicial la forma de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales logra una elucidación distante a la dimensión formal, aunque en ocasiones, adviértase, este produzca positivos impactos para nuestro avance social y civilizatorio.

⁷⁴ Un caso específico fue la técnica utilizada por la Corte Constitucional para ampliar la cobertura en derechos económicos y maritales –derivados del matrimonio como contrato– a las parejas del mismo sexo en Colombia. La Corte, que apeló a la interseccionalidad dialógica, incorporó al país el “método neoconstitucional de la dignidad del derecho privado”, propio del constitucionalismo civilista europeo, en concreto italiano y español y, en efecto, combinándolo con la dialéctica progresiva y crítica que viene de la “teoría crítica del derecho” propia de los Estados Unidos, horizontalizó el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo a la par de las parejas heterosexuales. Sin embargo, tal realidad, que diseñó “iconos horizontales” en el tratamiento de las parejas hetero y homosexuales en el mismo nivel de igualdad formal, no cambió el régimen general de la tradición del derecho civil ni tampoco el diseño local de las relaciones de familia, que en Colombia tienen sus fieles en la tradición continental. Véase, Luis Miguel HOYOS ROJAS, “El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (junio de 2012): 1-24. <https://doi.org/10.15425/redepriv.47.2012.03>

El planteamiento creativista

Creativismo jurídico: una aproximación conceptual

El “creativismo” [no jurídico], definido por Simón Kaplan, es un “mecanismo para la resolución de problemas originados en una realidad precedente”⁷⁵. Howard Gardner afirmó que es la “capacidad de ingenio” que posibilita activamente la solución de un problema usando la realidad preexistente⁷⁶. Ante una indefinición legal del creativismo judicial, en primer lugar, aplicando el concepto de Gardner, podemos admitir que creativismo parte de una “realidad preexistente”, en nuestro caso, tal realidad es el ordenamiento jurídico, o lo que Díez Picazo denominó la “fundamentalidad”. En segundo lugar, aplicando a Kaplan, creativismo es forjar una “idea” acogiendo la noción de innovar o crear, de ahí la locución “(crea)-tivismo”, pero la capacidad de crear o innovar debe partir de una realidad-base, que, para efectos jurídicos, ha sido señalada como el ordenamiento como realidad preexistente. Sobre estas mediaciones teóricas –en sentido hegeliano– descansará la definición que propondremos.

Desde el sentido activista, la creatividad judicial ha sido asociada al creacionismo jurídico, y tal connotación fue presentada, en su día, por el maestro Francisco Laporta⁷⁷. No obstante, desde el planteamiento Gardner-Kaplan consideramos que creacionismo y creatividad jurídicos son realidades distintas: “(crea)-tividad” no puede ser entendida como un planteamiento que otorgue a los jueces la capacidad de crear derecho *per se*, de la nada, concebirlo así, *in toto*, es calcar una falacia de falsa autoridad. Como se dijo, tal competencia reside en legislador democrático; en segundo lugar, la idea de “crear derecho” que se ha presentado desde el activismo judicial como legislar judicialmente, ha sustituido y solapado a la “creatividad jurídica” que es completamente diferente. Así, por ejemplo, los jueces sí pueden crear nuevas concepciones jurídicas a manera de innovaciones,

⁷⁵ Craig A. KAPLAN y A. Simon HERBERT, “In search of insight”, *Cognitive Psychology* 22, n.º 3 (julio de 1990): 374-419. [https://doi.org/10.1016/0010-0285\(90\)90008-r](https://doi.org/10.1016/0010-0285(90)90008-r)

⁷⁶ Howard GARDNER, *Mentes Creativas/ Creating Minds: una anatomía de la creatividad/ an Anatomy of Creativity* (Paidós Transiciones / Transitions) (Ediciones Paidós Ibérica, 1995), 20.

⁷⁷ Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL, “Problemas abiertos en la filosofía del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 1 (noviembre de 1984). <https://doi.org/10.14198/doxa1984.1.29>

pero esto no puede ser entendido como derecho en clave legislativa, pues se rompería la estructura del Estado de derecho⁷⁸. Este planteamiento es compartido por Manuel Atienza al afirmar que en los casos difíciles no es que los jueces creen “estrictamente derecho como el legislador”, sino que aplican una suerte de “derecho implícito”⁷⁹ como igualmente lo vindicaría el maestro Laporta.

En ese orden, si creatividad no es crear derechos en clave legislativa, entonces será la capacidad de crear o innovar a partir de la dimensión formal de los derechos fundamentales. En otras palabras, el “creativismo jurídico” define la capacidad que tiene el juez de innovar o crear el “derecho implícito” a partir del ordenamiento, sin necesidad de suplantar al legislador democrático. Este racionalismo obliga a considerar que el ordenamiento jurídico es la red originaria de información jurídica, el “sistema autopoietico” de Luhmann⁸⁰ de manera que, la realidad social no es la única fuente de respuesta legal, sino un “criterio” de la actividad hermenéutica que informa al juez de los contextos que necesita para lograr el encuadramiento jurídico de la realidad al caso y, no para diseñar o crear el contenido del derecho, tal como lo afirmó André Hauriou al definir el objeto del derecho constitucional.

⁷⁸ “La SC-26828-2005, en sede de Casación Civil, es un ejemplo creativo; en esta sentencia se juridificó una nueva teoría legal de la retrospección de la ley aplicable a una unión marital de hecho ocurrida antes de la expedición de la Ley 54/1990. La Sala Civil asumió como parámetro interpretativo el artículo 58 de la Constitución, pero incardinado a la dimensión formal de los efectos de la Ley 153/1887. La interpretación del caso fijó una “tesis” que precisa que en los casos de anomia jurídica no hay derechos consolidados y que, por tanto, los criterios hermenéuticos de la irretroactividad y la eficacia de la ley deben tener una aplicación inmediata para proteger el derecho constitucional a la propiedad privada del artículo 58 de la carta. Esta tesis tampoco existía y claramente es una nueva regla, que, en efecto, viene a complementar el marco jurídico existente y defiende al mismo tiempo la calidad de sujetos de derechos que el constitucionalismo reconoce a los titulares de la propiedad privada en Colombia” Véase, Yadira ALARCÓN PALACIO y Luis Miguel HOYOS en “La tutela en los asuntos de familia” en *Los Procesos Judiciales ante las Altas Cortes*, III, Corte Suprema de Justicia, editado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y la Corporación Excelencia a la Justicia (2021).

⁷⁹ Manuel ATIENZA, “Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning”, en *Conceptions and Misconceptions of Legislation* (Cham: Springer International Publishing, 2019), 175-206. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12068-9_8

⁸⁰ Niklas LUHMANN, “Closure and Openness: On Reality in the World of Law”, en *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*, editado por Gunther Teubner (Berlin, New York: De Gruyter, 1987). <https://doi.org/10.1515/9783110876451.335>

Es creatividad basada en el sistema, cuando el juez descubre el derecho preexistente a partir de las normas en una suerte de develación –que no es autogénesis activista– para fijar nuevos criterios, e incluso normas a partir de las reglas y principios del propio sistema. Es decir, comprender que el derecho es un subsistema dentro del sistema social –de ahí la apelación a Luhmann– y alcanza su plenitud a través de la conexión entre sus normas y, donde también se puede invocar la hibridación para encontrar otros elementos provenientes de sistemas o tradiciones jurídicas distintas. La creatividad es menos “subjetiva” porque apelar a la dimensión formal contribuye a su objetivación –que no es moral ni política– para la estabilización a las fuentes de producción e interpretación del derecho. Por tal razón, a partir de la perspectiva creativista la interpretación, creación e innovación en la decisión judicial es “viable” o constatable por el mismo sistema jurídico de referencia y no construida a partir del *ex nihilo*, como sucede –en ciertas ocasiones– en el activismo judicial.⁸¹

Creativismo judicial y formalismo jurídico

Este procedimiento, que hemos denominado “creativismo judicial”, tiene un hipotético referente en Robert Alexy con su tesis de la “unidad de razonamiento práctico”⁸². En nuestro caso, es la argumentación jurídica que permite en el escenario judicial, integrar el ordenamiento como realidad preexistente o punto de partida con otros elementos necesarios para lograr la decisión judicial, esto también lo precisa Alexy, y, a su manera, Dworkin en su teoría del “ascenso justificatorio”⁸³ que hunde sus raíces en la *Filosofía del Derecho* de Hegel. Ahora bien, distante del planteamiento activista,⁸⁴ el creativismo judicial no plantea la derrota de la ley formal, no invita a los

⁸¹ Afirma Manuel Atienza “donde no se reconoce la autoridad del Derecho, como sucede con la moral no heterónoma del activismo judicial, la necesidad de la interpretación legal desaparece”, se anula el ejercicio creativo del juez para que logre diseñar respuestas a partir del ordenamiento, y surge la creación como forma de interpretación. Véase, Manuel ATIENZA, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona, España: Editorial Ariel, 1996).

⁸² Robert ALEXY, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris* 17, n.º 2 (junio de 2004): 156-67. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2004.00261.x>.

⁸³ Ronald DWORKIN, *La justicia con toga* (Madrid: Marcial Pons, 2007).

⁸⁴ Duncan Kennedy se distancia del esquema formal de la interpretación en la aplicación del silogismo jurídico. Plantea una aplicación inversa de aquel, donde primero el juez toma la decisión y luego busca las normas que justificaron su adjudicación basada en el mecanismo de

jueces a declarar una “laguna ideológica” no confunde lagunas con aporías y tampoco abre constantes horizontes reflexivos –cual círculo hermenéutico– para aplicar de manera preferencial la interpretación sociopolítica que sustituye el principio implícito de la norma-fuente aplicable al caso. Esta práctica es conocida en teoría en la Unión Europea como “interfaz de conexión” y es, en gran medida, la usanza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuando interpreta casos donde colisionan –en apariencia– el derecho comunitario con el de los Estados miembros.⁸⁵

El creativismo judicial, por ejemplo, en los casos de la justicia civil –donde se ha manifestado– y en Colombia, a partir de algunos casos en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁸⁶, busca la legalidad constitucional del derecho civil como lo plantea el maestro Pietro Perlingieri⁸⁷. Esto es así porque el creativismo permite que el juez civil acompase la interpretación a los principios del derecho privado, reconocidos por el constitucionalismo vigente y, desde allí, innovar en el marco del sistema habilitado, pero no sustituye el margen de apreciación legal por el políticamente extra-jurídico⁸⁸. El creativismo judicial, en tal sentido, no busca crear tampoco mecanismos de control justicieros basados en una teoría política –aunque no lo descarta–, en cambio:

- a. Parte de la dimensión formal de los derechos porque no reduce el derecho exclusivamente a principios.
- b. No busca el conflicto que recarga las conclusiones judiciales y, a partir de una dimensión jurídico-valorativa, considera estimar otras realidades cercanas a la argumentación judicial.

control justiciero, en el marco de una teoría política y ética. Véase, KENNEDY, *A critique of adjudication...*

⁸⁵ Véase, Luis ARROYO, *Empatía constitucional: Derecho de la Unión Europea y Constitución Española* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

⁸⁶ Los profesores Yadira Alarcón Palacio y Luis Miguel Hoyos en “La Tutela en los Asuntos de Familia” conceptualizaron el fenómeno a partir del análisis de la ingeniería activista y creacionista, tomando casos concretos donde ciertas decisiones, siendo innovadoras, no eran activistas sino creativistas con relación al derecho aplicable.

⁸⁷ Pietro PERLINGIERI, *El derecho civil en la legalidad constitucional, según el sistema italo-comunitario de las fuentes* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 77.

⁸⁸ Sobre el particular, los estudios de los profesores Yadira Alarcón Palacio y Luis Miguel Hoyos en “La Tutela en los Asuntos de Familia” ilustran sobre la aplicación del sistema creativista judicial en la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

- c. Es un procedimiento que convierte a los jueces en argumentadores jurídicos no estrictamente políticos, porque, al partir de la dimensión formal, estos pueden apelar a la lógica *vazferreiriana* que permite identificar la respuesta creativa desde la diferencia entre condiciones necesarias y suficientes –incluso políticas– para la decisión⁸⁹, y contribuir así al equilibrio razonable entre progresismo y formalidad jurídica.⁹⁰

Así las cosas, queda claro que creación judicial activista es partir de la producción o generación *ex nihilo*, es apelar a la nada jurídica pero sí política, una connotación adanista que, por ejemplo, precisa en ocasiones la deconstrucción del activismo judicial⁹¹. En otras palabras, es aceptar la existencia de un vacío jurídico permanente e injusto, sobre todo tratándose de garantías fundamentales como lo expresa Ernesto Laclau⁹². Creación judicial no puede ser únicamente identificada como *creatio ex materia iuris*, sino creación a partir del ordenamiento que incluso pueda hacer cambiar el sentido interpretativo de la realidad preexistente, este es el planteamiento creativista aquí precisado.

Justicia activista y creativista: construcción de la teoría a partir de sus diferencias

El creacionismo jurídico, al consentir la omnipotencia del juez, revela una potestad que supera los límites de la legitimidad democrática⁹³, es un modelo que contribuye a que la realidad cree derecho –en ocasiones–

⁸⁹ Eduardo VAZ FERREIRA, *Introducción al derecho*, 3a ed. (Montevideo: Editorial Técnica, 1982).

⁹⁰ Cristina LAFONT, “Pluralism and Global Justice”, *Enrahonar. Quaderns de Filosofia* 46 (enero de 2011). <https://doi.org/10.5565/rev/enrahonar/v46.190>

⁹¹ “Contra-cultura jurídica es una forma de interpretación del Derecho que tiene como propósito entender la realidad jurídica fuera del clásico pensamiento dominante, el positivismo hartiano. Una perspectiva crítica constructivista donde el Derecho responde a la moralidad política presupuesta en las normas e instituciones de la comunidad donde operan”. Kennedy, *A critique of Adjudication...*

⁹² Ernesto LACLAU “8.5 ‘Why do empty signifiers matter in politics?’”, en *Deconstruction: A Reader* (Edinburgh University Press, 2001), 405. <https://doi.org/10.1515/9781474470919-047>

⁹³ Para el autor el “caso límite”, donde hay total ausencia de normas para enfrentar una situación que, en consecuencia, no podía ser resuelto sino a través de una decisión pura e incondicionada, se encuentra en Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad* (Madrid: Aguilar, 1971), 66.

por encima del ordenamiento. Así planteado, “justicia creacionista” es el modelo de protección y eficacia de los derechos fundamentales del planteamiento activista, pues permite el desarrollo de todas las características antes señaladas para el activismo judicial. Se trataría de un sistema donde existe un juez y parámetro de interpretación lejanos a las formas y métodos de la tradicional justicia constitucional o civil. Tal perspectiva encuentra en autores como J. Waldron, Vicki Jackson, Mark Tushnet y Raúl Canosa grandes contendientes. Waldron, por ejemplo, al identificar los excesos del activismo, afirmaría que este modelo encaja en lo que él llamó “sistema de decisión falible” porque produce decisiones aparentemente amparadas en la Constitución⁹⁴; Jackson lo señalaría como ilegítimo “porque no existe justificación para que un grupo de jueces no elegidos democráticamente y sin responsabilidad política directa tomen decisiones como representantes del pueblo”⁹⁵ y, en el mismo sentido, Tushnet, lo definiría como ilegítimo, al no encontrar en el derecho el mejor lugar para construirse⁹⁶. Aspecto que concuerda con Canosa, al afirmar que ningún modelo judicial puede permitir a los jueces crear normas que desplacen al legislador democrático para lograr la “polivalencia” del ordenamiento jurídico.⁹⁷

La “justicia creativista” haría referencia a un modelo que es parte de un sistema de frenos y contrapesos⁹⁸, sería el piloto de protección y eficacia de los derechos fundamentales en el marco de la dimensión formal. Permitiría, a través de la interpretación, moldear el ordenamiento para responder a las necesidades identificadas sin alterar el funcionamiento de las demás ramas del poder público⁹⁹, pues comprende que el derecho puede tener significado, alcance e interpretación a medida que las circunstancias lo demandan

⁹⁴ Jeremy WALDRON, “In defense of legislation”, en *The Rule of Law and the Measure of Property* (Cambridge: Cambridge University Press, s. f.), 76.
<https://doi.org/10.1017/cbo9781139169318.006>

⁹⁵ Vicki JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, Incorporated, 2013), 605-612.

⁹⁶ Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton University Press, 2009), 69.

⁹⁷ CANOSA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, 22.

⁹⁸ JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, 609.

⁹⁹ Sobre el particular, Mauricio GARCÍA VILLEGAS, *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957- 1997* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2011).

y el sistema jurídico lo permita¹⁰⁰. Materializaría así lo que KONRAD HESSE llamó “invocación de cambios para reinterpretar, sin generar alteración, sustitución o reemplazo de la norma a modo de enmienda”¹⁰¹. No se desecha que en ocasiones el activismo judicial opera como enmienda, pero el creativismo es, directamente, actualización de las normas a partir del propio sistema que ha sido modulado por otros subsistemas jurídicos o la interpretación del juez¹⁰², que apela además al mecanismo de la hibridación. Sin embargo, a diferencia de la justicia creacionista, el modelo de justicia creativista demanda un diseño jurídico que respete lo que Roberto Blanco Valdés llamó “tripartición funcional de los poderes del Estado”¹⁰³ pues legitima la creación judicial del derecho, si solo si la respuesta no invade el ámbito de lo disponible para otros poderes públicos. Dicho hasta aquí, este modelo propende a la deliberación judicial democrática donde la judicatura influya en la gestión de los otros poderes, pero sometida al imperio de la ley –en cualquiera de sus sentidos contemporáneos–. En otras palabras, promueve la identificación del “derecho viviente o vigente” de Ferrajoli o el “derecho implícito” de Laporta, sin que la intervención judicial sea preceptiva de limitaciones a los demás poderes establecidos.

Conclusiones

1. El activismo judicial es un rostro del creacionismo jurídico. La necesidad de creación judicial del derecho es el propósito del creacionismo en el activismo judicial para lograr que los jueces conciban la interpretación como proyecto de reformulación constante que deconstruye el ordenamiento. Esta circunstancia –en ocasiones– se opone al legislador democrático porque usurpa la *interpositio legislatoris* para

¹⁰⁰ Un ejemplo es el manifestado por Yolanda Gómez Lugo en el análisis del caso “Casey” al explicar cómo a partir de ciertas decisiones judiciales los altos tribunales lograron ampliar la dignidad humana; por ejemplo, en cuestiones como la sexualidad por razón de las circunstancias. Yolanda GÓMEZ LUGO, “La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, dirigido por R.Chueca (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015), 101.

