

*Introducción al derecho*, es la apertura a las demás líneas del conocimiento jurídico, eso intento reflejarlo en lo posible. Esta obra es producto de arduas jornadas de educación, del esfuerzo, del respeto que me inspiran mis estudiantes, y la constante preocupación por su crecimiento en los claustros de la universidad del atlántico.

Se aborda el estudio del derecho desde el punto de vista filosófico, histórico, sociológico y, por supuesto, la perspectiva jurídica crítica para concluir que el derecho es una construcción jurídica inconclusa, pues, su dinámica se cumple en el quehacer diario, donde el país en constante gestación le exige un papel protagónico que de no ser acertado genera el desgarramiento social.

Se trata de plasmar una obra jurídica con las nociones básicas del derecho, con fundamentos filosóficos sencillos, comprensible, bajo una exposición de unidades que se conectan las unas con las otras, para finalmente tratar las fuentes del derecho, donde se atisbará la comprensión de ¿qué es el estado?, ¿qué hace el estado? Y ¿cómo lo hace en relación con el derecho?

Se rescata y se realza la dignidad humana como uno de los impulsores del discurso jurídico que generaran tarde o temprano un mundo mejor al servicio de los derechos, para complacencia de las futuras generaciones.

**Edgardo Luis Vizcaino Pacheco**

Escaneé el código QR para conocer más títulos publicados por el Sello Editorial Universidad del Atlántico



ISBN 978-958-5525-49-8



9 789585 525498 >

Introducción al Derecho

Edgardo Luis Vizcaino Pacheco

# Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho



## Edgardo Luis Vizcaino Pacheco





# Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica  
para comprender el Derecho







# Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica  
para comprender el Derecho

**Edgardo Luis Vizcaíno Pacheco**



Sello Editorial  
**UNIVERSIDAD  
DEL ATLÁNTICO**

Catalogación en la publicación. Universidad del Atlántico. Departamento de Bibliotecas

Vizcaino Pacheco, Edgardo Luis

Introducción al derecho: una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el derecho / Edgardo Luis Vizcaino Pacheco. Barranquilla: Sello Editorial Universidad el Atlántico, 2018.

603 páginas. 17 x 24 Centímetros. Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-5525-49-8 (Libro descargable PDF)

1. Derecho -- filosofía 2. Teoría del derecho 3. Derecho - historia crítica. 4. Jurisprudencia. I. Edgardo Luis Vizcaino Pacheco.  
CDD: 340.1 V864

**INTRODUCCIÓN AL DERECHO.**  
UNA PROPUESTA JURÍDICA Y PEDAGÓGICA PARA  
COMPRENDER EL DERECHO

**Autoría:** Edgardo Luis Vizcaino Pacheco

Universidad del Atlántico, 2018

**Edición:**

Sello Editorial Universidad del Atlántico

Km 7 Vía Puerto Colombia (Atlántico)

[www.uniatlantico.edu.co](http://www.uniatlantico.edu.co)

[publicaciones@mail.uniatlantico.edu.co](mailto:publicaciones@mail.uniatlantico.edu.co)

**Producción Editorial:**

Calidad Gráfica S.A.

Av. Circunvalar Calle 110 No. 6QSN-522

PBX: 336 8000

[info@calidadgrafica.com.co](mailto:info@calidadgrafica.com.co)

Barranquilla, Colombia

**Publicación Electrónica**

Barranquilla (Colombia), 2018

Nota legal: Reservados todos los Derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros medios conocidos o por conocerse) sin autorización previa y por escrito de los titulares de los Derechos patrimoniales. La infracción de dichos Derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual. La responsabilidad del contenido de este texto corresponde a sus autores.

Depósito legal según Ley 44 de 1993, Decreto 460 del 16 de marzo de 1995, Decreto 2150 de 1995 y Decreto 358 de 2000.

---

**Cómo citar este libro:**

Pacheco Vizcaino, E. L. (2018). *Introducción al Derecho. Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho*. Barranquilla: Ediciones Universidad del Atlántico.

## **POESÍA A MIS ESTUDIANTES**

---

### **LAS LETRAS DEL UNIVERSO (4)**

Estudiar sin pensar es inútil.

Pensar sin estudiar es peligroso.

¿Cómo se puede amar a alguien y no ser duro con él?

¿Cómo se puede amar a alguien y no instruirle?

(Confucio).

Si se siembra la semilla con fe y se cuida con perseverancia solo será cuestión de recoger sus frutos (Tomás Carlyle).

Es detestable esa avaricia espiritual que tienen los que, sabiendo algo, no procuran la transmisión de esos conocimientos

(Miguel de Unamuno)

Imposible digerir  
las letras del universo.  
Luego, mitigaré mi avidez  
en compañía de mis discípulos.  
Cálido es apreciar  
la lozanía y la hidalguía  
de quienes renuncian a la ignorancia  
para abrazarse a la ciencia.  
El mundo debe evolucionar  
por designio cultural.  
Los estudiantes serán paladines de dignidad,  
solidaridad, justicia e igualdad.  
El Estado es un monstruo colosal (Leviatán)  
creado por la autoridad que se impone  
de manera excluyente y por simples razones;  
Solo el conocimiento  
al servicio de los necesitados proporcionará el  
cimiento  
de nuevos, equitativos y justicieros estados.

Edgardo Luis Vizcaíno Pacheco.

# CONTENIDO

<b>Poesía a mis estudiantes.....</b>	<b>5</b>
Las letras del Universo (4) .....	5
<b>Objetivos.....</b>	<b>9</b>
<b>Dedicatoria .....</b>	<b>11</b>
<b>Prólogo.....</b>	<b>13</b>
<b>Preámbulo .....</b>	<b>19</b>
 Unidad 1	
<b>Fines del Derecho: relaciones sociales.....</b>	<b>33</b>
Sociedad, Derecho y Estado.....	39
Concepto del Derecho.....	41
Diferentes concepciones sobre el Derecho .....	75
Diferentes conceptos del Derecho y ubicación dentro de la concepción a la que pertenece, para la cual el lector debe estar preparado.....	87



Unidad 2	
<b>Breve historia del Derecho .....</b>	<b>93</b>
IUS Naturalismo .....	96
Escuela del Realismo Jurídico .....	169
Escuela Neoconstitucional .....	177
Unidad 3	
<b>El Derecho como ciencia .....</b>	<b>183</b>
Relación del Derecho con otras ciencias.....	193
Unidad 4	
<b>Clasificación del Derecho.....</b>	<b>205</b>
Derecho Sustantivo .....	213
Gran división del Derecho en objetivo y subjetivo.....	292
Unidad 5	
<b>Fuentes del Derecho.....</b>	<b>295</b>
Clases de Fuentes .....	300
<b>Anexo 1 .....</b>	<b>565</b>
<b>Referencias Bibliográficas.....</b>	<b>589</b>
Sentencias .....	600
Referencias.....	601

## **OBJETIVOS**

---

El objetivo general de esta obra es consignar una sistematización de los fundamentos jurídicos para alcanzar una comprensión de las diferentes formas que asume el Derecho, y cómo operan en el funcionamiento, organización y estructura del Estado colombiano.

Ante las exigencias metodológicas y sobre todo de la lógica del discurso científico, se divide en 5 capítulos, el primero de ellos, el concepto del Derecho, donde se visualizan las diferentes concepciones del Derecho y el reto de construir un concepto del Derecho. El segundo capítulo, una breve historia del Derecho, donde se busca un origen del Derecho y se historia precisamente sobre las escuelas tradicionales del Derecho, principalmente el *Ius positivismo* y *Ius naturalismo*, agregando la escuela neoconstitucional y el realismo jurídico. La tercera unidad, el Derecho como ciencia, allí se explica cómo llega el Derecho a la categoría de ciencia y cómo se le

fustiga esta denominación por sus opositores. La cuarta unidad se refiere a la clasificación del Derecho según las relaciones que regula y cómo esta Ciencia tiene contacto con todas las demás líneas del conocimiento, abordando desde luego la imposibilidad de un contenido completo, pues día a día surgen nuevas expresiones del Derecho, verbigracia, el Derecho informático, Derecho electrónico, etc. Esta clasificación es el pretexto para emprender el conocimiento de todas las nociones básicas y preliminares del Derecho. La quinta unidad, las fuentes del Derecho, aparece como última, porque son necesarios los anteriores capítulos para la comprensión, aplicación y estudio de la Ley, la norma jurídica, los principios, las reglas, los valores, la doctrina, la costumbre, el negocio jurídico, los tratados internacionales, la jurisprudencia. Este último capítulo es la conclusión final de la obra, donde el lector es capaz de entender cómo de las fuentes formales del Derecho surge la respuesta: Qué es el Estado, qué hace el Estado y cómo lo hace.

## **DEDICATORIA**

---

Dedico esta obra a la vida, al amor, a la felicidad tan cerca de nosotros pero tan lejos de la condición humana. A Dios, por su protección divina. A mi madre, bella y hermosa. A mi hermana, Judith Maritza, soporte de mi existencia. A mis amados hijos, sumidos por siempre en mi corazón. A mis adorables hijas-nietas y los que vendrán. A mis hermanos. A toda mi familia. A mis amigos. A toda la judicatura colombiana en tan noble misión, especialmente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla; un himno nos une por siempre. Al Colegio de Jueces y Fiscales del Atlántico, símbolo de la judicatura; nuestro himno lo dice. Al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla por permitirme servirle a la humanidad con dignidad. A la memoria del Dr. Vicente de Santis, caballero e ideario de la judicatura. Al Dr. Miguel Ángel Salcedo Arrieta, por su ayuda oportuna. A mi vital Ponedera. A la Universidad del Atlántico, donde se forjó esta obra durante 10 años. Y por último, a mis valio-

sos estudiantes y amados discípulos, por quienes emprendí esta labor que aún no acaba, pues el Derecho es una obra jurídica inconclusa que jamás terminará de escribirse, por su constante transformación. A ellos les aconsejo: a estudiar profundamente pero, antes que todo, a ser excelentes personas. Un mundo mejor nos espera.

## PRÓLOGO

---

Es un honor otorgado por el Juez y profesor, Edgardo Vizcaíno, escribir el prólogo de su obra *Introducción al Derecho*. En este libro escrito de manera sencilla, sensible y muy cercana a sus lectores, al cual aspira su creador sean principalmente sus estudiantes, su autor expone la nociones preliminares del Derecho, sus diferentes visiones y concepciones, que permiten enfrentar el reto de construir un concepto del Derecho, lo cual no resulta una tarea fácil, pues la multiplicidad de objetos de conocimiento del Derecho y su contenido polisémico no permite capsular en una definición, qué es el Derecho.

No es posible concebir el Derecho como se entendía en el siglo pasado, como un sistema único de reglas universales, sin antinomias y sin lagunas. Ni tampoco considerar como suficientes los métodos de interpretación de la Ley Savigniana, sino que hoy todo ello, necesita de las llamadas teorías argumentativas, tema que el profesor

Vizcaíno trata con humildad y fácil comprensión para los estudiantes.

Luego avanza por una breve historia del Derecho, donde se logra visualizar el eterno enfrentamiento entre el Derecho natural y el Derecho positivo, lo que concreta con un debate sobre un caso famoso en la historia del Derecho, y allí participan sus estudiantes, quienes se alinean de uno u otro lado de las escuelas del Derecho, construyendo el conocimiento a través de debates reales, dentro del escenario universitario. Este capítulo pone de presente cómo el tema de la interpretación y argumentación acerca del Derecho ha sido un tema pendular, y hoy podemos decir que nos encontramos con autores que no se sabe si llamarlos positivistas inclusivos o naturalistas con puntos de vistas positivos, como lo es Alexy y Dworkin.

Aborda la clasificación del Derecho, y allí propicia el conocimiento de los conceptos básicos en las diferentes líneas del conocimiento en lo civil, penal, laboral administrativo, alcanzando con ello un lugar de encuentro del aspecto filosófico de las escuelas del Derecho con el manejo opera-



tivo del Derecho. Es una temática que el Derecho no es posible estudiarlo y comprenderlo en el plano teórico, sino que requiere de la actividad práctica, que en la persona del autor, se consigue con el conocimiento amplio de la teoría jurídica y los muchos años de operador de la ciencia.

Como ya lo expresé, el autor, Edgardo Vizcaíno, ostenta su calidad de profesor de diferentes universidades de la ciudad, y además es juez de la República, dedica un capítulo para este último, el juez, frente a la visión de la normatividad, legitimidad, eficacia, denunciando allí el estado normativo que somos y sobre el cual el juez es su eterno presidiario, pero da herramientas para evadir esas gélidas celdas, proclamando que somos un Estado Social de Derecho construido sobre principios y valores que permiten alcanzar un orden justo como lo consigna la Carta Política; no es un sueño, debe ser una realidad. Expresa con ello el autor su experiencia judicial: su permanente lucha contra el formalismo excesivo que hoy es considerado como vertiente de las vías de hecho, que genera la denegación de justicia y el acceso a la justicia.

Finalmente se recrea en las fuentes del Derecho, donde presenta las diferentes formas que asume el Derecho y cómo cada una de ellas incide en la estructura, organización y funcionamiento del Estado colombiano. Llama la atención el homenaje que rinde al abogado litigante, atreviéndose a señalarlo como una verdadera fuente formal del Derecho, en cuanto a que facilita la construcción de la jurisprudencia a través de la demanda de casación, la cual es creación de su resorte. Es este un capítulo, por demás polémico, donde cada doctrinante hace una propuesta de fuentes y su jerarquización. Es atrevida y bien intencionada la propuesta del profesor Edgardo, y para ello consideró que todos los factores intervinientes en la construcción del Derecho constituyen fuente del mismo y parte integrante del edificio jurídico.

Lo menos que puede decirse del texto que el lector tiene en sus manos, es que es una propuesta novedosa y atrevida, con la cual, seguramente divergiremos en puntos de vista respecto de algunos conceptos, lo cual no le quita seriedad y a tener en cuenta en el torrente de ideas que caracteriza el mundo jurídico hoy.

Agradezco a su autor la oportunidad de escribir estas palabras e invito a los lectores a descubrir todas las propuestas pedagógicas y jurídicas que se esconden en su obra, la cual denota su profundo amor y respeto por la judicatura, y más por sus estudiantes.

Finalmente, es nuestro y vale la pena conocer lo nuestro.

**Abdón Sierra Gutiérrez**  
Magistrado Tribunal Superior  
del Distrito judicial de Barranquilla



## PREÁMBULO

---

Regentar la cátedra de “introducción al estudio del Derecho”, representó un reto grande para el conocimiento buscado dentro de los avances acelerados de las diferentes teorías que en torno al Derecho se han gestado y se gestan día a día.

El amor y respeto por mis estudiantes me orientó a estudiar y tratar de entender el Derecho, que no es otra cosa sino la regulación jurídica del universo que nos rodea<sup>1</sup>, desde ya se afirma: –el Derecho impregna la vida en todos sus ciclos sociales evolutivos y esta a su vez impregna al Derecho<sup>2</sup>–, el

---

1 No en vano el eminente Oliver Wendell Holmes afirma: “venero el Derecho, y especialmente nuestro sistema de Derecho, por ser uno de los productos más inmensos de la mente humana” así se consigna en su obra *“the Path of the Law”* a página 473.

2 Con acierto el profesor Luis Prieto Sanchís afirma en su ensayo “la identificación del Derecho a través de la moral”, editado en el libro *Los desacuerdos en el Derecho* a página 87 y 88, que del amplio legado positivista una de las tesis que mejor se ha defendido es el de la fuentes sociales del Derecho, hasta el punto de representar un acuerdo indisputado para todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante, de tal manera que el Derecho es un producto his-

Derecho no implica el destape de una realidad desconocida sino de una realidad bien conocida, la condición humana tratando de controlar y maximizar las utilidades frente al tráfico social y para ello, el Derecho es el instrumento predilecto<sup>3</sup>. Pero del otro lado, están los que amamos el Derecho, como quien escribe, y como afirma el profesor español Amador y García-Carrasco: El Derecho no es un mediador pasivo y solitario. Activa los centros del individuo y de la sociedad para entender los resultados que espera la justicia, resumida en la invocación de los arquetipos, los *tria iuris praecepta*, las constituciones basadas en la legalidad, el estado de Derecho y la protección de los fundamentos de la dignidad y

---

tórico y variable, que depende de la voluntad de los hombres y de sus prácticas sociales; dicho de modo negativo, que el orden jurídico no es una criatura que habite en el mundo celeste de la teología o de la metafísica, en suma de las verdades eternas; así entendida, efectivamente creo que pocos pondrían en duda la tesis de las fuentes sociales, ni siquiera Dworkin o los más convencidos neoconstitucionalistas.

- 3 En palabras de Holmes, en la misma obra antes citada a página 464, afirma: “esto es difícil, porque el propio lenguaje del Derecho –un lenguaje de Derechos, deberes, obligaciones, intención, dolo, etc. tiende una trampa a los incautos. A menudo me pregunto si no sería un avance que toda palabra de significación moral pudiera ser totalmente eliminada del Derecho, y se adoptaran otros términos que comuniquen las ideas jurídicas sin ningún tinte ajeno al Derecho”.

la libertad incluso para las futuras generaciones. Es nuestra tradición y nuestra herencia y la única “operación triunfo” de la democracia<sup>4</sup>.

El Derecho se funda en la palabra que proviene de la realidad, “las palabras son símbolos que en opinión de Borges postulan una memoria compartida”<sup>5</sup>. La palabra<sup>6</sup> Derecho simboliza la

---

4 AMADOR GARCÍA-CARRASCO, “claves para entender y transformar el Derecho” editorial Difusión Jurídica, página 29.

5 J. L BORGES, *El libro de Arena*, Alianza, Madrid, 10 reimpresión, 1993, p.37.

6 En nota del profesor Carlos Santiago Nino, en su obra *Introducción al análisis del Derecho*, a página 12, en referencia A Herman Kantorowicz consigna: Muchos sistemas ( filosóficos), el platonismo antiguo, el realismo escolástico, el fenomenalismo moderno, se han basado en la creencia de que cabe encontrar conceptos con carácter de verdad esencial o de necesidad, por un procedimiento de intuición intelectual o mística ya que son ellos los únicos conceptos de lo que pueda constituir la esencia inmutable de las cosas. Si esto fuera así, sí, por ejemplo, existiera algo semejante a la esencia del Derecho, debería admitirse que entre las muchas acepciones del término, Derecho, el único significado y las únicas definiciones verdaderas serían el significado que indicara dicha esencia y la definición que encerrara este significado. Por ello, casi toda la jurisprudencia medieval y oriental, e incluso la moderna, ha creído que entre el nombre de una cosa (es decir cualquier objeto del conocimiento) y la cosa nombrada, existe un nexo metafísico que sería peligroso y sacrílego desconocer. Esto muestra que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la creencia antigua o, mejor, prehistórica en la magia verbal.



memoria y la historia de la humanidad, en la que se guarda y manifiesta la polisemia del concepto Derecho, la cual se comparte en cada una de las comunidades.

No se pretende construir una teoría<sup>7</sup> del Derecho porque es entendible las limitaciones que se presentan frente a dicha actividad, sino la de abordar de manera sencilla una estructura comprensiva de los temas básico para los estudiantes que se inician en esta materia, guiándolos y orientándolos por ese concepto del Derecho que parece sensible a la comprensión del mundo pero complejo en su aplicación e interpretación. Se trata de plasmar una introducción al Derecho bajo una perspectiva crítica y con fundamentos filosóficos sencillos.

---

7 Por teoría se ha de entender una forma discursiva de lenguaje, que bajo los postulados de la racionalidad busca construir modelos explicativos sobre la génesis, fundamentos y condiciones en que se desarrolla el Derecho. No examina las normas de un determinado sistema jurídico, sino que se ocupa de aquello que tienen en común los distintos sistemas jurídicos positivos. Trata de establecer en qué sentido hay que entender el concepto de norma jurídica. En vez de prestar atención a los problemas propios de cada una de las ramas del Derecho y a los conceptos empleados en su solución, los teóricos centran su atención en los problemas y conceptos compartidos por ellos.

Es indudable que el Derecho divide a quienes lo examinan como objeto de estudio y de sus constantes preocupaciones. La concepción racionalista del Derecho, que lo concibe como un sistema lógico, abstracto y sistemático de reglas; en tanto, que por el otro lado se levanta una concepción jurídica basada en un orden cosmológico de las cosas, es decir, el estudio y decisión de los casos o situaciones en los que la idea de lo justo debe proyectarse y asumir la adecuada postura decisoria. Bajo este aspecto el aula de clase debe ser el escenario en que los estudiantes alineándose de uno u otro lado, defiendan con argumentos su teoría del caso, orientados hacia la solución práctica de los conflictos.

El Derecho, no puede ser identificado únicamente con el conjunto de reglas, abstractas y generales, proferidas por una autoridad legislativa; el Derecho además, está seleccionado para resolver problemas como es, la orden concreta que el juez encuentra para decidir cada caso sometido a su consideración. El juez no trabaja como el científico matemático o como el lógico moderno, el juez trabaja con obra humana, donde la resolución del asunto se desprende de la naturaleza del

caso concreto, de tal manera que en su actividad debe forjar la aparición de nuevas reglas que acomoden la ley al caso bajo lupa, pero, no bajo un deductismo racionalistas, sino bajo el reconocimiento del procedimiento de la controversia, donde el tema central es el ejercicio de la dialéctica, o arte del diálogo cruzado entre las partes, en la que la solución judicial se acomode a cada caso. Cada asunto para su solución humana representará un reto a la inteligencia del juez, y no una aplicación sistemática de un inciso producto de una racionalidad lógico-formal, que tan solo consulta reglas generales de abstracción.

El desarrollo del pensamiento, desde Aristóteles hasta nuestros días, se expresa en la construcción de una sociedad individualista, llena de respuestas que hacen del ser humano un objeto trascendente y no un sujeto inmanente. La verdad está revelada en la erudición que desconoce la creatividad; la norma impone sobre la libertad un orden sustentado en el acondicionamiento reflejo.

La pedagogía se basa en el enclaustramiento del saber, que paraliza las infinitas capacidades inte-

lectuales del ser humano, convirtiéndolo en un ente de temores que lo detienen, impidiéndole realizar su devenir social. Por contrario, se debe consultar la realidad sociojurídica para acceder a una educación en movimiento que garantice el encuentro de lo desconocido, en el diseño de unas realidades que respondan a los deseos de las diversas comunidades. Es urgente transformar la escuela en un territorio abierto, donde la diferencia tenga un espacio privilegiado, y el hombre un lugar de convivencia<sup>8</sup>.

Luego es oportuno aclarar, que el aula de clases no se puede transformar en el escenario de un choque generacional entre profesores anquilosados en el pasado y estudiantes avezados en las tecnologías de las comunicaciones, que claman un nuevo modelo pedagógico, por el contrario, es la zona propicia al encuentro generacional, de reconocimiento y aceptación del uno con el otro; la experiencia traída y los conocimientos adquiridos durante décadas debe aceptar la implementación de los avances acelerados de las comunica-

---

8 BERNAL CAMACHO, Germán, *Derecho y realidad*, Vol. 1, No. 1 primer semestre, 2003, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, página 22.

ciones y de las nuevas formas de obtener la información. Este encuentro generacional producirá la comprensión de un mejor Derecho al servicio de una sociedad que clama soluciones adecuadas al desarrollo vital de sus necesidades y al reconocimiento y respeto por la dignidad humana<sup>9</sup>.

Bajo estos parámetros debe estar orientada la educación de hoy, el estudio del Derecho al servicio de un mundo mejor y no del egoísmo, de la ambición, tejidos humanos que no valen la pena, y que tanta infelicidad causan.

El progreso cultural de una nación es directamente proporcional al respeto que esta tenga por las normas jurídicas<sup>10</sup>. Sin perder el sentido ade-

---

9 La dignidad humana es uno de los motores fundamentales del discurso del Derecho, ya que no solo lo justifica sino es su fin esencial y fundamental, en virtud de ello todos los Derechos están llamados a constitucionalizarse.

10 Sin embargo Roscoe Pound indica certeramente en sus interpretaciones de la historia jurídica: el Derecho tiene que ser estable y sin embargo no puede permanecer inmóvil: con independencia de resolver esa posible antinomia en razón de la necesaria y peculiar flexibilidad del ordenamiento legal, la cuestión nos lleva a considerar el cambio histórico y el posible particularismo en el desarrollo de lo jurídico. La evolución en el tiempo no es algo rectilíneo u homogéneo. La existencia de periodos de prosperidad y depresión, como consecuencia de factores diversos, condiciona junto a otras circunstancias que se hable de movimientos cíclicos, o bien

cuado, que no se trata de mantener las instituciones jurídicas de manera pétrea, sino que estas contribuyan a la organización de la sociedad por el respeto de sus asociados. El Derecho cambia porque cambia con el transcurso del tiempo las relaciones sociales que regula, se altera desde luego, la valoración de las mismas, e incluso varía el fundamento conceptual que le sirve de sustento; de suerte es explicable que al cambiar el modo de producción esclavista, el Derecho esclavista también sufrirá mutaciones hacia el régimen feudal como aconteció, y este a su vez en su transición hacia el capitalismo, adopta nuevos modelos de expresión del Derecho que son reflejo de la evolución social y sobre todo del lenguaje<sup>11</sup>.

---

de fenómenos históricos de corta o larga duración. De otra parte, en una consideración global, la evolución de la cultura y, muy especialmente de la técnica, se producen en un ritmo de aceleración creciente. Quiere decir esto, por ejemplo, que las transformaciones sociales del último siglo resultan impresionantes ante la aparente inmovilidad de centenares de milenios del mundo prehistórico, aunque en uno y otro haya habido etapas de regresión y avance.

- 11 El profesor José Antonio Escudero, en su obra *Curso de historia del Derecho*, afirma a página 23 lo siguiente: “Esa mayor fijeza del Derecho tiene obvia relación con el idioma que le sirve de aparato de expresión. Ya Goethe (poesía y verdad), reprochó al lenguaje jurídico que por su atadura formalista careciere de auténtica libertad. La fórmula de juramento, por ejemplo, cuyo valor depende de la propia fijeza terminoló-

Como pueden apreciar los lectores, el Derecho se transforma cada segundo, pues, en cada rincón del universo hay un pensador que reflexiona sobre el Derecho y las realidades que lo circundan; variando y profundizando sobre las distintas teorías del Derecho que se construyen, ya sea para confirmarlas, enriquecerlas o rebatirlas como obra humana que se construye día a día.

*Introducción al Derecho* es la apertura a las demás líneas del conocimiento que debe confrontar el estudiante, que iniciado en su formación académica busca la realidad que se llama Derecho, se trata de adquirir los conocimientos básicos que le permitan una cosmovisión del Derecho; la comprensión de las diferentes instituciones jurídicas que a futuro le corresponderá enfrentar con mayor profundidad; sumándole actividades pedagógicas prácticas que permiten la aplicación de la teoría que aquí se expone; como son los casos reales en que, sobre un hecho ocurrido se origina un debate entre Derecho positivo y natural; o como es el capítulo, en que el juez colombiano

---

gica, ejemplifican esa estabilidad de lo jurídico mediante la creación de estereotipos que, además en las sociedades primitivas sobre todo, tienen un claro contenido religioso”.



se enfrenta en la aplicación de la ley, a las visiones de validez, legitimidad, eficacia, justicia de la norma jurídica produciendo su decisión un resquebrajamiento entre Derecho y sociedad<sup>12</sup>. Se le rinde homenaje en este libro al abogado litigante, quienes con sus iniciativas, propuestas creativas, principalmente a través de la demanda de casación conciben y fundan la construcción de las diferentes líneas jurisprudenciales, que con gran capacidad realizan nuestras altas cortes.