¹⁰¹ Konrad HESSE, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional: con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán* (México: Editorial Porrúa, 2005), 55.

¹⁰² Luis Fernando TORRES, “El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional”, *Iuris Dictio* 13, n.º 15 (enero de 2013). <https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.716>

¹⁰³ Roberto BLANCO VALDÉZ, *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 2006), 61.

aplicar una interpretación política que altera el contenido subjetivo del derecho y, por lo tanto, la eficacia de este.

2. Las ingenierías judiciales activistas son creacionistas. Los jueces desempeñan un papel garante de los derechos fundamentales que –a veces– rompe con las limitaciones preestablecidas. Hacen que la eficacia de los derechos no dependa del texto jurídico que prevé su garantía, sino de una cultura de impugnación deconstructiva donde la justiciabilidad crea el contenido de los derechos (este paso es importante en ciertos casos, sin embargo, debe analizarse desde la proporcionalidad y la idoneidad de su pertinencia legal).
3. El creativismo jurídico es un rostro del formalismo neutral. Los jueces logran innovaciones a partir del ordenamiento jurídico. El texto jurídico es tenido en cuenta no solo porque permite la intervención judicial que protege la eficacia de los derechos fundamentales, sino porque logra innovar con sometimiento pleno a la ley. Se trata de un formalismo justo –que no es positivismo excesivo– que indica a los jueces atenerse a sus funciones, integrando la realidad del caso a las posibilidades que brinda la norma sin desdeñar la interpretación social.
4. Las ingenierías judiciales creativistas son activas, no más no activistas. Los jueces desempeñan una práctica judicial activa, pero sometida al imperio de la ley. Interpretan e innovan, pero no apelan a la Constitución como texto vacío, sino que reconocen la preexistencia de disposiciones –principios de regulación interna– como parámetro de interpretación de aquella. En tal sentido, hacen depender la eficacia de los derechos fundamentales a partir de la cultura formalista neutral, donde la decisión judicial tiene correspondencia con el ordenamiento preexistente.
5. El activismo y el creacionismo son evidencias de una práctica judicial que puede vulnerar el Estado de derecho. No se desconocen los cambios positivos introducidos por el activismo judicial, han sido necesarios en un contexto social y político como el colombiano donde la desigualdad estructural es de una extraordinaria ferocidad. No obstante, el activismo y el creacionismo desconocen el aspecto autoritativo del derecho porque son resultado de interpretaciones que

prescinden de las fuentes formales y aplican la Constitución fuera de la estricta juridicidad. Esta práctica, que se advierte, siendo necesaria por las crisis resultantes de un Estado fallido, no deja de transgredir a la tradición jurídica preestablecida. Por tal motivo exigir –exorbitantemente– que los jueces asuman el poder político para resolver las dificultades sociales y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, es hacer que el Estado sea social, pero jamás de derecho, quizás, “jurisdiccional”. Debe insistirse en que el legislador democrático cumpla su agenda política y la ciudadanía, para ello debe generar mayor incidencia para estimular, cambiar o impulsar las agendas políticas en trámite. Lo anterior para descargar a nuestros jueces de los dilemas sociales, económicos y políticos que, en el ámbito de sus jurisdicciones, les imposibilita cumplir los roles estrictos que para tal efecto diseñó nuestro sistema jurídico de referencia.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. “The Nature of Legal Philosophy”. *Ratio Juris* 17, n.º 2 (junio de 2004): 156-67. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2004.00261.x>.
- ATIENZA, Manuel. “Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning”. En *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, 175-206. Cham: Springer International Publishing, 2019. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12068-9_8
- ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- BARAK, Aharon. *Judge in a Democracy*. Princeton University Press, 2009.
- BASTIDAFREIJEDO, Francisco. “El fundamento de los derechos fundamentales”. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (Redur)*, n.º 3 (noviembre de 2005). <https://doi.org/10.18172/redur.3856>
- BASTIDAS, Francisco. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. España: Tecnos, 2004.
- BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.

- BLANCO VALDÉS, Roberto. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 18 (octubre de 2021).
<https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i18.501>
- CANOSA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CANOSA, Raúl. “Un nuevo derecho fundamental en nuestro Ordenamiento”. *Revista de las Cortes Generales*, n.º 22 (abril de 1991): 251-58.
<https://doi.org/10.33426/rcg/1991/22/1360>
- CANOSA, Raúl. *El control de convencionalidad*. Pamplona: Editorial Pamplona-Civitas Thomson Reuters, 2015.
- CORREA, Raúl. *El control de constitucionalidad en Estados Unidos y Europa*. México: UEC, 1987.
- COURTIS, Christian. *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Publicaciones Eudeba, 2001.
- CRENSHAW, Kimberlé. “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”. *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (julio de 1991): 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. “Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *Revista IUS* 10, n.º 37 (noviembre de 2016).
<https://doi.org/10.35487/rius.v10i37.2016.7>
- DÍEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor-Navarra: Aranzadi, 2013.
- EDMUND DAVIES, Lord. “Judicial Activism”. *Current Legal Problems* 28, n.º 1 (1975). <https://doi.org/10.1093/clp/28.1.1>
- FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido. *El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- FERRERES COMELLA, Víctor. “The Justification of Constitutional Review” En *Constitutional Courts and Democratic Values* (Yale University Press, 2009). <https://doi.org/10.12987/yale/9780300148671.003.0005>
- FIGUEROA RUBIO, Sebastián. “Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica de Duncan Kennedy”. *Derecho y Justicia* n.º 1 (septiembre

- de 2012). <http://ediciones.ucsh.cl/ojs/index.php/derechoyjusticia/article/view/935>
- FIGUEROA, Rodolfo. “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Discusión teórica”. *Revista Chilena de Derecho* 36, n.º 3 (diciembre de 2009): 45. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372009000300006>
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957- 1997*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. “El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, n.º 12 (septiembre de 2011). <https://doi.org/10.5354/0719-2517.2006.16204>
- GASCÓN, Marina. “Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal supremo”. *Teoría Jurídica Contemporánea* 1, n.º 2 (diciembre de 2016)
- GARDNER, Howard. *Mentes Creativas: Una Anatomía de la Creatividad*. Madrid: Paidós Ediciones Ibérica, 1995.
- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio y Gonzalo Scivoletto. “Diálogo y activismo judicial. Una mirada crítica de la imparcialidad a partir de El Federalista”. *Estudios de Filosofía práctica e Historia de las ideas*, 20 n.º 1 (2018), 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6696738>
- GRAGLIA, Lino. “It’s not Constitutionalism, it’s Judicial Activism”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19, n.º 2 (junio 1995): 223-293.
- GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Estudios de teoría constitucional. México: UNAM, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. “On Law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’”. *Ratio Juris* 16, n.º 2 (junio de 2003) <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00231>
- HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a ed. Barcelona: Ariel, 1980.
- HEGEL. *Principios de la filosofía del Derecho*. Edhasa, 2000.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “La jurisdicción constitucional entre Judicialización y Activismo Judicial: Existe realmente ‘un Activismo’ o ‘el

- Activismo”, *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200011>
- HESSE, Konrad. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional: Con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- HOYOS ROJAS, Luis Miguel. “El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: Una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (junio de 2012). <https://doi.org/10.15425/redepriv.47.2012.03>
- ISHIYAMA SMITHEY, Shannon y John Ishiyama. “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002): 719. <https://doi.org/10.2307/1512169>
- JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press, Incorporated, 2013.
- KAPLAN, Craig A. y Simon Herbert A. “In search of insight”. *Cognitive Psychology* 22, n.º 3 (julio de 1990). [https://doi.org/10.1016/0010-0285\(90\)90008-r](https://doi.org/10.1016/0010-0285(90)90008-r)
- KEENAN, D. Kmiec. “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, *California Law Review* 92, n.º 5 (octubre de 2004): 1141-1478. <https://doi.org/10.2307/3481421>
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Eudeba, 1996.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication [fin de siècle]*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- KENNEDY, Duncan. *Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. México: Siglo Veintiuno, 2010.
- KENT, Roach. “Judicial Activism in the Supreme Court of Canada”. En *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, 69-120. Oxford University Press, 2007. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199213290.003.0003>
- LAFONT, Cristina. “Pluralism and Global Justice”, *Enrahonar. Quaderns de Filosofia* 46 (enero de 2011). <https://doi.org/10.5565/rev/enrahonar/v46.190>
- LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: M. Giard & Cie, 1921.

- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. “Problemas abiertos en la filosofía del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 1 (noviembre de 1984). <https://doi.org/10.14198/doxa1984.1.29>
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El Estado siempre llega tarde: la reconstrucción de la vida cotidiana después de la guerra*, 1ª ed. Argentina: Siglo XXI Editores, 2019.
- LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. “Inactividad parlamentaria y activismo judicial”, *Revista Jurídica Piélagus* 17, n.º 2 (julio de 2018). <https://doi.org/10.25054/16576799.3121>.
- LUHMANN, Niklas. Closure and Openness: On Reality in the World of Law. En *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, editado por Gunther Teubner. Berlin, New York: De Gruyter, 1987. <https://doi.org/10.1515/9783110876451.335>
- KIRBY, M. D. “Judicial activism”, *Commonwealth Law Bulletin* 23, n.º 3-4 (julio de 1997). <https://doi.org/10.1080/03050718.1997.9986485>
- MARTÍNEZ, Faustino, Reseña de “ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia”, traducido por Marina Gascón. *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, n.º 27 (2005): 630-635. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552005000100073>.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y Sergio Orlando Silva Arroyave. “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, n.º 1 (junio de 2020): 117-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>
- PAYNE, Charles. “The Civil Rights Movement as History”. *Equity & Excellence in Education* 19, n.º 3-6 (mayo de 1981): 54-60. <https://doi.org/10.1080/0020486820190310>.
- PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional, según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. “Constitutional Jurisdiction as Law-Making”. En *Law in the Making*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 1988. https://doi.org/10.1007/978-3-642-73052-8_5

- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.
- ISHIYAMA SMITHEY Shannon y John Ishiyama. “Judicial Activism in Post-Communist Politics”. *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002).
<https://doi.org/10.2307/1512169>
- SIRVENT, Consuelo. *Sistemas jurídicos atípicos*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. En *Bills of Rights*, 293-320. Routledge, 2017.
<https://doi.org/10.4324/9781315096339-12>
- TOMÁS VILLARROYA, Joaquín. *Breve historia del constitucionalismo español*, 4a ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- TORRES, Luis Fernando. “*El activismo judicial en la era neoconstitucional*”, *Iuris Dictio* 13, n.º 15 (enero de 2013).
<https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.716>
- TUSHNET Mark y Roach Ken. “Judicial Activism or Restraint in a Section 33” *World, University of Toronto Law Journal* 53, n.º 1 (2003): 89.
<https://doi.org/10.2307/3650888>
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press, 2009.
- UPRIMNY Rodrigo y Sergio Chaparro. “Inequality, Human Rights, and Social Rights: Tensions and Complementarities”. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 10, n.º 3 (2019).
<https://doi.org/10.1353/hum.2019.0028>
- VAZ FERREIRA, Eduardo. *Introducción al derecho*, 3a ed. Montevideo: Editorial Técnica, 1982.
- VERMA, Arvind. “Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India”. *Howard Journal of Criminal Justice* 40, n.º 2 (mayo de 2001): 148-165.
<https://doi.org/10.1111/1468-2311.00198>
- WALDRON, Jeremy. “In defense of Legislation”. En *The Rule of Law and the Measure of Property*. Cambridge: Cambridge University Press, s. f. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139169318.006>

UNA SENTENCIA JUDICIAL ES INFRUCTUOSA SI SE APARTA DE LA FILOSOFÍA

Liliana Ortiz Bolaños*
Profesora nacional invitada

Martha Cecilia Paz**
Profesora nacional invitada

Resumen: un lugar significativo deben ocupar la filosofía y la filosofía del Derecho en las ciencias jurídicas. Decidir, una de las principales actividades que se ejercen en la práctica judicial, sugiere un sinnúmero de operaciones cognitivas por parte del intérprete que no se pueden eludir. 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. Por ello, emitir un juicio implica dominar conceptos, explicar su naturaleza, conocer sus límites, determinar sus métodos y pregonar su viabilidad para una situación jurídica concreta. La filosofía entraña estas condiciones conceptuales que permiten tener responsabilidad en la toma de cualquier decisión.

Palabras clave: filosofía; filosofía del derecho; hermenéutica; argumentación; conocimiento.

* Doctora en Derecho. Docente de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho; docente investigadora de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali. Contacto: liliana.ortiz@javerianacali.edu.co

** Exmagistrada auxiliar de la Corte Constitucional. Máster en Filosofía. Ha sido docente de Hermenéutica e Interpretación Constitucional de la Universidad del Rosario. Contacto: marpaz5corte@gmail.com

A COURT RULING IS UNFRUITFUL IF IT DOESN'T TAKE INTO ACCOUNT PHILOSOPHY

Abstract: Philosophy and Law philosophy should play a meaningful role in Legal Science. To decide, one of the main tasks that is performed in court practice, involves a number of cognitive operations carried out by the interpreter that cannot be ignored. Law implies a combination of multiple conceptual creations that give life to court practice and at the same time produce a credible *telos* for the existence of law as a major milestone for civilization. Thus, making a judgement implies mastering concepts, explaining their nature, knowing their limitations, determining their methods, and advocating for their applicability in a specific legal situation. Philosophy involves those complex elements that should be used by an interpreter in order to solve a controversial situation. Philosophy involves those concept conditions that allow to have responsibility for any decision made.

Keywords: Philosophy; Law Philosophy; Hermeneutics; Argumentation; Knowledge.

Introducción

Con alguna frecuencia llegan a ocupar los escaños del poder judicial personas con amplia trayectoria filosófica. El reciente nombramiento en una de las altas cortes¹ colombianas de una magistrada, que además de ser abogada, acreditó su formación en Filosofía del Derecho y un examen de casos particulares en la jurisprudencia constitucional, revela cómo los jueces han utilizado la filosofía en escenarios controvertidos; estas son las dos motivaciones de este estudio, que hace parte de una obra conjunta de las autoras, de próxima publicación, acerca del impacto de la filosofía en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y la manera como la filosofía puede concernir a la toma de decisiones judiciales². Esta investigación busca recrear posturas que sugieren encarnar ideales filosóficos en el ejercicio de la magistratura, y con la inquietud de que la jurisprudencia sustraiga también una impronta del quehacer filosófico. El paralelo entre filosofía y derecho no ha sido difícil de detectar. Buscar lo que es más valioso para los seres humanos es la meta del derecho, de la mayoría de constituciones

¹ Agosto 9 de 2021, Consejo de Estado (Colombia), Sala de Consulta y Servicio Civil.

² Esta investigación se ha logrado gracias al Proyecto de Investigación “La construcción de razones, un elemento del concepto de Derecho. La visión contemporánea del pragmatismo y la hermenéutica”, apoyado por la Pontificia Universidad Javeriana, Cali.

en el mundo, y también de la empresa filosófica que data de los antiguos griegos –Sócrates, Platón y Aristóteles, por ejemplo–, quienes estuvieron preocupados por articular aquello que es más importante y valioso para tener una buena vida. Procurar una buena vida y corregir la vida y la organización social es, por tanto, un interés común y punto de intersección entre la filosofía y el derecho.

La búsqueda y formulación de los interrogantes fundamentales presentes en cada una de las ramas del derecho, llevan de la mano a sus cultores hacia los planteamientos filosóficos, para proveer bases sólidas a los desarrollos teóricos de sus propias disciplinas. Por esa razón, los jueces están llamados a tratar y abordar cuestiones que tienen un innegable sello iusfilosófico. De allí –siguiendo las modernas teorías hermenéuticas del discurso– puede afirmarse que “debajo de toda apreciación jurídica, de todo texto constitucional o legal, de todo planteamiento normativo, de toda decisión judicial, subyace, en forma más o menos velada, una determinada concepción filosófica”.³

La materia

“La ciencia del derecho debe extraerse de lo íntimo de la filosofía”, decía Cicerón, –*ex intima philosophia ahurienda iuris disciplina*–.⁴

Efectivamente, la ciencia del Derecho, como cualquier otra ciencia, está integrada por conceptos que se caracterizan por su complejidad, infinitud e indeterminación. Por lo menos, en ese aspecto coinciden entre sí, algunas teorías del Derecho y de la filosofía del Derecho, dentro de las que se pueden mencionar el naturalismo contemporáneo y el positivismo, incluyente y excluyente⁵. Por esta razón, es sustancial formular preguntas acerca

³ Alfonso SANTIAGO, *Filosofía del Derecho Constitucional: perspectiva continental*, en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, III, 51 editada por Jorge Zamora et al. México: Universidad Autónoma de México, 2015.

⁴ Cicerón, *De Legibus*, I. 5.

⁵ Robert ALEXANDER, “El No positivismo incluyente”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º. 36 (2013): 15-23. “El positivismo excluyente, que ha defendido prominentemente J. Raz, sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho (2009, 47). El positivismo incluyente, defendido, por ejemplo, por J. Coleman, dice que la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida. La inclusión se considera entonces como una cuestión contingente o convencional, dependiendo de lo que el derecho positivo, de

del origen de los conceptos jurídicos, sobre cómo se van transformando y cómo se pueden aplicar. Si se piensa en una perspectiva democrática, los conceptos jurídicos pueden ser engendrados en complicadas discusiones sociales, también en la decisión de un grupo social dominante, en las sentencias judiciales, en las peticiones sociales urgentes o en la abstracción de algunos aspectos de la moralidad, entre otras opciones. Estas condiciones constituyen la explicación del epítome de las dos grandes teorías que históricamente han existido acerca de la naturaleza del Derecho: iusnaturalismo y positivismo, en sus diferentes versiones⁶. El comienzo de las que posteriormente serían ideas jurídicas no es inmediato, debido a que, del lenguaje común o del lenguaje social deben pasar, mediante una traducción conceptual y hermenéutica, al lenguaje jurídico. A estas dos condiciones debe unirse una tercera: la complejidad de la aplicación del Derecho a situaciones concretas (labor que corresponde al juez).⁷

Este artículo se dedicará especialmente a comprender la última de las facetas señaladas, en la medida en que la aplicación del Derecho engendra un problema jurídico plural, porque busca dar orden, sentido y dirección a enunciados jurídicos, que tienen como característica principal ser indeterminados e incompletos. Esta labor puede comenzar procurando mencionar la naturaleza de los enunciados, y a la vez, calificarlos como densos y utópicos; densos, en la medida en que pueden tener muchas capas conceptuales, y utópicos, en tanto suponen una máxima explicación moral. La manifestación conceptual en multitud de ocasiones se materializa en

hecho, establece (Coleman, 1996, 316). Esto trae implícito que la relación entre el derecho y la moral, tanto en el positivismo incluyente como en el positivismo excluyente, está determinada únicamente por lo que es expedido autoritativamente y es socialmente eficaz, es decir, por hechos sociales”, 16. Sobre el naturalismo, véase Brian LEITER. *Naturalismo y Teoría del Derecho*, traducido por Giovanni Battista Ratti (Madrid: Marcial Pons, 2012).