De la misma manera, en esta obra se establece como fuente formal del Derecho el proceso: el proceso legislativo, el proceso jurisprudencial, el proceso de investigación, el proceso social que reitera y obliga a una conducta relevante para el Derecho, el proceso de creación internacional de normas jurídicas, el proceso que determina la creación e imposición de principios generales y el proceso negocial jurídico. Estas manifestacio-

---

<sup>12</sup> En palabras del profesor Jorge L Esquirol, en su obra *Las ficciones del Derecho latinoamericano*, página 170, la brecha entre el Derecho y la sociedad, o la discrepancia entre las esfera social y legal, es una figura común en toda la teoría del Derecho. No obstante, los expertos sobre desarrollo fomentaron esa imagen, como forma de participar en una serie de reformas a gran escala.

nes del Derecho son universales y aceptadas por la comunidad jurídica, de allí, que no falte una breve historia del Derecho y un recorrido básico por las cuatro grandes escuelas del pensamiento jurídico: el Derecho natural, Derecho positivo, realismo jurídico y neoconstitucionalismo.

Los conflictos tienden a globalizarse y su solución también, por ello la tendencia mundial hacia la oralidad que busca una justicia eficaz y con realce en la dignidad humana<sup>13</sup>; así la pedagogía de hoy, debe orientarse hacia un estudiante con énfasis en lo local, pero con una plataforma internacional de información convertida en conocimiento, que permita pensar en una glocalización del Derecho<sup>14</sup>. Por no ser la oralidad, que se aplica en

---

13 Sobre la dignidad humana expresa bellamente el pensador J. Waldron: ha existido un proceso de nivelación hacia arriba por medio del cual todos los miembros de la especie humana pertenecen a una nueva sociedad aristocrática con un solo rango, esto es, la humanidad. De este modo, ahora “cada hombre es un duque” y “cada mujer una reina” por el mero hecho de pertenecer a la casta de los seres humanos. En consecuencia, cada persona es acreedora de “un respeto sagrado” por cuenta de la dignidad de su estatus: si agredir a un rey era considerado como un sacrilegio, atentar contra una persona tiene idéntica connotaciones.

14 Así lo establece el profesor Michel Taruffo en su obra *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*, es decir, globalización del particularismo y particularización del universalis-

la actividad de juzgamiento, ajena al estudiante que se inicia en el aprendizaje del Derecho, se trata el tema de la oralidad y sus nuevas competencias dentro del Derecho adjetivo.

Espero más críticas que elogios, porque aquellas son la verdadera construcción de la vida; sobre todo para mis estudiantes, quienes requieren de manera urgente la ampliación y consolidación de lo aquí expuesto.

---

mo, con lo cual se asevera que ya no existen fronteras entre el sistema de *common law* y el *civil law*.



Unidad 1

**FINES DEL DERECHO:  
RELACIONES  
SOCIALES**



El hombre es un animal político, sociable por naturaleza<sup>15</sup>, el hombre que pretende vivir solo o es un dios o es una bestia, inclusive Robinson Crusoe, al quedar solo en una isla, necesitó de los conocimientos de la civilización para defenderse y subsistir como quedará detallado en el párrafo que sigue.

Nada se descubre cuando se afirma como se dijo anteriormente, que el hombre es un ser social por naturaleza, desde la antigüedad clásica así se ha expresado. Aristóteles escribía en su política: El hombre es por naturaleza un ser social (*physis zoon politikon*) y el que vive fuera de la sociedad por naturaleza y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana (...) el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios<sup>16</sup>.

La fantasía no puede por menos, traer también a cuento, en este respecto, al famoso “Robinson”. La fábula, extraordinariamente sugestiva, de Robinson Crusoe, obra de Campe publicada en 1802,

---

15 Aristóteles expresaba que el hombre es un *zoon politikon*, o sea animal político.

16 Política, I, 1253 a 2-3, 29.



pinta en sus primeras páginas a nuestro héroe tomando tierra en una isla perdida en medio del océano, privado de toda ayuda y entregado solo a su brazo y a su ingenio. Así pasa algún tiempo, hasta que en las inmediaciones de la isla solitaria recae un buque abandonado de su tripulación, en el que Robinson encuentra los medios mecánicos del hombre moderno. Algún tiempo después, logra Robinson salvar de las garras de los antropófagos a un joven indio, a quien le da el nombre de Domingo, surgiendo de este modo en la isla una vida social. Y cuando más tarde arranca, también, del poder de las tribus salvajes al padre de Domingo y con él a otro europeo, a Robinson se le viene a la mente –nos cuenta la fábula– la idea de que su posición va acercándose cada día más, a la de un verdadero rey. La isla entera es propiedad suya. Sus súbditos, que a él le debían la existencia, se hallaban por entero a su voluntad, habiendo jurado sacrificar por él la vida, si fuere necesario<sup>17</sup>.

La fábula de Robinson, si bien implica la historia de un hombre en una isla, este necesitó del conocimiento social adquirido anteriormente para crear

---

<sup>17</sup> STAMMLER, Rudolf. *La génesis del Derecho*. Editorial Iyer, octubre de 2005, página 21.

su propio mundo, luego vale anotar, que su historia de soledad absoluta no está alejada del mundo social, reafirma lo que ya el estagirita había dicho, no se concibe un hombre que no necesite del tejido social.

En este caso Aristóteles releva la naturaleza social del hombre, en tanto que se halla dentro de un tejido que lo relacionan con los demás, partiendo de la forma primaria de asociación (la unión de la hembra y el varón por su tendencia a procrear), pasando por la familia y la aldea (concebida esta como asociación operativa de varias familias vinculadas entre sí por su origen común), luego el paso a la polis, como el momento determinante para el hombre vivir bien, en condiciones de plena humanidad, y no ya el mero hecho de vivir. Es verdad entonces, que el hombre, más allá de sus consideraciones meramente biológicas, precisa relacionarse socialmente<sup>18</sup> para el pleno desarrollo de su integridad física y espiritual.

---

<sup>18</sup> El concepto de sociedad y desociabilidad del hombre ha cambiado, así Aulis Aarnio, en su ensayo *“Una única respuesta correcta”* consignada en la obra *“Bases teóricas de la interpretación jurídica”* a página 25, expresa: En la actualidad, el concepto de sociedad significa que sus miembros tienen un “mundo en común”.

El hombre vive en comunidad y genera relaciones sociales de toda índole, que no se pueden dejar a libre albedrío sino que existe necesidad de regularlas, no es aconsejable ni la anarquía, ni el despotismo donde un hombre más fuerte maneje las relaciones sociales. Por tanto, se requiere encausar esas relaciones sociales hacia metas de equidad y equilibrio social. Para ello, la conducta humana debe someterse a normas de conducta externa de obligatorio cumplimiento que conforman precisamente el llamado Derecho positivo, reglas que en la medida que sean justas acercan a la sociedad a los ideales de armonía y perfeccionamiento en sus relaciones. No se puede concebir una comunidad social sin una organización jurídica, porque la propia comunidad se aniquilaría por falta de un orden jurídico que regule el tráfico social.

Edgar Bodenheimer indica que por su propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo<sup>19</sup>. El Derecho genera un equilibrio entre esas dos formas extremas de vida social. Para evitar la anarquía el Derecho limita el

---

19 BODENHEIMER, Edgar, Teoría del Derecho, Edición Fondo de cultura Económica, México, impreso en México, cuarta reimpresión 2005, página 28.

poder de los individuos y para evitar el despotismo el Derecho regula y controla el poder del Gobierno<sup>20</sup>.

## **SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO**

No se puede afirmar que primero es el Estado, luego la norma jurídica y la sociedad o viceversa; SOCIEDAD, Derecho Y ESTADO, son fenómenos coetáneos y correlativos, la sociabilidad del hombre precisamente busca un orden normativo que le sirva de garantía a esa naturaleza social. Los conceptos de “Derecho” y de “Estado” son, pues, conceptos conjugados (bueno), que no pueden comprenderse el uno separado del otro. Pero esta conexión se acentúa todavía más con la aparición del Estado moderno, en cuanto órgano que monopoliza el uso legítimo de la fuerza física. Como dice Bobbio (1982), el Derecho y el Estado vienen a ser aquí dos lados de la misma medalla: el Derecho se considera desde el punto de vista del Estado como el conjunto de normas que proceden de este; y el Estado desde

---

20 Como lo dice Bodenheimer, la limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina Derecho privado, la limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina Derecho público, la función general de ambas ramas del Derecho es esencialmente la misma; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder.

el punto de vista del Derecho: el poder del Estado<sup>21</sup> (idea del Estado de Derecho en sentido amplio) es legítimo<sup>22</sup> porque es un poder sometido a Derecho. El concepto de estado y Derecho está íntimamente ligado al de sociedad, así afirma el viejo aforismo, donde hay sociedad hay Derecho (*Ubi societas ibi ius*) y el Derecho sirve al estado y el estado se sirve del Derecho dentro de un entramado social que se sirve de los dos conceptos (estado y Derecho) para que exista una organización y un orden.

La historia de las diferentes sociedades se centra en la lucha por un orden normativo justo que garantice la convivencia y la armonía de sus asociados, entre más se alcancen estos objetivos mayor será el avance cultural de las comunidades.

El Derecho no está aislado del sistema social en el que opera y al que pertenece. Toda concepción del Derecho debe atender las funciones sociales

---

<sup>21</sup> ATIENZA, Manuel. Introducción al Derecho, distribuciones fontamara, página 37.

<sup>22</sup> Aun en caso de cínicos encantos de alabanza en su nombre, el mero hecho de su frecuencia repetición evidencia al menos, que la adhesión al Estado de Derecho es un indicador de legitimidad del Gobierno aceptado en todo el mundo. Así se expresa Brian Z. Tamanaha, en su obra “En torno al Estado de Derecho, historia, política y teoría”, a página 19.

que desempeña. Es verdad que el Derecho mana y tiene sus raíces en los hechos sociales existentes y que depende de valores compartidos socialmente, pero sin duda la regulación de las actividades económicas, políticas, culturales se realizan mediante normas jurídicas<sup>23</sup>.

## CONCEPTO DEL DERECHO

Comenzar por definir el Derecho es aceptar un problema, ya que el Derecho no se define como un objeto, sino que se define un concepto y las definiciones en el campo de las Ciencias Sociales son convencionales, y no arbitrarias, pero son complejas, de tal manera que no es fácil definir el Derecho; a más de ello, es indubitable la presencia del Derecho

---

<sup>23</sup> Entre las funciones del Derecho, la de integración y de control social se considera fundamental que en ella, de alguna manera, están incluidas las otras funciones. La tarea básica del Derecho es producir y mantener la unidad y cohesión del grupo social, esto es, mantenerlo integrado. Así lo entiende T Parsons, para quien la función primaria del Derecho es la función integradora que consiste en “mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubricar el mecanismo de la relaciones sociales”; las otras funciones que según este autor, realiza el Derecho (legitimación, interpretación, sanción y aplicación) son funciones secundarias o, más propiamente, medios para conseguir un único fin o función: la integración social. Por lo demás, se entiende que el Derecho es, sobre todo, una técnica de organización social, un instrumento de cohesión social, un sistema de control social.

en todos los quehaceres de la vida. La omnipresencia del Derecho en nuestra sociedad puede llevar a pensar en la naturalidad de la organización jurídica de las relaciones humanas<sup>24</sup>.

Desde la época de la concepción del ser humano, el Derecho regula las expectativas del *nasciturus*, cuando se nace, el Derecho proclama su regulación exigiendo un registro civil de nacimiento para dotar de personalidad a ese ser humano y luego, regula su educación, hasta alcanzar su fase laboral, su historia familiar, todas las actuaciones están reguladas hasta llegar a la muerte donde se establece una sucesión por causa de muerte, como lo sugiere Norberto Bobbio<sup>25</sup>: existen carteles indicativos en el trasegar de la vida.

---

<sup>24</sup> SANS BURGOS, Raúl. *Introducción a la teoría del Derecho*, UNED, Madrid, primera edición, página 21.

<sup>25</sup> El profesor Bobbio indica, “El número de reglas que cotidianamente encontramos en nuestro camino, como seres que actuamos hacia fines, es incalculable, es tal que enumerarlas sería tan fatigoso como vano para contar los granos de una arena de una playa. El *iter* de cada acción nuestra, por modesta que sea, es contramarcada por un gran número de proposiciones normativas que resultan difícilmente imaginables para quien actúa sin darse cuenta de las condiciones en la que lo hace” (Norberto Bobbio. *Teoría general del Derecho*, segunda edición, editorial Temis, Bogotá Colombia, página 5).

Todo está controlado por el Derecho, se teje alrededor un entramado legal, que hace dudar de nuestra real libertad, vaticinado por el sociólogo Max Weber cuando expresaba sus temores sobre el Derecho, para que este no se convirtiera en una jaula para la humanidad.

### **Etimología de la palabra Derecho**

El profesor López Calera afirma que la etimología de la palabra *ius* (Derecho) refiere ya una conexión del Derecho con ese mundo de condicionantes, de mandatos radicales que se dan en la vida social. El término *ius* deriva del término latino (mandar), cuyo participio pasivo *iussum* (mandato) es su más inmediato antecedente etimológico... Sin embargo, también es verdad que el término Derecho, tiene otro origen latino en el verbo *dirigere*. Su participio *directum* (dirigido) indica lo que va correctamente, lo que se conduce rectamente. En este sentido, el Derecho se opone a lo torcido, a lo desviado, o puede entenderse como el criterio que conduce o guía, esto es, el Derecho como ley que indica cómo ha de ser el comportamiento para que no sea fuerza,



para que sea correcto, para que no se desvíe de una meta preestablecida<sup>26</sup>.

El Derecho en cuanto a fenómeno social e histórico, es una obra humana que responde a muy distintos orígenes y estímulos: creencias, libertad, etc.

La palabra Derecho etimológicamente significa: Directus, dirigere, enderezar, conducir, alinear, es decir, lo que conduce rectamente.

El Derecho tiene en las diferentes lenguas, el origen de rectitud, orden, corrección.

### **El Derecho y sus múltiples significados**

La polisemia del término Derecho es evidente, dicha palabra puede girar en su significado en la forma en que se le sitúe, tengo Derecho a vivir, en este lugar expresivo se tendrá como facultad. Para Hans Kelsen, el Derecho es un conjunto de normas, que tiene un objeto y un método de conocimiento, dentro de este lugar se mirará como Ciencia. Constitucionalmente se prohíbe la huelga en los servicios públicos esenciales, en esta oración el Derecho

---

<sup>26</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Introducción al estudio del Derecho*. España: Gráficas del sur, 1981, página 17.

tendrá un significado de principio normativizado. No es ajustado a Derecho que los jueces profieran decisiones contrariando los mandatos de la justicia, aquí el Derecho tendrá un contenido valorativo, axiológico, propio del Derecho natural. El Derecho es ineficaz cuando la sociedad no lo cumple, aquí el Derecho gira hacia la sociología jurídica, en tanto que esta estudia el doble impacto Derecho –sociedad, sociedad– Derecho; el Derecho es lo que dirán los jueces, en este caso se hace alusión a la teoría de la profecía de los tribunales, bajo el entendido que el Derecho en últimas es lo que dirán los jueces<sup>27</sup>, sin olvidar que para que esto ocurra se requiere de la presencia anteladamente de la norma jurídica.

La palabra Derecho pertenece al lenguaje cotidiano y forma parte de nuestro bagaje de términos de uso habitual. Quiere decirse con ello, que se emplea en nuestras conversaciones, discursos y razonamientos, de la misma manera que se utilizan muchas otras palabras. De ahí, que su comprensión sufra algunos problemas compartidos, también, con

---

<sup>27</sup> Consúltese para tal efecto la obra de O. W. Holmes “*The Bramble Bush*”, página 9.

otros términos de ese tipo de lenguaje, ambigüedad<sup>28</sup>, vaguedad<sup>29</sup>, y emotividad<sup>30</sup> del lenguaje<sup>31</sup>.

Afirma el profesor Luis Villar Borda, el término Derecho no es unívoco y, por el contrario, tiene múltiples significaciones correspondientes, de una parte, al objeto que se pretenda definir bajo este nombre y, de la otra, a los diversos enfoques sobre su naturaleza, que han dado origen a muy variadas teorías a lo largo de su historia. Uno es el sentido del Derecho para la Ciencia jurídica, diferente a los puntos de vista de la filosofía del Derecho, la historia del Derecho, la antropología jurídica, la sociología del Derecho o la psicología jurídica. Las controversias acerca del contenido del Derecho han enfrentado concepciones radicalmente opuestas como por ejemplos, las del *iusnaturalismo* y las del positivismo jurídico. Entre estos dos extremos hay

---

28 Implica que este puede ser entendido de diferentes maneras, así como Derecho objetivo, como Derecho subjetivo, como ciencia jurídica, como sinónimo de justicia.

29 Porque no existe acuerdo sobre los rasgos o propiedades que deben acompañarlo, o porque no existe certeza sobre el ámbito de aplicación.

30 Provoca reacciones de adhesión o de rechazo, es objeto de muchas disputas.

31 ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar, SANZ BURGOS, Raúl. *El problema del concepto del Derecho, Introducción a la teoría del Derecho*. Librería Uned, 2010, página 35.

numerosos matices que reclaman cada uno ser la definición adecuada del Derecho<sup>32</sup>.

Algunos tratadistas como Robert Alexy, se inclinan por la naturaleza dual del Derecho, en tanto que este comprende necesariamente una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica, así indica: El concepto del Derecho se refiere a una entidad que conecta lo real con lo ideal de una manera necesaria. A pesar de su anclaje en el mundo real, el Derecho no puede ser reducido a una clase natural o a un objeto, tal como ocurre con los conceptos de agua, agujeros, negros o matar. El concepto del Derecho representa un paradigma de un concepto, de una clase no-natural que está intrínsecamente ligado con clases naturales. El análisis de un concepto semejante sería de interés por razones de naturaleza filosófica, incluso si el análisis no tuviera consecuencias jurídicas prácticas, lo que, sin embargo ocurre de hecho<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Tomado de la obra de Brian Bix *Lenguaje, teoría y Derecho*, donde el profesor Villar Borda hace la presentación del texto y hace alusión al concepto que encierra la palabra Derecho.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *EL concepto y la naturaleza del Derecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, página 78.

La multiplicidad del objeto de conocimiento del Derecho conduce a algunos tratadistas, como el jurista austríaco Fritz Schreier, a afirmar la imposibilidad de definir el Derecho<sup>34</sup>. Y otros, frente a la complejidad de la definición, señalan –no se sabe qué es–<sup>35</sup>. Finalmente, parece que hay que darle la razón a Hart y aceptar que el término o, mejor, el concepto de Derecho tiene una significación tan rica que tratar de expresarla mediante un *definiens* lo suficientemente breve como para que tenga sentido seguir hablando de definición puede verse como una simplificación excesiva que oculta más problemas de los que ilumina. Esto –hay que insistir en ello– no quiere decir renunciar a la pregunta qué es el Derecho, sino elegir para ello una estrategia que no consiste propiamente en proponer una definición, sino en procurar aclarar el concepto del Derecho, poniéndolo en correlación con otros conceptos que tienen un área de significación próxima

---

34 Así lo sostiene en su obra *Concepto y formas fundamentales del Derecho*.

35 Citado por el profesor Manuel Atienza, en su obra *Introducción al Derecho*, página 9, indicando que Flaubert, en su diccionario de los lugares comunes, así lo expresaba, refiriéndose a la definición del Derecho.

y, en parte, superpuesta. Los más importantes parecen ser los de “norma”, “moral” y “poder” (...)<sup>36</sup>.

En concepto amplio el Derecho es, conjunto de normas obligatorias que determinan las relaciones de los hombres con sus semejantes, siendo su objeto esencial la reglamentación obligatoria de las relaciones sociales, del colectivo social. La complejidad de sus formas, la naturaleza, su finalidad, implica la abundancia de diferentes definiciones del Derecho, por lo que se ha dicho que se entiende mejor cuando no se define.

Las diferentes concepciones del Derecho, acogen su concepto del Derecho desde el punto de vista subjetivo, otros desde el punto de visto objetivo, otros sociológico y filosófico. El término Derecho es muy ambiguo porque se ha utilizado a través de la historia para definir diferentes realidades, de tal manera, que es un concepto cargado de emotividad conforme a la realidad social en que se origina y desarrolla, verbigracia, el Derecho ha justificado en su oportunidad histórica los más devastadores regímenes.

---

<sup>36</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. España, Ariel Derecho. 5ª edición, octubre de 2009, página 58.

## **Nociones preliminares necesarias para construir un concepto de Derecho**

Para que el estudiante construya y comprenda los diferentes conceptos que sobre el Derecho se han esbozado, debe precisar las nociones preliminares de:

### ***Derecho positivo:***

Las teorías separatistas del ámbito jurídico y la moral se inician a partir de la reacción al Derecho natural, esta se aprecia en las obras de Bentham y Austin, siglo XIX. En el siglo XX, las críticas más generalizadas al Derecho natural se resumen en las corrientes del normativismo, representadas en Hans Kelsen<sup>37</sup> y en Herbert Hart<sup>38</sup> y en la corriente del realismo, concretada en el pensamiento de Pound, Llewelyn, Frank, Holmes<sup>39</sup>, Olivecrona, Ross<sup>40</sup>.

---

37 Representante del escepticismo ético, según el cual, no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universales, eternos y de aceptarse que existen el hombre no los podría captar a través de la razón.

38 Propulsor de la ventaja metodológica, que consiste en distinguir entre el Derecho que es y el Derecho.

39 Corriente del realismo jurídico norteamericano.

40 Corriente del realismo jurídico escandinavo.

En referencia al Derecho positivo, todo pensador para ser considerado positivista debe aceptar la siguiente tesis: “la identificación de un conjunto de normas jurídicas, esto es, como constituyendo un Derecho, o formando parte del Derecho, no requiere someter a dichas normas a ninguna prueba relacionada con el valor moral de sus contenidos, que debe ser, a efecto de permitir la crítica moral de las instituciones. Se puede definir el Derecho sin necesidad de recurrir a propiedades valorativas<sup>41</sup>”.

El positivismo jurídico se caracteriza principalmente porque descarta de modo radical, en la construcción teórica del Derecho, su dimensión axiológica, el valor justicia y, sin desconocerlo, lo relega a la ideología política o al orden moral, sea que la tome como valor objetivo o subjetivo. Considera que para hacer verdadera ciencia del Derecho, esta debe ser ajena no solo a los juicios de valor sino a cualquier forma axiológica y así pretende ser neutral frente a las ideologías, en particular políticas, como sucede con la teoría pura del Derecho de Kelsen<sup>42</sup>.

---

41 BONORINA RAMÍREZ, Pablo Raúl, PEÑA AYAZO, Jairo Iván. *Filosofía del Derecho*, 2 edición, Consejo Superior de la Judicatura sala administrativa, escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, página 34.

42 RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. *El estado de justicia*. Edi-



El profesor Robert Alexy interviene en esta disputa al afirmar, la controversia entre el positivismo y el no-positivismo es una disputa acerca de la relación entre Derecho y la moral. Todos los positivistas defienden la tesis de la separación: en su forma más general, esta tesis sostiene que no existe una conexión necesaria entre el Derecho como es y el Derecho como debería ser. En una versión más precisa, sostiene que no existe una conexión necesaria entre validez jurídica o la corrección legal, de un lado, y el mérito y demérito moral o la corrección o incorrección moral, del otro. Por el contrario, todos los no positivistas defienden la tesis de la conexión, según la cual existe una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, de un lado, y los méritos o deméritos morales o la corrección o incorrección moral, del otro<sup>43</sup>.

La gran pregunta que debe absolver el *Ius positivismo* es, qué normas existen en un sistema jurídico<sup>44</sup>, tanto John Austin y Hans Kelsen respon-

---

torial Temis, Santafé de Bogotá 1996, página 3.

43 ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Editorial Marcial Pons. Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2008, páginas. 78,79.

44 Un sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas que se relacionan entre sí, establecer esta relación es lo que funda las

den de manera simplista<sup>45</sup>, en cuanto a que existen órdenes respaldadas por amenazas y que provienen de una autoridad (llámese rey, soberano, gobernante), no obstante quien mejor responde y dentro de la escuela del positivismo<sup>46</sup> es Herbert Hart, señalando que el modelo simplista de Hans Kelsen no permite diferenciar las normas jurídicas de la amenaza que realiza un delincuente para obtener una determinada conducta.

Concluye Hart, que existen reglas primarias y secundarias atendiendo a las diferentes funciones sociales que cumplen las reglas en un sistema jurídico y no a la orden a través de amenaza o sanción contenida en ellas; así se observa que en los diferentes sistemas jurídicos existen normas que otorgan potestades públicas o privadas, es decir, la manera en que los particulares pueden

---

diferentes teorías que sobre el Derecho se han construido.

45 Afirmación que corresponde al filósofo Herber Hart en su obra *El concepto del Derecho*.

46 Aun cuando se critique a Herbert Hart de ser positivista de línea suave, blanda por cuanto reconoce este pensador que los sistemas jurídicos poseen contenidos morales mínimos que vienen determinados por los propósitos esenciales que deben considerarse compartidos por todos los que integran una comunidad social, de hecho todas las normas que prohíben la violencia pueden considerarse como contenidos morales mínimos de Derechos que permiten una sana convivencia.

generar nuevos Derechos y la manera en que los funcionarios públicos pueden dictar y aplicar normas, verbigracia, las normas de carácter procesal que regulan la actividad de juzgamiento. A los modelos simplistas como los de Kelsen se le pueden hacer críticas como que no todas las normas provienen de una autoridad, hay normas que se generan de la costumbre y, además como se explica, que incluso las normas jurídicas se aplican a quienes las crean (El caso del senador Merlano fue famoso en Colombia, como un congresista creador de leyes que resultó sancionado por la propia Ley de abstenerse de manejar embriagado, que contribuyó a crear).

### ***Derecho positivo y ordenamiento jurídico***

La teoría del ordenamiento jurídico positivo es expuesta originariamente por Adolfo Merkel<sup>47</sup> (1836-1896), desarrollada posteriormente por Hans Kelsen (1881-1973) y Alfred Verdross, indica que la

---

<sup>47</sup> Representante de una de las principales corrientes empiristas, quien no desecha los problemas del concepto y la idea del Derecho, sino que sostiene que para resolverlos basta atender a un orden jurídico concreto y a los resultados de la historia del Derecho de un país determinado, así se consigna en la obra *Tratados de filosofía del Derecho* de Rudolf Stammler, clásicos del Derecho, página 78.

complejidad de normas jurídicas que identifican a un país no se encuentran aisladas, sino vinculadas entre sí, por una fundamentación unitaria que se convierte en una estructura, un sistema que se denomina ordenamiento jurídico. Un sistema coherente de normas con mayor o menor generalidad, que encuentra en su base las normas individuales y en su escalón más alto la constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos humanos.