⁶ Para una revisión exhaustiva de las teorías del Derecho se puede consultar a Germán SUCAR. *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica* (Marcial Pons, Madrid, 2008).

⁷ En este punto, se pueden mencionar, con sus grandes diferencias, algunas de los mejores representantes contemporáneos de la interpretación y argumentación jurídica, comenzando por Caima Repelan, Teodor Viehweg, Axel Hägerström, A. V. Lundstedt, Karl Olivercrona, Peczenik, Kalinowski, Kaufmann, Neil Mac Cormick, Alf Ross, Stephen Toulmin, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Emilio Betti, Josep Esser, Leticia Gianformaggio, Ricardo Guastini, José Juan Mórese, Enrico Pattaro, U Scarpelli, Tarello, Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, Zagrebelsky, Franco Modugno, entre otros; sobre el particular véase, Franco MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, I. L'oggetto, Manuali di scienze giuridiche, tomo primo, editado por Antonio Milani y Wolters Kluwe (Italia: Casa Editrice Dott-Cedam, 2015).

nociones como democracia, paz, justicia, dignidad, igualdad, que dan vida a la idea de Derecho, tanto desde la legislación y la decisión judicial, como desde la teoría. En este punto, y como en toda ciencia, tiene lugar un proceso de demostración que se dirige a verificar cuál es el mejor contenido que debe adoptarse en una situación concreta, o por lo menos el más razonable, y surge, por ejemplo, cuando alguien construye una teoría para el Derecho, cuando se plantea una nueva regla o el sentido de un concepto en la decisión judicial, o cuando se formula un enunciado legislativo⁸. En esos escenarios, conviene una colaboración armónica entre el filósofo del derecho y el juez. A fin de lograr el cumplimiento de estas tareas, el filósofo del Derecho debe valerse de varios métodos epistemológicos que le ayudarán a crear una multitud de significados, que luego podrá manejar el juez en la fundamentación de una sentencia. Esto se demuestra porque los métodos han sido empleados a lo largo de la historia de la teoría del conocimiento que permiten arribar a la seguridad teórica. De la misma forma, algunos de esos métodos son trabajados por teorías como el positivismo jurídico o el iusnaturalismo, que han navegado por la inducción y la deducción, como antesala del método empírico. Aunque, en los últimos años, valga decirlo, han incursionado en los discursos teórico-jurídicos, las teorías argumentativas y las visiones hermenéuticas, que, en términos generales, buscan la interpretación de textos basadas en el papel protagónico del intérprete. Es posible también mencionar la función epistemológica que podría cumplir la filosofía de la mente, que se inclina por la estructura cognitivo-interpretativa del sujeto que interpreta.⁹ En el ámbito jurídico, en los últimos años, esta vertiente ha observado un lugar común en la interpretación y la argumentación jurídica, con preponderancia sobre la inducción o comprobación empírica (salvo la función legislativa). Empero, restan por estimarse los valiosos aportes de la filosofía de la mente que pueden combinarse en conjunto con la hermenéutica. Todo, para significar que el juez debe estar atento a los avances teóricos que producen los filósofos del Derecho.

⁸ SUCAR, *Concepciones del Derecho y de la verdad jurídica*, 149-150.

⁹ Sobre las posibilidades teóricas de la filosofía de la mente, se puede estudiar a Donald DAVIDSON. *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje* (Barcelona: Editorial Gedisa, 2001), así como a Hilary PUTNAM. *Representación y realidad* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1990).

La hermenéutica (que tiene su origen en la filosofía) con visos contemporáneos, se ha instaurado como la piedra angular del mundo filosófico en los últimos años desde Husserl, pasando por Heidegger, Gadamer, hasta Vattimo y Ricoeur¹⁰. Entre los teóricos y filósofos del Derecho, que se han ocupado de buscar una trasposición de la filosofía hermenéutica al Derecho, se pueden mencionar: E. Betti, Karl Larenz, F. Viola, I. Zaccaría, A. Kaufman, Josep Esser, F. Modugno, entre otros¹¹. Por ello, y para demostrar y decidir cuál debe ser el mejor contenido y que aplicará al caso concreto, el juez debe ofrecer una naturaleza propia a cada concepto, indagando por su origen, por sus fronteras intrínsecas, por las versiones o interpretaciones que podrían expresarse, por las posibles traducciones en el lenguaje social, y, con ello, tener la posibilidad de llevar el caso al lenguaje jurídico del concepto. Tal propósito no es posible, sin un método hermenéutico-argumentativo que ofrezca los contornos de la interpretación y sin una ruta que indague por la mente de quien interpreta (filosofía de la mente). De esta forma, en cada ámbito, el Derecho se manifiesta a la par de aquello que se pretende demostrar, y esa expresión debe estar motivada por el principio y fin del conocimiento: la filosofía. La pregunta que sigue está en pensar qué contienen los conceptos jurídicos y por qué la mayoría suelen ser calificados como utópicos, complejos y enigmáticos.

Los conceptos, ciertamente, contienen un espacio geográfico, un plano de la inmanencia y unos personajes conceptuales, como lo dirían Deluze y Guattari¹². Este plano inmanente funciona bajo la idea de identificar qué sujetos o personajes debe contener el concepto, su teleología, su contorno, cómo se fusiona con otros, con cuáles lucha o con qué otros es afín. Sin embargo, este arquetipo no funciona si no se pueden ver los conceptos desde lo alto, desde un ámbito flotante que pueda ayudar a descubrir el contexto en el que podrían ubicarse. Para el filósofo del Derecho, por ejemplo,

¹⁰ Sobre el particular se puede consultar, por ejemplo, a Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método*. 5a ed., traducido por Manuel Olasagasti (Salamanca: Sígueme, 2012); Gianni VATTIMO, *Más allá de la interpretación*. Introducción de Ramón Rodríguez (Buenos Aires: Paidós, 1995); Martin HEIDEGGER, *¿Qué significa pensar?*, 3ª ed. traducida por Raúl Gabás (Madrid: Editorial Trotta, 2010).

¹¹ Liliana ORTIZ BOLAÑOS. *El Problema de la subjetividad en la interpretación y argumentación jurídica. Un análisis desde la filosofía hermenéutica* (Cali: Ed. Bonaventuriana-Universidad San Buenaventura de Cali, 2016).

¹² Guilles DELUZE y Félix Guattari, *¿Qué es la filosofía?* (Barcelona: Anagrama, 1992).

una forma de flotar es contar con el metalenguaje, que en un sentido práctico contribuye a la identificación de la condición ontológica del concepto y conduce a encontrar una especie de verdad en aquello que se pretende demostrar¹³. Sin embargo, el juez no necesita ir tan lejos, le basta aprovechar aquello que ya ha encontrado el teórico o el filósofo del derecho en ese sobrevuelo, siendo necesario que comprenda cómo le fue al filósofo en esa búsqueda y se sirva de ese conocimiento para lograr estabilizar los conceptos que llevará a la sentencia.

El juez debe comprender cómo se han empleado las teorías filosóficas, o cómo se han utilizado los métodos científicos¹⁴. Brian Bix ha señalado en ese sentido, que “el mérito de una afirmación conceptual puede ser valorado solamente una vez esté claro cuál es el propósito de esta afirmación”, [pero, seguido anuncia]: “diferentes afirmaciones conceptuales tienen diferentes propósitos (los teóricos a menudo no establecen claramente qué propósito subyace a su particular afirmación conceptual; esto es lo que hace difícil en estos casos evaluar el mérito de tales afirmaciones o comparar dos afirmaciones diferentes)”¹⁵. La ciencia del Derecho puede valerse de varios métodos científicos, semánticos, empíricos o descriptivos, sin embargo, aclara que debe tenerse especial cuidado con su uso, dado que los conceptos jurídicos, no se corresponden con “especies biológicas o elementos químicos”.¹⁶

La sospecha de Bix se entiende, porque incluso, para el teórico o filósofo del Derecho es complejo estudiar un concepto y, por tanto, trabajar un método para hacerlo, pero, se advierte: ¡esa es su tarea esencial! Necesita hacerlo para entregar al juez datos, ojalá definitivos, sobre el sentido

¹³ Sobre el concepto de metalenguaje, véase, Howard SANKEY, *Ciencia, realidad y racionalidad*, traducida por Juan Carlos Aguirre (Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2015). También, H. SANKEY, “Incommensurability, Translation and Understanding”, *The Philosophical Quarterly*, 41, n.º 165 (1991): 414-426. <https://www.jstor.org/stable/2220077>

¹⁴ Sobre la filosofía de la ciencia se puede consultar a Jesús MOSTERÍN, *Ciencia, filosofía y racionalidad* (Barcelona: Editorial Gedisa, 2013); Antonio DIÉGUEZ LUCENA, *Filosofía de la ciencia* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2010); Claudia Lorena GARCÍA ÁNGELES, y, a Patricia DÁVALOS KING, compiladoras de *Teorías Contemporáneas de la Justificación epistémica* (México: Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2013).

¹⁵ Brian, BIX. *Teoría del Derecho: ambición y límites* (Barcelona: Marcial Pons, 2006), 28 y 30.

¹⁶ *Ibidem*, 30.

de un texto. Bix afirma, que los conceptos son “artefactos humanos y las instituciones sociales, son inestables, ‘de difícil delimitación’, por lo cual, las definiciones conceptuales pueden ser vistas como derivadas del hecho de que las fronteras de conceptos como ‘derecho’, o ‘derechos’ están lejos de ser auto-evidentes (la inestabilidad y la naturaleza controvertida de las fronteras son medulares para el entendimiento de los problemas y las posibilidades de análisis conceptual...)”¹⁷. Se ha señalado en esta investigación que una de las razones que se examinan apunta a descubrir cuál es la utilidad de acudir a la filosofía para comprender los conceptos. Ya se ha expuesto la primera fase: al examinar un concepto, tanto el juez, el filósofo o el teórico del derecho, se encontrarán, como ya se mencionó, con no pocas dificultades para establecer el contorno de los mismos, su extensión y la traducibilidad (comprensión) de los diferentes lenguajes (jurídicos, sociales, económicos etc.). Seguido, advertirá el siguiente escaño: los desacuerdos que pueden surgir entre juristas, o entre filósofos o teóricos del Derecho, con respecto a un mismo concepto.¹⁸

El juez entonces, puede verse abocado a la tesitura de hallar qué concepto de democracia, de igualdad, de vida o de justicia aplicar en un caso concreto. Si se sigue aquí la idea de Bix, podría entenderse que es necesario establecer una base común para la discusión. Las preguntas que se mantienen son: “¿Sobre qué base puede afirmarse que una teoría conceptual es mejor que otra?”¹⁹ y ¿qué hace verdadera una afirmación conceptual? Según Bix, las discusiones no deben centrarse únicamente en descripciones, ni en simples preguntas normativas, así como tampoco detenerse en lo conveniente o inconveniente de un propósito particular. La intención de todo intérprete deber “ir más allá de la primera capa de un concepto: debe tener “razones subyacentes...”²⁰, por lo cual, llegar hasta la formación de conceptos es importante para producir razones que soporten de manera precisa la decisión judicial. Para producir el discurso teórico se requieren razones que contengan argumentos sobre qué pasó en la formación de los conceptos (retroceder al *Big-bang* conceptual), pero también razones para comprender cómo actualizar ese sentido y ubicarse en el presente y en el

¹⁷ *Ibidem*, 31.

¹⁸ *Ibidem*, 30.

¹⁹ *Ibidem*, 33.

²⁰ *Ídem*.

futuro de esa previsión²¹. Reconocer y comprender esta misión del teórico por parte del juez es trascendente, porque la construcción de la verdad de un concepto ocupado larguísimas discusiones, ajustadas y perfeccionadas a través de prolongados años de estudio. Es preciso asumir que la creación teórica es compleja y, para salir a la luz, necesita una verificación adecuada.

En esta línea de ideas, Bix recuerda la necesidad de estructurar la reclamación del valor y la verdad de una teoría, sobre la base de estar en condiciones de demostrar que una definición es mejor que la otra²². El teórico, por ejemplo, de acuerdo con Bix, al acudir a “reclamar el valor y la verdad de una teoría, debe liderar los siguientes objetivos: i) buscar y explicar los usos lingüísticos; ii) intentar descubrir el “significado” de un concepto escondido en el uso de nuestras prácticas institucionales y, iii) procurar imponer un criterio moral, que debería ser satisfecho antes que la etiqueta pueda ser aplicada”²³. Se trata de un proceso de valoración, estudio profundo y corrección permanente de conceptos.

No es posible, por tanto, manipular ligeramente cualquier concepto o estropear su uso, o lanzarlo de forma arbitraria e irresponsable; no cualquier significado es bueno²⁴. Scott Shapiro, por su parte, reconoce el método conceptual como una forma de investigar en la filosofía; así, indica, que “en el análisis conceptual, el filósofo también busca pistas y emplea el proceso de eliminación con un propósito específico, concretamente elucidar la identidad del objeto al que se aplica el concepto en cuestión”²⁵. Constata

²¹ GADAMER, *Verdad y método...*, 63 ss.

²² BIX. *Teoría del Derecho: ambición...*, 34.

²³ Ídem.

²⁴ Sobre la Teoría de los conceptos se puede estudiar a Jerry FODOR en su libro: *Conceptos. Donde la ciencia cognitiva se equivocó* (Barcelona: Editorial Gedisa, 2014). Allí el autor comienza con el análisis sobre cuál debe ser el orden de los siguientes interrogantes: qué es tener un concepto y qué es un concepto; la segunda, opción, menciona Fodor, para la filosofía tradicional (hasta el siglo XX), es anterior a la primera. La explicación es la siguiente: la tradición filosófica exigió que si se tiene un concepto (individual de “algo”) es necesario conocer primero qué es un concepto. Con ello, él asegura que las teorías actuales han revertido el orden de las preguntas. Fodor propone desplazarse entre conceptos y significados. Para esta teoría los conceptos deben nacer e insertarse en los estados mentales como actitudes proposicionales. Y deduce que la aplicación de un concepto debe ser más epistémica que semántica, y que esto se ejerce solo a través de la composicionalidad entre varios conceptos, 18, 19 y 203.

²⁵ Scott SHAPIRO, *Legalidad*, traducido por Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña (Madrid: Marcial Pons, 2014), 39.

entonces, que “la clave del análisis conceptual consiste en recabar verdades obvias sobre determinada entidad”²⁶. De ahí que, una conclusión que plantea el autor sea pensar que si sobrevienen los desacuerdos en Derecho, debe construirse una discusión racional donde será “... necesario analizar las teorías de las que forma parte, a fin de observar cuál se acomoda de manera más adecuada al conjunto completo de juicios razonados acerca del derecho”²⁷. Según Shapiro, debemos saber de forma justificada qué parte del concepto abandonaremos en el caso concreto, y eso es imperativo para la solución de un problema particular²⁸. Por ello, lo mejor sería contar con una excelente explicación, comprensión y determinación (por lo menos provisional) de la fundamentación de un concepto, lo que hace urgente el uso de las mejores teorías del Derecho, de las tesis proclamadas por la filosofía del derecho y por la propia filosofía. Shapiro reconoce que la tarea del análisis conceptual no es sencilla, e incluso puede ser más difícil que en ciencias como “las matemáticas y la lógica, que cuentan con algoritmos para demostrar teoremas”²⁹. En la discusión iunaturalismo/iuspositivismo, que tradicionalmente ha soportado la teoría jurídica, es relevante este planteamiento para demostrar que quienes se encuentran a favor del positivismo están más relacionados con los hechos sociales (lo que la gente piensa, pretende y afirma, por ejemplo), y los iusnaturalistas, por su parte, sostienen “que los hechos jurídicos están determinados en última instancia por hechos morales y hechos sociales”³⁰. Por ello, es evidente la existencia permanente de controversias conceptuales, y es claro que el debate filosófico tiene consecuencias relevantes en el plano práctico.³¹ La

²⁶ Ídem.

²⁷ Ibídem, 43.

²⁸ Ibídem, 44.

²⁹ Ibídem, 45.

³⁰ Ibídem, 56.