El concepto de ordenamiento jurídico se ha relacionado con la idea de Derecho objetivo, como un conjunto de normas jurídicas coactivas ordenadas jerárquicamente, válidas y eficaces en un estado y en un determinado contexto socio-cultural. Estas normas jurídicas hacen parte de un sistema, lo que supone que están conectadas inescindiblemente unas de otras, pero en especial de una manera jerárquica y a veces lexicográfica. En la práctica esto supone tres cosas: uno, que la decisión de un juez solo será válida, siempre y cuando ella se fundamente en el ordenamiento jurídico, de lo que se deriva el criterio de pertenencia de esa norma jurídica particular frente al orden normativo; esto es, en la práctica, el operador jurídico se cuestiona antes de resolver un caso, si la norma que considera aplicable

a este pertenece o no al ordenamiento jurídico, y así obtener certeza en su decisión; dos, que el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza solo es probable en la medida en que las decisiones burocráticas se soportan en el Derecho, es decir, que derivan del ordenamiento jurídico; tres, que los ciudadanos pueden dar sentido a sus conductas en la medida en que pueden predecir las consecuencias jurídicas de obrar o no conforme a Derecho. En un sistema democrático y liberal de Derecho, es crucial que exista seguridad respecto de los comportamientos prohibidos y permitidos, porque esto es presupuesto de la aceptación de la comunidad del orden jurídico<sup>48</sup>.

El sistema jurídico para asegurar la resolución de los conflictos relevantes para el Derecho y obtener la armonía social, debe estar dotado de un carácter unitario y unificante, coherencia en sus postulados normativos y plenitud del sistema, para, de acuerdo con los instrumentos legales existentes en el ordenamiento jurídico, darle una respuesta a todos los asuntos, sin que sea permitido quede un asunto

---

<sup>48</sup> Asírazona el profesor Ricardo Gil Barrera, en su ensayo “el ordenamiento Jurídico” consignado en el libro *Teoría del Derecho* sello editorial Universidad de Medellín 2009, páginas 139,140.

sin regulación en el ordenamiento jurídico, donde desde luego está la ley, la jurisprudencia, la analogía, la equidad, los principios constitucionales y generales del Derecho, la costumbre, los tratados internacionales, en fin todas las fuentes generales del Derecho son aplicables para garantizar esta propiedad del ordenamiento jurídico.

### ***Derecho natural***

Para el Derecho natural es definitoria en la definición de Derecho la relación con la moral, considerando que el hombre desde que nace le asisten Derechos inalienables que el positivismo no puede desconocer<sup>49</sup>, son leyes inmutables y eternas, aquí el Derecho se torna como sinónimo de justicia, y se convierte en un problema filosófico y más este como una forma de vida, en que el Derecho se considera como sinónimo de justicia y esta como una virtud que debería ser practicada por todos los humanos.

---

49 Precisamente el filósofo John Rawls afirma en su obra *Teoría de la justicia* a página 39, “se supone que cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la justicia, o como dicen algunos en un Derecho natural, el cual no puede ser anulado ni siquiera para el bienestar de cada uno de los demás”.

No obstante filósofos políticos modernos, desde Immanuel Kant en el siglo XVIII a Jhon Rawls –sostienen que los principios de la justicia que definen nuestros Derechos no deberían fundamentarse en ninguna concepción particular de la virtud o de cuál es la forma de vivir más deseable. Muy al contrario, una sociedad justa respeta la libertad de cada uno de escoger su propia concepción de la vida buena. Podría, pues, decirse que las teorías antiguas de la justicia parten de la virtud, mientras que las modernas parten de la libertad<sup>50</sup>.

El *Ius naturalismo* o escuela del Derecho natural es un movimiento ideológico que se origina con la teoría aristotélica, y que como sistema llega a su máxima expresión en el siglo XVII. El *ius naturalismo* tradicional indica que existen, por encima de las leyes creadas por el hombre, los principios de Derecho natural de contenido moral y que resultan inmutables, perpetuos; contrario al Derecho positivo que puede mutar de comunidad en comunidad y de tiempo en tiempo. Para esta corriente, *Iusnaturalista*, el Derecho positivo debe estar de acuerdo

con los principios del Derecho natural y de lo cual también depende su validez<sup>51</sup>.

De la teoría tradicional del Derecho natural se distinguen dos escuelas del pensamiento: 1) El *ius naturalismo* teológico, cuyos representante más sobresalientes son los filósofos tomistas, quienes fundan el origen del Derecho natural en Dios y del cual se deriva el Derecho positivo y, 2) El *ius naturalismo* racionalista, representado por los filósofos iluministas, quienes sustentaron que el origen de los principios morales se encuentran en la estructura o naturaleza de la razón humana y de los cuales se derivan las normas jurídicas. Estas dos teorías tradicionales se desarrollan a partir de una común teoría moral. Con la aparición de Ronald Dworkin<sup>52</sup>

---

51 Esta teoría tradicional la encontramos en Grecia, en las obras de los estoicos en los primeros años del imperio romano, y en la teología cristiana medieval que inspiró el pensamiento secular de los representantes del siglo XVI y que sirvieron de fundamento a la doctrina del Derecho natural aparecida en los siglos XVII y XVIII, estas doctrinas sufrieron fisuras por muchos ataques en los siglos XIX y mitad del siglo XX, pero retomó fuerzas después de la segunda guerra mundial con pensadores como Dworkin quien se preocupó por dotar de fundamentos racionales a la doctrina del Derecho natural.

52 Este pensador construyó su teoría filosófica del Derecho a partir de las críticas realizadas al pensamiento de Hart, en la medida en que no podía comprenderse un sistema jurídico si únicamente se consideraba que “era un conjunto de reglas”,



se llega a una versión moderna del Derecho natural en la cual, se formula la tesis principal de que no puede comprender o describir el Derecho sin realizar al mismo tiempo una evaluación moral<sup>53</sup>.

La importancia del Derecho natural es el retorno a una indagación de la justicia material, es decir con contenido concretos, que se establecen a través de un conjunto de principios generales y flexibles. Los *Iusnaturalistas* modernos no anteponen estos principios o Derecho natural al Derecho positivo, sino que estos sirven para que las normas se ajusten a sus orientaciones, así expresa Latorre: Lo significativo de las modernas doctrinas *iusnaturalistas*, es el retorno a una indagación de la justicia material, es decir, con contenidos concretos; solo que a diferencia de las viejas teorías *iusnaturalistas*, los modernos defensores de estas tendencias (muy diversas por otra parte) no piensan en un sistema detallado de normas, sino más bien en un conjunto de principios generales y flexibles. Tampoco la mayoría de los *iusnaturalistas* modernos estable-

---

sino que además, existían principios jurídicos y directrices políticas. Los principios jurídicos constituyen proposiciones morales que obligan al igual que las reglas.

53 Así queda plasmada en su obra *Los Derechos en serio*.

cen la clara prioridad de este Derecho natural sobre el positivo y se limitan a señalar aquellos principios como punto de referencia que ha de tener en cuenta el legislador y a los que ha de ajustar sus normas<sup>54</sup>.

Para efectos prácticos, y a fin de comprender la eterna lucha entre Derecho positivo y Derecho natural, se acudirá a un caso sucedido en los juicios de Nuremberg<sup>55</sup>, sobre la reconstrucción ficticia de una sentencia judicial que relaciona el profesor Santiago Nino, en su obra *Introducción al análisis del Derecho*, y la cual se transcribe en el anexo 1 de este libro.

### ***Derecho Objetivo***

El Derecho objetivo, se aprecia como el conjunto de normas jurídicas reguladoras de conductas y de es-

---

54 LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona 1974, páginas 159 y 160.

55 Juicios utilizado por los aliados que estaban conformados por las naciones vencedoras de la segunda guerra mundial, para juzgar a los jefes nazis que habían participado en diferentes hechos cometidos durante el régimen de Hitler (exterminio de grandes grupos humanos, torturas, privaciones de la libertad de gente inocente, deportaciones, experimentaciones médicas sobre seres humanos vivos, agresión injusta contra otras naciones).

tricto cumplimiento por parte de sus destinatarios, cuyo incumplimiento acarrea una sanción. Precisamente Hans Kelsen concibió que el rango distintivo básico de un ordenamiento jurídico frente a otros ordenamientos como lo social, lo religioso, lo cultural, etc., sea la regulación del uso de la fuerza, o la coacción institucionalizada. Por ello, el estudiante encontrará una serie de normas jurídicas dedicadas a enarbolar Derechos, pero también a contemplar sanciones en caso de vulneración de ellos. El sistema otorga pero también sanciona en caso de vulneración o inobservancia y allí es, donde entra a operar el Derecho objetivo con la imposición de sanciones. En un sentido amplio, el concepto de sanción hace referencia a las medidas que un orden normativo cualquiera dispone a fin de reforzar el respeto de las propias normas, y en su caso, remediar los efectos de su inobservancia<sup>56</sup>.

### ***Derecho subjetivo***

El Derecho subjetivo es entendido como sinónimo de facultad jurídica, potestad, pretensión, poder

---

56 BETEGON, Jerónimo, *Sanción y coacción*, El Derecho y la justicia, Edición de Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta, Editorial Trotta s.a 1996. 2000 página 355.

de hacer o no hacer algo, es la facultad que le da la norma jurídica al sujeto para ejercer su libertad.

El Derecho subjetivo es garantizado por el Derecho objetivo. Sin embargo, Arthur Kaufmann al preguntarse cómo se comporta el Derecho objetivo y subjetivo entre sí, indica que depende de la correspondiente concepción de Estado; según la concepción del Estado autoritario, no existen Derechos subjetivos originarios, dicho Derecho son concedidos al individuo a través del Estado. Según la concepción de Estado de Derecho liberal, por el contrario, el individuo posee Derechos subjetivos originarios (Derechos fundamentales, Derechos humanos) que son anteriores al Estado (él los debe respetar) y no debe agredir su contenido esencial<sup>57</sup>.

Lo característico de los Derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los estrados judiciales, no obstante, existen serias controversias entre la teoría que indica que el Derecho subjetivo es un poder de la voluntad y la que señala que es un interés protegido. Sin embargo, profesio-

---

57 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1999, página 215.

res como Martín Borowsky señalan: que el Derecho subjetivo es una posición jurídica, ya que el poder de voluntad, y ser un interés digno de protección, son razones que deben tenerse en cuenta para que existan Derechos subjetivos en sentidos de posiciones jurídicas, cuya propiedad esencial es su exigibilidad<sup>58</sup>.

### ***Derecho público***

El Derecho público es el conjunto de normas jurídicas que se refieren a la organización y funcionamiento del Estado, así como la relación de este con las personas naturales y jurídicas y con otros Estados.

### ***Derecho privado***

El Derecho privado es el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí, más adelante se abordará unas posiciones modernas en torno al Derecho público y el privado.

### ***Derecho procesal***

---

58 BOROWSKI, Martín. Universidad externado de Colombia, *serie de teoría jurídica y sociología jurídica*, 2003, páginas 43 y 44.

Es una Ciencia encargada de establecer los principios, pautas y reglas para crear métodos de juzgamiento, es decir, quien quiera crear una actividad de juzgamiento, necesariamente, debe orientarse por el Derecho procesal, pues este encarrila toda actividad de juzgamiento por los principios universalmente aceptados en tan delicada actividad. De suerte que todos los códigos de procedimientos o códigos generales del proceso, recogen todos los principios y reglas formuladas de antemano por el Derecho procesal.

### ***Derecho sustancial***

El Derecho sustancial es el conjunto de normas que otorgan Derecho, libertades, imponen obligaciones, otorgan facultades.

### ***Historicismo***

En oposición a que la razón era la creadora del Derecho más adecuado, surgió el movimiento “Historicismo”, el cual afirmaba que no era posible prescindir del pasado ni de la realidad actual surgida de ese pretérito, pues ellos constituían la legítima fuente de todas las reglas de Derecho.

La escuela histórica que floreció en Alemania en los comienzos del siglo XIX, reaccionó felizmente contra semejante pretensión; mostró, que tan imposible sería a un hombre el agotar las fuentes del Derecho, como el detener a un pueblo o a una lengua en su desenvolvimiento: El verdadero origen del Derecho residirá siempre en las necesidades, en las aspiraciones de la comunidad, de las cuales el legislador es intérprete, traductor, registrador pero no creador; PUCHTA<sup>59</sup> y sobre todo SAVIGNY –el verdadero jefe de la escuela histórica– demostraron que una legislación arranca de lo profundo de una raza, lo mismo que la lengua y que los poderes públicos no podrían falsear a su voluntad el espíritu de dicha legislación. Y si se atentara contra ese espíritu del pueblo, verbigracia la infracción penal, el profesor Savigny indica cómo opera y subsiste el Derecho: El Derecho existe en el espíritu común del pueblo o sea, en la voluntad común que por ello es también de cada individuo. Pero el individuo puede, gracias a su libertad, sublevarse mediante lo que quiere para

---

59 Este autor consideraba al Derecho como, un todo orgánico dotado de actividades y formas espirituales propias. Así se expresa en la obra de Bachofen *El Derecho natural y el Derecho histórico* en su parte introductiva a cargo de Felipe González Vicen páginas 20 y 21.

sí, contra lo que piensa y quiere como miembro de la totalidad. Esta contradicción es el entuerto o la infracción del Derecho, que tiene que ser destruida, si el Derecho quiere existir y dominar<sup>60</sup>.

Existe una opinión pública que, en ciertos casos, reviste aspecto y valor jurídico. Hay corrientes naturales tan poderosas que ninguna fuerza humana puede torcer; una ley que chocase de frente con tales ideas-fuerza estaría condenada a la caducidad, caería por sí misma. Es evidente, que, en esta concepción histórica se da la preferencia a la costumbre que nunca se engaña, y que es una fuerza de la naturaleza, mientras que la ley escrita, obra más o menos arbitraria, con frecuencia imperfecta, en nuestros días sobre todo, expone el Derecho a deformaciones, a falsas maniobras, a contrasentidos: según la frase de Montesquieu –las leyes son establecidas, las costumbres son inspiradas–. En la medida de lo posible debe darse preferencia a la costumbre, a la sabiduría de las naciones, al espíritu de la comunidad social, al cual achacan algunos que es “espíritu de colmena”. Fue el gran mérito

---

<sup>60</sup> SAVIGNY FEDERICO, Carlo Von. *Los fundamentos de la ciencia jurídica*. BuenosAires, Editorial Losada s.a, 1949, página 42.



de la escuela histórica el denunciar los peligros de una obra legislativa excesiva y de haber puesto de relieve las virtudes del Derecho consuetudinario. Pero puede reprochársele igualmente el haber cometido exageraciones, dejándose llevar por su admiración por el Derecho consuetudinario, en realidad la ley escrita presenta cualidades<sup>61</sup> eminentes que le aseguran, por lo menos en comunidades en gran extensión y civilización adelantada, un papel de primer orden<sup>62</sup>.

Precisamente Montesquieu en su célebre obra *El espíritu de las leyes*, explica este proceso histórico, indicando que las leyes resultan como parte de la evolución geográfica, económica y social de un pueblo. Y que las leyes no solo eran el resultado del avance económico y social sino de las condiciones geográficas, clima, ambiente, etc.

Según Gustavo Hugo, cada pueblo crea su Derecho como su lenguaje, surgen de manera espontánea.

---

61 Muy a pesar de las duras crítica que se tejen en torno a la ley, imposible es soslayar que esta tiene cualidades de precisión y certeza, generalidad o universalidad, la ley es flexible, interviene cuando se ofrece la necesidad.

62 JOSSERAND, Luis. *Teoría general del Derecho*, Editorial Leyer, Bogotá, Colombia 2008, página 32.

Para Savigny, negando la existencia de un Derecho natural, radica la fuente y origen del Derecho en el “espíritu del pueblo”<sup>63</sup> expresado espontáneamente, pues, como lo afirma Radbruch: Todo Derecho nace como emanación de ese espíritu, a la manera del Derecho consuetudinario.

Los principios de esta escuela pueden resumirse así:

---

63 Sin embargo estas teorías reciben ataques como son las de Rudolf Stammler, quien señala: ciertos juristas conciben el pueblo como algo independiente y con propia sustantividad y que existe por obra de la naturaleza. Al pueblo, dicen los que así piensan, se deben todas las manifestaciones espirituales de sus individuos. Estas doctrinas aparecen expresadas con singular relieve en la escuela histórica del Derecho del siglo pasado. Según esta concepción el pueblo debería ocupar un puesto aparte dentro del espacio como ente natural con alma propia, algo peculiar exterior al orden jurídico e independiente de él. Pero esta contraposición entre el pueblo y el individuo como dos seres naturales físicamente distintos no es admisible. Para ver claro en esto, tenemos que empezar por saber con toda precisión cuáles son las condiciones de conocimiento que nos permiten formarnos un concepto cualquiera del pueblo. Y el *prius* necesario que condiciona este concepto es el de una vinculación jurídica de los individuos. Si mentalmente prescindimos de toda norma e institución jurídica, no quedará nada de la noción de pueblo. El pueblo no es, pues, un ente sustraído a toda existencia jurídica del que se pueda derivar el contenido concreto del Derecho que rige, sino que la vida toda de un pueblo se desenvuelve en el seno de una convivencia jurídicamente ordenada que forma de suyo una unidad independiente. (extraído de la obra *Tratados de filosofía del Derecho* de Rudolf Stammler, página 168, ediciones Clásicos del Derecho).

1. Comparación del Derecho con el lenguaje. Tanto el Derecho como el lenguaje son resultado de un proceso gradual que vive el hombre.
2. Adscripción de la fuente u origen del Derecho a la conciencia o espíritu del pueblo.
3. Concepción de la costumbre jurídica como fuente más importante del Derecho.

### ***Teoría Marxista***

Victor Afanasiev definió el marxismo como una ciencia, un sistema de concepciones sobre el mundo, la naturaleza y la sociedad, sobre las leyes que rigen su desarrollo, las vías y medios de comprenderlos y de transformarlos. El marxismo surgió a mediados del siglo XIX. En el seno del movimiento obrero, lo elaboraron con todo detalle en sus obras Carlos Marx y Federico Engels, jefes del proletariado mundial<sup>64</sup>.

El marxismo es una ciencia materialista, como doctrina general, en el campo de la filosofía afirma que la materia de la cual se deriva toda forma de

---

<sup>64</sup> REY CANTOR, Ernesto. *Teorías políticas clásicas de la formación del estado*. E.R.C 2003, cuarta edición, página 266.

energía, ya sea física o espiritual, es el primero y único principio de toda la realidad. Es decir, reduce a la materia todo cuanto existe, incluso el alma humana. En otras palabras, el materialismo considera que la materia es la única sustancia del universo, negando la existencia del espíritu como entidad distinta de la materia.

El materialismo llamado dialéctico, es la filosofía del marxismo. Se denomina dialéctico porque considera el mundo cósmico en permanente movimiento, desarrollo y renovación. No sobra mencionar, que las leyes fundamentales de la dialéctica materialista son las siguientes: 1) Ley de la unidad y lucha de contrarios; 2) Ley de tránsito de los cambios cuantitativos a cualitativos; y 3) Ley de la negación de la negación.

El materialismo histórico o concepción materialista de la historia, es la teoría científica de las leyes generales del desarrollo social formulada por Carlos Marx, al aplicar el materialismo dialéctico al estudio de la Sociedad y la Historia.

Marx, siguiendo a Hegel, creía que la historia era una lucha de fuerzas contrarias que se manifiesta-

ban en la forma lógica de tesis, antítesis y síntesis, pero para Marx lo que determinaba la historia no era las ideas sino las fuerzas materiales.

El régimen económico constituye la base sobre la cual emerge la variedad de las relaciones sociales, instituciones e ideas, la estructura o base económica de la sociedad forma la base real, sobre la cual se levanta una superestructura jurídica y política y a la que corresponde determinadas formas sociales de conciencia. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida jurídica-política. Al cambiar la base económica cambia la superestructura.

La fuente del Derecho, no debe buscarse en otra parte sino en la economía, determinada, a su vez, por el tipo de producción existente en cada etapa de la historia social.

Carlos Marx construye la teoría de la determinación económica del Derecho. El Derecho, la religión, el arte, la literatura, son meras ideologías. El Derecho es moldeado por la base económica, los conceptos de los juristas no son sino reflejos de la base econó-

mica. Al final se habla de la doble réplica, Derecho sobre base económica y de esta sobre el Derecho.

Igualmente, denuncia el marxismo el carácter clasista del Derecho:

Todo sistema jurídico es creado por la clase económica que detenta el poder. El Derecho, por consiguiente, no tiene otra significación que la de justificar la posición de la clase gobernante, pues, esta lo utiliza como un mero instrumento de dominio y de sojuzgamiento de la clase proletaria.

Igual que la política, el Derecho surgió con la aparición de las clases y el Estado. Es la voluntad de la clase dominante erigida en ley y defiende sus intereses políticos y económicos.

Al sistema esclavista correspondió un Derecho esclavista, al sistema feudal un Derecho feudal, cada uno sirvió a la lucha de los explotadores contra los explotados.

Finalmente, esta concepción vaticina la desaparición del Derecho en la sociedad, cuando en sus orientaciones determina: El orden socialista podrá prescindir del Estado y el Derecho como instru-

mento coactivo, con la dictadura del proletariado y vencimiento de la burguesía, acabará el Estado y la extinción del Derecho, pues estos instrumentos de opresión no serán necesarios en una sociedad sin clases.

Con el avance del tiempo y de la globalización aceptada por el común de las instituciones se comprueba que el Derecho pervive como instrumento de orden, necesario para la comunidad a falta de otro instrumento que lo reemplace, luego vale acotar, la profecía marxista no se cumplió ni se cumplirá por cuanto la textura y fondo de la condición humana con todos sus conflictos inherentes necesita y clama por la presencia del Derecho.

Luego del recorrido de visiones, funciones del Derecho, que permiten entender el Derecho como un todo, es importante precisar que para llegar a una afortunada definición del Derecho, se debe considerar las diferentes concepciones que definen al Derecho desde el punto de vista de la primacía del objeto de estudio.

## DIFERENTES CONCEPCIONES SOBRE EL DERECHO

### Concepción normativista

- a. Es importante considerar que para la concepción normativista<sup>65</sup>, el núcleo esencial del Derecho es la norma y a partir de allí emprende su definición. Para esta concepción las conductas solo serán conductas jurídicas cuando estén reguladas por normas jurídicas, de la misma manera las relaciones jurídicas solo alcanzarán el rango de jurídicas cuando estén previstas y contempladas en normas jurídicas.

De acuerdo con esta concepción, los Derechos serían conceptos de normas, pero esta visión no es unánime, verbigracia, para el realismo jurídico el Derecho no son normas, sino la conducta y comportamiento de los jueces, y para otros como Carlos Cossio, el Derecho no es sino conducta normativizada, como lo abordaremos más adelante.

---

<sup>65</sup> Uno de los principales exponentes de esta teoría es Hans Kelsen.



## **Concepcion institucionalista**

- b. El institucionalismo jurídico, es una vertiente del pensamiento positivista, y que surge como reacción al formalismo del Derecho de finales del siglo XX, el cual se vincula al institucionalismo clásico de Santis Romano y Maurice Hauriou, hasta llegar a las teorías neo-constitucionalistas de Ota Weinberger y Neil Maccormick.

La concepción institucionalista, representada en Santis Romano señala que el Derecho antes de ser norma es organización, es institución, para esta concepción, la realidad del Derecho tiene los siguientes elementos esenciales: 1) La sociedad, no hay sociedad políticamente organizada sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico. 2) El orden social, toda sociedad por el solo hecho de serlo está ordenada en relación con los asociados para excluir los elementos que impliquen el arbitrio, la fuerza y la anarquía. El orden es el fin que busca el Derecho. 3) La organización, la sociedad sin Derecho no es una sociedad organizada. En sí misma la sociedad es organización, es estructura y unidad que se logra con el ordenamiento jurídico.

Según Maccormick: la característica esencial que hace que un ordenamiento sea institucional, hace relación con el tipo de agencias que crean, ejecutan y adjudican, sobre la base de que pertenecen al ordenamiento y se identifican o reconocen como válidas en dicho orden, tal es el caso de instituciones públicas como los tribunales, los parlamentos y los gobiernos, las cuales son típicamente instituciones desde esa perspectiva, constituyéndose en agencias organizadas que existen en virtud y en función de las mismas normas y reglas de conducta que las definen, lo que otorga a los sistemas institucionales un carácter autorreferencial pues, quienes operan en su seno tienen autoridad para hacerlo sobre la base de la misma regla que hacen el tipo de agencias que son. Se conecta, entonces, con la idea de que el Derecho es institucional en el sentido de que es administrado a través de instituciones<sup>66</sup>.

### **Concepcion relacionista**

c. La concepción relacionista, considera que el

---

<sup>66</sup> Cita extraída de la obra *Del concepto de validez del Derecho en la teoría jurídica contemporánea*, ensayo de Díaz Franco Hernando, página 130

Derecho es una relación entre individuos, destacando la nota de alteralidad e intersubjetividad y afirma que Kant definió el Derecho como “conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede coexistir con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad”<sup>67</sup>. Bajo la perspectiva de esta concepción se corre el riesgo de considerar toda relación social como jurídica y ello no es cierto, por ejemplo, los comportamientos familiares no son siempre, ni solo jurídicos, de la misma manera que tampoco lo son los comportamientos económicos<sup>68</sup>.

Alejandro Levi citado por Bobbio, habla de “la relación jurídica como el concepto sobre el cual se basa la elaboración sistemática o científica, de todo ordenamiento jurídico”, la relación jurídica es intersubjetiva entre dos sujetos de las cuales uno es titular de un deber y el otro de un Derecho.

---

67 Citado por Rubén Pérez Sánchez en *La teoría del Derecho*, página 22, Francisco Valderrama y otros. Hay que indicar además, que nuestra constitución política acoge la propuesta filosófica de esta definición cuando en su artículo 95 señala un catálogo de deberes para los ciudadanos, dentro de los cuales refulge el numeral 1, cuando expresa “respetar los Derechos ajenos y no abusar de los propios”.

68 ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1998, página 23

### **Concepcion conductista**

d. En esta concepción Carlos Cossio afirma, que el “el objeto a estudiar no son las normas sino la conducta humana, en interferencia subjetiva, se puede encuadrar dentro de la concepciones conductistas del Derecho”. El Derecho ontológicamente es conducta, “el Derecho que estudian los juristas ni se reduce a las normas o leyes, ni prescinde de ellas, el Derecho no es norma sino conducta normada”<sup>69</sup>.

### **Concepcion estructuralista.**

e. Además existe, la concepción estructuralista que considera al Derecho como un conjunto de normas jurídicamente jerarquizada, dentro de esta concepción también situamos a Hans Kelsen.

### **Concepcion valorativa**

f. La concepción valorativa, considera que el Derecho es un ideal normativizado en procesos de dar a quien lo que le corresponde, aquí situa-

---

69 ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1998, página 23.

mos a todos los filósofos del Derecho, pasando por Ulpiano, Celso, Platón, Sócrates, Aristóteles, etc.

### **Concepción funcionalista**

g. La concepción funcionalista, considera que el Derecho es una herramienta para el control social, aquí encontramos a los grandes sociojuristas, como Parsons, Max Weber, Erlich, e incluido el mismo Carlos Marx.