³¹ Ibídem, 57. Además, Pau LUQUE, de la Universidad Federico II de Nápoles, en su texto: “Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía”. *Doxa* n.º 36 (2013): 439-460, provee un piso conceptual para iniciar una discusión acerca de los desacuerdos jurídicos que, de manera general, se presentan, tanto en la creación legislativa como en la creación judicial del Derecho. Por ello, la idea es evitar discursos paralelos. Lo que debemos hacer, en realidad, es poner en discusión los conceptos y sus contenidos; conceptos que no es que nazcan espontáneamente del texto, sino que requieren un intérprete, y, finalmente, esos contenidos dependen de los intérpretes. También, Marisa IGLESIAS VILA, en su texto: “Conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”. *Doxa* n.º 23 (2000) expresa una idea más, sobre los desacuerdos jurídicos: “estos se materializan en la idea de los conceptos esencialmente controvertidos”.

interpretación jurídica se puede fortalecer, si se asume la filosofía como el sustrato conceptual necesario a partir del cual se avanza en la construcción de significados y, por tanto, de conceptos. En este punto, la filosofía, como afirma Paul Ricoeur, es útil para entender que en la comprensión del mundo es ineludible dibujarle un rostro al intérprete; este es quien da vida a los textos, a las acciones, mediante la creación de significados y, por ello, es necesario crear un escenario, una trama, que en un primer momento le aleje del mundo, pero que, a la vez, mediante el uso de razones y argumentos, le acerque a él³². El primer paso es establecer un anclaje del agente (juez, teórico, legislador) a su propio contexto, y, desde ahí, buscar un lugar privilegiado de interpretación, que se explica en la creación de una determinada perspectiva. Con ello, puede afirmarse que, cada sujeto hablante es el límite del mundo y, no uno de sus contenidos. El segundo paso es aceptar que existe un sujeto que habla, que escribe (narra) mediante coordenadas, los horizontes, los puntos de encuentro y los lugares disímiles próximos al concepto. Es una ubicación que sirve como un saber topográfico mínimo, gracias al cual el intérprete puede situarse frente a un sistema de coordenadas, cuyo punto de origen puede variar (múltiples puntos de vista). En este aspecto, Ricoeur propone una relación epistemológica entre aquello, “qué” se dice o afirma, el “porqué” se dice, y quién lo dice o afirma³³. Significa que, para argumentar, lo deseable sería, contar al menos con estos tres horizontes. Las decisiones judiciales se van haciendo así, cada vez más transparentes, y si, además, se cuenta con la capacidad de ubicar al quién (al sujeto que habla, no solo a los acontecimientos o hechos). Los sujetos, los intérpretes, deben ser capaces de narrar su propia vida y la de otros, para producir una ontología de las razones, y con ello una ontología del Derecho. Si se integran, el quién, el qué y el porqué de la acción, se estructura una magnífica red conceptual, que genera una dinámica razonable en la toma de decisiones y que ha tenido lugar desde un sitio sinigual: la

³² Paul RICOEUR, *Sí mismo como otro* (Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1996). También, RICOEUR, “Retórica, poética y hermenéutica”, traducido por Gabriel Aranzueque, *Cuaderno Gris*, III, n.º 2 (1997): 79-89. Y el monográfico: “Horizontes del relato: lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur”, con la coordinación de Gabriel Aranzueque, *Cuaderno Gris* n.º 2 (Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1997).

³³ RICOEUR, *Sí mismo como otro*, 39, 40 y 41.

filosofía. Esto se hará evidente después en las relaciones humanas, a través de las normas, los valores y los principios.

Los casos, los teóricos, la sentencia

Efectivamente, desde casos de principios del siglo XIX la Corte Suprema de Estados Unidos³⁴ —por citar tribunales emblemáticos—³⁵ hacía referencia a los filósofos para dar un apoyo fundamental a sus sentencias. Las referencias filosóficas de manera inicial estuvieron centradas en Montesquieu, cuyo *Espíritu de las Leyes* fue citado repetidas veces para discusiones sobre las facultades del gobierno, el equilibrio de poderes y la necesidad de contar con ciudadanos virtuosos.³⁶ De esa época, se conocen fallos relacionados con prejuicios históricos, en específico con los derechos de propiedad de los nativos, donde la Corte invocó a filósofos, políticos y morales, para negar a este grupo minoritario su derecho a las tierras tradicionales. Por ejemplo, en *Fletcher vs. Peck*, citó brevemente a Montesquieu y Adam Smith para justificar su distinción entre la concepción angloamericana de la tierra y la de los nativos americanos.³⁷ En casos posteriores, el espectro de las citaciones se amplió a filósofos existencialistas, teólogos, y lingüistas, como Sartre, Santo Tomás y Ludwig Wittgenstein, en discusiones sobre derechos reproductivos, prohibiciones en contra de la sodomía, etc. En otros casos relacionados con cambios en la ética sexual, la Corte ha invocado figuras filosóficas tradicionales y fácilmente reconocibles para apoyar posiciones dilemáticas. En *Poe vs. Ullman*³⁸, el tribunal desestimó una norma del estatuto de anticoncepción de Connecticut porque no se trataba de una “cuestión constitucional”. En su opinión disidente, el juez Douglas hizo una amplia citación de filósofos, invocando tanto a Kant como a Mill, para defender el derecho de un médico a discutir las opciones de control de la natalidad con una pareja casada. Igualmente, en *Roe vs.*

³⁴ Neomi RAO, “A Backdoor to Policy Making: The Use of Philosophers by the Supreme Court”, *University of Chicago Law Review* n.º 65 (1998): 1371-1401.

³⁵ Lo propio puede decirse de la Corte Constitucional colombiana, que se ha valido del “argumento filosófico” para apoyar gran parte de sus sentencias desde el primer día de su funcionamiento, en 1992.

³⁶ Ver, por ejemplo, *Trist vs. Child*, 88 US 441, 450 (1874).

³⁷ 10 US 87 (1810) *Fletcher vs. Peck*.

³⁸ 367 US 497 (1961).

Wade³⁹ se analizó la figura del aborto desde la civilización griega, pasando por la discusión del Juramento hipocrático, y de lo que Platón y Aristóteles aportaron sobre el tema.

Esta tendencia a mencionar los filósofos como respaldo en casos controvertidos se ha hecho igualmente visible en sentencias sensibles de género. En *Barnes vs. Glen Theatre, Inc.*⁴⁰, la Corte americana confirmó la constitucionalidad de un estatuto de indecencia pública, que exigía el uso de tangas a las bailarinas eróticas. El disenso del Magistrado White⁴¹ sostuvo que la Ley del “baile casi desnudo” violaba la Primera Enmienda, no fomentaba un interés estatal apremiante y era inconstitucional. Sin embargo, en apoyo de filósofos, estuvo de acuerdo con la mayoría en que, como lo dijo Aristóteles en su obra *Poética* “... bailar es una forma de arte antigua y encarna inherentemente la expresión y comunicación de ideas y emociones”. Asimismo, en una objeción al modelo de educación de un solo sexo del Instituto Militar de Virginia (VMI) la magistrada Ginsburg, defendió el derecho de las mujeres a ser admitidas en esa prestigiosa institución; citó en sus argumentos a un reconocido filósofo para sostener su propuesta, sostenida en que, incluso en la sociedad de Platón, “la habilidad innata de las mujeres de servir como guardianes no fue cuestionada”.⁴²

El valor de reconocidos académicos también es reseñable en esta investigación. Durante una conferencia, en el marco de un homenaje que se le hiciera a Ronald Dworkin en el año 2000, el profesor norteamericano preguntaba si los jueces debían ser filósofos, en tanto los problemas que abordan diariamente en la resolución de casos han sido ya tratados de manera detallada por los estudiosos del saber. El debate, planteado por Dworkin como un dilema, (*Must our judges be philosophers? Can they be philosophers?*) implica que, en su labor permanente, los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también objeto de una importante lectura filosófica. Desde su punto de vista, no solo la filosofía política y moral sustantiva eran temas apropiados para incluir en los planes de estudio de

³⁹ 410 US 113 (1973).

⁴⁰ 501 US 560 (1991).

⁴¹ Ídem. 587 n.º 1 (*White dissenting*).

⁴² Virginia, 116 S Ct en 2287 n.º 20. Para el texto completo de Platón sobre la igualdad de la mujer; véase los *Diálogos de Platón*, Libro V, 4a ed. traducción de Jowett (Oxford, 1953).

las facultades de Derecho, sino que los jueces en el ejercicio de sus cargos, debían incorporar material filosófico como soporte de sus decisiones, tal como se había hecho con la historia, la sociología, la economía, la hacienda pública, la ciencia política, etc.⁴³

Su postura se explica en que los temas que son utilizados por los magistrados –y los asuntos a los que hacen referencia– son semejantes o idénticos a los que han ocupado por siglos a los filósofos; tanto unos como otros están preocupados por identificar en qué consiste, *inter alia*, la igualdad, la dignidad, la vida, la muerte, la libertad, los pactos, la equidad, el orden constitucional, la responsabilidad, la paz, la justicia, la felicidad, la estructura del Estado y la democracia. Tales conceptos van adobados con algunas preguntas, tipo ejemplo, únicamente indicativas, como las que Dworkin buscaba reforzar su tesis, según la cual muchos de los grandes cuestionamientos de la justicia encuentran sus orígenes en la literatura filosófica: “¿Siempre debemos asignar los recursos escasos sobre la base del mérito?, ¿qué significa “mérito”? ¿Los gobiernos respetables violan principios fundamentales al negar a los ciudadanos agonizantes el derecho a morir cuándo y cómo ellos desean? ¿Constituye una violación de los asuntos concernientes a la igualdad que una nación debe respetar a sus ciudadanos, cuando permite que las instituciones y los organismos del Estado tengan en cuenta la raza en la aceptación de los aspirantes a las universidades y a las escuelas profesionales?, ¿es esto distinto del hecho de tratar de forma diferente a los aspirantes dependiendo de su puntaje en las pruebas de aptitud o de su habilidad para el baloncesto? ¿Por qué se le exige al gobierno que otorgue una protección especial al derecho de libertad de expresión?, ¿tal derecho incluye el derecho de los ciudadanos intolerantes, al referirse a las minorías en términos insultantes y ofensivos? ¿Incluye el derecho de los candidatos a puestos políticos de elección popular a gastar todo el dinero que puedan recaudar en sus campañas, o el derecho de los donantes a contribuir a las campañas electorales con todo el dinero que deseen?”.⁴⁴

⁴³ Ronald DWORKIN. “Must our judges be philosophers? Can they be philosophers?” conferencia ofrecida en ocasión de recibir la distinción de Scholar of the Year por el New York Council for the Humanities, 2000. La versión del texto original en español de la conferencia puede cotejarse en: “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” traducida por Leonardo García Jaramillo, *Revista Isonomía* n.º 32 (abril 2010).

⁴⁴ *Ibidem*, 9.

En todas estas preguntas radican “cuestiones de valores, no de hechos”, las cuales interesan en paralelo a filósofos y jueces, no únicamente por el compromiso de resolver y aclarar principios, sino también porque obligan a reflexionar sobre temas concretos, su correcta aplicación y las relaciones y posibles conflictos entre ellos. Esa es por igual la vocación de los filósofos morales y políticos, señala este autor. “Los jueces y los filósofos no comparten simplemente temas y asuntos entrecruzados como los astrónomos y los astrólogos. Por el contrario, los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos: ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución”.⁴⁵

Lo que hacen los jueces es de gran importancia, afirma Dworkin (quien se dirigía a los magistrados como “los mejores razonadores morales”), no solo para las partes implicadas en el proceso, sino también y particularmente, para la gobernabilidad del Estado; en consecuencia, “¿si los problemas que afrontan han sido debatidos por personas educadas, hombres y mujeres, que les dedicaron sus vidas a estas cuestiones, cómo los jueces pueden ignorar de manera responsable lo que estas personas han escrito?” Por ello, concluye, los jueces tienen que embarcarse en una tarea que es parcialmente semejante a la que han llevado adelante los filósofos, y es lógico y deseable esperar que se beneficien del conocimiento y la experiencia que estos han acumulado.⁴⁶ La profesora Martha Nussbaum,⁴⁷ brillante representante del nearistotelismo comunitarista, reivindica también en la formación y en la gestión pública los estudios de humanidades. Nussbaum defiende firmemente el uso de la filosofía en la educación jurídica tras sostener que la naturaleza específicamente conceptual del pensamiento filosófico puede aportar una perspectiva fresca y profunda a la formación jurídica. A su juicio, los jueces nunca son libres de optar por la mejor decisión, están restringidos por la historia, por los precedentes, etc., y por ello, afirma Nussbaum, “cualquier filosofía que

⁴⁵ *Ibidem*, 9-10.

⁴⁶ Hugo SELEME, ¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas? *Doxa* n.º 37 (2014): 263-280.

⁴⁷ Martha NUSSBAUM, “The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education”, *Stanford Law Review* n.º 45. (1993): 1627-1645.

les sea de ayuda, debe ser flexible y empíricamente cercana y no remota al caso que se discuta”.⁴⁸

Afirma que, los usos que la filosofía pueda tener para los jueces, en general, son variados, pues es un saber que no solo trata los mismos conceptos que utilizan los jueces –entre los que destacan: la igualdad, la justicia, los afectos, el libre albedrío, la equidad, las emociones, la sexualidad y la calidad de vida–, sino que también pueden aportar claridad en cuestiones metodológicas y epistemológicas, ofrecer soluciones a problemas políticos concretos, como los vinculados, por ejemplo, con la regulación de la profesión médica, los alcances de la naturaleza de los sistemas jurídicos –que es lo que mayormente han hecho los filósofos del derecho– y ayudar a que los jueces mantengan vivo su afán por seguir cuestionándose acerca de los puros casos del derecho.⁴⁹ Más cercano, oportuno también, el padre Jaime Hoyos Vásquez, S. J. en aquel pasaje maravilloso que bien podríamos extrapolar a la labor del magistrado, sobre la urgencia de filosofar en tiempos de crisis, en épocas de desencanto, desolación y desesperanza, donde “... solo quedan dos caminos para lograr un cambio: el de la fuerza, que en el fondo nada cambiaría, o el de una sabiduría nueva”.⁵⁰ Que los magistrados conserven también el talante y el temple filosófico para “admirarse”, como decía Aristóteles, frente a los grandes temas que les preocupan.

En un estadio más emotivo, podemos sellar con Couture,⁵¹ cuando en el prefacio de la obra de Goldschmidt nos ilustra con la siguiente reflexión:

En la vida de todo jurista hay un momento en el cual la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales conduce a un estado de particular insatisfacción. El derecho positivo va despojándose de sus detalles y queda reducido a una ciencia de grandes líneas. Pero, a su vez, esas grandes líneas exigen un fundamento que la misma ciencia no puede proporcionar. El jurista se siente entonces como si la tierra le faltara bajo los pies, e invoca la ayuda de la filosofía. La mayor desgracia que le puede ocurrir a un

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ Citado por SELEME, “Deben los filósofos...”, 264.

⁵⁰ Jaime Hoyos, S. J. “¿Por qué y cómo filosofar todavía en una situación de indigencia, más aún, de pobreza absoluta?” *Universitas Philosophica* n.º 9 (diciembre de 1987): 9-17.

⁵¹ Eduardo COUTURE, en el prefacio de la obra de James Goldschmidt, *Problemi generali del diritto* (Padova, 1950).

estudioso del derecho es la de no haber sentido jamás su disciplina en un estado de ansia filosófica.⁵²

Imprescindible terminar con el profesor Gustavo Zegrebelsky, cuando justifica en el *Derecho Dúctil*⁵³, la convivencia de la filosofía del derecho con el derecho constitucional, afirmando que las respuestas a los grandes problemas jurídicos, no se hallan en las constituciones, ni en los códigos, ni en las leyes, ni en las decisiones de los jueces, o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo, con las que los juristas trabajan, sin haber encontrado allí su solución. Los juristas saben bien, dice el autor, “que la raíz de sus certezas y de sus creencias, así como sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad los une o los divide, es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso”.

Si lo anterior es claro cuando se trata de la figura del juez-magistrado, más se justifica a la hora de pensar que las sentencias deben estar estructuradas desde un prisma filosófico. Una lectura no tan apresurada de Robert Brandom⁵⁴ podría despuntar en una conjunción de exigencias pragmáticas útiles, para la ciencia jurídica especialmente, cuando se trata de emprender la tarea de pensar en la construcción de una sentencia judicial. Una sentencia judicial, como cualquier otra decisión, requiere planeación, creación, articulación y el uso de múltiples razones que dependen unas de otras. Ciertamente, un termostato, un loro o un sexador de polluelos, ejemplos mencionados por Brandom, tendrían graves inconvenientes, para responder de manera fundamentada y razonada a interrogantes complejos, más allá de simplemente emitir una información. Claro está que, algunos de ellos, pueden dar respuestas que se basen en el mero sentir y no en el saber, conocer o comprender “algo”. Por su ocupación, algunas criaturas como las mencionadas, no emplean conceptos, según afirma Brandom, en su libro *La*

⁵² Alfonso SANTIAGO, *Filosofía del Derecho Constitucional: perspectiva continental*, en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, III, 51 editada por Jorge Zamora et al. México: Universidad Autónoma de México, 2015: 1814-1888, citando a Arthur Kauffman.

⁵³ Gustavo ZEGREBELSKY, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 9.

⁵⁴ Robert BRANDOM. *La articulación de razones. Una introducción al inferencialismo*, traducido por Eduardo de Bustos y Eulalia Pérez Sedeño (Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002).

*articulación de razones. Una introducción al inferencialismo*⁵⁵, pero ese no es el caso de alguien que se ocupa de elaborar una sentencia judicial. El foco al que deben apuntar las razones que justifican una sentencia judicial, debe coincidir con la presentación de razonamientos, entendidos como la facultad y conciencia de producir y consumir razones, mediante inferencias. Esta práctica, indudablemente, conduce a la construcción y uso práctico de conceptos mediante razones. Para nuestro júbilo, esta es la mejor perspectiva teórica felizmente alcanzada en los últimos años, tras la gloriosa batalla que ganó, para las “ciencias del espíritu” y frente a la epistemología tradicional, la hermenéutica-ontológica de Martín Heidegger junto con la hermenéutica de Hans Georg Gadamer. Sin ser reduccionista, la podemos expresar en una única frase: debemos pensar y no simplemente actuar.

Diversas son las restricciones que asume como necesarias la teoría de Brandom para alcanzar fiabilidad en el discurso y para que este sea responsable. Quien exhibe un discurso racional, debe cuidar que sus razones omitan el mero sentir, verbo que debe mudar de aires, para reemplazarlo por la combinación: “ser responsable”. El verbo *sentir*, a secas, se ocupa de un *pre-saber* algo, pero no del comprender. Los discursos prácticos necesitan autonomía, inteligibilidad, objetividad, a través de los cuales se pueda alcanzar fiabilidad. En consonancia, la forma transparente de hundir la mirada en la construcción de un discurso jurídico (demanda, alegatos, sentencia, recursos, acto administrativo, entre otros) debe responder a esta manera de pensar, que no es una receta o una lista acotada y sesgada de requisitos, pero sí un llamado coherente para entender, que, si somos “criaturas” discursivas, debemos hacer honor a esta capacidad. Por ello, insistimos en que no cualquier discurso vale, y no cualquier razón es fiable. Si se parte de este criterio, los discursos que también podríamos denominar “conjunto de argumentos”, o mejor, “conjunto de razones”, deben ser proveídos por agentes que efectivamente realizan una actividad cognitiva mediante un razonamiento fiable y que suplen simples descripciones de la realidad. Las razones deben ser compromisos que se insertan en el discurso jurídico, de tal manera que permitan expresar los argumentos propios y, además, servir como premisa para argumentos que puedan emitir otros. La propuesta de Brandom se puede calificar como

⁵⁵ *Ibidem*, 9.

una teoría pragmática, que se contrae a la aplicación de razones responsables, para un mundo en el que abundan las *no razones*. Más allá de Brandom es posible afirmar, que la filosofía ha logrado, a lo largo de los años, suficientes elementos como para que, especialmente en los tiempos que corren, no sea posible crear una sentencia judicial sin el uso de razones y, con ello, de la filosofía.