La concepción funcionalista del Derecho, ve en el Derecho funciones positivas de integración social, porque parte de la consideración de la sociedad como un conjunto de elementos de equilibrio. El profesor Manuel Atienza considera que "la sociedad se concibe esencialmente como un sistema compuesto por diversos elementos, instituciones que se coordinan entre sí con el fin de preservar y mantener la unidad de la sociedad y el orden social"<sup>70</sup>.

El Derecho es un instrumento de organización

---

<sup>70</sup> ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1998, p.57.

social, un medio para la propia subsistencia de la sociedad.

No obstante, algunos pensadores ubican el Derecho en medio del conflicto social, en ese sentido Carlos Marx señala que el Derecho está al servicio de los aparatos ideológicos del Estado, al servicio de la clase dominante, donde su función es de disimulo y justificación de una clase sobre la otra.

La concepción funcionalista de la sociedad tiene sus orígenes en Durkheim y Max Weber, quienes tienen como seguidores a Parsons, Friedman, Luthmann, etc., indican que la sociedad mantiene la identidad a través de una serie de prácticas e instituciones entre las cuales destaca el proceso de socialización y el conjunto de instituciones que cumplen un complejo de roles estructurados, según sea la función que les toque asumir.

El Derecho, como subsistema social regula los demás subsistemas, el cultural, el económico, el político, no en vano se ha dicho que el Derecho regula la vida, el Derecho contribuye a la estabilidad de todo el sistema social, el Derecho contri-

buye a tres grandes funciones, orientación social de la conducta, tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder.

No es difícil deducir que el Derecho constituye el más importante de los instrumentos de control social porque, siendo el resultado de la voluntad popular, está dirigido a custodiar todos aquellos factores que garantizan la estabilidad y desarrollo de una sociedad para que se acepten y respeten los preceptos que tienen como suyas una comunidad, no hay que soslayar que el Derecho presenta ciertas características a saber:

- a. Certeza, en la tipificación de modelos de comportamientos conseguidos con la expresión de un lenguaje claro difundido por medios idóneos. Es un imperativo que obliga.
- b. Exigibilidad de sus mandatos, contando con unas facultades de poderes, medios sancionatorios y entes protectores que hacen muy efectiva su capacidad coercitiva.
- c. Generalidad normativa, el Derecho rige para todo un conglomerado difuso y multiforme.
- d. Expansionabilidad, el Derecho cubre casi

todos los comportamientos posibles de una sociedad. El legislador permanece atento a los eventos novedosos que se dan en una sociedad.

- e. Uniformidad, en el sentido que, legislaciones que se han considerado acertadas, han sido acogidas por sociedades que no la concibieron. De hecho muchos Estados tienen legislaciones diferentes, pero en cuanto a la constitución tienen muchas similitudes.

Estas características del Derecho originan arduos debates sobre el papel del Derecho en la sociedad, así la concepción funcionalista considera a la sociedad como un conjunto de elementos en equilibrio que mantienen el orden y la cohesión social. El conflicto es contemplado como una disfunción, o mal funcionamiento, que es siempre ocasional y solo requiere la terapia adecuada para ser eliminado. El Derecho aparece como una columna básica que mantiene el equilibrio y la integración social. Por otra parte, la denominada concepción conflictualista entiende que el conflicto es estructural, está presente en todas las sociedades y en cada uno de sus estratos, es un factor ineludible de la vida de los grupos y a



la vez un elemento dinamizador de la vida social. El Derecho cumple la función de resolver los conflictos y encauzarlos, porque los hace suyos y los somete a normas: de manera que el conflicto pasa de ser algo patológico e inhabitual a ser algo normal.

***El Derecho en su función de orientación y organización:***

El Derecho como medio de control social no solo actúa con su faz coercitiva, también es guía de las conductas. Se llama función de orientación y organización social porque las normas jurídicas dirigen y regulan la conducta de los miembros del grupo; es pues, una función que tiene un carácter básicamente persuasivo, ya que los destinatarios de los mensajes en que cristalizan las normas son personas libres. El Derecho es, en efecto, una forma de comunicación, y las normas jurídicas, mensajes. Cada sistema jurídico, que trata de aumentar al máximo las conductas lícitas y disminuir las ilícitas, dota a los ciudadanos sometidos a sus preceptos de un esquema normativo que sirve de orientación para sus conductas y que les permita calcular las consecuencias que se derivarán de sus actos.

Ahora bien, el Derecho cumple la función de orientación de las conductas con técnicas de represión o de promoción: el Derecho previene y reprime las conductas indeseadas (sanciones penales) y promueve y premia las conductas deseadas ( subvenciones o ayudas crediticias). De forma que se puede decir que el orden jurídico de nuestro tiempo no es solo garantista y represor, que se exprese solo con normas coactivas, sino que es interventor o regulativo, que usa técnicas promocionales o de estimulación de los comportamientos deseados. Por lo que, del control pasivo: desfavorecer las acciones nocivas con medidas coercitivas e imperativas; se ha pasado al control activo: favorecer las conductas deseadas con medidas de estímulos e incentivación. Se trata de otra forma de ejercer control social, con técnicas regulativas, en las que el Derecho se hace más intervencionista. Esta intervención del estado social ha provocado un gran caudal de leyes.

La función de orientación y de organización social de comportamiento, es ejercida por toda la normatividad social, no solo por la jurídica, lo que acontece es que la orientación social que está asegurada de manera jurídica tiene una vinculación especial, no en vano las normas jurídicas, como quedó antes

anotado, son generales, abstractas, universales y coherentes. Esto dota de certeza, estabilidad a los modelos jurídicos de conductas, ofrece seguridad sobre sus contenidos y, finalmente, la posibilidad de coacción refuerza su carácter vinculante.

Entre las funciones del Derecho, la de integración y de control social se considera fundamental ya que en ella, de alguna manera, están incluidas las otras funciones. La tarea básica del Derecho es producir y mantener la unidad y cohesión del grupo social, esto es, mantenerlo integrado.

Así lo entiende T. Parsons, para quien la función primaria del Derecho es la función integradora que consiste en, mitigar los elementos potenciales del conflicto y facilitar el mecanismos de las relaciones sociales, las otras funciones que según este autor, realiza el Derecho (legitimación, interpretación, sanción y aplicación) son funciones secundarias o, más propiamente medios para conseguir un único fin o función: la integración social. Por los demás se entiende que el Derecho es, sobre todo, una técnica de organización social, un instrumento de cohesión social, un sistema de control social. Hay muchos medios de control social, la educación, la ideolo-

gía compartida por grupo, la religión, la economía, la opinión pública, la cultura y especialmente el Derecho que dirige a la sociedad, cual si esta fuese un automóvil y el Derecho su chofer.

En conclusión, el Derecho funciona para que exista una organización en la sociedad y actúa como un instrumento de control social, en cuanto vigila y regula el funcionamiento de las otras instituciones sociales. El Derecho es una práctica social en construcción donde se observan varios niveles, la del legislador (creando la ley dentro de una realidad social), la de los intérpretes (interpretando y fijando el alcance frente al clamor social) y la de los destinatarios de la ley, la sociedad (la que cumple o incumple sus mandatos, la que se acerca y se aleja de la ley).

### **DIFERENTES CONCEPTOS DEL DERECHO Y UBICACIÓN DENTRO DE LA CONCEPCIÓN A LA QUE PERTENECE, PARA LA CUAL EL LECTOR DEBE ESTAR PREPARADO**

Nuestra respuesta a una definición del Derecho es: “El conjunto de normas jurídicas emanadas de una autoridad legítima o de una sociedad, que regulan

el comportamiento social e individual relevante para el Derecho, a fin de lograr la armonía y el orden social”.

Immanuel Kant (1734-1804), el Gran pensador de la era moderna dentro del campo de la filosofía, su obra *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, escrita en 1797, indica que el Derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y hacer posible su coexistencia, de tal manera que lo define: El Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad. Gravita como eje central de su definición la libertad como valor supremo social, entendida la libertad como un Derecho natural. Y en cuanto a la libertad en un sentido meramente fáctico, el profesor Prieto Sanchís lo define: el Derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta humana. El Derecho no puede regular ni lo imposible ni lo necesario, sino solo aquello que las personas pueden o no hacer, esto es, su conducta libre<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> PRIETOSANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. página 13, conceptos, objeto, perfeccionamiento y consecuencias.

De la obra del profesor Máximo Pacheco G, *Teoría del Derecho*, se trasladan los siguientes conceptos de Derecho.

Según Santo Tomás, “el Derecho es el objeto de la justicia”. Según Guillermo Federico Hegel, “es la existencia del querer libre”, en otras palabras, es la existencia externa de la libertad<sup>72</sup>. Stammler considera el Derecho como “una forma, una categoría trascendental, absoluta, de materia, empírica, relativa, variable, proporcionada por las relaciones económicas”. Giorgio Del Vecchio definió el concepto de Derecho como “La coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento”.

Para Gustavo Radbruch, “El Derecho es regulación de la vida común, con arreglo a un principio de justicia; pero ante todo cumple un fin más inmediato, a saber, el de la seguridad jurídica y certeza jurídica, que consiste en crear un orden superindividual de cualquier clase que sea, para dotar prácticamen-

---

<sup>72</sup> Principio y fundamento sustancial de todo Derecho es por tanto la libertad de la voluntad, así se apunta en la obra *La realidad de la libertad, dos estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel*, por Michael Pawlik, a página 27.

te a la vida social de una instancia decisiva. El fin de la justicia lo cumple el Derecho solo cuando es justo; el de la seguridad y certeza lo realiza siempre, por el mero de ser positivo. El problema de la validez del Derecho no puede contentarse con una fórmula general absoluta, pero podemos decir que el Derecho debe siempre servir a la justicia y en esta estará siempre la última razón de aquel”.

Para Eugen Erlich, “el Derecho estatal es una parte ínfima del ordenamiento social, resultando muy poco eficaz. El Derecho creado por los tribunales representa una pequeña parte del Derecho social, y no agota todo el Derecho vivo. Solo el Derecho social o *jus vivens* es plenamente eficaz”.

Para Hans Kelsen, la ciencia del Derecho ha quedado caracterizado de la siguiente manera: 1) Es una ciencia normativa cuyo único objeto es el Derecho. Para ello no existen otros hechos naturales que aquellos con significación jurídica, esto es, aquellos incorporados a una norma con contenido y transformados, por consiguiente en Derechos. 2) Es una ciencia del Derecho positivo, lo que excluye de su ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tienen de

jurídico. 3) Como consecuencia de las características mismas del Derecho, la Ciencia jurídica es una Ciencia formal cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del Derecho y de las conexiones esenciales entre ellas”.

Según el Norteamericano Roscoe Pound “el Derecho es una institución social destinada a satisfacer las necesidades sociales mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad políticamente organizada; el Derecho es un instrumento de mejora social de civilización, que ha de cumplir su función, realizando la felicidad general”.

El profesor Enrique Vescovi, formula su definición indicando que el Derecho, es el conjunto de normas de conducta inspirada en el ideal de justicia e impuesta coercitivamente, que al determinar las facultades y obligaciones de cada uno hacen posible la coexistencia social<sup>73</sup>.

Luego del entendimiento, reflexión, sobre el concepto del Derecho y las diferentes visiones que

---

<sup>73</sup> VESCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Editorial B de F Montevideo- Buenos Aires, 2006, segunda reimpresión, página 29.



## **Introducción al Derecho**

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho

surgen, es necesario historiar sobre el Derecho, desde el Derecho de los dioses, mitos griegos, hasta nuestra época, a fin de alcanzar la formación integral del concepto de Derecho.

## Unidad 2

# BREVE<sup>74</sup> HISTORIA DEL DERECHO

---

74 Lo de breve es cierto, por cuanto sobre la historia del Derecho se ha escrito profusamente, luego siempre que se historicie quedará mucho por decir, por cuanto el Derecho está íntimamente conectado a la historia de la humanidad y este recorrido es irrecusable.



Los diferentes investigadores que sobre la historia del Derecho han escrito, coinciden que es imposible señalar un determinado hecho como fuente de la cual emana el Derecho como expresión reguladora de la humanidad y sus eternas luchas que en su interior se gestan, como es el caso del Derecho natural y Derecho positivo.

En lo que se refiere a la raíz de la civilización latinoamericana, es una particular sumatoria de factores europeos y aborígenes. Así mismo, que los primeros son resultados de la amalgama entre tres componentes principales: el clásico, el judeocristiano, y el germánico, y uno lateral, cuyo influjo no debe despreciarse, especialmente en el contexto hispánico, el musulmán. A su vez el factor que hemos llamado clásico (mero convencionalismo terminológico) es un compuesto sumamente complejo, donde se dan cita, en diferentes medidas y con diversos momentos de integración y permanencia, muchas culturas, en un larguísimo periodo que va desde alrededor del año 2500 a.C. hasta la decadencia de la parte occidental del imperio romano, numerosas civilizaciones van floreciendo e influyéndose entre sí, para finalmente desembocar en el proyecto integrador del helenismo, en tiempos de Alejandro Magno

(356- 323 a.C) y sus sucesores, y luego mezclarse a su vez con el aporte etrusco-romano<sup>75</sup>.

## IUS NATURALISMO

En todo este recorrido cultural de diferentes Estados, se presenta una lucha por ponerle límite a quien detenta el poder o la autoridad. Es la búsqueda de un orden reconocible que esa autoridad no debe desconocer en la órdenes que imparta, presentándose allí el germen de la eterna lucha entre normas jurídicas y la existencia de límites no escritos que implica el reconocimiento de un orden cosmológico.

Según concepción del historiador Ricardo Rabinovich-Berkman, el reconocimiento de estos límites está presente, inclusive en el Derecho de los dioses, o en el Derecho de las divinidades.

En la epopeya de Guilgamesh, producto de la cultura sumerio-acadia (ciudades-Estados monárquicas de la Mesopotamia), datable alrededor del 2500 a.C., aparece el vestigio más antiguo que poseemos de

---

75 RAVNOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Recorriendo la historia del Derecho*. Editorial jurídico Ceballos, segunda edición ampliada, Quito, página 122.

esta forma de pensar. Se narra que el rey de Uruk que da nombre a la obra, abusaba de su poder, envalentonado pues –no encontró a nadie que pudiera resistir su fuerza– entonces: los hombres de Uruk murmuraban en sus casas.

“Guilgamesh hace sonar el cuerno para divertirse, su arrogancia no tiene límites, ni de día ni de noche. Ningún hijo es dejado a su padre, porque Gilgamesh se lleva a todos, hasta a los niños; y sin embargo el rey debería ser un pastor para su pueblo. Su lujuria no deja ninguna virgen para su amante, ni siquiera respeta a la hija del guerrero ni a la esposa del noble; y sin embargo ese es el pastor de la ciudad, sabio, agradable y resuelto”<sup>76</sup>.

Sin duda, se haya presente en esta historia la siempre eterna lucha entre ser y el deber ser del Derecho, lo que debería ser el rey, un pastor al servicio de su pueblo y lo que en realidad es el rey, un arrogante y lujurioso, la ley escrita también asume esta postura arrogante, manda, prohíbe, amenaza. En todo caso, la ley representada por el rey o gobernante puede resultar cosmológica o anticosmológica.

---

<sup>76</sup> Obra Rabinovich-Berkman, Ricardo, página 123.

En la Mesopotamia de 1700 a.C., siguen estos criterios impresos en la historia sobre la lucha entre el Derecho de los dioses y el que ejerce el poder e inclusive la alianza entre estos, así, el rey Hammurabi de Babilonia, quien origina el código de Hammurabi<sup>77</sup> recibió la sabiduría y la inspiración del dios solar Shamash<sup>78</sup>, con lo cual se reconoce un orden cósmico, representado en la divinidad. Paralelamente en diferentes regiones se encuentran dioses con fines, y nombres parecidos, Isis, Ishtar, Astarté, Afrodite, son varias formas de la misma diosa, así mismo Zeus es llamado por los romanos en genitivo *Iovis*, vocablo notablemente semejante a yahvé

---

77 El código de Hammurabi fija el Derecho familiar, el de los contratos (venta y cambio), define los crímenes y los castigos y establece el Derecho de propiedad (fundamental en una sociedad agraria). Son leyes crueles pero inspiradas en principios de equidad. La ley del talión se inspira a menudo en ellas. Un hecho destacable es que intentan tomar en consideración, solo parcialmente, el estatus social del culpable y de la víctima. También figura el principio de responsabilidad profesional: si un médico mata a su paciente, pagará (con dinero o le será cortada la mano); si la casa construida por el arquitecto se derrumba, será condenado a muerte... Finalmente, establece el interés de los préstamos, así como las responsabilidades respectivas en los contratos de trabajo. No se debe perder de vista que el famoso código constituye una colección de jurisprudencias, una serie de respuestas a unos casos concretos, destinadas a ser aplicada en casos similares. (Extraído de la obra "Historia de las civilizaciones" de Philippe Valode, ediciones de Vecchi, página 15)

78 Dios de la justicia.

hebraico (Jehová). Los mitos nacen de una relación íntima entre el pueblo y los mundos natural y espiritual, algo que muchos de nosotros hemos perdido. Operan en la frontera entre la realidad y la fantasía, celebran lo misterioso y describen fuerzas cósmicas aterradoras. Son los relatos más cautivadores que tenemos, pues llegan a lo más profundo de nuestro ser<sup>79</sup>.

### **IUS naturalismo griego**

El pensamiento griego no es ajeno a esta historia, el iusnaturalismo aparece en los fundamentos de su justicia impartida, verbigracia las obras de Homero y Hesíodo.

La concepción iusnaturalista en Grecia se encuentra en las obras de teatros, especialmente en la tragedia, la Antígona de Sófocles, rico ciudadano ateniense (496 o 497-406 a.C.) amigo de Pericles y de Herodoto.

La opinión sobre que, la conciencia del hombre se encuentra vinculada a algo dado con anticipación es

---

79 Mitos y leyendas, círculo de lectores, WILKINSON, Philip, página 9, publicado en el Reino Unido en el 2009.



muy antigua, ya Sófocles lo tematizó en la Antígona: ¿Qué transgresión he cometido contra ninguna ley divina? ¿Qué necesidad tengo, en mi desdicha, de elevar mi mirada hacia los dioses? ¿Para qué llamarlos en mi ayuda, si por haber obrado piadosamente me acusan de impiedad? Porque si eso merece la aprobación de los dioses, reconoceré que sufro por haber pecado, pero si son ellos los que pecan, no deseo que sufran otros males que los que me hacen padecer injustamente<sup>80</sup>.

Antígona representa la conciencia suprapositiva, aquí no decidió su conciencia, a los dioses les correspondía la decisión sobre si ella había procedido correctamente<sup>81</sup>.

---

80 Sófocles. Antígona, escena 12.

81 Sobre este tema el profesor Arthur Kaufmann, en su obra *Filosofía del Derecho*, a página 365, señala: El filósofo Federico Hegel, reconoce la idea de una conciencia objetiva, como filósofo idealista pretendió erigir, en cuanto a la configuración del estado, la síntesis de la vinculación objetiva y de la libertad subjetiva, de la generalidad y de la particularidad. Punto esencial es el papel de la conciencia individual representada en Antígona, Hegel expresa “La conciencia de un determinado individuo se muestra conforme a la idea de la conciencia, solo por el contenido de lo que debe ser bueno (...) el estado no puede reconocer la conciencia en su forma propia, esto es, en cuanto a conocimiento subjetivo. Esta cuestión cumple en la práctica un papel no poco significativo, por ejemplo, respecto a la objeción de conciencia relativa a la prestación del servicio militar o en la moral sexual de la iglesia cristiana.

Una de las primeras expresiones de esta tensión entre hecho y validez, emerge en la antigua Grecia como choque de dos voluntades, la de los dioses y la del soberano. Según Sófocles, Antígona reclama el Derecho como valioso y Creonte el Derecho como hecho. Aquella invoca leyes no escritas, que están por encima de voluntad terrenal, expresión del Derecho natural, al que debe subordinarse el Derecho positivo; Creonte hace uso de su voluntad real, impone mandatos que aspira sean obedecidos sin apelación a los cielos, por el mero hecho de haberse proferido por el rey, así se consigna en unos apartes de la obra “Antígona”:

CREONTE (EL REY): *Habla de una vez; acaba y luego vete.*

GUARDIÁN: Ya hablo pues; vino alguien que enterró al muerto hace poco; echó sobre su cuerpo el árido polvo y cumplió los ritos necesarios...

GUARDIÁN: Si yo la vi a ella (a Antígona) enterrando al muerto que tu habías dicho que quedase insepulto.

ANTÍGONA: lo confirmo, sí, yo lo hice, y no lo niego.

CREONTE: ... Pero tú, dime brevemente, sin extenderte, ¿Sabías que estaba decretado no hacer esto?

ANTÍGONA: Si lo sabía ¿Cómo no iba a saberlo?  
Todo el mundo lo sabe.

CREONTE: Y así y todo te atreviste a pasar por encima de una ley?

ANTÍGONA: No era ZEUS quien lo había decretado, ni Diké, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo, y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses; su vigencia no es de hoy, ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron...

CREONTE: A Polinices digo, que exiliado, a su vuelta quiso por el fuego arrastrar, de arriba abajo, la tierra patria y los dioses de la raza, que quiso gustar la sangre de algunos de sus parientes y esclavizar a otros; a heraldos he mandado que anuncien que esta ciudad no se le honra, ni con tumbas ni con lágrimas;

dejar insepulto, presa expuesta al azar de las aves y los perros, miserable despojo para los que vean...<sup>82</sup>

La famosa tragedia de Antígona consigna, como quedó transcrito, la historia del famoso rey CREONTE que justifica la muerte de un enemigo, y expidió una ley: “el que entierre a un enemigo morirá”, pero frente a esa orden existen principios naturales para la familia: “Tengo Derecho a enterrar a mi hermano”; el que atenta contra el orden es maldito. La norma del hombre puede ser cosmológica o anticosmológica. ¿Cómo se considera la norma expedida por el rey? Desde luego que es anticosmológica, aquí existe una lucha entre Derecho positivo y Derecho natural, son los primeros vestigios de esta eterna lucha.

### **IUS naturalismo cosmológico o antiguo en Sócrates (469-399 a.C.)**

Sócrates afirmó su fe en una justicia superior, para lo cual no es necesaria una codificación. Su mensaje al mundo fue el respeto por la ley<sup>83</sup> aun cuando esta

---

82 Cita tomada de la obra *Derecho y argumentación* de LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo, editor Universidad Javeriana, Ibáñez, página 29, 2011. En remisión a la obra de Sófocles, *Antígona*.

83 Así se pregunta Sócrates en “ los diálogos de Platón ” ¿qué

fuese injusta o mala. Acusado de corruptor de la juventud fue condenado a beber la cicuta, la cual aceptó porque así lo ordenaba el Derecho de la época, señalando: más se debe evitar cometer una injusticia que padecerla<sup>84</sup>. En la obra *Los diálogos de Platón*, se narra el juicio a que fue sometido Sócrates, a quien se acusa por Melito de “impío”, por cuenta de que quiso, penetrar lo que pasa en los cielos y la tierra, convirtiendo en “buena una mala causa” y enseñando a la juventud de su época sus doctrinas, de esta manera se consigna en la obra *apologías de Sócrates*, lo siguiente: Sócrates es culpable, porque corrompe a los jóvenes, porque no cree en los dioses del Estado y porque en lugar de estos, pone divinidades nuevas bajo el nombre de demonios<sup>85</sup>.

El gran mensaje de Sócrates a las futuras generaciones fue el respeto por el Derecho, frente a la condena impuesta, argumenta que existe una orden que no puede ser transgredida. Critón, alumno de Sócrates,

---

estado puede subsistir si los fallos dados no tienen ninguna fuerza y son eludidos por los particulares? (tomado de *Diálogos*, Tomo II de Platón, página 34, ediciones Momo).

84 Platón en los diálogos consignados en, el Critón, muestra el dilema postrero de su maestro.

85 Platón, *Apología de Sócrates* en Diálogos. Bogotá Editorial Panamericana, 2004, páginas 11 y 16.

le indica que cuando a uno lo van a matar es legítimo huir, le dice que aún tiene mucho que enseñar, que piense en sus hijos, sin embargo Sócrates espera la muerte, dice que lo condenan a muerte los hombres no la ley, las leyes no me hicieron nada, debo respetar el sistema, aceptar la norma es respetar el orden, el cosmos. Esto implica por qué hay que obedecer el Derecho. El buen ciudadano debe obedecer aun las leyes malas, para no estimular al mal ciudadano a violar las buenas. Las leyes injustas son preferibles a la anarquía<sup>86</sup>.

## **IUS Naturalismo Clásico**

### ***IUS Naturalismo de Platón (427-347 a.C.)***

El ateniense Platón, llamado Aristocles Arístides, famosos son sus diálogos contenido en sus obras *La República* y *Las leyes*.

Reconoce Platón la existencia de un Derecho natural, cuando indica que el verdadero Derecho vive en el mundo de las ideas, y las leyes positivas

---

86 Consúltese para tal efecto la obra del profesor Máximo Pacheco G. quien en su obra *Teoría del Derecho*, nos trae una historia del Derecho natural y del Derecho positivo, a página 436 y ss.

no pueden pretender ser valiosas sino en la medida en que participen de la ley justa. En ese sentido, los filósofos deben ser los legisladores, por cuanto observando el mundo de las ideas que encarna la justicia organizan la vida jurídica a través de leyes. La existencia del Derecho natural que está representado en el mundo de las ideas justas, que representan la virtud y que producen felicidad es el fundamento de las leyes positivas –el planteó de la justicia como virtud se refiere al comportamiento que deben tener los gobernantes para con sus gobernados, los cuales deben obrar en beneficio del pueblo, incluso, de sus contrarios<sup>87</sup>.

### **IUS Naturalismo de Aristóteles (384- 322 a.C.)**

Conforme con las ideas platónicas el jonio Aristóteles, tutor de Alejandro Magno, fundador y director en Atenas del Liceo, también aceptaba que la máxima felicidad es producida por la virtud. El estado debe tener por fin la virtud y la felicidad universal. Establece que existe una ley natural y una ley positiva. La ley natural tiene su esencia en el

---

<sup>87</sup> Platón en sus diálogos escritos en la República, refleja el pensamiento de Sócrates quien no dejó nada escrito, pero enseñaba que los gobernantes deben obrar en beneficio del pueblo y aun a favor de los enemigos.

concepto de lo justo, que debe ser la búsqueda de la justicia. En tanto, que la ley positiva es la expresión de un legislador encarnado en un Estado que controla la vida entera de los individuos. Mientras la ley positiva está referida a un determinado Estado-territorio, de tal suerte que cada pueblo tiene su Derecho positivo, la ley natural es universal e inmutable, tiene valor en todos los territorios. La ley positiva debe reflejar la ley natural o sea el concepto de lo justo; la ley natural guía al Derecho positivo en la búsqueda de la felicidad que es la aplicación de la justicia.

### **Roma clásica**

Paralelo a la Grecia antigua se desarrolla la Roma clásica, que recibió el influjo de la filosofía y la cultura griega, que contribuye al fortalecimiento de sus instituciones jurídicas que son un paso obligado de estudio para todos los que quieran entender el Derecho a partir de sus raíces.

La cultura romana siempre fue muy compleja, en tanto que recibió el influjo de muchas etnias<sup>88</sup>, incorporándose a ella pueblos, religiones, diferentes

---

88 La etrusca, la sabina, la latina.



lenguas, convirtiéndose en una cultura universal. Es clara la influencia de intelectuales como Cicerón, Marco Aurelio, poetas e intelectuales como Tito Livio, Horacio o Virgilio.

También hay un influjo griego en cuanto a la formación de las ciudades, la redacción de las leyes, es decir, el influjo griego es marcado en la cultura romana verbigracia, los vestidos usados y el estilo de las viviendas y edificios, y aun los dioses que consagraban sus tradiciones<sup>89</sup>.

Roma se convierte, con transcurso de la historia, en un Estado extenso en extremo, abarcando, Francia, España, Medio Oriente, parte de África, la cuenca del mediterráneo, con lo cual recibe la influencia de la cultura egipcia, gala, germana, judía, griega y todo pueblo que estuviere bajo su influencia.

En el terreno jurídico, existe una obra primordial durante el gobierno del emperador de Bizancio, Justiniano, el Grande (482-565), quien produjo la compilación justiniana o código de Justiniano, cuando

---

89 Posteriormente y con el tiempo, los dioses comenzaron a diferenciarse y se observa que las distinciones del carácter de Minerva y Júpiter no son las de Zeus y de Palas.

el imperio romano había caído y se encontraba fraccionado en muchos reinos.

Como se observa, la civilización jurídico-romana clásica se originó en civilizaciones distintas. Pero la influencia romana en el mundo es definitiva, los idiomas hablados en gran parte del mundo, derivan del latín, la forma de denominarse las personas, las estructuras de las ciudades y las bases de los sistemas jurídicos son coincidentes con las romanas.

En tiempos de la República romana, recibe el influjo del estoicismo<sup>90</sup> proveniente de Grecia, que brindaban un fundamento de principios éticos, mediante la teoría del Derecho natural y la igualdad de todos los hombres. Los estoicos romanos solían apreciar al hombre como un ser ligado a la divinidad en su naturaleza, practicaban la igualdad y la universalidad del género humano, entendiendo y buscando el equilibrio<sup>91</sup> del espíritu. Los estoicos basados en

---

90 Los estoicos sobre el 300 a.C, Zenón filosofo de posible origen fenicio, daba clases debajo de una columna del ágora de Atenas (de allí lo de estoico, derivado de columnata, estoa). Los estoicos se distinguieron por su cosmovisión, su física y su metafísica, de esas hipótesis se deducían reglas y principios de conductas concretas a seguir, esto fue lo que más interésó a los estoicos romanos.

91 Esto se consigue llevando una existencia tranquila frugal,

estos principios rechazan toda clase de injusticia y tienden a la aceptación de un Dios único.

El mayor estoico romano fue Lucio Eneo Séneca (4 a 65 a.C), es famoso su tratado sobre la brevedad de la vida, en donde señala las conductas que debe asumir el hombre prudente, así la tesis central de sus reflexiones son: Dominio de sí mismo; tranquilidad interior; independencia de la fortuna y del poder imperial; grandeza humana como un soportar las adversidades que ofrece la vida; la muerte como asomo de eternidad; el cuerpo como tumba del alma; Dios como la causa primera y general que como providencia anima y vivifica al mundo y al hombre; el criterio del conocimiento es la acción moral; la felicidad es la práctica de la virtud; imperturbabilidad ante las opciones de vida o muerte, gloria u oscuridad, placer o disgusto, riqueza o pobreza, salud o enfermedad; la solidaridad humana; la obediencia a Dios como libertad; la filosofía como parenética o exhortación, amonestación y admonición que guía y orienta<sup>92</sup>.

---

ecuánime, buen ánimo, tranquilidad de ánimo

92 Cita plasmada en la obra *Seneca y su obra* Colección cara y cruz, grupo editorial norma, página 16.

En el campo práctico, los juristas romanos recibieron la influencia del Derecho natural de los filósofos estoicos, en especial, en relación a la igualdad de los hombres, esta influencia fue mayor en el Derecho privado romano, en donde instituciones como la esclavitud y la familia se vieron muy modificadas por ese pensamiento estoicista.

Existió un principado, una República, un imperio<sup>93</sup>.

En roma existió un Derecho civil que únicamente se aplicaba a los ciudadanos romanos, el Derecho de gente<sup>94</sup> (*jus gentiu*) se aplica en los conflictos entre extranjeros, y esto se fue extendiendo a todos los pueblos. El Derecho de gente se basa en el Derecho natural, significa a lo mínimo que puede aspirar el ser humano, son Derechos que no se pueden nego-

---

93 Se suelen distinguir cuatro periodos en la historia romana propiamente dicha: monarquía, república, principado y dominado, estos periodos no son aislados sino que las características de cada uno se prolonga en el siguiente, así lo relata el profesor Ricardo D. Rabinovich- Berkman, en su obra que ha servido de base a la consignación de esta historia *Recorriendo la historia del Derecho* página 162 y subsiguientes.

94 El *ius* de gente es un concepto romano, sobre el cual Ulpiano expresó: es aquel de que usan todas las gentes (pueblos) humanas; el cual fácilmente se puede separar del natural, porque este es común a todos los animales, y aquel solo a los hombres entre sí.

ciar, es irrenunciable. Roma siguió siendo Iusnaturalista clásica.

En el siglo IX d.C., el cristianismo se regó y Roma se adueña del mundo. Cuando Roma se convierte en cristiana el Derecho natural es el de Dios. Dios padre en el antiguo testamento, hijo en el nuevo testamento, espíritu santo en los apóstoles y sus cartas. El Derecho positivo es una potestad del emperador y el papa es la palabra de Dios. El gran debate es quién está por encima de los mandatos del papa o del emperador.

Sin duda, la cultura romana es inmensa en tanto que integra una amalgama de etnias, religiones, idiomas y culturas sin precedentes, y debe ser el punto de partida de todos los que quieran investigar las instituciones jurídicas, ya que la reflexión jurídica se encuentra en Roma, la reflexión filosófica en Grecia con su gran influjo sobre Roma.

### **IUS Naturalismo Católico Medieval**

Con la caída de la parte occidental del imperio romano se dieron dos caminos en Roma, por un lado el Derecho canónico, el de la iglesia católica,

netamente romano y reflejo de las instituciones del imperio, el otro camino, la recepción directa del Derecho romano en la edad media europea, estos influjos llegan hasta nuestra época, se establece desde luego la existencia de un Derecho canónico y un Derecho romano.

El Derecho canónico aumentó las aplicaciones prácticas del estoicismo ecléctico, al reforzarlas con los principios emanados del Antiguo Testamento y la enseñanza de Jesús y los apóstoles, es muy importante ya que sus luchas acabaron con la esclavitud, y la dignificación del ser humano.

Aun cuando San Agustín, no perteneció a la edad media su pensamiento llegó a esta época y por esta razón, es importante su pensamiento. Ya que los pensadores católicos dieron al Derecho natural una formulación sistemática, distinguiendo entre derecha natural absoluto<sup>95</sup> y Derecho natural relativo<sup>96</sup>.

---

95 Era el que regía a los hombres antes del pecado.

96 Este Derecho creó el Estado, la familia, etc, este Derecho debía acercarse al absoluto, en cuanto le fuera posible, y tal misión de acercamiento le correspondía a la iglesia.

### ***San Agustín (354 a 430 d.C.)***

El último de los "padres de la iglesia", nacido en el norte de África en 354 y muerto en 430 en Hipona, de donde era obispo, este es un gran filósofo cristiano, señala en sus obras que llegó a su religión por la influencia de Cicerón, tal como lo manifiesta en su obra *Confesiones*, donde indica que leyó la obra de este "Hortensio" y le cambió la vida y a mirar hacia el señor portador de la eterna sabiduría<sup>97</sup>. El pensamiento de San Agustín es importante por cuanto, considera que los Derechos del hombre deben acercarse al Derecho natural y que la intermediaria es la iglesia. Mediante la revelación el hombre conoce las leyes de Dios y estas se revelan a través de la iglesia, este es el Derecho natural teológico, a San Agustín se le considera Padre de la iglesia, utiliza las ideas de Platón.

### ***Santo Tomás de Aquino (1225 a 1274 d.C.)***

Noble italiano, monje dominico, es la figura más sobresaliente de la escolástica, su obra fundamental es *suma teológica*, siguió las enseñanzas de San

---

<sup>97</sup> En la obra *Confesiones* (III) así lo señala este pensador cristiano.

Alberto Magno y consolidó la cosmovisión cristiana con la filosofía aristotélica<sup>98</sup>, con Santo Tomas de Aquino surge un Derecho natural apoyado en la razón, debe obrarse conforme a la razón enseña su filosofía, cada caso particular merece un estudio bajo el postulado de la razón.

Distingue cuatro clases de leyes; la ley eterna es la razón del gobierno del universo, existente en Dios, que gobierna todas las cosas y que no es conocida por ningún ser humano salvo los bienaventurados; la ley natural es la participación del hombre en la ley eterna, por medio de la recta razón que Dios le ha dado; la ley divina es la revelada por Dios por medio de las Sagradas Escrituras y completa la ley natural; por último, la ley humana que es una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad<sup>99</sup>. Para Santo Tomás, el primer precepto de la

---

98 TOMÁS DE AQUINO, Santo sigue en su desarrollo del concepto de justicia la ética de Aristóteles, dividiendo la justicia en conmutativa, que es la que los particulares se deben entre sí; justicia distributiva, que es la debida por la comunidad a sus miembros; y justicia legal, general o social, que es la que rige las relaciones de los individuos con la comunidad entera, considerada como un todo, cuyo fin es el bien común.

99 TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma Teológica*, I, II, c. 94 a 5 y 4.



ley natural es: se debe hacer el bien y evitar el mal, todos los demás preceptos derivan de aquel, así entonces toda la ley natural, con las características de universalidad e inmutabilidad que le son propias, puede reducirse a ese precepto general y amplio.

Para esta época toda Europa se independiza del papa, pero España defendió el papado. Mientras Europa avanzaba en el racionalismo, España se estancaba en la religión y en el dominio de la iglesia a través del papa, lo cual influirá notablemente en el sistema jurídico colombiano, pues nos llega como herencia todo ese Derecho canónico.

### **IUS Naturalismo Racionalista**

Esta época de la edad media se caracteriza por la carrera ascendente de la razón como instrumento de conocimiento científico, la influencia cartesiana es fundamental con la obra *Discurso del método* de René Descartes (1637).

El Derecho natural está integrado por verdades morales universales y el Derecho positivo debe estar sujeto a esas verdades morales- Pero esa verdad se capta a través de la razón y no la fe como lo sostenía

la escolástica de San Agustín, basta querer pensar, Derecho natural y Derecho positivo confluían en una sola manifestación. Esta época recibe el influjo de la ilustración cuyos principales exponentes son: Tomas Hobbes, Kant, Rousseau, Montesquieu, Beca-  
ría, Voltaire.

La razón conduce a verdades morales, la fe es supersticiosa, se ataca a la fe y al cristianismo. La ilustración cambia el sistema jurídico. Se consolida el Iusnaturalismo racionalista, representado por los filósofos iluministas, los que sostuvieron que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o naturaleza de la razón humana y quienes trataron de axiomatizar esos principios autoevidentes que permitían derivar el resto de las normas.

Los principios de esta escuela del pensamiento se pueden resumir en:

- a. Existen principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos (leyes naturales).
- b. El contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando la herramienta de la razón humana y,

- c. Solo se puede considerar Derecho (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que se encuentran en concordancia con lo que establecen dichos principios.

Veamos algunos exponentes de esta época:

***Tomas Hobbes (1588- 1679 d.C.)***

Considera una construcción racional –a la manera de la física– de la sociedad: es partidario del absolutismo (toda revolución es legítima), pero adversario del Derecho divino: el hombre no es altruista por naturaleza (un lobo entre lobos), pero el instinto de conservación nos enseña a renunciar al estado de guerra natural (ley de la selva) y a despojarnos a través de un pacto social (implícito) de alguno de nuestros Derechos: de hecho, al no estar el hombre naturalmente inclinado a respetar este pacto, es necesario que una voluntad lo obligue a obedecer la ley, a saber: un soberano absoluto (tanto si se trata de un monarca como de un consejo de sabios).

A este poder gigantesco del estado, que decide lo que es justo y lo que no es, le da el nombre de Leviatán.

Se le atribuyó el haber escrito *Leviatán* para justificar el gobierno de Cromwell. El excesivo pesimismo que se desprende de sus obras, según algunos biógrafos, se debe a su desdichada infancia, desgracia que lo acompañó por toda su vida; otros afirman que él nació, no en condiciones normales, sino como producto de un aborto que tuvo su madre, cuando la reina Isabel (jefe del anglicanismo) de Inglaterra sufría amenazas de guerra por parte de Felipe II de España; en una autobiografía Hobbes confiesa que su madre parió dos gemelos, yo y el miedo, el miedo será una constante en sus obras, especialmente en *Leviatán*.

Hobbes, señala que el hombre es esencialmente egoísta, apasionado y, de por sí disociador, quedando relegado a un segundo plano el bien común, para demostrar su afirmación presenta un ejemplo; si se reúnen varios hombres para comerciar, cada uno se interesa por su propia fortuna, más no por su socio.

El *Leviatán* representa el Estado o la República, que no es sino un hombre artificial, aunque de estatura y fuerzas superiores a las del natural, para cuya protección y defensa fue pensado. Allí, la soberanía es un alma artificial que da fuerza y movimiento al

cuerpo entero, los magistrados y otros funcionarios de la judicatura y ejecución son las articulaciones, la recompensa y el castigo hacen las funciones de los nervios en el cuerpo natural, anudando al trono de la soberanía cada articulación y cada miembro, de tal manera que todos sean movidos a realizar su tarea; la opulencia y las riquezas de todos los miembros y particulares son la fuerza; la *salus populi* (la seguridad del pueblo), sus negocios; sus consejeros, gracias a los cuales le son sugeridas todas cuantas cosas precisa saber, son la memoria; la equidad y las leyes son una razón y una voluntad artificial; la concordia, salud; la sedición enfermedad; y la guerra civil muerte. Por último lo pactos y convenios, mediante los cuales se hicieron, conjuntaron y unificaron en el comienzo de las partes del cuerpo político se asemejan a ese fiat o al hagamos el hombre pronunciado por Dios en la creación.

Indica que los hombres son iguales por naturaleza: sostiene el destacado filósofo inglés que, la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades corporales y mentales que, aunque pueda encontrarse a veces un hombre manifiestamente más fuerte de cuerpo, o más rápido de mente que otro, aún así, cuando todo se toma en conjunto, la

diferencia entre hombre y hombre no es lo bastante considerable como para que uno de ellos pueda reclamar para sí beneficio alguno que no pueda el otro pretender tanto como él. Porque en lo que toca a la fuerza corporal, aún el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya sea por maquinación secreta o por federación con otros que se encuentran en el mismo peligro que él.

La igualdad es un precepto natural inherente a la naturaleza del mismo hombre; esta igualdad entraña la desconfianza y el egoísmo entre los seres humanos. Ello indica que el hombre es egoísta por naturaleza, nunca admite a otro hombre como su igual o superior: por consiguiente, siendo todos los hombres así, la naturaleza misma los conduce a la inseguridad.

Tres son las causas que por naturaleza determinan que los hombres se enfrenten entre sí. Primero competición, segundo inseguridad, tercero gloria; el primero hace que los hombres invadan por ganancia, el segundo por seguridad y el tercero por reputación.

Las pasiones que inclinan a los hombres hacia la paz son el temor a la muerte.

Se destaca de lo dicho sobre este autor, ausencia de poder común, inexistencia de leyes y el predominio de la injusticia, el hombre tiene miedo y temor a la muerte, la razón y las pasiones lo inducen inexorablemente a buscar la paz, la solución es la celebración de un acuerdo con fundamento en las leyes de la naturaleza. Así se va formando el estado que Hobbes simboliza con el gran Leviatán<sup>100</sup>.

### ***Montesquieu (1689 a 1755 d.C.)***

Se llamaba Carlos de Secondat, el barón de Montesquieu. Concibió sus ideas sociológicas, políticas y jurídicas en su obra *el espíritu de las leyes*, ataca el problema de la ley en su aspecto natural e histórico, demostrando que lo natural y lo positivo no son forzosamente contradictorios en la legislación sino correlativos. Cada pueblo tiene el conjunto de leyes que consideren a su naturaleza histórica entre los pueblos mismos: el ideal consiste, puramente en alcanzar la libertad máxima dentro de las posi-

---

<sup>100</sup> Este esbozo fluye de las lecturas realizadas sobre la obra de Ramón Soriano *Sociología jurídica*.

bilidades dictadas por las circunstancias naturales e históricas. Para ello precisa en primer lugar, una separación de los poderes legislativos, ejecutivo, judicial, tal como Montesquieu la encontró en la Inglaterra de su tiempo, en cuya constitución vio el ideal político deseable para Francia.

En Montesquieu, el poder legislativo recae sobre la cámara de los comunes y la cámara de los Lores, el poder ejecutivo recae sobre un monarca y el poder judicial recae sobre los jueces que castigan delitos y resuelven diferencias entre particulares. Es partidario que el Estado quedara dividido, y es el difusor de las ideas parlamentarias inglesas y la fuente donde bebieron las promociones revolucionarias.

Montesquieu, fue un *Iusnaturalistas* en la medida que considera que la norma positiva tiene un origen natural, para que una norma sea aceptada requiere que esté en armonía a las necesidades de la población y conforme a un ambiente o características de cada nación.

Fue uno de los primeros que hizo resaltar la influencia de las circunstancias físicas y especialmente del clima, sobre el temperamento, sobre las costum-



bres, las leyes y la vida política de los pueblos; pero dista mucho de creer, que con respecto a tales influencias, el hombre no puede permanecer más que puramente pasivo. Todo depende de su reacción a la influencia del clima. Cuanto, más las causas físicas arrastran a los hombres al reposo, tanto más las causas morales los deben alejar de él: cuando el clima inclina a los hombres a huir del trabajo de la tierra, la religión y las leyes deben empujarlos a trabajar. En la confrontación de los mismos agentes físicos viene a determinarse, según Montesquieu la libertad, la normalidad del orden histórico.

En nuestra patria, años más tarde, el sabio Caldas, desde el semanario del nuevo reino de Granada, sostuvo también la tesis de la influencia del medio sobre los seres organizados.

***Teoría del contrato social de Jean Jacques Rousseau (Juan Jacobo Rousseau) (1712 a 1778 d.C.)***

A contrario de Tomás Hobbes, parte de supuestos diferentes. Supone que el hombre nace bueno pero la sociedad lo corrompe. La naturaleza es su ámbito natural, tanto para el aprendizaje como para su con-

vivencia. La degradación del hombre empezó por la civilización y con el progreso, cuando la naturaleza fue sometida a la ley surgió la violencia. Según él, la conducta humana está orientada por dos razones: el deseo de bienestar propio, y la compasión por el sufrimiento ajeno. De aquí, emanan todas las normas del Derecho natural. Es la justificación para establecer un contrato social o un pacto entre los hombres, que resulta de la suma de muchas fuerzas y del concurso de la mayoría.

El verdadero estado de libertad del hombre estuvo dado en estado de naturaleza. Allí, no necesitaba de los demás hombres. En su marco no había miseria se tenía salud en el cuerpo y paz en el alma: lo que rompe ese paraíso, está dado por la naturaleza del hombre: la inconformidad. Cuando el hombre construye, convive en familia, esto lo lleva a la vida en común. Pero, aparecen sentimientos agradables como el amor conyugal y el maternal; se siente bien pero cada vez anhela más comodidades y ambiciona otras; la saturación de las comodidades le hacen perder su apego por ellas, al mismo tiempo la carencia de las mismas, le hacen motivo de sufrimiento.

La propiedad privada potencia todos los modos de vida del hombre, y se da cuando alguien dice: esto es mío y encuentra un idiota que se lo crea<sup>101</sup>. Es el desarrollo de las potencias anímicas del ser humano lo que ocasiona el progreso. El ejercicio de la razón desarrolla nuestros conocimientos, estos crean en su momento nuevas necesidades, las necesidades fomentan las pasiones, los deseos y a su vez, los deseos insatisfechos, ocasionan la contrariedad, la angustia y la desgracia. Todos sus razonamientos están condensados en las obras *origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, el *Emilio* y *contrato social*.

En la obra, *El contrato social*, presenta la teoría política de la formación del Estado, como también la teoría de la soberanía popular y la democracia directa, bajo una directriz común, la voluntad general.

La teoría de la voluntad general constituye el fundamento de la soberanía, cuya expresión, o mejor, manifestación, se materializa en la ley. La ley es la expresión soberana de la voluntad general. Rousseau

---

<sup>101</sup> Así lo sostiene Juan Jacobo Rousseau en su obra *El contrato social*.

define la ley “las leyes no son propiamente otra cosa que las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser autor de las mismas, solo a los que se asocian corresponden reglamentar las condiciones de la sociedad”.

Teoría de la soberanía: El soporte del contrato social es la voluntad general, siendo el pueblo el único titular de la soberanía. La soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad general, no puede nunca ser enajenada y el soberano que es un ser colectivo, no puede estar representado más que por el mismo, el poder puede transmitirse pero no la voluntad.

Así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social lo da al cuerpo político sobre todos los suyos, y este poder el que, dirigido por la voluntad general, lleva, como se ha dicho, el nombre de soberanía.

En la teoría política de Rousseau, el poder del Estado tiene el atributo de ser soberano y está sometido por la voluntad general, es decir, que el pueblo es la fuente del poder y de la soberanía estatal (léase el artículo 3 de la Carta Política de Colombia). Es

al pueblo a quien corresponde hacer las leyes. La democracia directa, implica el voto como Derecho, el mandato imperativo y revocatoria del mandato.

Dice, que el pueblo mediante un contrato cede la soberanía al legislativo, y este se integra por elecciones democráticas, que son del ciudadano y por esto pueden revocar el mandato, el legislador es soberano pero esa soberanía nace de los individuos, esto es Derecho natural, la Constitución le mete a la soberanía la democracia participativa.

Si la Ley es soberana se convierte en la principal fuente del Derecho, es la exégesis, surge del *Ius-racionalismo*, la ley manda, exige, está por encima, lo que dice la ley es irrevocable para el individuo, ya que el contrato de cesión de la soberanía es irrevocable. A Rousseau en la Revolución francesa lo siguen los jacobino; a Sieyés, su contradictor, los nacionalistas. Los jacobinos indican que los individuos tienen Derecho a revelarse, los nacionalista dicen que no, la nación es la que manda.

## ***IUSNaturalismo* Excluyente de John Finnis<sup>102</sup> (1940 -)**

Se le considera uno de los filósofos de la teoría neoclásica del Derecho natural de la segunda mitad del siglo XX. Su pensamiento *IusNaturalista* recoge y perfecciona los principios de Aristóteles y Santo Tomás, afianzado en la conexión entre el Derecho y la moral, ello surge de la lectura de su obra *Ley Natural y Derechos Naturales*. Su obra radica en considerar al Derecho natural como un conjunto de principios morales cuyo objetivo es guiar y justificar al Derecho positivo. Esos principios emanan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismo, y los sistemas jurídicos crean las condiciones para que el hombre pueda satisfacer esos bienes básicos.

Algunos consideran que es un *Iusnaturalista* excluyente cuando afirma: Una acción es inmoral cuando va contra la razón y que la elección de dicha acción va contra la razón, si hay una razón en contra de ejecutar tal acción y no hay una justificación racionalmente preferible para realizarla; esto es, un tipo

---

<sup>102</sup> MITCHELL FINNIS, John, nació en Australia, hizo su doctorado en Oxford. Su obra más importante es *Ley natural y Derechos naturales*, publicada en 1980.

de discurso en que las elecciones libres se fundan en razones de exclusión que, por tanto, buscan garantizar la preferencia de la realización humana integral<sup>103</sup>.

El *iusnaturalismo* excluyentes será aquel, en la que los principios morales supremos pueden evaluarse y verificarse con independencia de cualquier procedimiento positivo o de deliberación pública, de tal manera, que el conocimiento social depende principalmente de exigencias morales sustanciales, que pueden comprobarse a través de la razonabilidad práctica.

Se habla entonces, de dos clases de Derecho natural el incluyente y el excluyente, un para el cual la validez de la norma jurídica puede determinarse por medio de criterios morales sustantivos y otro, conforme con la que el Derecho positivo tiene un papel importante que desempeñar para permitir que los principios morales sean articulados y validados, mediante una empresa pública y colectiva<sup>104</sup>.

---

103 Extraído de la obra, *Concepto de validez del Derecho en la teoría jurídica contemporánea*. Ensayo de Andrés Rolando Ciro Gómez, a propósito del criterio de validez del Derecho de John Finnis, página 69.

104 La Torre, M. Sobre dos versiones opuestas de *Iusnaturalismo*

Para Finnis, la razón básica para la acción es la vida humana como bien por excelencia y por tal, los restantes bienes humanos, que se derivan de ella, son razones que proporcionan sentido a los sentimientos ya que son condicionantes de las elecciones.

El primordial principio moral será la acción en procura del desarrollo integral, luego, es una razón para la acción que siempre proporcionará razones para no elegir, destruir, dañar, o impedir que otro bien humano se consolide.

Señala Finnis, que la autoridad del Derecho positivo depende de su justicia o de su capacidad para asegurar la justicia. Los principios del Derecho natural explican la fuerza obligatoria de las leyes positivas.

Sobre las fuentes del Derecho, indica que no se agotan en la jurisprudencia, la ley, la doctrina, sino que incorporan los principios que articulan las múltiples comprensiones sobre una conducta deseable o correcta a lo que hay que sumarle la necesidad de comprometerse con la razón práctica como esen-

---

excluyente versus incluyente. *Revista de Derecho del Estado*, (30), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, página 10.



cial para comprender el sistema jurídico, en cuanto a conjunto de razones para la acción que permite hacer las elecciones básicas de la coherencia y la corrección del sistema.

Su teoría de la razonabilidad práctica, permite que a través de esta se identifiquen siete bienes básicos, a los que llama formas del bien humano, que son aspectos básicos del bienestar de los individuos relacionados en una sociedad a través de la cultura.

Estos bienes básicos son los siguientes:

La vida, se refiere a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesario para que el ser humano pueda determinar los aspectos claves de su existencia de forma óptima.

El conocimiento, que se persigue por el puro deseo de saber y no para conseguir algún otro objetivo por su intermedio.

El juego, aquellas acciones en las que los hombres participan y que no tienen ninguna finalidad, excepto la de disfrutar con ellas mismas.

La experiencia estética, hace relación al goce de la belleza en cualquiera de sus modalidades y con independencia de que fuera generada por el hombre (arte) o por la naturaleza (paisajes).

La sociabilidad o amistad, es un bien a través del cual, se consigue la paz y la armonía entre los hombres, y que consiste en la realización de actuaciones a favor de los propósitos de otra persona por el simple bienestar de esa persona.

La razonabilidad práctica, es un valor complejo que implica, la libertad, el razonamiento, la integridad y la autenticidad. Es un bien básico que permite confrontar con inteligencia las decisiones respecto de las acciones, el estilo de vida y la formación del carácter.

La religión, es un bien cuyo contenido deberá ser determinado por cada persona, porque constituye la respuesta al interrogante sobre el origen universal de las cosas (ya sea teológica, atea o agnóstica).