Para el jurista debe ser claro, que la filosofía del Derecho se ha hecho cargo de algunos asuntos que pueden iluminar el conjunto de razones que el juez debe exponer en una sentencia. El contenido de conceptos, que podríamos denominar “compactos”, pero también, “infinitos”, como, Constitución, derechos humanos, justicia, democracia, persona, y mil más, sin duda deben hacer parte de la construcción “dura” de la sentencia judicial. En este punto, y sin entrar en la polémica iuspositivismo o iusnaturalismo, y sus disparidades, lo significativo es que, sin la filosofía, bien podríamos denominarnos termostatos, o elegir entre el loro y el sexador de pollos. Ni siquiera alcanzaríamos a pensar en la controversia o cercanía entre las teorías señaladas, que han representado, desde hace muchos años, la ontología en las que de manera intermitente se anuncia el Derecho. A Martín Heidegger le divertía pensar, y aún más, dedicó toda su vida a plantear (no a resolver) la pregunta: ¿Qué es pensar? En su obra *Qué significa pensar* indaga acerca de los significados que se ocultan en el interior de los textos, aquellos que no afloran a simple vista, y alude a la inevitable exigencia de pasar por caminos difíciles en esa inconmensurable tarea, en la que apremia ir más allá de la simple acción⁵⁶. Si seguimos mínimamente esta filosofía, en conjunción con Brandom y Gadamer, el ejercicio de pensar, lejos de ser una abominable retahíla incomprensible e inaccesible, se transformará en la posibilidad de conocer el mundo, con inclusión de los seres humanos, en un sentido solidario y dialogante, más allá de lo habitual, y fuera de cualquier capricho, con el propósito de entrever un camino hacia una sentencia judicial fructífera.

⁵⁶ Martín HEIDEGGER, *¿Qué significa pensar?*, 3ed. traducida por Raúl Gabás (Madrid: Editorial Trotta, 2010).

Conclusión

La finalidad de una buena sentencia judicial es lograr que, a través de procesos cognitivos y creativos como la interpretación y la argumentación, se produzcan soportes conceptuales destinados a resolver los complejos problemas jurídicos y a sortear variadas situaciones dilemáticas. El juez debe además lidiar con espacios conceptuales densos, en donde existen desacuerdos, dada la indeterminación, vaguedad o ambigüedad del lenguaje, que exigen una interpretación y argumentación judicial compleja, en la cual debe crear para cada caso, nuevos conceptos, además de recoger los anteriores, a manera de estabilización razonable del Derecho. La ciencia jurídica y la filosofía entrañan estas condiciones conceptuales que permiten tener responsabilidad en la toma de cualquier decisión. Por ello, la tarea de irrumpir en el mundo de los conceptos para constatarlos o crearlos es pensar en la necesidad del conocimiento y comprensión de varios planos epistemológicos, como el de la inmanencia y el metalenguaje. En dichos escenarios, el intérprete debe tomar protagonismo y señalar la ruta que seguirá para demostrar cuáles son los mejores conceptos que amparan su decisión.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. “El no positivismo incluyente”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 36 (2013).
- BRANDOM, Robert. *La articulación de razones. Una introducción al inferencialismo*. Traducción de Eduardo Bustos y Eulalia Pérez Sedeño. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BIX, Brian. *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- DWORKIN, Ronald. “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” Traducción de Leonardo García Jaramillo. *Revista Isonomía* n.º 32 (abril 2010).
- DAVIDSON, Donald. *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.
- DELUZE, Gilles y Félix Guattari. *¿Qué es la filosofía?* Barcelona: Anagrama, 1992.

- DIÉGUEZ LUCENA, Antonio. *Filosofía de la ciencia*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2010.
- FODOR, Jerry. *Conceptos. Donde la ciencia cognitiva se equivocó*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2014.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método*. 5a ed., traducida por Manuel Olasagasti. Salamanca: Sígueme, 2012.
- GARCÍA, Lorena Claudia, Ángeles Eraña y Patricia King Dávalos, compiladoras. *Teorías Contemporáneas de la Justificación epistémica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2013.
- HEIDEGGER, Martín. *¿Qué significa pensar?*, 3 ed. traducida por Raúl Gabás Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- HOYOS, Jaime. “¿Por qué y cómo filosofar todavía en una situación de indigencia, más aún, de pobreza absoluta?” *Universitas Philosophica* n.º 9 (diciembre de 1987).
- LEITER, Brian. *Naturalismo y teoría del derecho*. traducida por Giovanni Battista Ratti. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- LUQUE, Pau. “Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 36 (2013).
- MODUGNO, Franco. “Interpretazione giuridica”, tomo primo. En *L’oggetto. Manuali di scienze giuridiche*, editado por Antonio Milani y Wolters Kluwe. Italia: Casa Editrice Dott-Cedam, 2015.
- MOSTERÍN, Jesús. *Ciencia, filosofía y racionalidad*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2013.
- NUSSBAUM, Martha. “The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education”. *Stanford Law Review*, n.º. 45 (1993): 1627-1645.
- ORTIZ BOLAÑOS, Liliana. *El Problema de la subjetividad en la interpretación y argumentación jurídica. Un análisis desde la filosofía hermenéutica*. Cali: Editorial Bonaventuriana-Universidad San Buenaventura de Cali, 2016.
- SANTIAGO, Alfonso. *Filosofía del Derecho Constitucional: perspectiva continental*. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, III, 51, editada por Jorge Zamora et al. México: Universidad Autónoma de México, 2015.
- PUTNAM, Hilary. *Representación y realidad*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1990.

- RICOEUR, Paul. *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1996.
- RICOEUR, Paul. “Retórica, poética y hermenéutica”. Traducción de Gabriel Aranzueque. *Cuaderno Gris*. III, 2 (1997): 79-89. (Monográfico: “Horizontes del relato: lecturas y conversaciones con Paul Ricœur” coordinado por Gabriel Aranzueque).
- SANKEY, Howard. *Ciencia, realidad y racionalidad*. Traducción de Juan Carlos Aguirre. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2015.
- SANKEY, Howard. “Incommensurability, Translation and Understanding” *The Philosophical Quarterly*, 41, n°. 165 (1991): 414-426.
<https://www.jstor.org/stable/2220077>
- SELEME, Hugo. “¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas?” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°. 37 (2014).
- SHAPIRO, Scott. *Legalidad*. Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- VATTIMO, Gianni. *Más allá de la interpretación*. Introducción de Ramón Rodríguez Buenos Aires: Paidós, 1995.
- VILA, Marisa Iglesias. *Conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°. 23 (2000).

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN LUIS RECASÉNS SICHES

Juan Antonio Pabón Arrieta*
*Académico correspondiente,
Capítulo seccional (Barranquilla)*

Resumen: Luis Recaséns Siches contribuyó en Iberoamérica al desarrollo de la ciencia jurídica, la filosofía del derecho y la hermenéutica. Su pensamiento ha sido una guía para jueces, académicos y abogados. 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, determinando el derecho al caso.

Palabras clave: Recaséns; interpretación; hermenéutica; derecho.

THE JURIDICAL INTERPRETATION IN LUIS RECASÉNS SICHES

Abstract: Luis Recaséns Siches contributed in Ibero-America to the development of legal science, philosophy of law and hermeneutic.

* Doctor en Ciencia Política de la Universidad del Zulia, Venezuela; magíster en Derechos Humanos de la Universidad Alcalá de Henares, España; especialista en Derecho Penal de la Universidad del Atlántico y de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Es docente de pregrado y posgrado de la Universidad Libre de Colombia, seccional Barranquilla, y de maestría de la Universidad Simón Bolívar, sede Barranquilla. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Asofides).

His thought has been a guide for judges, academics and layers. The identification that the law was not in the legal rules, nor that the process of interpretation was a mere procedure of adaptation of the cases to the rules, but that it constitutes a complex linguistic process of judgment that, starting from the legal tradition of a community, examines the legal rules from a valuative process, determining the law to the case.

Keywords: Recaséns; Interpretation; Hermeneutic; Law.

El estudio sobre la interpretación del Derecho es un tema esencial, lo mismo en la teoría que en la práctica del Derecho. Tanto, que, sin interpretación, no hay, en absoluto, ninguna posibilidad de que exista de hecho, ni funcione en la práctica ningún orden jurídico.
Luis Recaséns Siches¹

Introducción

El humano: un ser que vive en la interpretación

El humano es un ser social; no puede vivir aislado, necesita de su semejante. El ser humano debe convivir con su semejante para crear su mundo, y la creación de su mundo solo es posible mediante el ejercicio de su inventiva, dado que siendo un ser ingenioso, con su imaginación, mecanismo de su ingenio, hace mundos posibles en una vida comunitaria. En la construcción de esos mundos posibles, el ser humano necesita del lenguaje para comunicarse y establecer nexos de convivencia con sus semejantes y con la naturaleza. El ser humano, como ser social, vive en comunidad. Es inconcebible que viva por fuera de la comunidad. Es un animal político y, como tal, puede serlo porque el lenguaje le permite establecer la comunicación con su semejante. No es difícil establecer que el ser humano viva en su lengua al dialogar, y en la lengua desarrolla su existencia comunitaria dialogando. Este ser, al vivir en la lengua, despliega su espiritualidad en la misma. La importancia de la lengua está en su poder como manifestación espiritual humana. Acerca del lenguaje, Vives² nos enuncia: “Aquellos que dijeron que los vínculos de la sociedad humana son la justicia y el lenguaje, descubrieron con claridad la fuerza del ingenio humano”. También,

¹ Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho* (México: Porrúa, 1997), 210.

² Juan Luis VIVES, *El arte retórica* (España: Anthropos, 1998), 3.

agrega: "... el hombre mismo ha de hacer su vida en sociedad, así como ha sido destinado a una sociedad sempiterna, para poder comunicarse con los demás fue dotado de la facultad del habla, la cual se deriva de la mente, como de la fuente el río".³

El lenguaje y la justicia son las manifestaciones del ingenio humano. En el desarrollo de toda conversación aparece un lenguaje que se identifica con claridad y otro que concierne a la oscuridad, lo que establece barreras que dificultan la comprensión entre humanos. Esto se debe a diversas causas, entre estas, la natural incapacidad del habla del ser humano para transmitir en su integridad lo que desea transmitir. La experiencia humana en la vida cotidiana lo constata. Siempre lo ha sido y así lo será. El ser humano ha de vivir en una comunidad lingüística, universal y particular, simultáneamente. Hace esfuerzos por comprender a los demás, y al hacerlo se comprende, y tiene necesariamente que interpretar para comprender. El ser humano que se comprende a sí mismo, no es cosa distinta que lenguaje; la civilización humana descansa en una estructura lingüística. Es así que Gadamer nos dice: "... es notorio que el fundamento de la civilización humana no es la matemática, sino la constitución lingüística de los hombres".⁴

Por constituir el universo humano una comunidad lingüística, a través del diálogo produce la apertura a la comprensión del otro. Al existir el ser humano en el lenguaje, vive tratando de captar, de hacer una interpretación en la conversación con el otro o con lo que la comunidad manifiesta o le intenta manifestar, lo que le comparte o le puede compartir. El ser humano debe estar conforme con lo que la comunidad le comparte, en un sentido comunitario. Esto es mejor conocido como el "sentido común", que es el conjunto de saberes que una sociedad comparte como justos y del bien común –concepto de herencia romana–, tal y como lo enseña Gadamer, al decir: "... para Vico, en cambio, el *sensus communis* es el sentido de lo justo, del bien común que vive en todos los hombres, más aún, un sentido que se adquiere a través de la comunidad de vida y que está determinado por las ordenaciones y objetivos de esta".⁵ Esta reflexión de Vico y Gadamer es compartida por Luis Recaséns Siches, que en la interpretación de

³ VIVES, *El arte retórica*, 11.

⁴ Hans Georg GADAMER, *Arte y verdad de la palabra* (España: Paidós, 1998), 116.

⁵ Hans Georg GADAMER, *Verdad y método* (España: Sígueme, 2005), 52.

una norma jurídica y el derecho de una sociedad ven una cultura determinada, anclada en la tradición como una realidad viva objetivada. Dice Recaséns Siches, que, "... lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultará claro que, para comprenderla cabalmente, debemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana".⁶

Este esfuerzo de tratar de captar lo que el otro me dijo, o trata de decirme, el humano lo realiza en el ejercicio de interpretar, lo que equivale a reconocer que el ser humano vive en la interpretación. Siendo el ser humano un ser que interpreta, alcanza en la interpretación el sentido de su existencia. En el mundo de lo jurídico, el derecho, para determinarse, requiere necesariamente de la interpretación. Sin interpretación no es posible que exista el derecho. Toda norma jurídica requiere de la correspondiente interpretación. El derecho, en consecuencia, se determina en el proceso de la interpretación. En la interpretación se crea todo, y al derecho, asimismo, no puede prohibírsele la interpretación, como bien lo señala Recaséns-Siches:

Cierto que ha habido legisladores que prohibieron la interpretación de las normas que emitían; pero es evidente que tales legisladores o no sabían lo que estaban diciendo —una descomunal estupidez— o querían decir otra cosa, probablemente querían decir que ordenaban una aplicación estricta y severa (lo cual, en fin de cuentas, constituye también una tontería de gran tamaño).⁷

La interpretación no constituye una reproducción mecánica, ni mucho menos una transcripción de lo que el otro dice en forma directa. Interpretar es algo más complejo. Interpretar no es decir lo que la norma jurídica dice; interpretar es captar el sentido de lo que no solo la norma dice, sino lo que otro quiere decirnos y nos interpela. En la interpretación está el arte de la hermenéutica, y como en todo arte, en el sentido metafórico está presente el sentido socrático de "imagina y representate", porque la interpretación es una labor creadora, y en lo jurídico es mediante la interpretación que se crea el derecho singular. Como bien dice Gadamer: "El arte de la herme-

⁶ Luis RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1959), 108.

⁷ *Ibidem*, 627.

néutica no consiste en aferrarse a lo que alguien ha dicho, sino en captar aquello que en realidad ha querido decir”.⁸

En el pensamiento de Luis Recaséns Siches y el de Hans-Georg Gadamer se puede afirmar que, por caminos paralelos, coinciden en el esfuerzo por fundamentar la hermenéutica jurídica como una filosofía fundada en la interpretación, situada más allá de su identificación, con métodos de la aplicación de la lógica tradicional físico-matemática y la asignación de significados de la normas. Recaséns Siches nos aclara:

... la llamada interpretación no es algo tan relativamente simple como se había creído durante siglos: la interpretación no consiste solo, como ingenuamente se ha dicho tantas veces, en esclarecer el sentido de las norma, es entenderla. Por el contrario, la interpretación comprende un enjambre de operaciones mentales recíprocas entrelazadas de modo solidario e inescindible.⁹

Para Luis Recaséns Siches, el derecho es una realidad viva objetivada, y la creación del derecho en la interpretación es vida del hombre en sociedad.

La interpretación jurídica desde la hermenéutica filosófica

En el estudio de la ciencia del derecho y en la formación de los juristas iberoamericanos, lo mismo que en la práctica jurídica, de manera histórica, la interpretación jurídica ha estado influenciada por el reinado del razonamiento deductivo, bajo la orientación de corrientes filosóficas pertenecientes al formalismo lógico, bien sea dentro del positivismo jurídico o el isunaturalismo racionalista. Es así como, la interpretación jurídica era considerada como un procedimiento, es decir, como un método que seguía distintos protocolos y cánones de interpretación. La interpretación jurídica, como procedimiento, era considerada una práctica metódica de aplicación de la ley a un caso singular. Se reconocía a la ley como el verdadero contenido del derecho, con lo cual se identificaban ley y derecho, y se autorizaba legalmente su interpretación por los códigos jurídicos en los casos en que las normas jurídicas presentaban elementos de oscuridad que impidieran encontrar el sentido de lo verdadero, bajo el criterio de que

⁸ Hans Georg GADAMER, *El giro hermenéutico* (España: Cátedra, 2001), 62.

⁹ RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho*, 3.

lo claro no requiere ser intrerpretado. Así lo expresaba el Código Civil de Colombia, que en su artículo 25 decía: “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo le corresponde al legislador”. Este artículo está diseñado bajo la idea de la supremacía del legislador frente a las otras ramas del poder público, y del sometimiento del poder judicial y del juez a la ley. Asimismo, al identificar ley con derecho, conducía a que el monopolio del derecho estuviese radicado en el legislador. El juez debía someterse a la ley casi como un autómatas, y debía realizar la interpretación conforme a las reglas de los códigos y sus métodos.

En el contexto de la interpretación, si el intérprete estuviese sometido a lo que la ley ordenara, sin intentar explicar su sentido y pertenencia en el juico valorativo de la norma y de su juridicidad o considerar la interpretación como un asunto metódico en los casos autorizados por la ley, el intérprete estaría sometido y dominado por las reglas del Parlamento, semejante a un esclavo sometido al amo, es decir, esclavizado por las leyes y los códigos, a sabiendas de que estos eran estrictos en sus reglamentaciones; por ejemplo, la Ley 153 de 1887 de la República de Colombia, acerca de la aplicación de los principios generales del derecho en la interpretación jurídica, que la reducía a los casos dudosos, al establecer en su artículo 4º que “... los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. En cuanto al sentido de la norma jurídica en la interpretación, el artículo 26 del Código Civil de Colombia establece que “... los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpreta por vía de doctrina, en búsqueda de su verdadero sentido...”. En la misma obra se reitera que los contratos se interpretan para alcanzar el verdadero sentido de las obligaciones pactadas, e indicar cómo debe interpretarse en forma razonable la intención de las partes contratantes.