Estos bienes básicos son buenos por sí mismo, no son el medio para obtener otros bienes.

Especial atención merece la razonabilidad práctica. Como en efecto, los bienes básicos no tienen jerarquías, es necesario contar con una serie de principios que permitan una elección justa cuando surgen vías de acción alternativas para la satisfacción de los distintos bienes básicos. Desde luego la moral, es la que debe proporcionar los fundamentos para rechazar ciertas elecciones que se encuentran disponibles, aun cuando existan otras opciones de acción legítimas. La razonabilidad práctica es el tema esencial en el pensamiento de Finnis, pues permite a través de un proceso de razonamiento distinguir el pensamiento correcto del incorrecto<sup>105</sup>. Permite, la razonabilidad práctica, determinar los criterios para diferenciar entre actos que son razonables considerando todas las cosas, no una en particular, y actos que no son razonables considerando, también, todos los factores relevantes. Permite adoptar decisiones prácticas relacionadas con la satisfacción de bienes básicos, usándola en dos sentidos como un fin en sí mismo, ya que es un bien básico y como medio para lograr ciertos fines.

---

<sup>105</sup> Es decir, el medio para adoptar decisiones morales.

Se debe contar con un plan racional de vida, que a veces resultan diferentes, y cuando ello ocurre, hay que dar importancia relativa a los bienes básicos y para eso acude a principios kantianos como “haz a los demás lo que quisieras que ellos hicieran contigo”. Se debe ser fiel a los compromisos personales generales que determinan el plan de vida racional que se ha elegido. Guardar equilibrio entre el fanatismo ciego y abandono a la ligera de los propósitos asumidos. La fidelidad a los propios objetivos debe equilibrarse con la posibilidad de realizar un cambio razonable en ellos. Para Finnis, el fin no justifica los medios, cuando los medios seleccionados dañan un bien básico. Se debe entonces, favorecer y alentar el bien de la propia comunidad. Si tras meditar un caso, uno concluye bajo la conciencia que no debe hacerse algo, entonces no debe hacerse. Todos estos son criterios que guían la razonabilidad práctica, la conducta de los hombres.

La función que cumple el Derecho natural, es dotar de principios de razonabilidad que guíen las decisiones en cuestiones morales. El Derecho positivo debe ser la aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica universalmente válidas.

Finnis, considera que no existe una obligación moral de obedecer una ley contraria a las exigencias de la razonabilidad práctica, es decir, contraria al Derecho natural, para él hay una sola excepción que la obediencia resulte necesaria para evitar que el sistema legal en su conjunto, incluyendo los aspectos que se consideran justos, pierda eficacia. La posibilidad que deja abierta, es que se justifique moralmente la desobediencia de la ley y para ello, deberá observarse el contexto jurídico en el que se debe adoptar la decisión, es decir en los casos difíciles, además de exigencias morales se debe consultar el contexto jurídico en que se desarrollan los hechos.

Más adelante se tratará el pensamiento de Ronald Dworkin (*iusnaturalista* moderno) y Robert Alexy, para que dicho pensamiento contraste con el de Hart.

### **Del IUS Positivismo:**

#### ***Revolución Francesa***

Para la historia del Derecho positivo es esencial la Revolución francesa, pues ella irrumpe como una re-

volución en nombre del Derecho natural “libertad, igualdad y fraternidad”, pero al final permite crear las condiciones para que se dé inicio al dominio de las codificaciones y aparezca el Código Civil francés y otros códigos más, lo que para muchos significó la muerte del Derecho natural y la supremacía del código<sup>106</sup>.

La nación o el pueblo necesitan tener un Derecho, pero este debe ser la concreción de la razón, es decir, el Derecho natural, lo más razonable matemáticamente, es que exista una ley que lo regule todo, que la entiendan todos, esta ley se va a llamar Código, que se trate a todos por igual, el legislador lo debe expedir porque es soberano, esta reside en la nación o en el pueblo según el caso.

El Código fue una promesa de la Revolución francesa, el rey está sometido a la ley, el juez es la boca de la ley. Se dice que el legislador es sabio, Rousseau indica que es sabio, porque nadie va a elegir un corrupto, por lo tanto todos los elegidos son sabios y justos. Si el legislador es sabio y justo, es razonable y eso es Derecho natural.

---

<sup>106</sup> Durante esta época se expresaba “ha muerto el Derecho viva el código”.

Aparece en escena Napoleón, en 1799, cuatro abogados académicos, entre ellos, Portalis, convencen a Napoleón de hacer cinco códigos, de los cuales el más importante fue el Código Civil en 1804, quiso que fuera un código europeo, sin embargo el código nació muerto nadie lo estaba aplicando, entonces Napoleón aplicó estrategias. Crea la casación, el juez de segunda instancia. Expropia las universidades de París, y se enseñó el Código Civil<sup>107</sup> recitando sus normas “el Derecho ha muerto viva el código”, como quedó antes anotado. Se estableció la exégesis, como primera escuela de la interpretación del *iuspositivismo*, la sentencia debe ser motivada, dura es la ley pero es la ley, se pregonaba en la aplicación de esta.

---

107 El código de Napoleón de 1804, que ejerció y sigue ejerciendo enorme influencia en los países latinoamericanos, fue forjado en el clima racionalista, y ultraindividualista, de la enciclopedia y de la revolución: en ese ambiente filosófico político el ciudadano era el centro, el árbitro y la medida de la vida común y sus instituciones, y el Estado tenía la simple condición de gendarme, para garantizar las libertades omnímodas de los ciudadanos, y cuyo telón de fondo fue la escuela de Derecho natural moderna o racionalista, con una tendencia a la abstracción conceptual y a la presentación sistemática del Derecho (more mathematico). Dicha escuela desarrolló lo que podríamos denominar una ideología que es posible resumir bajo el nombre de liberalismo. (Extraído de la obra: *El contrato y la justicia una relación permanente y compleja*, de Carlos Julio Giraldo Bustamante, página 174)

## **Escuela de la Exégesis**

En Francia, la escuela de la exégesis representa durante bastantes décadas el predominio de una labor expositiva que encuentra en los textos de los códigos todo el Derecho que se precisa para resolver los conflictos sociales<sup>108</sup>.

Es la primera escuela del *Ius positivismo*, con apego irrestricto a la ley, políticamente busca la defensa del Estado, tiene sus fuentes formales, como la costumbre se aplica según la ley, los principios son fuente cuando están en consonancia con el Derecho, la jurisprudencia sí es fuente pero auxiliar de la ley. La exégesis reivindica al Estado, solo el Estado produce la ley. Con la exégesis desaparece la dualidad en el Derecho ya no se habla de Derecho natural. La ley se justifica así misma.

## **Escuela Alemana**

Paralelo a la escuela francesa de la exégesis, se desarrolló como oposición, la escuela alemana del Derecho, basada en la jurisprudencia de conceptos

---

<sup>108</sup> SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, Jurisdicción. *El Derecho y la justicia*, edición de Ernesto Garzón Valdez, página 225.



y en la dogmática del Derecho, el káiser Cesar de Alemania se enfrenta a Napoleón Bonaparte, gestor del Derecho en la Francia de su época.

Napoleón se enfrentó a Europa, tenía enemigos, Alemania, Inglaterra, Rusia. Inglaterra siguió con el common law (la costumbre, el Derecho de los jueces) Estados Unidos le apunta al Derecho común, Rusia siguió con una religión ortodoxa, Alemania se radicalizó en contra del Código. El káiser Cesar ordena a Von Humboldt hacerle la guerra a Francia, se le encomienda que haga una Universidad, el profesor debe ser un investigador, el estudiante debe aprender por su cuenta, el profesor no dicta clases. Llamó a Hegel para la escuela de filosofía, llamó a Savigni y dirigió la facultad de Derecho, este comenzó a decir que el Derecho es una ciencia que debe ser investigada. Que el profesor tenía que conocer el Derecho romano. Savigni crea la escuela histórica, hay que volver a las fuentes y la fuente es el Derecho romano, se creó en materia penal la dogmática penal o jurisprudencia de conceptos, dogmas doctrinarios, estos conceptos son los que debe aplicar el juez, trabajaron el Derecho romano, crearon el *dolo*, lesión enorme, responsabilidad civil, jurisprudencia de intereses. La socie-

dad alemana tiene un interés que el Derecho debe identificar y darle respuesta. La escuela alemana de la época resistió a la escuela de la exégesis implementada por Napoleón y ello incide en la comprensión y aplicación del Derecho.

Luego de las anotaciones anteriores que permiten conocer la antesala de algunos hechos y personajes que incidieron en la evolución del Derecho, no pudiendo capsular a todos, es menester abordar un orden cronológico del Derecho positivo porque definitivamente es el que nos rige y se impone aun por la fuerza si fuere el caso.

### **El IUS Positivismo de John Austin (1790 a 1859 d.C.)**

Afirma John Austin, que el Derecho debe estar desconectado de la moral, el Derecho es un conjunto de normas producto del soberano. La ley es el querer del soberano para que se porten de una forma y se incluye una sanción, el soberano no le rinde cuenta a nadie, es el que expide la ley. Para Austin, las leyes son mandatos imperativos, es decir, la sanción o imposición coactiva de la obediencia, impone un deber u obligación. Este Derecho posi-

tivo exige que: las leyes puestas por los hombres a otros hombres, implican que los primeros tengan soberanía y los segundos obediencia; los primeros ejercen un poder soberano y los segundos son subordinados a las leyes<sup>109</sup>.

### **Hans Kelsen (1881 a 1973 d.C.)**

Un gran aporte en el pensamiento jurídico europeo y América latina efectuó Hans Kelsen, jurista austriaco, a partir del inicio del siglo XX, con la exposición de lo que se llamaría, la teoría pura del Derecho, en la que llegaron las contribuciones de juristas como Adolf Merkl, Alfred Verdross, Franz Weyr, Leonidas Pitamic, conocida como la escuela vienesa de la teoría pura del Derecho.

La concepción de Hans Kelsen, surge como una reacción al descalabro del sistema capitalista. Si el Derecho constituía para esa época un instrumento de dominación y subyugación, el afán kelsiano era encontrar en el Derecho la propia explicación del Derecho y su justificación como un orden, ordenamiento y sistema necesario para el estado.

---

<sup>109</sup> Austin John, *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid centro de estudios constitucionales, 2002, páginas 33 y 34.

Expone la necesidad de la pureza del Derecho<sup>110</sup>, considera que la ciencia jurídica debe ser autónoma, en el sentido de que no existe una moral universal aceptada por todos, la moral no puede permear el Derecho y que esta solo puede ser permeada por el Derecho positivo. Hay que excluir los ideales, valores axiológicos, síquicos, ellos contaminan el Derecho.

---

110 Ante este modo de ver las cosas, el Derecho presentase como naturaleza, como un hecho presente en la conciencia del hombre que crea, cumple o infringe la norma. Por tanto, no es el Derecho propiamente dicho lo que constituye el objeto de ese conocimiento, sino ciertos fenómenos correlativos de la naturaleza. Del mismo modo, el fisiólogo que investiga los procesos químicos o físicos que acompañan ciertos aspectos de la vida emocional, no conoce la esencia de los sentimientos, de las emociones, las cuales, por constituir fenómenos psicológicos, no pueden analizarse física ni químicamente. La teoría jurídica pura –en cuanto ciencia específica del Derecho– enderezase al conocimiento de las normas jurídicas: no en cuanto a hechos de conciencia, no a la volición ni a la representación de las normas, sino a las normas mismas queridas y representadas, como contenidos espirituales y si dicha teoría conoce determinados hechos es únicamente en cuanto que son contenidos de las normas, es decir, en cuanto que están determinados por normas jurídicas. El problema de la teoría pura del Derecho es la autonomía específica de una esfera de significaciones (así razonaba Hans Kelsen para justificar su teoría del Derecho, en su obra: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, a página 29, de Ediciones clásico del Derecho, Editorial Reus).

Propone las siguientes características para el Derecho positivo:

- a. El Derecho es un sistema normativo coactivo que como tal, es el objeto de la ciencia jurídica.
- b. Regula el uso de la fuerza.
- c. Este sistema normativo tiene su construcción escalonada.

Las normas tienen un último fundamento, la norma básica, la norma superior es el fundamento de la inferior y esta a su vez de otra inferior. La norma válida es la que se fundamenta en una norma superior y proviene de un poder; a Kelsen se le considera fundador del positivismo normativo, es una concepción normativista y no imperativista como la de Austin.

Indica que la norma jurídica proviene de un acto de voluntad de un ente legitimado como es el Congreso y no es un querer o deseo del soberano como dice Austin, si muere el creador de la norma jurídica la norma permanece. A Kelsen se le cuestiona frente a las normas que son inconstitucionales o las sentencias ilegales, pues a pesar de resultar válidas en

virtud de una norma superior quedan sin validez en virtud de un juicio de inconstitucionalidad e ilegalidad. Dice Kelsen que la validez de una norma se pierde por la falta de eficacia.

Kelsen propone un guardián para la constitución, que debía ser jurisdiccional y aislado. Se opone a los principios porque es introducir normas morales al Derecho. Dice que la interpretación es un acto de voluntad, pero sujeto a una constitución.

En todo caso, el pensamiento de Kelsen evolucionó a través de varias fases de su vida, prueba de ello fue su concepto de norma jurídica. En efecto, desde la aparición de su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* en 1911, Kelsen había defendido la tesis de que la norma jurídica general se presentaba como juicio hipotético, posición que mantuvo en su *Allgemeine Staatslehre* de 1925, y en la primera edición de su *reine rechtslehre* de 1934. Más tarde abjuró de la tesis de la norma jurídica como juicio lógico y la presenta bajo la forma de un imperativo dictado por la autoridad, como –mandato imperativo en sentido figurado– o –mandato no psicológico–. El filósofo argentino Antonio Machado (1974), considera como elementos determinantes para este cambio

de postura la aparición de la concepción anglosajona del Derecho y la interpretación de la teoría pura como simple lógica formal por la concepción egológica de Carlos Cossio<sup>111</sup>. Sobre este tópico de la norma jurídica, para 1960 se produce un cambio en la teoría pura del Derecho de Kelsen, lo cual es esencial hasta finales de su vida, la consideración de la norma como el sentido de un acto de voluntad, en el sentido que abandona la idea de que las normas jurídica generales son juicios hipotéticos y se adhiere a la doctrina de la voluntad, para este caso se afianza la consideración de Kelsen de las normas jurídicas como una expresión lógica-normativa sobre cómo deben conducirse los hombres en la vida social, con la intención de dirigirse hacia el mundo del ser, hacia lo real.

### **Herber Hart (1907 a 1992 d.C).**

Su principal obra es, *El concepto del Derecho*.

Es representante de la escuela analítica o jurisprudencia analítica. Es de corte positivista, dice que no existe una conexión entre Derecho y moral. Trata de

---

<sup>111</sup> BERTOT TRIANA, Harold. El pensamiento jurídico de Hans Kelsen. Uniacademia leyer, marzo 2017, primera edición.

explicar que compone un sistema jurídico nacional. Sostiene que Kelsen describe el Derecho de manera simplista, lo que no permite distinguir el Derecho de las amenazas de un malhechor. El Derecho tiene otras normas que no solo establecen normas del deber ser, y que no solamente existen normas que imponen una sanción, para ello hay normas de adjudicación, de cambio y de reconocimiento.

Argumenta, que la expresión "Derecho" como expresión lingüística, tiene una zona de penumbra y un núcleo duro, sobre este hay acuerdo entre Derecho natural y Derecho positivo, es cuando se habla de reglas. En la zona de penumbra no se ponen de acuerdo las escuelas.

El *ius positivismo* hartiano se fundamenta en la tesis, según la cual, es posible distinguir entre el modo que el Derecho es y el modo en que el Derecho deberá ser, para ello, señala que no hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral y sobre el presupuesto según el cual la identificación del Derecho depende de determinados hechos sociales. La validez de las normas jurídicas se funda en última instancia en una norma de reconocimiento que tiene naturaleza convencional.



Qué normas hay en el sistema para Hart:

Las reglas pueden ser de dos tipos REGLAS PRIMARIAS Y REGLAS SECUNDARIAS. Las primeras son las que establecen obligaciones, deberes, otorgan libertades, estas son reglas que pueden reconocer Derechos y sanciones. La secundarias, son las que funcionan a favor de las primarias, es decir, cómo crearlas, cómo aplicarlas, y cómo reconocerlas; y se habla entonces de REGLAS DE CAMBIO, aquellas que establecen potestades y facultades para que un sujeto cree reglas de procedimiento; REGLAS DE ADJUDICACIÓN, aquellas que se ocupan de la aplicación, competencias o dicen cómo deben fallar los tribunales de justicia; REGLAS DE RECONOCIMIENTO, la elabora Hart, para tratar de identificar que reglas hacen parte del sistema y cuáles no, es la regla de validez o de pertenencia. En cuanto a la regla de reconocimiento es polémica su designación, para algunos, la última regla de reconocimiento es la Constitución. Para otros, la regla de reconocimiento la constituye la práctica de los tribunales de justicia, los jueces son los que dicen cuál regla es válida o no y otros, incluso, afirman que es la costumbre.

En el libro, *El concepto del Derecho*, Hart intenta ofrecer una concepción del Derecho que logre evitar las exageraciones que, a su entender, han caracterizado a la filosofía del Derecho: el formalismo y escepticismo. Para tener éxito en esta empresa una teoría del Derecho debe ser capaz de explicar dos intuiciones: según la primera, el Derecho es un artefacto que, mediante la formulación de estándares generales de conducta, pretende guiar el comportamiento de los miembros de una comunidad organizada. De acuerdo a la segunda, la actividad de los jueces incide sobre cuáles sean los estándares de comportamiento relevantes en una determinada sociedad. Hart propone articular estas dos intuiciones mediante la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. De hecho, Hart propone esta distinción como las claves de la Ciencia del Derecho. Lamentablemente, no ofrece una versión clara y unívoca de la distinción, tanto es así que los estudiosos de su obra se han visto en dificultad cuando han intentado interpretarla<sup>112</sup>.

Finalmente, a Hart se le reconoce como un *Iuspositivista* de línea blanda. Hart, formula un concep-

---

<sup>112</sup> ARENA, Federico José. *El convencionalismo jurídico, un recorrido analítico*. Ediciones Marcial Pons, página 26.

to de Derecho, un sistema complejo compuesto de normas primarias y secundarias, establecidas con una vocación de permanencia, normas de carácter facultativo con potestades para su aplicación y con una autolimitación del poder en el Estado moderno democrático, y se reconoce un contenido mínimo de Derecho natural con el reconocimiento de al menos un Derecho subjetivo natural, el Derecho de todos a la libertad<sup>113</sup>.

### **Ronal Dworkin (1931 a 2013 d.C) como Iusnaturalista Moderno confrontado al pensamiento de Hart**

Si bien es cierto, se consignó anteriormente una secuencia de los avances del Derecho natural en el tiempo, hasta llegar al cambio que suscitó la Revolución francesa, como el imperio de la ley representado en el código y el juez su boca; es menester, abordar el pensamiento de Dworkin frente al que expone Hart. Dworkin es un *Iusnaturalista* moderno, cuyo espacio del conocimiento está en el

---

<sup>113</sup> RODRÍGUEZ ORTEGA, Julio Armando. *Los paradigmas jurídicos en el estado de Derecho*. Uniacademia leyer, marzo de 2016, página 87.

Derecho natural, pero por razones pedagógicas se abordara aquí para ser fiel al contraste con Hart.

Nace en 1931, en los años 60, comienza a elaborar varios documentos entre ellos, *Los Derechos en serio* (1977).

Dworkin, es uno de los más influyentes filósofos y teóricos del Derecho contemporáneo. Sus teorías contribuyeron a establecer un nuevo paradigma *ius* filosófico, el cual es más frecuentemente conocido como neoconstitucionalismo. Se propone criticar las teorías positivistas, particularmente la versión hartiana, de la cual afirma: sostener que la validez de las normas jurídicas se funda en última instancia sobre una norma de reconocimiento que tiene naturaleza convencional, no permite considerar la existencia de estándares jurídicos diferentes a las reglas y en especial la existencia de los principios jurídicos. La validez de los principios jurídicos no depende de que se haya puesto respetando la forma establecida por la norma de reconocimiento (convención social), pues, los principios jurídicos son válidos porque expresan una apropiada concepción de justicia. De allí, que en los casos fáciles la decisión judicial es el resultado de una deducción lógica

que tiene como premisa mayor una regla jurídica, y como premisa menor los hechos del caso en cuestión. Pero, en los casos difíciles, la decisión no se deriva de la subsunción de una regla al caso, sino de la correcta ponderación de los principios jurídicos relevantes.

La idea central expresada en *Laws as integrity* es aquella, según la cual, el Derecho sería, no tanto o no solamente un sistema de reglas o, alternativamente, el conjunto de decisiones de los jueces sino, principalmente, una práctica social que gira entorno a algunos principios y valores –antes que nada, según Dworkin, la igual consideración y respeto a cada individuo– compartidos por los participantes. Esto implica según Dworkin, que el Derecho no puede ser descrito de manera avalorativa, como si se tratase de un mero dato de hecho, sino solamente a través de una previa actividad de tipo interpretativo. En resumen, para responder a la pregunta qué cosa es el Derecho no es suficiente identificar una serie de documentos legislativos,

sino se necesita reconstruir la práctica jurídica en cuestión, de la mejor manera posible<sup>114</sup>.

Afirma Dworkin a los positivistas los distingue:

1. El Derecho no debe ser explicado a partir de la moral.
2. Son modelos simplistas, sistemas jurídicos a partir de un modelo de normas, que lo hacen a través de reglas.
3. Todos los Derechos y obligaciones emergen de una regla jurídica.
4. En los casos difíciles los jueces son discrecionales, ya sea porque hay ambigüedad en las reglas aplicables o en el caso de las lagunas legislativas.
5. El positivismo pregona una teoría interpretativa semántica, para la interpretación de las reglas el juez tiene en cuenta los criterios de interpretación.

---

<sup>114</sup> Así razona el profesor Aldo Schiavello, en su obra: el positivismo jurídico después de H.L. A Hart, página 59, Ara editores.

Dworkin antepone la teoría constructivista. La que construye, contraria a las anteriores, características del Derecho positivo.

En cuanto a que el Derecho no debería ser explicado a partir de la moral, señala: Los sistemas jurídicos se componen por tres tipos de estándares: Reglas, principios y directrices políticas. El sistema jurídico no se puede reducir únicamente a reglas.

En cuanto a la conexión entre Derecho y moral, dice que son los principios los que operan, que muchos Tribunales resuelven los casos con estos, que tienen un gran contenido de moral.

Explica que si bien es cierto, las reglas son estándares de conducta, la regla de los positivistas se aplica todo o nada, Dworkin reafirma que esta forma de aplicarla conduce a que si el caso concuerda con la norma se aplica, si no, no.

Los positivistas aplican las normas en razón de su validez. Según Dworkin los principios se aplican no en razón de su validez, del todo o nada, sino a partir de su importancia o peso; los principios son razones para la toma de decisiones, que no prede-

terminan la razón, quiere decir, que los principios se aplican de manera diferente al todo o nada, sino a través de la técnica de la ponderación, la que desarrolla Alexy<sup>115</sup> en cuanto a que los principios tienen diferente importancia.

En cuanto al conflicto de reglas, el juez no es discrecional para resolverlas, sino que descubre los principios que le facilita el sistema.

Dice que Derecho y moral no están separados, sino que Derecho y moral y política están íntimamente ligados. La decisión de los jueces debe estar argumentada moral y políticamente<sup>116</sup>.

Los otros componentes del sistema son las directrices políticas, son estándares no obligatorios que

---

115 ALEXY, Robert afirma que los principios son mandatos de optimización.

116 Sin duda el juez no puede desconectarse del contexto político en que su obra se desarrolla, como lo dice Post y Siegel "Solo en los libros de texto sobre procedimiento jurídicos, el Derecho es una cuestión contenciosa completamente aparte de la política", frente a lo cual termina afirmando Leonardo García Jaramillo, en la introducción de la obra "constitucionalismo democrático" de Robert Post y Reva Siegel, página 29 "Resulta infructuoso por tanto insistir en la separación entre la política y el Derecho, porque ello implica ignorar la fuente de la legitimidad del Derecho".



fijan un propósito a lograr en el plano, económico, político, social, que busca el bienestar colectivo.

### ***Los desacuerdos en el Derecho***

Si integramos las reglas y principios, hay un Derecho íntegro, que conduce a que los jueces no creen Derechos, los jueces encuentran la solución preestablecida en el sistema, lo que hacen los jueces es declarar el Derecho subjetivo.

Los desacuerdos que se presentan en el Derecho pueden ser respecto de cuestiones de hecho –si sucedió y está demostrado un hecho histórico en controversia–, de moralidad y fidelidad política –si la decisión fue correcta e incorrecta desde el punto de vista moral– o de Derecho –sobre qué es el Derecho y cuáles las proposiciones normativas aplicables a un caso–. El desacuerdo sobre cuestiones de hecho no plantea mayores dificultades, ya que la evidencia para resolver el desacuerdo es empírica y sabemos cómo obtenerla. En cuanto al desacuerdo valorativo, también son comunes las ocasiones en que las personas divergen sobre lo correcto e incorrecto desde un punto de vista moral, sin que ello

plantee especiales problemas en la práctica judicial. El último en cambio, es más profundo ya que es un desacuerdo sobre el fundamento del Derecho<sup>117</sup>.

### ***El Juez Hércules, la forma como debe actuar- actividad pedagógica en clase***

Por la parábola de la integridad, parábola del Derecho, parábola del juez Hércules, este juez es humano, omnisciente, dispone de un tiempo ilimitado, su información acerca del caso y de los argumentos aplicables es ilimitada, es capaz de adoptar hasta las decisiones más difíciles (omnipotente) y también es imparcial. Además, Hércules J<sup>118</sup>, es perfectamente desinteresado y, lo que resulta importante a efectos de imparcialidad, es capaz de ponerse, sin límites, en la posición de los demás<sup>119</sup>.

El principio judicial de integridad exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encon-

---

117 Esta referencia es extraída de la obra del profesor Rodolfo Arango *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* quien se apoya en la obra de Ronald Dworkin *El imperio de la justicia*, en donde a páginas 16 y 17, expone esta problemática en el Derecho y su fundamento para resolver un caso.

118 Nombre que le asignó Dworkin a la creación de su juez.

119 AARNIO, Aulis *¿Una única Respuesta correcta? Bases teóricas de la interpretación jurídica*, fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2010, página 15.

trar la mejor interpretación de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad, a partir de algún conjunto coherente de principios que permitan dar cuenta de los Derechos y los deberes que tienen los miembros de esa comunidad. Indica que la descripción del Derecho requiere siempre y de manera inescindible, llevar a cabo una evaluación moral del mismo. En los casos difíciles se debe consultar las prácticas jurídicas y someter sus interpretaciones a las pruebas del ajuste y de la justificación. Aquellas que la superen podrán ser consideradas las respuestas correctas. Ejemplo: en el caso del piloto de caza que recibe la orden de abatir un avión de pasajeros que ha sido secuestrado la orden está respaldada por una ley especial del Congreso para combatir el terrorismo, que ha sido creada conforme a la Constitución, el piloto está obligado jurídicamente a derribar el avión, le corresponde una sanción jurídica en caso de no hacerlo, o existe ciertos principios que permiten afirmar que esas normas son inconstitucionales. Es un caso difícil, en el cual hay que resolver entre la decisión de derribar el avión respaldada en el sistema legal, y en los principios de contenido moral que considera que la vida es invio-

lable, la escogencia estará en el plano argumentativo, la que mejor explique y solucione el caso.