En consecuencia, se consideraba que la interpretación no estaba reconocida y autorizada en forma universal a todo intérprete como hombre libre, con acceso a todas las personas en un ambiente de libertad, como algo normal y corriente en el ámbito de lo jurídico, como un asunto de la existencia humana. Esto no representaba nada nuevo en la historia de la humanidad,

porque desde Grecia, en la antigüedad, en la cual se le atribuía la interpretación a los adivinos, al igual que en otras sociedades a los sacerdotes o a los brujos, y que en el tránsito a la modernidad, a los juristas; no, lo nuevo es la universalización de la interpretación como una conquista de las sociedades libres. La interpretación, en esa dirección metódica legalista, se reducía a una operación intelectual sin prejuicios –juicios previos en un espiral de la comprensión– ni sentimientos jurídicos, era una operación lógica de corte silogístico en la que la norma jurídica no operaba como una directriz frente a los hechos particulares con relevancia jurídica por resolver, sino que, mediando un proceso de adecuación del caso a la norma jurídica, se pretendía alcanzar la verdad del derecho, como si la verdad fuera un asunto del conocimiento jurídico, o como Lessing dijera: “Vengo preparado para una cuestión de dinero y resulta que quiere verdad. ¡Verdad! Y la quiere tan contante y sonante, tan reluciente –¡como si la verdad fuera una moneda!–”.¹⁰ El derecho no puede ofrecer verdad, no es su fin, y la interpretación no puede ser un procedimiento de caso adecuado a una norma, sin contexto, como si la norma fuera un todo jurídico independiente, completo, y no una norma más, perteneciente a un orden jurídico abierto, que debe ser enjuiciado por el intérprete. Insisto, el intérprete solamente estaba autorizado para la interpretación en los excepcionales casos de oscuridad y dudas. La personalidad del intérprete y la tradición aparecían escondidas. De la universalidad de la interpretación, Recaséns-Siches dice: “Cierto que la actividad del jurista está limitada por normas generales del Derecho positivo en vigor. Pero cierto también, que dentro de esas limitaciones el jurista debe y tiene que orientarse por cuenta propia. Toda norma jurídica –incluso la más simple y la más clara, en apariencia– necesita indispensablemente, ineludiblemente, ser interpretada. La interpretación es una función esencial, necesaria, en la aplicación de toda norma jurídica, incluso de la más sencilla”.¹¹

En esencia, la interpretación era concebida semejante a un procedimiento de orden metodológico gobernado por reglas, no lejos del cartesianismo filosófico que le colocaba reglas a la mente para obtener un resultado científico estimado como verdadero, inspirado en el racionalismo moderno

¹⁰ Gotthold LESSING, *Natán el sabio* (España: Anthropos, 2008), 52.

¹¹ RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho*, 5.

impuesto por las revoluciones modernas del siglo XVIII y con la creación del estado de Derecho, con su culto a la ley como voluntad general y el derecho que condujo al positivismo científico y filosófico. Positivismo que, a juicio de Gutiérrez, se caracteriza:

... por una parte, quería ver el saber de todo lo humano reducido a la metocidad de las ciencias naturales y a la imaginación sometida a la observación de los fenómenos y a las relaciones constantes entre ellos. La fe positivista en el progreso producía en gran medida desconocimiento de la historia y del pasado propio de la ilustración.¹²

Este juicio acertado del hermenéuta colombiano coincide con el pensamiento de Luis Recaséns Siches, en lo que hace relación con la forma equivocada de abordar la interpretación bajo la metocidad de las ciencias naturales y desde un horizonte metódico, olvidando la historicidad de la vida humana.

La interpretación jurídica, a juicio de Luis Recaséns Siches, es consustancial con el mundo de lo humano, en el que el derecho no es otra cosa que un medio para alcanzar unos determinados fines, y en especial, para realizar valores; por lo que, toda interpretación constituye un acontecimiento que transforma la vida y crea algo nuevo. La condición de medios para la realización de fines del derecho, lo afirma Recaséns Siches al sostener:

Nótese que, desde el punto de vista formal, el Derecho no es un fin, sino que es un medio especial del que se sirven los hombres para asegurar la realización de ciertos fines que reputan de urgente e indispensable cumplimiento. Así pues, lo jurídico no radica en el qué, sino en el cómo.¹³

Asimismo, reafirmando la naturaleza de medio del derecho, señala acerca de sus fines:

El Derecho, obra humana con forma de específica normatividad orientada hacia unos valores. Entiendo que el derecho constituye una obra humana, con forma normativa, y con el propósito de realizar determinados valores –la justicia y el séquito de los demás valores por ella implicados.¹⁴

¹² Carlos GUTIÉRREZ, *Obras reunidas*, II (Bogotá: Universidad de los Andes, 2017), 295.

¹³ Luis RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación jurídica* (México: Porrúa, 1956).

¹⁴ Luis RECASÉNS SICHES, *Balace de la teoría pura del derecho de Kelsen* (Colombia: Universidad de Antioquia, 1961), 313.

Por tanto, que en la interpretación lo que predomina es identificar y tener presente cuáles son los fines del derecho y cómo deben realizarse. No se trata solamente de reproducir lo que la norma nos dice, sino que en la interpretación, el intérprete debe orientarse por la imaginación y la fantasía, con su capacidad para crear mundos posibles, y que en el terreno de la ciencia jurídica lo que predomina es la capacidad creadora de un orden jurídico justo, que cumpla los fines del derecho.

Igualmente, no es posible la existencia de un orden jurídico por fuera de la interpretación. Un orden jurídico es lo que la interpretación dice de él. Se construye en la interpretación de la sociedad en un permanente diálogo comunicativo. Vivir en una sociedad es dialogar, y dialogar es interpretar. El derecho se vive en la interpretación. En este cambio de mentalidad acerca de la interpretación como algo consustancial a lo humano, el jurista y toda persona vive interpretando con la finalidad de identificar qué normas jurídicas pueden ser aplicadas en un caso particular para que se cumplan los fines superiores del derecho. En otras palabras, la interpretación no se reduce a resolver qué es derecho, sino resolver cómo, mediante el derecho, se cumplen los fines superiores de las personas, que como individuos están dotados de un conjunto de valores, que no tienen la misma jerarquía, y esto debe ser tomado en consideración por el intérprete, en la interpretación jurídica.

La interpretación jurídica tiene un centro, que no lo constituye la norma jurídica ni el ordenamiento jurídico, aunque a primera vista pareciera que lo constituyera, y no es de esa manera. Toda norma jurídica y ordenamiento jurídico tienen como fines los objetivos del derecho, que son la posibilidad de realización de los valores humanos destinados a que al humano se le garantice desde lo jurídico el pleno desarrollo de su personalidad, dado que el ordenamiento jurídico, las normas jurídicas y la sociedad civil, en su conjunto, están instaurados para la protección del ser humano como individuo digno y, en consecuencia, esa individualidad humana tiene que estar presente en la interpretación.

Luis Recaséns Siches parte del ser humano como una totalidad digna de ser protegida. Pone a la sociedad a su servicio, y no lo contrario. Por tal razón, manifiesta que “el individuo no es pura y simplemente una parte del todo. Aunque sea, desde luego, necesariamente miembro de la sociedad, es

al mismo tiempo superior a ella”.¹⁵ En otras palabras, toda interpretación es un asunto de la existencia del individuo humano, y constituye un problema de la filosofía hermenéutica, en la medida que se trata de comprender al humano en el ámbito de lo jurídico, y se hace necesario interpretar desde la tradición para tener presentes las condiciones que hacen posible la comprensión del lenguaje como el alma del ser. Esta realidad obliga a reconocer que toda interpretación es manifestación de vida humana, y que detrás de cada norma jurídica lo que existe es vida humana.

La función creadora de la interpretación jurídica

El derecho no está creado, lo que existe es la idea del derecho. El derecho ni está determinado para ser aplicado a casos particulares por parte del intérprete, ni la labor de la interpretación es la de sacar del ordenamiento jurídico una norma jurídica, y deducir de esta la solución jurídica a un problema jurídico. La idea rectora en el pensamiento de corte iusfilosófico de Luis Recaséns Siches es que el derecho no está creado ni determinado, menos aún que está en las leyes de un ordenamiento jurídico. La interpretación no puede ser reducida a una operación intelectual deductiva que renuncia a las emociones y al arte retórico. La interpretación es un comprender en la creación de un sentido de lo justo, en una situación en la que seres humanos reclaman a la sociedad el respeto y garantía de su vida en seguridad de la justicia. La interpretación jurídica es, en consecuencia, un comprender, un existir, tal y como se sigue de las líneas conceptuales de Martin Heidegger y José Ortega y Gasset. Detalla el primero que “la interpretación se funda existencialmente en el comprender, en lugar de surgir este de ella. La interpretación no es tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo de las posibilidades proyectadas en el comprender”.¹⁶ Ahora, en cuanto a que la interpretación no es un procedimiento metódico, sino un comprender el desarrollo de las posibilidades proyectadas del intérprete, Heidegger agrega: “la interpretación de algo como algo tiene sus esenciales fundamentos en el ‘tener’, el ‘ver’ y el ‘concebir previos’. Una

¹⁵ Luis RECASÉNS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho* (México: Fondo de Cultura Económica), 250.

¹⁶ Martin HEIDEGGER, *Ser y tiempo* (México: Fondo de Cultura Económica, 2007), 167.

interpretación jamás es una aprehensión de algo dado llevado a cabo sin supuesto”.¹⁷

En rigor, Luis Recaséns Siches ve la interpretación como un comprender, en el que se construye el sentido de justicia en una circunstancia en particular partiendo de precomprensiones, es decir, de juicios previos apoyados en la cultura jurídica determinada, en la que el intérprete, cuando se enfrenta a un caso y lo aborda para iniciar su proceso de individualización –interpretar es juzgar en fases distintas– e, inconscientemente, se apoya en el componente de las emociones, por ejemplo, en el sentimiento de lo justo. Al respecto, Recaséns-Siches en 1956 expone: “La individualización realizada por el juez se produce a través de sentimientos; por ejemplo, sentimientos de la justicia, de la equitativa resolución de la disputa”.¹⁸ En otras palabras, el intérprete, como miembro de una sociedad que integra y con la que tiene un vínculo de pertenencia, comparte los sentimientos jurídicos de esa comunidad y debe actuar dentro de estos, y cuando procede a la interpretación, deben estar presentes para guiar su actividad interpretadora. Recaséns también manifiesta:

Aquí “sentimiento” no significa simple emoción; porque incluye un proceso mental por virtud del cual los méritos o deméritos de una persona son puestos a la vista; por virtud del cual se obtiene un criterio para elegir entre un grupo de alternativas, mediante el pronunciamiento de su decisión. La equidad, la igualdad, lo razonable, la buena fe, las garantías procesales, la recipricidad, la forma, la resolución rápida y eficaz del conflicto, y todos los demás son principios manifestados a través de los sentimientos.¹⁹

La presencia de los sentimientos jurídicos en el proceso de interpretación no es algo nuevo, siempre han sido reconocidos, a pesar de que algunas veces se ignoren. Del reconocimiento de los sentimientos jurídicos en la interpretación en el ámbito de lo jurídico, lo reconoce la filosofía hermenéutico-jurídica, señalando que en el proceso de interpretación siempre se hace necesario combinar lo irracional con lo racional bajo un prisma racional, y es que los sentimientos morales son fundamentos de la sociedad civilizada y están presentes en el juicio para examinar lo justo y equitativo.

¹⁷ *Ibidem*, 168.

¹⁸ RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la...*, 127.

¹⁹ *Ibidem*.

Gustav Radbruch, jurista y filósofo del derecho alemán que influyó en Luis Recaséns Siches, es un defensor del papel hermenéutico del sentimiento jurídico en la interpretación creadora del derecho al caso, tal y como recuerda Arthur Kaufmann. Gustav Radbruch en un artículo de 1907 –nos recuerda Kaufmann–, dice:

El sentimiento jurídico anticipa el resultado, la ley debe dar luego los fundamentos y límites para ello. [Y, en 1932, agregó] El sentimiento jurídico exige un espíritu ágil, que pueda pasar de lo particular a lo general y nuevamente de lo general a lo particular. Es difícil decirlo mejor.²⁰

Y agrega, el mismo Radbruch, a reglón seguido: “El sentimiento jurídico es el arte de tener pre-comprensiones (pre-juicios correctos)”. Todavía, de manera más aguda, particularmente perspicaz, al respecto dijo Albert Eistein: “La fantasía es más importante que el saber”.

Sobre este aspecto de la interpretación jurídica, dado que el intérprete no está atado de manera previa a un método de interpretación, sino que la experiencia judicial permite constatar que el juez lo primero que hace en el proceso interpretativo es anticipar el resultado que cumpla los fines del derecho y después fundamenta y justifica la decisión, Recaséns-Siches nos recuerda cómo razonaba el célebre magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, Benjamin Cardozo, ante la pregunta de qué método de interpretación seguía para la resolución de los casos jurídicos sometidos a su decisión.

Lo que importaba a Cardozo, lo que él se proponía respecto a cada litigio sometido a su conocimiento, era encontrar la decisión justa, la más justa entre todas las posibles. Para ello iba ensayando cada uno de aquellos cuatro métodos, y en cada caso se quedaba con aquel que lo conducía a la meta aspirada, la de la sentencia más justa. O mejor dicho, en términos de mayor sinceridad, lo que hacía primero era buscar esa solución justa, la más justa entre todas las posibles, y, después, se preocupaba de ver cuál de aquellos cuatro métodos podía servir para justificar esa decisión que ya previamente había tomado.²¹

²⁰ Arthur KAUFMANN, *Filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 127.

²¹ RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la...*, 180-181.

Como puede verse de la humilde y sincera confesión del magistrado, la interpretación no está sometida a un método previo, sino que el intérprete lo selecciona en forma libre. Igualmente, el derecho no tiene como finalidad establecer la verdad acerca de algo, por lo que el derecho siempre hay que determinarlo y crearlo para dar solución a una controversia de orden jurídico. Al no estar creado ni determinado en un ordenamiento jurídico, la interpretación del derecho no puede ser estimada como un procedimiento de laboratorio en el que se pueda establecer la verdad de una proposición o norma jurídica. En este sentido, la interpretación jurídica no depende de un procedimiento o método que esté prestablecido, como lo está y se aplica en las ciencias naturales y en las ciencias físico-matemáticas. La interpretación jurídica está sujeta al cumplimiento de los fines del derecho, y el intérprete se guía por la prudencia, la conocida *phronesis* griega. Es que las normas jurídicas no son falsas ni verdaderas, y el fin del derecho no es declarar la verdad, es la de cumplir los fines del derecho. Al respecto, Recaséns Siches dice:

Las normas jurídicas no pueden ser ni verdaderas ni falsas. Pueden ser justas, o injustas, prudentes o imprudentes, adecuadas o inadecuadas, viables o no viables, etc. El valor de verdad no se aplica a la ciencia jurídica. Por el contrario la ciencia del Derecho positivo y la Axiología o Estimativa puede contener proposiciones verdaderas. Una cosa es el Derecho y cosa diferente es la ciencia del mismo.²²

Este punto de vista, Recaséns-Siches, lo reitera en 1959 al decir que “... las normas jurídicas no son, no pueden pretender ser, no pueden ser, proposiciones con intención científica, de las cuales quepa predicar calificativos de verdaderas o falsas”.²³ Además, acerca del fin en el derecho, establece,

El Derecho no es un fin en sí mismo, es solamente un medio al servicio de un fin. Este fin consiste en la existencia de la sociedad. El criterio o medida para juzgar el Derecho no es un criterio absoluto de verdad –dice Ihering–, sino que es un criterio relativo de finalidad”.²⁴

En síntesis, el derecho se crea razonablemente en la interpretación, y su validez y eficacia la reconoce la sociedad por intermedio de sus institucio-

²² *Ibidem*, 156.

²³ RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho*, 628.

²⁴ *Ibidem*, 633.

nes, y la última palabra la tendrá un juez. Siempre un juez, en el tiempo perfecto de la existencia humana, tendrá la última palabra en el derecho, definirá algo, pero no será propietario de la verdad.

Conclusión

La metáfora de *El logos de “lo razonable”*

El logos de “lo razonable”, que nos presenta en su discurso hermenéutico Luis Recaséns Siches, intenta explicar en qué condiciones se realiza el proceso de interpretación, criticando que este pueda ser reducido a un procedimiento deductivo guiado por la lógica físico-matemática, o lógica formal tradicional, que el denomina logos de lo racional, en la que el intérprete en el proceso de interpretación toma a la norma jurídica como una premisa mayor y desarrolla la inferencia para establecer unas conclusiones. La raíz de la crítica de esa lógica, que el denomina de lo racional, estriba en que descansa en la idea que el derecho está en las normas jurídicas y que interpretar es deducir y no crear. La crítica a esta forma de ver la interpretación es correcta y muy razonable, entre otras cosas porque ve al intérprete como un hombre libre y responsable, falible y finito, perteneciente a un contexto social histórico. Rechaza la simplicidad de esta forma de razonamiento que, en el fondo mira a la norma jurídica como derecho y no como una directriz para determinar el derecho al caso, en la que en el proceso de interpretación se mueve en el círculo de la comprensión, en el que el intérprete juzga y decide. Y no se trata de que Recaséns Siches no captara el horizonte de sentido de la lógica formal, desconociéndola y rechazándola, tal y como parece ser insinuada por Atienza en 2014, al decir que: “¿Comete Recaséns el error de pasar de la idea (correcta) de que la lógica formal, no es un instrumento suficiente para resolver un problema de interpretación jurídica, a la idea (equivocada) de que la lógica formal es un obstáculo para ello?”²⁵

De la lectura de la obra de Luis Recaséns Siches no se puede afirmar que conduce a formular este interrogante. El interrogante puede ser otro: ¿la interpretación jurídica de Luis Recaséns Siches contiene fundamentos de una hermenéutica jurídica y filosófica? A mi humilde juicio, sí.

²⁵ Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica* (España: Trotta, 2014), 267.

Luis Recaséns Siches, como alternativa, presenta lo razonable como un logos, como un razonamiento guiado por la prudencia en el proceso interpretativo. Finalmente, uno puede concluir que *el logos de “lo razonable” o lo humano* no constituye un método ni una metodología especial en el mundo del derecho, sino que explica condiciones de posibilidad para conducir a puerto seguro en la interpretación del mundo de lo jurídico, en consonancia con los fines históricos del Derecho. Este *logos de “lo razonable”* siempre ha existido, y para Luis Recaséns Siches no es más que un redescubrimiento; no es un método, a pesar de que él afirma, en forma tangencial, “... el método de interpretación es el logos de lo razonable”²⁶, estimo que no lo es. No lo es porque no es un procedimiento cargado de reglas y el modo de interpretarlas, ni es un camino que conduce en forma necesaria a la interpretación correcta; entre otras cosas, porque no existe tal camino previo.