Asocia la forma que se construye el Derecho a las obras literarias colectivas, obras escritas por varios escritores, pero cada autor debe saber lo que hace el anterior<sup>120</sup>. El autor debe zambullirse en la moralidad social, en los principios, entonces el juez declara los Derechos.

El juez debe ser conocedor de la moral social, debe ser paciente, debe ser sabio, un superjuez llamado Hércules<sup>121</sup>, este juez está condicionado a la única respuesta correcta<sup>122</sup>, que es la que resulta en el

---

120 Según Dworkin las historias se construyen no se inventan.

121 Precisamente Ronald Dworkin alega que, en cualquier sistema jurídico, es posible encontrar principios políticos coherentes que inspiran las reglas positivas. Para ello, mediante un proceso inductivo-deductivo, el juez debe identificar esos principios, armar una teoría y, de allí, derivar la solución para su caso concreto. Dworkin deja claro que, al elegir cuál es la teoría que mejor explica el sistema positivo, los jueces no estarían aplicando sus propios criterios subjetivos sino que habrían encontrado una moral objetiva (*Law morality*), que es la que debe guiar sus decisiones. No sorprende que esta tarea titánica sea llevada a cabo, en los ejemplos que ofrece Dworkin, por un juez creado por este con habilidades, conocimientos, paciencia y perspicacia sobrehumanos y el cual denomina Hércules.

122 La teoría de la única respuesta correcta desarrollada por Dworkin, ha recibido las críticas más severas del movimiento *Crítica legal studies*, en el que militan autores como Duncan

plano argumentativo, la que explica mejor. En el Derecho no hay lagunas, vacíos, porque el Derecho se integra por principios. El Derecho debe ser una construcción comunitaria. Esta teoría es asumida por Robert Alexy, quien desarrolla la teoría de los principios y cómo resolver el asunto cuando entran en contradicción.

Dworkin representa el Derecho natural moderno. En las versiones modernas del Derecho natural, el énfasis está puesto en la comprensión del Derecho como fenómeno social. Surge como respuesta a los embates críticos que los positivistas de finales del

---

Kennedy o Alan Hunt, que son la expresión de la teoría crítica en el mundo anglosajón: estos autores argumentan que la moral no está constituida por un solo principio, la política no tiene en cuenta un solo valor y muchas veces es socialmente necesario elegir entre principios morales o acciones políticas que reputamos valiosas las unas como las otras. A pesar de eso es preciso elegir, optar. Cuando optamos es porque estamos construyendo el discurso del Derecho desde nuestra propia perspectiva, desde ese momento constitutivo de la decisión judicial que, al fin y al cabo, siempre elige y selecciona. El hecho de que integremos la solución con principios, con normas, con valores morales y reglas políticas, no implica que haya una única manera de producir tal articulación ni tampoco un procedimiento unívoco y confiable para entramarlos en la búsqueda de la única solución correcta. Las soluciones correctas pueden ser muchas. (así se expresa el profesor Carlos María Cárcova en su ensayo “¿qué hacen los jueces cuando juzgan? Dentro de la obra “El Derecho en acción” Ara editores, páginas 216,217.

siglo XIX y principios del XX dirigieron a las versiones tradicionales. En ellas, se defiende la idea contraria a las pretensiones positivistas, de que no se puede comprender o describir el Derecho sin realizar al mismo tiempo una evaluación moral. La pregunta central en todos estos trabajos es de tipo conceptual ¿qué es el Derecho?

En clase y para hacer práctico lo teórico, se abordará un caso paradigmático donde se ve claro el enfrentamiento entre reglas y principios, entre Derecho positivo y Derecho natural. Este caso es Riggs, versus, Palmer del que se ocupó a finales del siglo pasado un Tribunal del Estado de Nueva York: un nieto solicitaba al tribunal entrar en posesión de la herencia de su abuelo, lo que, de acuerdo con la ley testamentaria del Estado de Nueva York, le correspondía. La especialidad del caso residía que entre los atributos de dicho nieto, se encontraba el de ser el asesino del causante, circunstancia que la ley testamentaria aplicable no contemplaba como causa de exclusión de la sucesión: de acuerdo con las disposiciones aplicables tal circunstancia debía considerarse, pues, como irrelevante. Finalmente, el tribunal negó al nieto su Derecho a la sucesión

apoyándose en el principio de que “nadie puede sacar provecho de su propia acción ilícita”<sup>123</sup>.

Para el desarrollo de este caso en clase, los estudiantes asumirán y estudiarán el caso. Se escogerán 5 panelistas *Iuspositivistas* y 5 *Iusnaturalistas*, que defenderán los principios de sus escuelas bajo el caso expuesto. Se construirán argumento bajo el respeto de cada escuela, con replicar y contrarreplicas; bajo la coordinación de un estudiante. Al final se escogerán las dos mejores presentaciones para ser premiadas. Con ello, se busca desarrollar en los estudiantes las competencias de: Argumentación breve y razonable, improvisación informada, visión global del caso, las cuales son exigencias para el nuevo proceso oral que se ha implementado en Colombia.

---

<sup>123</sup> En la obra *El Derecho y la justicia*, a página 150, se hace referencia a este caso, en el ensayo, Principios jurídicos, a cargo del profesor Juan Ruiz Manero.

## **Robert Alexy (1945- ), quien desarrolla los principios de Dworkin como mandatos de optimización**

Desarrolla la teoría de los principios. La propuesta de Robert Alexy descansa dentro del estado constitucional o escuela neo constitucional<sup>124</sup>. Le adiciona a Dworkin los principios, a los cuales denomina, mandatos de optimización. Estos principios son normas jurídicas que se aplican en una regla de precedencia. Ejemplos: la vida es inviolable, pero pueden existir otros principios, se garantiza la libertad de culto. Estos principios se pueden enfrentar cuando existen circunstancias fácticas y resuelve el juez de acuerdo con la regla de precedencia. Los principios son jerárquicamente iguales. La colisión de principios se resuelve a través del concepto de proporcionalidad e igualdad<sup>125</sup> y que esto hay que ponderarlo para aplicarlo, es una cuestión de peso.

---

124 Para precisar esto en Colombia debe leerse la Sentencia T 406 de 1992 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Ciro Angarita.

125 El test de igualdad y proporcionalidad implica analizar si la medida: es adecuada, en tanto persigue la obtención de un fin constitucional válido; es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de los principios constitucionales y que tengan la virtud de alcanzar el fin propuesto, desde luego el juez debe realizar un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el



El aplicador es el que va a decir cuál pesa más a través de la ley de ponderación o fórmula del peso, la cual está compuesta de varios niveles:

- a. Identificación de los principios que están en colisión.
- b. Peso abstracto de los principios. Propone una escala triádica donde hay un número en pesos (mayor, menor, mínimo), el juez debe estar consciente y debe valorar cuál de los principios tiene más valor en la actualidad. El juez debe establecer cuál es la moral imperante.
- c. Definir el peso concreto de los principios. El juez analiza los hechos del caso y con base en eso define el grado de afectación de cada principio. Los grados de afectación pueden ser GRAVE, MEDIO, MÍNIMO, el juez debe prever qué pasaría si aplica un principio.

En caso de que pesen iguales los principios, se acude a la fórmula matemática que Alexy crea.

---

cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida acatada.

Y luego se pasa a la argumentación. El juez debe justificar la solución aplicable, según Alexy, debe inclinarse por el principio pro libertad, aquel principio que brinde más grado de libertad.

Habermann critica a Alexy, indicando que debe prevalecer el principio democrático, es decir el mayormente aceptado por la sociedad. Habermas dice, que las soluciones del orden normativo deben ser discutidas por los actores políticos de la sociedad.

### **Otra vision de las teorías del Derecho**

Finalmente en este recorrido breve de autores y de teorías jurídicas *iusnaturalistas* y *iuspositivistas*, vale mencionar lo dicho por el profesor Bruno Celano<sup>126</sup>, cuando expresa que es posible subdividir las teorías del Derecho en dos categorías, la primera categoría, retoma las teorías del Derecho nomodinámicas; la segunda, las teorías del Derecho, nomostáticas.

---

<sup>126</sup> Citado por el profesor Aldo Shiavello en su obra *El positivismo jurídico después de H.L.A Hart* Ara editores. página 105, sobre el cual nos apoyamos para consignar esta división.

Las teorías nomodinámicas estudian el Derecho y resaltan el concepto de autoridad. Se estudia el Derecho con base en las instituciones del poder, la producción, eliminación y aplicación de normas y actos jurídicos, bajo condiciones que deben cumplirse en esa producción, eliminación y aplicación de normas, vale decir, los procesos que permiten producir, eliminar o aplicar normas y actos jurídicos.

Según el pensador Bruno Celano, se pueden citar como ejemplos de teorías nomodinámicas, la teoría pura del Derecho de Kelsen, según la cual, el Derecho es un ordenamiento normativo que regula su propia producción; la teoría del Derecho de Hart, para quien, el Derecho es un sistema de normas primarias, que imponen obligaciones y de normas secundarias que confieren poderes; la teoría del Derecho de Raz<sup>127</sup>, quien identifica la función principal del Derecho en la solución con autoridad del conflicto, por ello Raz asegura, que el Derecho desarrolla una función arbitral, porque define el con-

---

<sup>127</sup> Discípulo de Hart, presupone una determinada concepción de la autoridad legítima, por lo cual se le ubica en la escuela de Derecho positivo exclusivo, según la cual, el hecho de que el Derecho presente una pretensión de legitimidad no implica que la autoridad ejercitada por el Derecho sea efectivamente legítima.

flicto con reglas autorizadas legalmente que sustituyen las razones de las partes en conflicto.

De otro lado, las teorías Nomostáticas consideran el Derecho como un sistema de normas derivables de algunos principios generales o de una práctica social y que puede ser entendida y estudiada bajo los principios y valores generados por la práctica social. Bajo estas teorías se reemplaza la imagen kelseniana del Derecho como un –ordenamiento– que actúa coercitivamente sobre la conducta humana por la imagen del Derecho como una comunidad de principios, cuyo fin es la organización de una verdadera comunidad asociativa, fundada en valores y principios que respondan a la equidad y compartibles por todos sus miembros. Dentro de esta teoría se encuentra el *ius naturalismo* tradicional, donde se reduce la validez al concepto de justicia. Aquí se encuentra John Finnis, donde el conflicto se resuelve con la equidad de los procedimientos seguidos y la equidad de los resultados, en donde este último es prevalente respecto a los intereses particulares de cualquier participante. La teoría de Dworkin también se incluye dentro de esta teoría, ya que para este autor el Derecho no es un mero dato de

*facto*, sino una práctica social que requiere, para ser comprendida y reconstruida, una lectura moral.

Las diferentes teorías sobre el Derecho presentan zonas de encuentros como zonas de disputa, para esta época se habla de un positivismo incluyente (Hart, Carrió, Coleman), para quienes no es necesario sino meramente contingente, que la moral sea un criterio de validez jurídica, cosa que, en definitiva, dependerá de un hecho social como es la propia regla de reconocimiento (Hart, 1994). A diferencia del positivismo excluyente (Raz, Bulygin, Guibourg), que indica que nunca es el caso que la existencia y el contenido del Derecho dependan de criterios morales (Raz, 1979, Bulygin, 2006).

Como pueden apreciar los estudiantes, el Derecho, evoluciona cada segundo, pues, en cada rincón del universo hay un pensador que reflexiona sobre el Derecho y las realidades que lo circundan, variando y profundizando sobre las distintas teorías del Derecho que se construyen, ya sea para confirmarlas, enriquecerlas o rebatirlas como obra humana que se construye día a día.

## ESCUELA DEL REALISMO JURÍDICO

A fin de consolidar las cuatro grandes escuelas del pensamiento jurídico hay que referirse al realismo jurídico, campo que abona la reflexión del papel de los jueces en las decisiones judiciales y que debe ser conocida por todo aquel que se inicia en la introducción del Derecho.

### **Herman Kantorowickz. La primacía de las decisiones judiciales**

Este jurista rompe con la primacía de la ley como fuente del Derecho, al negar esta primacía y poner en su lugar las decisiones de los jueces.

En un extraordinario paralelismo con los realistas norteamericanos (sin conexión con ellos), plantea la necesidad de renovar los saberes jurídicos en su obra *La lucha por la ciencia del Derecho*, escrita por él con el seudónimo de “Gneu Flavius”.

Esta renovación proviene de una especial valoración de las normas en las que verdaderamente se crea el Derecho: las decisiones de los jueces resueltas con amplia discrecionalidad; los jueces son los creado-

res del Derecho; la libre indagación del Derecho se convierte en libre creación del mismo.

Esta alta valoración de los jueces exigía una especial preparación: el conocimiento de las realidades sociales; los jueces debían ser más sociólogos que juristas, porque ya no eran meros autómatas de la ley como pretendía el Derecho positivo, se requiere entonces de una cultura de los jueces, de lo contrario sería el fracaso. Sin embargo, lo criticaron porque sus ideas creaban inseguridad jurídica, lo cual al final de su vida lo obligó a retractarse de su pensamiento.

### **El Realismo Jurídico Americano y Escandinavo; Karl Llewellyn, Karl Olivecrona y Alf Ross**

El realismo jurídico supone concebir a la norma jurídica como una predicción de las actuaciones de los jueces al resolver las disputas, presentando dos versiones o tendencias, la americana y la escandinava.

El realismo jurídico es una de las teorías sobre la naturaleza de las normas del Derecho contraria a

la concepción de la norma como mandato. El realismo jurídico, es una concepción sociológica del Derecho desde el momento que ofrece una alternativa al legalismo en el marco de la práctica social del Derecho.

### **El Realismo Jurídico Norteamericano**

El realismo jurídico americano tuvo unos precedentes claros en la filosofía pragmática de JAMES y DEWEY y en una serie de juristas preocupados por poner orden y encontrar algunos principios rectores de la multiforme práctica jurídica.

Se caracterizó por una preocupación en torno a los problemas de la aplicación de las normas jurídicas, no construyeron una teoría del Derecho, ni una visión general del Derecho, su centro de atención fue la teoría predictiva, es decir, la consideración de la norma como una predicción de lo que harán los tribunales.

Destacan las figuras de JERONOME FRANK y KARL LLEWELYN, vamos a centrarnos en esta última figura LLEWELYN:



Indica que el realismo jurídico no constituye una escuela sino una forma general de concebir el Derecho, señala que hay unos caracteres que unen al grupo de estudiosos de esta teoría, 1) Concepción del Derecho como Derecho que fluye y está en permanente movimiento, y que es sobre todo una creación de los jueces. 2) La concepción del Derecho como un medio para fines sociales, y no un fin en sí mismo. 3) La concepción de la sociedad también en movimiento, siendo este aún más rápido que el del Derecho. 4) La separación entre el ser y el deber ser en la investigación del Derecho, que debe centrarse en el primer aspecto, sin entrar en valoraciones, las cuales pueden tan solo marcar los objetivos de la investigación. 5) El rechazo de los conceptos jurídicos de las ciencias jurídicas tradicionales, porque estos no sirven para describir lo que hace la gente y los tribunales. 6) El escepticismo sobre la influencia de las normas en las decisiones judiciales. 7) La conveniencia de agrupamiento de los supuestos y situaciones legales en categorías limitadas. 8) La necesidad de fijarse en la eficacia y efectos del Derecho y 9) El estudio de todos los problemas del Derecho desde el programa anteriormente desarrollado<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> De la misma forma pero con diferentes palabras se puede

Indica este pensador en su obra *A realistic jurisprudence* que el Derecho tiene plurales facetas, comparándolo con la vida misma, propone un cambio de rumbo, sortear a las tradicionales normas, en que se había fijado exclusivamente la ciencia jurídica tradicional y mirar a la práctica jurídica, a la práctica que la gente y lo que los jueces hacen de las normas. En este contexto apunta dos clases de normas: las normas de papel, como prefiere llamarlas siguiendo alguno precedente de HOLMES<sup>129</sup> y POUND, que son las tradicionales normas de la legislación, las que se encuentran tanto en los textos jurídicos positivos como en la doctrina jurídica y las normas efectivas, que se caracterizan por ser: 1) Practicadas y aplicadas 2) Descriptivas; en tanto las normas de papel eran normas predictivas y prescriptivas. Estas pueden recibir diversos tratamientos de la normas efectivas; ser recep-

---

consultar la obra *el Derecho y la Justicia* en donde el profesor Liborio Hierro indica que existen nueve puntos de partidas comunes en el realismo jurídico, a página 79 de la compilación realizada por Ernesto Garzón Valdés y Francisco La Porra.

129 Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, era lo que este pensador entendía por el Derecho, este pensamiento fue lo que dio lugar a la jurisprudencia sociológica, encabezada por Roscoe Pound y Benjamín N. Cardozo.

nadas completamente, o en parte, o simplemente marginadas.

### **El Realismo Jurídico Escandinavo**

En relación con la norma jurídica los realistas norteeuropeos son en general menos radicales que sus compañeros de viaje americanos, pues tratan de definir el Derecho en términos de práctica social, pero sin olvidar, o mejor, incorporando a dicha práctica a la norma jurídica como esquema de interpretación y calificación de la misma. La validez del Derecho, es decir, su existencia como tal, dependerá de la interdependencia de la norma (enunciado) y de su observación social al ser considerada vinculante por sus destinatarios.

En el realismo escandinavo sobresalen las obras de OLIVECRONA y ROSS.

Karl Olivecrona: este pensador indica que la validez jurídica no depende de valores (*jus naturalismo*), ni de formalidades jurídicas (*kelsenismo*). La validez no es tampoco un concepto jurídico que pueda ser descrito por la ciencia jurídica. La validez del Derecho, y por tanto de la norma, lo que hace que

exista es la práctica social. Las normas son válidas porque se aplican por la sociedad que las considera obligatorias.

### ***Alf Ross***

Discípulo de Hans Kelsen.

Dice que el Derecho es comparable a las reglas del juego de ajedrez. Explica así:

Tales reglas exigen su conocimiento y practica por los jugadores y además, que se sientan realmente vinculados por las mismas; práctica y sentimiento de vínculo social son los dos elementos que explican la validez del juego de ajedrez “el concepto de validez en el juego –asegura ROSS– implica dos elementos, uno se refiere a la real efectividad de la regla que puede ser establecida mediante la observación externa. El otro se refiere a la forma en la que una regla es sentida como motivo de la propia acción, es decir, como socialmente vinculantes.

Distingue, ALF ROSS entre la regla vinculante del juego de ajedrez y el fenómeno o experiencia del ajedrez a través de los movimientos de piezas por los jugadores; ambos elementos, regla y fenóme-

no, están unidos y se reclaman; los movimientos de las piezas adquieren sentido a través de la ejecución de las reglas; las reglas tienen validez cuando se aplican por los jugadores. Por lo tanto, las reglas valen como esquemas de interpretación de lo que harán los jugadores, que convierten sus movimientos en un todo coherente y comprensible.

El Derecho es un conjunto de reglas (las normas) y fenómeno (la práctica jurídica). El Derecho puede ser considerado constituido en parte, por fenómenos jurídicos y, en parte por normas jurídicas en recíproca relación, el Derecho es producto de la interpretación de ambos elementos. La norma adquiere la juridicidad en el momento en que es aplicada, en que se convierte en práctica social, y los hechos se hacen jurídicos siempre que son interpretados –calificados por una norma. Una norma sin aplicación es un mero enunciado; un hecho sin norma que lo califique es un mero hecho natural.

Ahora bien, la validez del Derecho depende más concretamente de la práctica real de las normas y del sentimiento obligatorio de la misma por sus actores.

Son los jueces quienes aplican y convierten a las normas (esquemas de interpretación y calificación) en normas válidas. La validez o existencia de las normas depende de que su contenido abstracto sea aplicado por los jueces en sus decisiones, sintiéndose obligados a ellos<sup>130</sup>.

## ESCUELA NEOCONSTITUCIONAL

Luego de la Segunda Guerra Mundial, segunda mitad del siglo xx, aparece una gran preocupación porque no aparezcan dictadores como Hitler, Mussolini, etc. que, sin control alguno actúen sobre una sociedad en nombre del Derecho y logren la destrucción con visos de legitimidad y apoyados en su Derecho.

Aparece entonces, la preocupación por un control constitucional y la existencia de tribunales constitucionales que garanticen un ordenamiento jurídico, y el cumplimiento de los Derechos de las personas, lo cual produjo una constitucionalización<sup>131</sup> del

---

130 En todo caso en la obra *Sociología jurídica* de Ramón Soriano, sobre la que nos apoyamos, se encuentran conceptos sobre esta escuela del pensamiento jurídico que pueden ampliar los aquí anotados.

131 Expresión polémica hasta el punto que lleva al profesor Javier Tamayo Jaramillo a expresar, que la constitucionaliza-

Derecho, es decir que todas las formas que asume el Derecho se constitucionalizaran.

Esta teoría constitucional surge como precedentemente se anotó, después de la segunda guerra mundial, con las Constitución italiana de 1947, la alemana de 1949, la portuguesa en 1976, la española de 1978, la brasilera de 1988 y la colombiana de 1991. Todas estas Constituciones tienen algo en común, la forma de organización del poder, unos principios y valores. En este sentido, la Constitución no es solo la organización y funcionamiento del Estado, sino el reconocimiento y apertura de Derechos a la dignidad, igualdad material y no formal, libertad y un Estado social con contenido sustancial.

El profesor Luis Prieto Sanchís, en su obra *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, publicada en

---

ción del Derecho consiste en que las normas inferiores del sistema jurídico no pueden ser restricciones axiológicas excesivas de Derechos o principios constitucionales. La simple contradicción lingüística entre Ley y Constitución no genera inconstitucionalidad. En consecuencia el juez no puede, so pretexto de que el Derecho está constitucionalizado, desconocer impunemente una norma legal o administrativa por el solo hecho de que aisladamente un principio constitucional establece lo contrario. La constitucionalidad depende de una interpretación contextual de todos los principios y Derechos constitucionales vigentes (Del periódico, ámbito jurídico, Legis, No 465 del 8 al 21 de mayo de 2017.

el anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, indica que el neoconstitucionalismo implica un Estado neoconstitucional fundamentado en cierto tipo de estado de Derecho, se establece una teoría del Derecho y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada. En cuanto al estado de Derecho, indica que es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales, la tradición norteamericana originaria, que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política y, la de la Revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado. En cuanto a la ideología que defiende una fórmula política designada, este profesor señala, que puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el estado constitucional de Derecho presenta la mejor o más justa forma de organización política y es un modelo óptimo de Derecho. Como teoría del Derecho, implica una profunda revisión a las fuentes del Derecho, implica una nueva interpretación y aplicación del Derecho por los jueces, por cuanto este, no solo acude a la ley, sino que surge la necesidad de la ponderación, la prevalencia de un principio sobre otro frente al caso específico.



Implica la confrontación de principios. La Constitución pasa a ser una norma directiva fundamental.

Según Guastini, las principales condiciones de constitucionalización son:

1. La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los Derechos fundamentales.
2. La garantía jurisdiccional de la constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas).
4. La sobreinterpretación de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
6. La interpretación adecuadora de las leyes.
7. La influencia de la Constitución sobre el debate político<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Cita extraída de la obra de los profesores Miguel Carbonelly

No debe confundirse el neo constitucionalismo con el constitucionalismo, esta última busca la limitación del poder y la defensa de los Derechos subjetivos de las personas, especialmente aquellos que se reconocen como fundamentales, el neoconstitucionalismo por el contrario se presenta al igual que la positivista como una teoría, con su propia ideología y metodología. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de Derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no solo de reglas y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto de la interpretación y de la aplicación de la ley<sup>133</sup>.

---

133 Leonardo García Jaramillo, de su obra “El canonero constitucional”, ediciones Universidad Externado de Colombia, p.175.  
CARBONELL, Miguel. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *EL canon constitucion*. Editores Universidad Externado de Colombia, página 177...



Unidad 3

EL DERECHO COMO  
CIENCIA

---



Algunos consideran que el Derecho es una ciencia y otros que es una disciplina.

Para quienes argumenta que es una ciencia, consideran que el Derecho tiene su propio objeto específico, cual es, además de las regulación de las relaciones sociales mediante normas obligatorias vigentes, el conjunto de elementos objetivos que conforman las fuentes materiales o reales, cuyo basamento científico es suministrado por las Ciencias positivas que estudian, fundamentalmente, las posibilidades del hombre en el mundo que le tocó poblar, es decir, las Ciencias Sociales (sociología, antropología, arquitectura, geografía, sociología etc.). En sentido estricto la ciencia del Derecho tiene como objeto el estudio de las fuentes reales.

Es ciencia, porque el Derecho es un conjunto de conocimientos críticos y teóricos sistemáticamente organizados de acuerdo con pautas objetivas, que hacen parte del saber humano. Tiene un Método para medir, registrar y analizar los fenómenos jurídicos. Es un método científico-filosófico. Si se trata de fenómenos singulares de la realidad jurídica a fin de averiguar las leyes generales que lo rigen, se utiliza el método científico (observación, experi-

mentación, verificación, inducción), pero cuando el acopio de datos es insuficiente que impide una adecuada generalización, se hace indispensable una serie de reflexión sobre ellos, a fin de ubicarlos dentro de un posible marco hipotético, recurriendo para ello al método filosófico (deducción principalmente). Se dice entonces, que el método es mixto, cuando existen suficientes datos sobre el fenómeno jurídico; para determinar leyes generales se recurre al método científico que lo proporciona la sociología cual es la observación, la experimentación, la verificación, y la inducción, en tanto como el Derecho es complejo pueden resultar pocos datos sobre el fenómeno jurídico a estudiar, por lo que se tiene que recurrir al establecimiento de hipótesis generadas a través del método filosófico que nos ayuda a pensar y a encauzar el fenómeno que se tiene hacia leyes generales y allí, el método será el deductivo. Se trata de un método mixto, cuando postulando un determinismo social, tratamos de averiguar la existencia de leyes constante y universales que rigen los hechos y los fenómenos de la realidad jurídica, se tratará el método científico, propio de las ciencias sociales, que no es otro que el método comparativo de la sociología; en tanto, cuando ante la insuficien-

cia de los datos reales no es preciso reflexionar sobre lo que sabemos para formular una teoría, o sobre los resultados obtenidos por el espíritu al aplicar a aquellos datos o hechos la observación y la experimentación procediendo entonces al análisis y a la crítica racional, para deducir consecuencias hipotéticas, será el caso de apelar al método filosófico.

Indudablemente que el gran aporte de Hans Kelsen al Derecho es el de determinar su carácter de Ciencia en su obra *Teoría general del Derecho y del Estado*, la cual constituye su versión integral y definitiva del pensamiento Kelseniano. Kelsen reformula su teoría, una vez su llegada a los Estados Unidos en 1945, cuando hace dicha reformulación; considerando el sistema de justicia imperante en dicho país, el *Common Law*, cuya principal fuente creadora es la labor de los tribunales de justicia.