Como bien nos dice el poeta Antonio Machado en su poema “Proverbios y Cantares”: “¿Para qué llamar caminos a los surcos del azar?... Todo el que camina anda, como Jesús, sobre el mar. [...] Caminante son tus huellas el camino, y nada más; caminante, no hay camino, se hace camino al andar”.²⁷

Puede afirmarse que el llamado por Luis Recaséns Siches “*logos de lo razonable o logos de lo humano*” no es cosa distinta a una metáfora para dar nombre a lo que carecía de nombre en el momento en que aborda el tema de la interpretación jurídica. En esos tiempos, más allá de ser reconocido como un problema de orden metodológico reglado por los cánones de la interpretación y los métodos que imperaban en el mundo de la jurisprudencia occidental, el denominado “*logos de lo razonable o logos de lo humano*”, era una imagen del razonamiento interpretativo para la creación del derecho; porque él tenía muy claro que el derecho no estaba en las normas jurídicas ni en el ordenamiento jurídico, sino en la realidad viva de los individuos, puesto que el derecho no es más que vida humana individual objetivizada, y que se vive en la vida cotidiana. *El logos de lo razonable* es la metáfora que le da rostro humano al esfuerzo por construir una filosofía

²⁶ Recaséns Siches, *Filosofía del derecho*, 660.

²⁷ AA.VV., *Antonio Machado* (España: Anthropos, 1985), 51.

hermenéutica especial para lo jurídico que superara la idea de que la hermenéutica era un método más, entre distintos métodos.

Agradecimientos

Manifiesto mi profundo agradecimiento con el abogado Carlos Andrés Caballero Cañas por su colaboración en la revisión de la presente investigación.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. España: Trotta, 2014.
- AA.VV. *Antonio Machado*. España: Anthropos, 1985.
- Colombia. *Código Civil*. Colombia: Legis, 2018.
- GADAMER, Hans Georg. *Arte y verdad de la palabra*. España: Paidós, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. España: Cátedra, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. España: Sígueme, 2005.
- GUTIÉRREZ, Carlos. *Obras reunidas*, II. Colombia: Universidad de los Andes, 2017.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado, 1999.
- LESSING, Gotthold. *Natán el sabio*. España: Anthropos, 2008.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 1956.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1959.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Balance de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen*. Colombia: Universidad de Antioquia, 1961.
- RECANSENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1997.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- VIVES, Juan Luis. *El arte retórica*. España: Anthropos, 1998.

TENSIONES JURÍDICAS EN EL MARCO DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

Verónica Piedrahita Orozco*
Investigadora nacional invitada

Resumen: 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.

Por lo anterior, las altas corporaciones coincidieron en que, las normas de la seguridad social merecen especial detenimiento en los principios de progresividad y de la condición más beneficiosa; sin embargo, la materialización de cada uno de los principios en la resolución de casos similares son aplicados de manera disonante, lo que genera en los derechos de los asociados violaciones a los principios de igualdad, seguridad jurídica, legalidad y confianza legítima.

Palabras clave: expectativas legítimas; pensión de invalidez; principio de progresividad; principio de la condición más beneficiosa; sujetos de especial protección constitucional.

* Verónica Piedrahita Orozco, abogada, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social.
Contacto: Veronica.piedrahita@hotmail.com WhatsApp: 3128443605.

LEGAL TENSIONS IN THE FRAMEWORK OF THE RECOGNITION OF THE DISABILITY PENSION

Abstract: The absence of a legislative transition in the face of the successive regulatory changes that the disability pension has had, led the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice, Labor Chamber, to supply the regulatory gap with their jurisprudential development, in order to protect legitimate expectations of those who specified legal situations in repealed regimes.

Due to the foregoing, the High Corporations agreed that the Social Security regulations deserve special attention to the principles of progressivity and the most beneficial condition; however, the materialization of each of the principles in the resolution of similar cases are applied in a dissonant manner, generating in the rights of the associates violations of the principles of equality, legal certainty, legality and legitimate trust.

Keywords: Legitimate expectations; Disability Pension; Principle of Progressivity, Principle of Most Beneficial Condition; subjects of special constitutional protection.

Introducción

La decisión respecto al reconocimiento o negación de la pensión por invalidez a un sujeto de especial protección constitucional, que no cumple con los requisitos establecidos en la ley, queda bajo libre interpretación con base en lecturas subjetivas (tanto del operador administrativo como del jurídico). Esta decisión deja al azar la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta.

Por lo anterior, la Corte Constitucional (CC) y la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala Laboral (SL), tienen criterios con los que han pretendido amparar los derechos conculcados por parte de los Fondos de Pensiones, como de los operadores jurídicos, frente a las personas que gozan de una protección especial, debido a su condición de debilidad manifiesta, los cuales reproducen tensiones difíciles de dirimir.

Otro rasgo, que se contempla en el marco de las tensiones señaladas, es la disonancia en los criterios incorporados en las cortes, respecto al reconocimiento de la pensión por invalidez, evidenciado en algunos casos, cuando se da alcance a la protección de los derechos fundamentales; mientras, en otros, se aprecia que los mencionados criterios no se extienden a

casos que también ameritan el amparo constitucional. Son escenarios que ameritan ser condensados mediante la identificación y descripción de los criterios jurisprudenciales con que se han abordado, para que conste como instrumento de posibles soluciones en los casos que se presenten, desde el ámbito social y jurídico. Es propio del sujeto cognoscente el exhortar la lectura en torno al control y regulación de las dinámicas sociales, las cuales confrontan postulados normativos, su despliegue garantista y sus consecuencias, y cómo repercuten en la vida de los asociados.

Lo anterior, con ocasión a que la prosperidad de la prestación económica por invalidez está ceñida a un ordenamiento legal; este es el punto neurálgico en el que se centra el tema de investigación, tras advertir el olvido del operador administrativo y jurídico, del amplio desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, han realizado, en torno a casos excepcionales que ameritan protección especial por parte del Estado. Allí radica la importancia en la descripción de situaciones de la vida de los afiliados, que pone en tensión al sistema, y deja al descubierto las intenciones mercantiles sobre las que se erige el supuesto respeto a la dignidad humana.

Criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional en torno al reconocimiento de la pensión de invalidez mediante la acción de tutela

Por lo anterior, se describirán los registros en clave jurídica de los criterios que han sido considerados por la Corte Constitucional para el reconocimiento de la pensión de invalidez, inaplicando requisitos legales destinados a proteger a las personas en estado de invalidez, por lo cual es indispensable relacionar determinados pronunciamientos respecto de los escenarios constitucionales conocidos en torno a esta pensión de invalidez para los sujetos que ameritan protección especial.

La Corte Constitucional ha analizado diferentes escenarios constitucionales, ante la respuesta negativa de reconocer y pagar la pensión de invalidez, cuando se argumenta el incumplimiento de las semanas exigidas, sin tener en cuenta los cambios legislativos y los principios de progresividad y favorabilidad inherentes al Sistema de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y

el mismo estado de indefensión de las personas con invalidez; es así como esta alta corporación en la Sentencia 699A de 2007 al respectó manifestó:

Resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, que hubiese cumplido los requisitos del régimen anterior en el cual venía cotizando (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de invalidez y que, en todo caso, después de la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta cuando la misma fue calificada, aproximadamente 6 meses después, continuó ejerciendo la actividad laboral y cotizando al sistema, de modo que a la fecha de calificación de la invalidez ya contaba con más de las 50 semanas de aportes exigidas por la normatividad vigente a ese momento.¹

Asimismo, se estudiaron casos similares en los cuales los Fondos de Pensión no accedieron a las pretensiones, tras advertir que no contabilizaron las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración (Requisito del art. 11 Ley 797/2003 o del art. 1 de la Ley 860/03), pese a que los solicitantes cotizaron desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que cumplían los requisitos señalados en el art. 39, anteriormente citado, o en el caso analizado en la Sentencia 1064 de 2006 en el que negaron la pensión de invalidez por no cumplir los requisitos establecidos en la Ley 100, puesto que la fecha de estructuración se dio en la vigencia de la referida norma, no obstante, el solicitante cumplía los requisitos contenidos en el Decreto 758 de 1990.²

Por otra parte, el principio de la condición más beneficiosa y su alcance han sido interpretados por la CSJ y por la CC con disparidad, por lo tanto, esta última corporación como órgano de cierre en materia constitucional, mediante la Sentencia SU-442 de 2016 unificó la interpretación del referi-

¹ Corte Constitucional, Sentencia 699A de 6 de septiembre de 2007.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-699a-07.htm>

² Corte Constitucional, Sentencia T-1291 de 7 de diciembre de 2005 M. P. Clara Inés Vargas Hernández, 60. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1291-05.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-221 de 23 de marzo de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, 41. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-221-06.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 1 de febrero de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, 58. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-043-07.htm>

do principio, con la finalidad de propender por la garantía de las expectativas legítimas de quienes cumplieron con las cotizaciones exigidas en los diferentes esquemas normativos ya derogados.

Ahora bien, la discusión que centra la atención en la sentencia arriba referida es si puede aplicarse una norma que no es la inmediatamente anterior a la que estaba en vigor al momento de estructurarse la invalidez, pero era la que regía durante la relación con la persona y el sistema, y es en aquella en la que el peticionario estableció una expectativa legítima³. Al respecto, en la Sentencia fundacional de la CC sobre la aplicación del referido principio, al tratarse de pensiones de invalidez, esto es, la T-1058 de 2010, ordenó que se reconociera y pagara la pensión de una persona cuya invalidez fue estructurada en vigencia de la Ley 860 de 2003 y no cumplía los requisitos establecidos en ella, ni los de la Ley 100 de 1993 (versión original); sin embargo, la alta corporación dilucidó que el solicitante reunía los requisitos contenidos en el Decreto 758 de 1990, pues había comenzado a cotizar al sistema desde el año 1998. En ese orden de ideas, la Corte ordenó que fuera reconocida la pensión bajo los postulados de este último.

La consideración central que tuvo la Corte Constitucional para resolver el caso planteado en la sentencia fundacional aludida, fue:

... de acuerdo con la Ley y el precedente jurisprudencial, esta Corte ha reconocido que, por regla general, el régimen jurídico aplicable, es el que se encuentre vigente al momento de estructurarse la invalidez. Esta regla, sin embargo, no resulta siempre beneficiosa en los casos concretos, motivo por el cual es pertinente referirse al principio hermenéutico de la favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, esencial para resolver las dudas que con la aplicación de la Ley laboral puedan generarse. En conclusión, el juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, no solo la fecha de estructuración de la misma, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como lo son los discapacitados.⁴

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-442 del 18 de agosto de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, 47. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU442-16.htm>

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1058 del 16 de diciembre de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 1. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1058-10.htm>

La decisión de aplicar el principio de la condición más beneficiosa de una norma inmediatamente anterior, fue reiterada en diversas oportunidades⁵; no obstante, desde la Sentencia T-622 de 2011 se adoptó una interpretación más amplia del principio de la condición más beneficiosa, tras aplicar el mencionado principio a una pensión por invalidez estructurada en vigencia de la Ley 860 de 2003, pero en cumplimiento de los requisitos incorporados en el Decreto 3041 de 1966, modificado por el Decreto 232 de 1984); es decir, de un esquema normativo mucho más antiguo que el contenido en la Ley 100 de 1993 y el del Decreto 758 de 1990.⁶

Cabe indicar que la anterior postura fue consolidada en la Sentencia T-295 de 2015 acogida por la jurisprudencia dominante. En dicha providencia se resolvió un caso de una persona a quien se le estructuró su situación de invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003, a pesar de no cumplir con los requisitos para pensionarse contenidos en esta ni en la inmediatamente anterior, es decir, la Ley 100 de 1993.⁷ No obstante, la Sala evidenció que el solicitante había hecho cotizaciones por más de 300 semanas antes de entrar en vigor el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 y de cara a garantizar la expectativa legítima de pensionarse en cumplimiento de las exigencias contenidas en el Decreto 758 de 1990, concede la tutela. Esta posición se ha reiterado, desde entonces, sin giros en las sentencias T-737 de 2015 y T-065 de 2016.⁸

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-553 del 22 de agosto de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 27. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-553-13.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-872 de 2 de diciembre de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 20. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-872-13.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-110 de 3 de marzo de 2014, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 32. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-110-14.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-444 del 15 de julio de 2015, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 32. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-444-15.htm>

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-612 del 16 de agosto de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo, 8. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-622-11.htm>

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-295 del 20 de mayo de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 24. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-295-15.htm>

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-737 del 30 de noviembre de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 44. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-737-15.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-065 del 16 de febrero de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 43. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-065-16.htm>

Es por lo expuesto que, en la Sentencia SU-442 de 2016, la Sala Plena de la Corte unificó los criterios del alcance del principio de la condición más beneficiosa, frente a lo cual expuso:

En concepto de la Sala Plena de la Corte, el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia.⁹

Asimismo, la aludida sentencia estableció que, un fondo de pensiones vulnera derechos fundamentales al negar el principio de la condición más beneficiosa, cuando:

Le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama por no cumplir con los requisitos previstos en la norma vigente al momento de la estructuración del riesgo (Ley 860 de 2003), ni los contemplados en la normatividad inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993 –versión inicial), pese a haber reunido ampliamente las condiciones consagradas para obtener tal pensión en vigencia de un esquema normativo más antiguo que el inmediatamente anterior (Decreto 758 de 1990).¹⁰

No obstante, para determinar si el principio de la condición más beneficiosa debe ser o no aplicado para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, se deben cumplir las siguientes reglas, extractadas de la Sentencia T-046-2019, en reiteración de los criterios contenidos en la sentencia SU-446 de 2016, así:

1.- El principio de la condición más beneficiosa se extiende a todo el esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima. 2.- El afiliado debe haber reunido las semanas de cotización exigidas por la norma que pretende le sea aplicada, antes de la entrada en vigencia de la nueva disposición que modificó los requisitos para acceder el derecho pensional.¹¹

⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-442 del 18 de agosto de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, 35 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU442-16.htm>

¹⁰ *Ibidem*, 37.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-046 de 9 de febrero de 2019, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 33 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-046-19.htm>

Otro criterio de la Corte Constitucional, en torno al reconocimiento de la pensión de invalidez al inaplicar los requisitos vigentes para el acceso a la prestación pensional, se edificó alrededor de las personas que padecen enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, comoquiera que las autoridades médico-laborales, encargadas de establecer la fecha de estructuración de invalidez, coinciden en el día del nacimiento o con un momento próximo a este, como también el instante en que se advirtió la presencia de los síntomas, o el día en el que la persona fue diagnosticada. Puede colegirse que las personas que sufren este tipo de enfermedades difícilmente cumplirían los requisitos establecidos para acceder a una pensión de invalidez bajo los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 pues, no tendrían las semanas cotizadas con anterioridad a la fecha en que se estructure el estado de invalidez.

Debido a lo anterior, la alta corporación constitucional estableció unas reglas reiteradas que deben ser tenidas en cuenta por las AFP al momento de analizar la procedencia para el reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, reproducidas en la Sentencia de Unificación 588 de 2016, a saber:

Cuando la solicitud pensional proviene de personas a las que se les ha calificado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y se les ha establecido como fecha de estructuración una que coincide con el momento del nacimiento, con uno cercano a este, con la fecha del primer síntoma o con la del diagnóstico, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a ese momento. En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.¹²

Por lo dicho, en los casos de enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, es dispendioso contar con semanas cotizadas con posterioridad a la fecha en que sea estructurada la pérdida de la capacidad laboral; sin embargo, después de establecer que el peticionario es una persona en la

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-588 de 27 de octubre de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo, 28. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU588-16.htm>

que recaen alguna de estas enfermedades, la Administradora del Fondo de Pensión debe disponer sobre lo siguiente, de acuerdo con las reglas fijadas por la Corte en la Sentencia SU-588 de 2016.

Les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que estos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.¹³

Respecto de la capacidad laboral residual, la Corte ha indicado que “se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad”.¹⁴ Pero, allí no termina la tarea del fondo de pensión, por lo que debe de comprobar que el peticionario trabajó, y que producto de ese trabajo realizó los aportes; es perentorio indicar que lo referido corresponde a los casos de las enfermedades congénitas, así lo ha establecido la Corte Constitucional.

En solución de las posibles divergencias para establecer el momento del mencionado conteo, las diferentes Salas de la Corte Constitucional han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, ante la presunción que fue en aquel momento en que perdió la fuerza laboral; no obstante, también han considerado la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Ahora bien, la Corte Constitucional considera en la Sentencia SU-588 de 2016 que estas reglas son:

Se trata de reglas claras y pacíficas que son, entonces, reiteradas por esta sentencia de unificación. Al respecto, la Sala Plena recuerda que los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 buscan evitar el fraude al sistema y garantizar su sostenibilidad fiscal. Sin embargo, frente a la existencia de aportes importantes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, la sostenibilidad del sistema no se ve amenazada, en tanto esta sea clara y así se determine en cada caso en concreto. En estos casos, no existe la pretensión de defraudar, sino que el fin legítimo de la solicitud es el reconocimiento de un derecho prestacional, que se encontraba asegurado

¹³ *Ibidem*, 43.

¹⁴ *Ibidem*, 29.

y para lo cual se cotizó durante un tiempo, pues el propósito de la pensión de invalidez no es otro diferente que garantizar un mínimo vital y, en esa medida, una vida en condiciones de dignidad de personas que, debido a una enfermedad o un accidente, se encuentran en situación de discapacidad.¹⁵

Las reglas que fueron objeto de unificación por la Corte Constitucional, se reiteraron en las Sentencias T-057 de 2017 y T-563 de 2017, a fin de conceder las pensiones de invalidez solicitadas, luego de verificar el cumplimiento de las reglas anteriormente citadas.¹⁶

Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en torno al reconocimiento de la pensión de invalidez

Por su lado, la CSJ, Sala Laboral, ha abordado el principio de la condición más beneficiosa en perspectiva del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que las normas de naturaleza laboral y de la seguridad social, tienen un efecto de aplicación inmediata; en consecuencia, no tienen carácter retroactivo respecto de situaciones jurídicas ya consolidadas de acuerdo con leyes anteriores, es decir, no afectan derechos definidos por mandatos legales precedentes.

Al respecto, en las sentencias CSJ SL-2008-2018, reiterada en CSJ SL-3397-2018, y, desde varios años atrás, en la SL-8595 de 15 de julio de 2015, expuso la Corte:

La norma que regula la prestación de invalidez es la que se encuentra vigente al momento en que se estructura el estado de invalidez y que, en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, se permite dar efectos a la norma inmediatamente anterior, sin que le sea dable al fallador efectuar una búsqueda histórica en las leyes precedentes, a fin de encontrar la más conveniente al caso particular en estudio.¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, 31.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-057 de 3 de febrero de 2017, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 35. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-057-17.htm>
Corte Constitucional, Sentencia T-563 de 4 de septiembre de 2017, M. P. Carlos Bernal Pulido, 26. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-563-17.htm>

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Recurso SL-16886 de 11 de noviembre de 2015, M. P. Luis Gabriel Miranda B. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/babr2016/SL16886-2015.pdf>

Esta línea de pensamiento fija límites a la aplicación de la condición más beneficiosa, pues, solo permite acudir a los postulados de la Ley 100 de 1993 en los casos que estén regidos por la Ley 860 de 2003, de lo contrario, se desnaturalizaría la finalidad del principio de envergadura constitucional, con tendencia a quebrantar la seguridad jurídica; en esa medida, se restringe la interpretación en efecto ultractivo.

Al llegar a este punto cabe preguntarse, por qué la Corte Suprema de Justicia determinó que los requisitos para aplicar el principio de la condición más beneficiosa deben cumplirse entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006. Al respecto, la Sentencia SL-2358 de 2017 permite una aproximación a los criterios que tuvo en cuenta la alta corporación para restringir, de manera temporal, el acceso a la pensión de invalidez en virtud de principio de la condición más beneficiosa. En la referida providencia manifestaron:

... para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 860 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización –50– y una vez verificada la contingencia de invalidez de origen común puedan acceder a la prestación correspondiente.¹⁸

En esa medida, según la colegiatura, se respetarían los derechos adquiridos y las expectativas legítimas. En la Sentencia 59255 de 2018 los anteriores criterios fueron reiterados por la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, refirieron:¹⁹

Así las cosas, teniendo en cuenta que el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no se encontraba aportando al sistema, ya que registra cotizaciones hasta el 30 de abril de 2003 y posteriormente desde el 1° de abril de 2006 en adelante, por lo tanto, debía acreditar 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre 26 de diciembre de 2002 y el 26

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Recurso SL-2358 del 25 de enero de 2017, M. P. Fernando Castillo Cadena y Jorge L. Quiroz Alemán. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/may2017/SL2358-2017.pdf>

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-59255 de 3 de octubre de 2018, M. P. Ernesto Forero Vargas, 9. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=89564>

de diciembre de 2003, de las cuales solo certificó 13 semanas, razón por la cual en el lapso habilitado por el principio de la condición más beneficiosa, no reunió los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993. En consecuencia, el Tribunal no cometió error alguno.²⁰

Los argumentos de la corporación, en relación al criterio de temporalidad, se fundamentan en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, la cual colapsaría si se admiten obligaciones ilimitadas; por otra parte, el principio de legalidad se vería afectado al permitir efectos plusultractivos de normas derogadas, y la seguridad jurídica se quebrantaría, por coexistir diferentes normas que regulan la misma situación. Esta interpretación ha sido defendida en diferentes providencias por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Lo anteriormente expuesto, se ha reiterado en diferentes pronunciamientos por esta alta corporación en las sentencias: CSJ SL de 25 de julio de 2012, Rad. 38674; CSJ SL de 17 de julio de 2012, Rad. 41785; CSJ SL 2 de octubre de 2012 Rad. 42623 y SL-6886-2015 Rad. 54093.

La sentencia destacada a la que se ha hecho referencia es la SL-4020 del 25 de septiembre del 2019, en la cual se concluyó:

Se concluye que el juzgador de alzada no se equivocó, por cuanto para la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la señora María Inés Echeverry Piernagorda, esto es, el 11 de junio de 2011, la norma aplicable era la Ley 860 de 2003, modificatoria del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y no el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, como acertadamente lo infirió.²¹

Conviene decir que, la corporación ha sostenido su línea de pensamiento a lo largo del tiempo, respecto de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, lo cual se recaba en la Sentencia CSJ S-1689-2017, reiterada en Sentencia CSJ SL-8305-2017. En las que se colige sin ánimo de fatigar que, no es permisible un efecto plusultractivo de la Ley con ánimo de aplicar la condición más beneficiosa.

²⁰ Ídem.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-4020 de 25 de septiembre de 2019, M. P. Fernando Castillo Cadena, 9.
<http://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/visualizador/ZmlsZTovLy92YXlvd3d3L2h0bWwvSW5kZXgv>

Ahora bien, respecto a la aplicación del principio de progresividad, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en providencia SL-2358 de 2017 lo abordó así:

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, en concordancia plena con las normas de derecho internacional ratificadas por nuestro país, en especial el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador, los sistemas de derechos sociales, económicos y culturales deben ser progresivos. Implica de manera general, dando aplicación al postulado de universalidad, que cuando se logra una determinada cobertura del servicio público, esta no puede ser disminuida posteriormente. En lo individual, los requisitos de acceso a las prestaciones otorgadas por el servicio público, en principio, no pueden ser agravados por la acción estatal, pues tales *per se* materializan el nivel de protección social alcanzado. Toda imposición de requisitos más exigentes para el acceso a las prestaciones es sospechosa de regresividad y, por tanto, pero solo en principio, inconstitucional. No es que los sistemas derechos sociales y económicos no puedan ser regresivos en un momento determinado, lo pueden ser; pero para que el Estado pueda contrariar el postulado de progresividad debe fundamentar su decisión en poderosas razones derivadas de cambios sociales o económicos que amenacen la viabilidad del sistema de derechos...²²

Este pronunciamiento señala que, la progresividad de las normas en materia de seguridad social se presume, bajo el entendido de que los cambios normativos benefician a la generalidad de la población, lo que justifica la aplicación de manera retroactiva de la Ley instalada en razones de favorabilidad. No obstante, en la Sentencia en comento, SL-2358 de 2017, la colegiatura refirió:

... debe tenerse en cuenta que la aplicación de principios producto de los cambios normativos, en caso alguno pueden ser *in eternum*, pues existe un deber general, dada la obligatoriedad para el ciudadano de pertenecer al sistema, de cumplir con los programas de cotización establecidos en la ley vigente. Por tanto, trae como consecuencia que, en caso alguno, los postulados aplicables por un tránsito normativo tengan vocación de permanencia vitalicia, pues haría inane el cambio normativo.²³

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-2358 del 25 de enero de 2017, M. P. Jorge Luis Quiroz Alemán, 14-17. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/may2017/SL2358-2017.pdf>

²³ Ídem.

De acuerdo con lo manifestado, se tiene que la obligación de progresividad para ofrecer cobertura en la seguridad social no reviste de características inflexibles ni absolutas, en la medida en que debe supeditarse a la sostenibilidad financiera. Por lo tanto, no puede observarse ni sujetarse a los intereses individuales, debido a la correspondencia que tiene con la naturaleza de la seguridad social. En la providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, del 9 de diciembre del 2008 bajo el radicado 32642 fue reiterada la postura de la corporación, respecto del principio de progresividad.

Además, la Sala de Casación Laboral, a la hora de analizar solicitudes de pensión de invalidez de personas que se encuentran afectadas por una enfermedad congénita, degenerativa o crónica, que son negadas tras advertir por los juzgadores que no acreditan el número de semanas exigidas, antes de la fecha de estructuración de la situación invalidante, se ha pronunciado sobre la capacidad laboral residual, que se subroga en personas con las mencionadas patologías. Así las cosas, al analizar estas solicitudes de pensión, debe tenerse en cuenta las semanas que aquellas personas cotizaron en virtud de la capacidad laboral residual, lo que les ha permitido explotar su fuerza de trabajo y seguir aportando al Sistema de Seguridad Social.

Lo anterior se ve reflejado en los argumentos que ha tenido la colegiatura en las providencias que han abordado y fallado a favor de las personas con enfermedades que empeoran con el paso del tiempo, reconociéndoles la pensión por invalidez sin el cumplimiento de las semanas exigidas con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

Cabe indicar que, para avanzar en el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo los postulados de enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, de cara al criterio de la capacidad laboral residual, se debe acreditar que, efectivamente, las semanas cotizadas se debieron a la explotación de la fuerza laboral reforzada, que se presume de las personas que sufren una afectación en la salud por las reiteradas enfermedades. Situación que en el caso expuesto fue acreditada, según el colegiado, de acuerdo con la historia laboral aportada por el actor. Ahora bien, en el caso particular la Sala de Casación para determinar el momento en que se estructuró la invalidez, refirió al respecto:

Ahora bien, para determinar el momento en que se estructuró la invalidez, la Sala añade a lo expuesto en casación, que la fecha de impresión de la historia laboral mencionada es del 26 de mayo de 2010, e indica que a esta calenda el accionante era afiliado activo, lo cual es consecuente con lo narrado en la demanda inicial, pues aquí alegó que aún era cotizante del SGP. En suma, los hechos del proceso indican que: i) el afiliado pidió la pensión de invalidez, por primera vez, el 28 de marzo de 2008, pero continuó cotizando hasta el 31 de marzo de 2010; ii) al 26 de mayo siguiente registra en la historia laboral como cotizante activo, y iii) el dictamen que determinó la situación de invalidez fue efectuado el 22 de julio de igual año. Para la Sala, aun cuando el actor, para el 31 de marzo de 2010 aparecía como afiliado del SGP, es dable predicar que hasta ese instante tuvo capacidad residual para trabajar y continuar cotizando, dado que no registra aporte pensional en el mes siguiente, lo que hace entender que fue justo el momento en que su estado de salud le impidió seguir realizando actividades productivas. Así las cosas, la Sala fijará la estructuración de la invalidez para el 1º de abril de 2010. En ese orden de ideas, la norma aplicable es el artículo 1º de la Ley 860 de 2001, que con las modificaciones realizadas por la Sentencia CC C-428-2009, que lo declaró exequible parcialmente, exige acreditar 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, requisito que el actor cumple con creces, pues entre el 1º de abril de 2010 y el mismo día y mes del 2007, contaba con 112,15 semanas.²⁴

Los criterios aplicados por la corporación para resolver el asunto controvertido fueron reiterados de la Sentencia SL-3275 de 2019 en donde se analizó el caso de una mujer con una enfermedad crónica, a la que se le estructuró la invalidez el 28 de marzo de 1998 y solo tenía semanas cotizadas con posterioridad, así definió la colegiatura la fecha en la que debía iniciar el conteo de las semanas exigidas:

Así, en el *sub judice*, además de verificarse que la condición de salud derivada de la enfermedad “crónica” constituye una invalidez superior al 50%, que para este caso corresponde al 61,65%, se debe observar cuál fue el último aporte realizado por la afiliada –1º de marzo de 2011–, para a partir de allí verificar si cumple o no las 50 semanas cotizadas dentro de los tres

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-3763 de 10 de septiembre de 2019, M. P. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, 25. <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

años anteriores, tal como lo dispone el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que como quedó visto cumple la demandante, pues para dicha data tenía un total de 73,71 semanas, que le dan derecho a acceder a la pensión de invalidez deprecada, tal como lo estableció el Tribunal.²⁵

Ahora bien, como se ha expuesto para el caso de enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, debe tenerse en cuenta la capacidad laboral reforzada y, en virtud de tal criterio, determinar desde cuándo se inicia el conteo de las semanas exigidas de acuerdo con la normativa que corresponda, bien sea desde la fecha en que se dictaminó la pérdida de la capacidad laboral, la calenda en la que se solicitó la pensión o la última cotización realizada al sistema, bien entendido que, en los citados momentos la persona perdió su fuerza productiva y, por contera, la posibilidad de seguir cotizando al sistema.

Es decir que, este criterio, en aras de dar protección a las personas con enfermedades progresivas, tiene en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, lo que deduce la inaplicación de la Ley 860 de 2003, la cual incorpora que el requisito de densidad debe acreditarse dentro de los tres años anteriores de la estructuración del estado invalidante.

Al no hacerlo se resquebrajarían los principios del Sistema de Seguridad Social y los esquemas normativos que regulan la materia, un argumento expuesto en la Sentencia SL-3763 de 2019 para reconocer la pensión de invalidez, advirtiendo la capacidad laboral residual de las personas que sufren enfermedades de progresión lenta, que se reproduce así:

Si lo anterior se desestima, sería tanto como postular y aceptar premisas contrarias a ese sistema normativo, como que las personas en situación de discapacidad no pueden ingresar al mercado laboral y ejercer una profesión u oficio para darse su propio sustento en busca de una calidad de vida acorde con la dignidad humana o, en grado sumo, desconocer las cotizaciones que durante el ejercicio de esos derechos sufragaron en el SGSS, con lo cual, se impondría una talanquera, a todas luces injusta, que impediría la construcción de una pensión que lo proteja cuando ya no pueda hacer

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL-3275 del 14 de agosto de 2019, M. P. Martha Cecilia Dueñas Quevedo, 24-25.
<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>

actividades productivas, no obstante que contribuyó con su trabajo a la sostenibilidad financiera del Sistema. Esto, sin duda, no se apega a los postulados legales, constitucionales e instrumentos internacionales ratificados por Colombia que gobiernan la materia, y reconocen a la garantía de seguridad social como un derecho humano fundamental.²⁶

No obstante, debe acreditarse que los aportes al sistema se consolidaron en una efectiva capacidad laboral residual, frente a lo cual cabe preguntarse si los períodos de incapacidades son tenidos en cuenta para la sumatoria de las semanas exigidas; al respecto, en la Sentencia T-694 de 2017 la Corte consideró:

No podía ni puede exigírsele al accionante que debía estar trabajando o reintegrarse a la labor que cumplía para ese momento, porque como se señaló, estaba haciendo uso de la incapacidad laboral que se le había otorgado por el médico respectivo [y concluyó] ... el accionante tiene derecho a que el fondo de pensiones le reconozca los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, pues seguía vinculado a la empresa pero no podía reintegrarse porque estaba incapacitado.²⁷

El pronunciamiento que precede, fue reiterado en la Sentencia T-046 de 2019 cuando se trata de contabilizar las semanas cotizadas bajo las incapacidades médicas, lo que deja como precedente que no puede discutirse la capacidad laboral residual ante la presencia de incapacidades médicas, y no ser contabilizadas para, así, fundamentar la negativa del derecho reclamado, esto es, la pensión de invalidez.²⁸

Las disonancias en los criterios jurisprudenciales, desarrollados por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, gravitan en los principios de progresividad y de la condición más beneficiosa, al advertirse que la aplicación de los mismos son disímiles a la hora de resolver situaciones semejantes. Es en el alcance de estos principios que está el desacuerdo entre las posturas jurisprudenciales.

²⁶ *Ibidem*, 24.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 24 de noviembre de 2017, M. P. José Fernando Reyes Cuartas, 35. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-694-17.htm>

²⁸ Corte Constitucional Sentencia T-046 de 7 de febrero de 2019, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 33. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-046-19.htm>

Si bien, el principio de progresividad en materia de seguridad social presume una prohibición regresiva de las normas, y protege las condiciones mínimas que no pueden desmejorarse; esto, en relación con los artículos 48 superior y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc). Lo que implica que ante una modificación legal que restrinja el acceso a los derechos de quienes sean titulares de derechos adquiridos, o de expectativas legítimas, las condiciones modificadas por normas posteriores deben ser respetadas, ante la prohibición de imponer normas regresivas que impidan la materialización efectiva de los derechos.

Si se tiene en cuenta que, lo que involucra el estudio de la pensión de invalidez es un conjunto de derechos de raigambre fundamental, la Corte Suprema de Justicia, pese a su autonomía jurisdiccional, debe invocar la interpretación y el alcance que define la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales, como órgano de cierre en la materia; así se ha fijado en diferentes pronunciamientos; al respecto en la Sentencia C-621 de 2015 la Corte Constitucional refirió:

Ahora bien, a lo largo de la jurisprudencia de esta corporación se ha sostenido que las decisiones de la Corte Constitucional en materia de interpretación de la Constitución, en materia de derechos fundamentales tienen prevalencia respecto de la interpretación que sobre la misma realicen los demás órganos judiciales.²⁹

El anterior criterio fue aplicado en las Sentencias C-816 de 2011 y C-539 de 2011. En ambas decisiones, de importancia fundamental para la materia, se establece una regla sobre el valor normativo del precedente jurisprudencial de los jueces en Colombia consistente en, que si bien los precedentes de las altas cortes son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante, y deben ser asumidos por los demás tribunales y jueces del país.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 30 de septiembre de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 48. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>

Es menester indicar que esta corporación, en las citadas Sentencias C-539 y 816, –ambas de 2011– estableció que, si bien el precedente jurisprudencial de todas las altas cortes tiene un valor obligatorio para los jueces de instancia, su aplicación debe incorporarse a las prácticas jurídicas que materialicen la interpretación de derechos fundamentales, lo que permite el registro de un valor preeminente y, por lo tanto, aun las altas cortes están obligadas a seguirlo.

Conclusiones

1. El juez constitucional puede inaplicar una disposición legal que resulte regresiva en la resolución de cada caso en particular, cuando observe que los requisitos del nuevo régimen vulneran derechos fundamentales y, en su lugar, verificar qué mandato legal es más favorable, en atención a los principios de progresividad y de la condición más beneficiosa, en virtud de los cambios legislativos que pueden ocasionar traumatismos irreparables de los derechos fundamentales, ante la ausencia de un régimen de transición de la pensión de invalidez.
2. El alcance restrictivo, que realiza la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de estos principios, deja de lado el precedente jurisprudencial que ha interpretado la Corte Constitucional, que tiene la competencia para fijar criterios de derechos constitucionales, así se vulneran las expectativas legítimas y altera la seguridad jurídica por las tensiones entre estos dos órganos de cierre.
3. Se requiere hacer válido el ejercicio normativo que tiene serias implicaciones teóricas y conceptuales, al manifestar ciertas discordancias en torno a las tensiones provocadas entre ley y derecho y su génesis en la producción de mecanismos y procedimientos, que no siempre están a la luz del respeto a la dignidad humana.
4. Se logran exponer los escenarios donde se recrean el principio de progresividad, la condición más beneficiosa, y sus lecturas a las expectativas legítimas, así como el reconocimiento de la debilidad manifiesta, que producen necesidades de interpretación auténtica bajo la combinación de métodos con horizonte de justicia, amparado en un elemento metajurídico y prejurídico como es la dignidad humana.

5. El resultado que se tiene sobre este derrotero de ideas, que logran emerger de la condición de invalidez y su lucha contra prescripciones mercantiles que cosifican la vida, permite el encuentro de fisuras en las Cortes, que postulan criterios en nombre de la condición más beneficiosa.