Indica Kelsen, que la ciencia del Derecho tiene por exclusiva misión el conocer y describir su objeto con exactitud y objetividad, al modo como los fines de la ciencia física son el conocimiento y la descripción de los fenómenos físicos y de sus leyes, la ciencia jurídica tiene por fines el conocimiento y



la descripción de los fenómenos jurídicos y de las leyes que la rigen<sup>134</sup>.

En su obra la *Teoría pura del Derecho*, Kelsen, posibilita el surgimiento del Derecho como Ciencia: deslinda la dualidad entre el ser y el deber ser, es decir, entre el reino de los fenómenos naturales y el reino de la idealidad normativa, de los valores. El Derecho como conjunto de normas, pertenece al reino del deber ser, y la ciencia del Derecho es, por consiguiente una ciencia normativa, cuya finalidad es provocar la conducta socialmente deseable, utilizando la técnica de la coacción, su objetivo, es precisamente, establecer cómo debe ser el Derecho, cuál debe ser su contenido. En consecuencia la ciencia del Derecho ha quedado caracterizada así: 1) Es una ciencia normativa cuyo único objeto es el Derecho. Para ella no existen otros hechos naturales que aquellos con significación jurídica, esto es, aquellos incorporados a una norma como contenidos, y transformados, por consiguiente, en Derecho; 2) Es una ciencia del Derecho positivo, lo que excluye del ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales no tienen nada de ju-

rídico; 3) Como consecuencia de las características mismas del Derecho, la ciencia jurídica es una ciencia formal cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del Derecho y de las conexiones esenciales entre ellas. 4) El Derecho es una Ciencia esencialmente lógica, y como tal, persigue estructurar su objeto en un sistema unitario libre de contradicciones.

En todo caso la ciencia del Derecho debe integrar todas las normas que constituyen el Derecho en un sistema, en un orden, para lo cual se debe responder ¿Cuál es el fundamento de la unidad del orden jurídico? ¿A qué se debe que una norma pertenece a dicho orden, y sea jurídica y no de otra índole? La respuesta kelseniana es, las normas constituyen un orden cuando la validez de todas ellas deriva de la misma norma fundamental, en razón de que la característica esencial del Derecho es la de regular su propia creación. La sucesión de normas jurídicas se dictan con fundamento en una anterior que la respalda, el problema filosófico que surge es ¿Dónde encuentra respaldo la primera Constitución? La respuesta kelseniana indica que la validez de la Constitución no proviene de otra norma jurídica positiva, sino de una norma hipotética, que no es establecida

por el legislador, sino supuesta por el jurista, con el fin de fundamentar la unidad del objeto de la ciencia jurídica. Tal es el caso de la norma fundamental, que se limita a establecer una autoridad legislativa superior, el profesor Carlos Cossio lo formula en los siguientes términos "(...) Todo el Derecho positivo toma su validez de la norma fundamental, "obedece al legislador ordinario", sea directamente, sea indirectamente en el escalonamiento de las normas subordinadas". Llegado el conocimiento jurídico a la norma fundamental hipotética, no puede seguir adelante. Con su formulación ha cerrado el ámbito de la validez normativa; no puede preguntarse por la derivación de su validez porque se trata de un supuesto, de una hipótesis<sup>135</sup>. En conclusión, la validez del Derecho es, para la creación de Kelsen en su *Teoría pura del Derecho* simplemente hipotética<sup>136</sup>,

---

135 Así lo consigna el profesor Máximo Pacheco, en su pluricitada y obligatoria obra de consulta para mis estudiantes de Derecho, *Teoría del Derecho* a página 766.

136 Al Ross en su obra lógica de las normas, transcribe las palabras de Hans Kelsen proferidas en 1963 en el simposio de Salzburgo y que generó confusiones entre seguidores y contradictores "En obras posteriores he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir sosteniendo esa doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no es fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La

relativa y depende de la aceptación de la norma fundamental supuesta por la ciencia jurídica.

Como se aprecia de la teoría kelseniana, se estructuran los elementos del Derecho como una Ciencia, tal es así: a). Corresponde a un sistema de conocimiento que obedecen a un orden; b). Tiene un objeto de conocimiento, el Derecho en sí mismo; c). Tiene un método de conocimiento, el filosófico. Se aprecia a simple vista, que no aparece las fuentes materiales, ni el método científico porque Kelsen precisamente, postula su pureza metódica eliminando del método de conocimiento jurídico aquellas desviaciones ajenas a su naturaleza, diferenciando la ciencia del Derecho de la sociología, por las leyes causales de esta, en tanto que el Derecho, su objetivo es precisamente, establecer como debe ser el Derecho, cuál debe ser su contenido y, el

---

he abandonado al comprobar que una norma debe ser (*sollen*) el correlato una voluntad (*wollen*). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de volición, que realmente existe "Estas confusiones se presentan por que la teoría pura de Hans Kelsen busca encontrar en sus propias construcciones racionales el fundamento para explicar fenómenos de la vida real. La explicación de la norma hipotética desconoce que la ley es producto del desarrollo histórico de los pueblos y de la lucha de clases que contribuyen a la aparición de las constituciones, como reflejo de la realidad centrada en esa lucha de clases que propulsa ese orden constitucional".

hecho es relevante para el Derecho en la medida que la norma jurídica lo contenga.

Otros pensadores como Kirchmann, indica que el Derecho no es una Ciencia, pues su objeto, que es el Derecho positivo, es efímero y cambiante según tiempo y lugar, cuando el objeto de una Ciencia se caracteriza por su inmutabilidad, por su permanencia, inmovilidad temporal y espacial. Que mientras el objeto de las ciencias es ajeno a cualquier estado de ánimo, el Derecho está impregnado de sentimientos, emotividad; el Derecho es obra generalmente caprichosa, arbitraria y parcializada del legislador<sup>137</sup>. Gimbernat, en una reciente-vieja obra, concluye, después de analizar, las tesis positivistas, neokantianas, finalistas y tópicas, y realizar un estudio de la metodología penal, que “la ciencia del Derecho solo será Ciencia si llega al conocimiento de la verdad en el sector de la realidad que constituye su objeto, esto es, si llega a determinar lo que verdaderamente rige en base al orden jurídico”<sup>138</sup>. El Derecho, al no ser una Ciencia exacta, no se le puede exigir que sea reflejo exacto de la realidad, ya

---

<sup>137</sup> Así se consigna en la obra del profesor Augusto González Ramírez, *Introducción al Derecho* a página 11 donde hace alusión al profesor alemán, H.J. Von Kirchmann.

<sup>138</sup> LATORRE LATORRE, Virgilio. *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 página 16.

que como lo sostiene Eugen Erlich, es imposible que la fórmula de la ley absorba toda la realidad social, es como pretender depositar las aguas de un río en un estanque. El Derecho es una ciencia, porque es un sistema de conocimientos ordenados, tiene un método de conocimiento como quedó anotado y además un objeto de conocimiento de la realidad, cuales son las fuentes materiales y la forma que asume el Derecho, es decir, sus fuentes formales.

## **RELACIÓN DEL DERECHO CON OTRAS CIENCIAS**

El Derecho es una ciencia típicamente cultural que pertenece a las Ciencias Sociales, está íntimamente relacionado con las otras Ciencias. El Derecho no puede estudiarse de manera independiente de otras Ciencias, como la Economía, la Sociología, la Psicología, la Historia. En la medida que el Derecho consulte a estas Ciencias para legislar, la ley será más respetada y justa para los miembros de un grupo social.

### **Derecho y la moral**

Derecho, es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social

implica condecorar con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente<sup>139</sup>.

El profesor Santiago Nino, afirma: Conviene mencionar alguna de las tesis más comunes que sostienen que hay una conexión o asociación importante entre Derecho y la moral:

- a. Las normas de todo sistema jurídico reflejan de hecho los valores y aspiraciones morales de la comunidad en la cual rigen o de los grupos de poder que participan directa o indirectamente en los dictados de tales normas.
- b. Las normas de un sistema jurídico deben ajustarse a ciertos principios morales y de justicia que son universalmente válidos, con independencia de que ellos sean aceptados o no por la sociedad en que tales normas se aplican.
- c. Las normas de un sistema jurídico deben reconocer y hacer efectivas las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera que sea la validez de

---

<sup>139</sup> CARLOS SANTIAGO, Nino. *Introducción al análisis del Derecho*, p.16.

tales pautas desde el punto de vista de una moral crítica o ideal.

- d. No es posible formular una distinción conceptual tajante entre las normas jurídicas y las normas morales vigentes en una sociedad.
- e. Los jueces aplican de hecho en sus decisiones no solo normas jurídicas sino también normas y principio morales.
- f. Los jueces deben recurrir a normas y principios morales para resolver cuestiones que no están claramente resueltas por las normas jurídicas.
- g. Los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradicen radicalmente los principios morales o de justicia fundamentales.
- h. Si una regla constituye una norma de un sistema jurídico ella tiene fuerza obligatoria moral, cualquiera que sea su origen y contenido, y debe ser aplicada por los jueces y obedecidas por la gente.
- i. La ciencia jurídica debe encarar la tarea de formular principios de justicia aplicables a distintas situaciones jurídicamente relevantes y evaluar



hasta qué punto las normas jurídicas vigentes satisfacen tales principios y pueden ser interpretadas de modo de conformarse a sus exigencias.

- j. Para identificar a un sistema normativo como un orden jurídico o a una regla como una norma jurídica no basta verificar que el sistema o la regla en cuestión satisfacen ciertas condiciones fácticas, sino que debe determinarse además su adecuación a principios morales y de justicia; un sistema o una regla que no se adecuen a tales principios no pueden ser calificados de jurídicos.

Desde luego, la vieja polémica entre el *iusnaturalismo* y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre Derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría, que mientras el *iusnaturalismo* sostiene que hay una conexión intrínseca entre Derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión.

La moral se ha definido como la ciencia del bien y el mal. Durkheim dice que la moral es la ciencia de las costumbres.

La similitud con el Derecho es que ambas son productos de la sociedad, ambas son disciplinas del deber ser, ciencias normativas, que señalan reglas de conductas a los individuos que viven en sociedad, que buscan una línea de comportamiento en el hombre.

Ambas ciencias son independientes y tienen su contenido propio, el Derecho regula la conducta externa del hombre, la moral regula el fuero interno del hombre. El Derecho regula las relaciones externas del hombre (heteronomía), la moral rige la intimidad de sus vidas (autonomía)<sup>140</sup>.

El Derecho, expresa Gustav Radbruch, no toma nunca en cuenta la conducta interior del hombre en gracia a ella misma, sino solo por las consecuencias

---

<sup>140</sup> En este sentido el pensador Rudolf Stamler, en su obra, *La génesis del Derecho*, indica a página 26, lo siguiente: “La palabra moral puede aparecer primeramente como contrapropuesta al concepto del Derecho. Así entendido, moral y Derecho siguen caminos divergentes, teniendo aquélla y éste su propia y peculiar misión. Pero ¿Dónde está, en este sentido, la línea divisoria que separa los conceptos de estas dos categorías de normas, las jurídicas y las éticas? El criterio distintivo solo puede estar, evidentemente, en que la primera de esta dos clases de normas rige la conducta exterior de los hombres en sus relaciones mutuas, mientras que las normas del otro grupo se refieren a la vida interior de cada individuo, a su propio espíritu, al mundo de sus deseos y afanes”.

externas<sup>141</sup> que puede acarrear, en tanto que la moral solo valora la conducta externa del hombre como expresión de sus intenciones, de su vida interior.

La violación del Derecho positivo implica una sanción, en tanto que violar una norma moral tiene como sanción solo el remordimiento de la conciencia o la reprobación del grupo.

Ejemplos: la moral sanciona “no desearás la mujer del prójimo. “El Derecho si una persona tiene deseos de robar y no roba no le interesa la parte interior, esa parte interesará al Derecho en la medida que efectivamente robe, sino lo hace, es irrelevante ese deseo para el Derecho.

### ***Formas de relación entre Derecho y moral***

A. La teoría tradicional: algunos consideran que el

---

<sup>141</sup> El profesor Julien Bonnecase en su obra *Introducción al Derecho*, Editorial Temis, p.18, define la regla de Derecho como “ un precepto de conducta exterior, efectivamente impuesto al hombre bajo la presión social de una coacción igualmente exterior, y de parte de una autoridad construida, en vista de la realización de la armonía social, por la conciliación del respeto y de la protección de la personalidad de los individuos con la salvaguardia y la exigencia positivas de los intereses de la colectividad, considerada en sus diversas agrupaciones”.

Derecho hace parte de la moral. Josseran indica: el Derecho no es otra cosa que la moral en la medida que este reviste carácter obligatorio. Es suficiente proveer de sanción positiva a un precepto moral para trocarlo en regla de Derecho.

Se representa esta teoría por dos círculos, el mayor es la moral y el menor dentro del mayor es el Derecho.

Crítica: Esto no es cierto porque hay parte del Derecho que no toca la moral, como es el Derecho procesal, administrativo.

B. La teoría separatista<sup>142</sup> indica que no existe relación entre Derecho y moral, el Derecho se aplica en la manifestación de los actos humanos (regulación externa), la moral se circunscribe al fuero interno del individuo sin más juez que la conciencia (regulación interna).

Se representa esta teoría con dos círculos separados.

Crítica: existen actos que son sancionados por el Derecho y por la moral, ya que tiene ocurrencia en zonas comunes. Ejemplo: el falso testimonio.

---

<sup>142</sup> Dentro de estas situamos a Hans Kelsen.

C. La tercera posición (científica) indica que el Derecho y la moral tienen sus propios terrenos y dominios, sin embargo tienen zonas comunes en que los actos humanos son sancionados tanto por el Derecho como por la moral.

Se representa con dos círculos secantes. Ejemplo: homicidio y falso testimonio son sancionados tanto por el Derecho como por la moral.

### **El Derecho y la Sociología**

La Sociología estudia la sociedad, la agrupación social, los fenómenos sociales, la sociedad en su grupo, en sus relaciones, para con base en la observación decir las leyes generales, en tanto que el Derecho estudia más profundamente la sociedad, para dimanar el deber ser y la sanción correspondiente para mantener un orden social.

No obstante, la relación Derecho-sociedad hace que esta alianza genere la sociología jurídica.

El Derecho es un producto social, es un producto cultural, es un producto del hombre. Es innegable entonces, la relación entre Sociología y Derecho, hasta el punto que no se concibe una sociedad sin

Derecho. Del estudio de la sociedad, de la cual se ocupa la Sociología, depende el Derecho a imponer. De acuerdo a la evolución social así evoluciona el Derecho, por ser este una expresión multicultural.

### **El Derecho y la Economía**

La Economía se puede definir como “la Ciencia que estudia el esfuerzo del hombre para la mejor satisfacción de sus necesidades”.

La Economía estudia “la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

Entre el Derecho y la Economía existen múltiples relaciones, hasta el punto que muchos pensadores subordinan el Derecho a la Economía. De tal manera, que Carlos Marx habla de una estructura y una superestructura con réplicas mutuas. En verdad hay que reconocer la incidencia de la Economía en el Derecho, ejemplo: el sistema UPAC, UVR, los indicadores económicos sirven mucho para que el juez decida en muchos casos, la certificación de la superintendencia financiera y la junta directiva del Banco de la República, etc.

Con la aparición del Derecho económico se reconoce una relación íntima y directa entre Derecho y economía en donde, al principal actor, cual es, el consumidor se le brinda especial protección.

Las normas jurídicas que se crean a las espaldas de la realidad económica del país están llamadas al fracaso. El fracaso del UPAC en Colombia fue evidente.

### **El Derecho y la Psicología**

La Psicología, según Fingermann estudia “los fenómenos o contenidos de conciencia, de sus condiciones y leyes de formación, producción y desarrollo”.

El Derecho tiene mucha relación con la Psicología, debido a que muchas normas jurídicas se fundamentan en el estado de conciencia del hombre, los fenómenos de ira e intenso dolor (El caso del jugador-futbolista Flores del junior de Barranquilla, quien mató a un aficionado por burlarse de él, se alegó por la defensa que actuó bajo el estado de ira

e intenso dolor), el estado de necesidad, legítima defensa, el miedo, el odio.

Si se dictare una norma jurídica sin tener en cuenta la estructura psíquica del hombre, está llamada a no ser aceptada o respetada.

### **El Derecho y la Historia**

Quien no conoce la historia, está condenado a repetirla. El Derecho no es ajeno al proceso histórico. Es necesario saber, cómo ha nacido, evolucionado en el transcurso del tiempo, el progreso obtenido. El Derecho se enriquece de las experiencias que en este campo han obtenido los pueblos y el mismo grupo social, naturalmente, en épocas anteriores.

Muchos fenómenos jurídicos no se pueden entender si no se conoce su origen y evolución.

Muchas veces se recurre al Derecho comparado, la experiencia de otros pueblos en sus legislaciones, lo que algunos llaman “Jurisprudencia etnológica”.



## **El Derecho y otras Ciencias**

No solamente las Ciencias Sociales antes anotadas están en relación con el Derecho, hay otras Ciencias como la Balística, la Química, la Toxicología que tienen gran importancia en el campo criminal.

Muchas Ciencias tienen en sus programas el estudio del Derecho, contaduría, medicina (a propósito de la responsabilidad médica).

Unidad 4

**CLASIFICACIÓN DEL  
DERECHO**

---



La división del todo por sus partes es de notable utilidad en la adquisición y ordenación del conocimiento. Si queremos tener un conocimiento ordenado, sistemático y lo más exacto posible del Derecho debemos clasificarlo, ordenarlo por grupo, estudiarlo por partes.

Desde el punto de vista de las relaciones que regula, el Derecho se puede dividir en: Derecho Sustantivo y Derecho Adjetivo.

El Derecho sustantivo se clasifica a su vez en: Derecho público, Derecho social y Derecho privado.

Esta es una clasificación tradicional que aunque cuestionada, por cuanto existen controversias sobre la ubicación del Derecho y además, por las apariciones de nuevas ramas del Derecho que no encuentran ubicación en esta clasificación. No obstante, se aborda con la advertencia que el Derecho y su clasificación se renueva y se cuestionan conforme al avance del Estado, de las relaciones que se tejen en la comunidad social cada vez más complejas.

Por otro lado, y con respecto al criterio romano, de la *utilitas* se ha manifestado que estas relaciones son

de complejidad siempre creciente; las instituciones que tienden a fijarlas pertenecen a dos grandes categorías, netamente definidas, según estén orientada hacia los intereses públicos, o hacia los intereses privados; en la primera eventualidad, forman parte integrante del Derecho público, el cual decía Ulpiano, “*ad statum rei romanae spectat*”; en el segundo caso, pertenecen al Derecho privado, el cual, según el mismo jurisconsulto, “*ad singulorum utilitatem pertinet*”, así se produce una primera ramificación, la más esencial, la más antigua; aquí, la reglamentación de los actos que están marcados con el cuño del poder público, allí, la de los actos que se realizan por los particulares y en función de intereses privados<sup>143</sup>.

Desde luego que esta división que miraba el interés o utilidad general, era Derecho público, y privado, el que se refería a la utilidad privada se ha criticado, pues, ante todo, es imposible separar en forma absoluta, siquiera aproximada, el interés público del privado; además, dicha separación no existió en el mismo sistema de los romanos<sup>144</sup>.

---

143 JOSSELAND, Luis Teoría general del Derecho. Ediciones Leyer. Bogotá 2008, página 21

144 Así lo expresa el maestro Arturo Valencia Zea, invocando

Como de mucha utilidad para el lector, merece atención lo expresado por el profesor Ricardo Luis Lorenzetti, quien denuncia en torno a esta clasificación una era del orden anclado en el pasado y una era del desorden surgida con ocasión del avance del reconocimientos de Derechos y del papel de los tribunales en la interpretación y aplicación de la ley: Hubo una era del orden, en la que el ámbito del Derecho público estaba perfectamente diferenciado del que incumbía al Derecho privado, de modo tal que se pudo desarrollar una dogmática basada en las esferas independientes; las fuentes eran autónomas y únicas: el Derecho público estaba tratado en la Constitución y el Derecho privado en los códigos civil y comercial; las esferas contenían presupuestos claros, principios autónomos, y autosuficiencia, de modo que no se necesitaban recíprocamente. En la actualidad existe evidencia suficiente de un cierto desorden en la frontera entre ambas, la que se ha tornado móvil, en algunos casos confusos, y en numerosos supuestos atravesada por problemas y principios que establecen un nuevo sistema de comunicación entre lo público y lo privado. La razón fundamental para que ello ocurra reside en que hubo cambios en los presupuestos que dieron

---

de De Ruggiero Derecho civil Parte general y personas 14 edición, página 18.

origen a la separación entre Derecho público y privado, lo cual puede constatarse mediante una brevísima descripción:

“imperium” e igualdad: un elemento esencial se basa en que el Estado es fuerte, está dotado de imperio; sus decisiones son inatacables; en cambio en el Derecho privado hay dos sujetos en paridad que tienen relaciones horizontales. Sin embargo, actualmente nadie niega que en el plano privado hay desigualdades entre los individuos, tal vez mucho más relevantes que las que antes existieron respecto del Estado. Por ello es que aparece cada vez con más fuerza la norma imperativa en el Derecho privado, que se impone a los particulares en asuntos sensibles al interés público. En el campo de la actividad pública internacional, encontramos a un Estado que en muchos casos actúa en paridad o inferioridad respecto de otros sujetos, principalmente en la economía globalizada. En los asuntos internos, el estado aparece como un mediador entre intereses sectoriales contrapuestos y las soluciones que dispone no son imperio, sino por consenso.

Ley y contrato: otro elemento identifica a la ley como característica del ámbito público y al contrato

como propio del ámbito privado. Sin embargo, las decisiones públicas surgen de negociaciones que se parecen en mucho a un contrato, y son analizadas con criterios de base contractualista. Lo inverso ocurre en el orden privado, en el que se observa un incremento de la regulación heterónoma de conductas con base en el orden público.

Justicia distributiva y conmutativa: ha sido tradicional considerar que en el ámbito público rige la justicia distributiva, para el reparto de honores y gravámenes, dando a cada uno lo que le corresponde, según situaciones objetivas como el mérito o el trabajo, mientras que en el Derecho privado rige la justicia conmutativa, que regula el intercambio, y que busca que el valor de las cosas intercambiadas sea equivalente. Sin embargo, se puede reconocer que en el Derecho privado comienza a percibirse el efecto distributivo de las normas jurídicas y cómo ello gravita en las decisiones. En el *corpus Iuris (digesto I, I, 1,2)* se define el Derecho privado como *quod ad singular utilitatem*, como lo que atañe a la utilidad del individuo. Hoy no es posible pensar que el único criterio del que se vale el Derecho privado es la utilidad del individuo.



Fuentes autónomas: otro elemento distintivo ha sido la autonomía de fuentes. En el Derecho público predomina la Constitución, mientras que en el privado rigen los Códigos civiles y Comerciales. El Derecho privado está tratado en la constitución y el movimiento de Derechos humanos ha influido notablemente para que la relación sea muy estrecha: la mayoría de los casos se solucionan con referencia constitucional. El Derecho público ha incorporado elementos *iusprivatistas*, como ocurre con los servicios públicos ofrecidos a los consumidores, los contratos administrativos, la tipificación de delitos económicos, etc.

Este fenómeno conlleva un pluralismo de fuentes muy complejo, en el que se relacionan las fuentes tradicionales del Derecho público con las del privado<sup>145</sup>.

En consecuencia el criterio de clasificación más generalizado y aceptado, es el de la relación jurídica, de donde entonces, pertenece al Derecho público las normas que crean una relación jurídica entre

---

<sup>145</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos del Derecho y razonamiento judicial*. Pontificia Universidad Javeriana facultad de ciencias jurídicas, Ibáñez, Idpl, colección internacional # 26. Bogotá Colombia 2011 1ª edición, páginas 75,76,77.

personas de Derecho público, y al Derecho privado las que establecen una relación jurídica<sup>146</sup> entre personas de Derecho privado, sin perder de vista las severas críticas antes expuestas por el profesor Lorenzetti frente a un mundo totalmente globalizado.

Con el avance del Derecho se agrega un Derecho social, que está relacionado con el trabajo humano y su relación con grupos sociales.

## DERECHO SUSTANTIVO

Se refiere de un modo directo a las personas (naturales y jurídicas) fundamentalmente, en cuanto a que estas son sujeto de Derechos y obligaciones (artículo 14, Constitución Política). Especialmente se refiere al Estado (condiciones de existencia, rela-

---

<sup>146</sup> El profesor Arthur Kaufmann afirma en su libro *Filosofía del Derecho*, a página 214: “existen relaciones jurídicas de Derecho público, de Derecho privado y de Derecho social y, de acuerdo con esto, también esas tres clases de Derechos subjetivos. En relación con la prelaciente teoría del imperio, el Derecho público se caracteriza por la superposición del Estado u otras entidades estatales con respecto a las personas privadas (Derecho de subordinación; por ejemplo el Derecho penal, Derecho estatal, Derecho procesal). Mientras que el Derecho privado tiene que ver con las relaciones jurídicas entre personas colocadas en una misma posición (Derecho de coordinación) el Derecho social asume una posición especial entre ambos.

ciones con otros estados y relaciones con los miembros que lo componen), a la sociedad (relaciones de los individuos con los diferentes grupos sociales, organización del trabajo humano, seguridad social, etc.) y a las personas particulares (relaciones de los individuos privados entre sí, de la familia, relaciones con las cosas, etc.). El objeto del Derecho es, la disciplina social, la reglamentación obligatoria de las relaciones sociales.

Tres grupos comprenden el Derecho sustantivo:

### **Derecho Público**

El Derecho público comprende el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la organización y actividad del Estado, la relación entre los diferentes Estados y la existente entre el Estado y los miembros que la componen (gobernante y súbditos).

Es de recordar que los elementos del Estado son: el territorio, la población (gobernantes y gobernados) y el poder autárquico. Para otros el Estado es la nación organizada.

El Derecho público a su vez comprende las siguientes clases:

### ***Derecho Constitucional***

algunos lo denominan político, se refiere a las normas jurídicas que reglamentan la organización y funcionamiento del Estado, es decir, los elementos fundamentales de la vida política. La Constitución Política es la principal fuente de esta clase de Derecho. La Constitución Política, en fin regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, señala los Derechos y obligaciones de los habitantes y reglamenta el ejercicio del poder y la conducta de las personas que desempeñan el gobierno. El Derecho constitucional comprende dentro de su campo de estudio, el análisis de la teoría del Estado y de la teoría de la Constitución, así como el examen de las instituciones políticas<sup>147</sup>.

Conforme al artículo 374 la Constitución Política puede ser reformada por una asamblea constitu-

---

<sup>147</sup> NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, página 16. Editorial Temis, Bogotá Colombia 2010.

yente, o por el pueblo mediante referendo, léase los artículos 375, 376.

### ***Derecho Administrativo***

El Derecho administrativo trata de los principios y normas que regulan las relaciones del Estado con los individuos que lo componen. Esta clase de Derecho se refiere a la parte dinámica de los diferentes órganos que constituyen el Estado y hace relación a su función administrativa o sea la prestación de servicios públicos. El Derecho administrativo estudia la manera como deben satisfacerse las necesidades colectiva por la prestación adecuada de los servicios públicos. En un sentido amplio se llama administración, la actividad desplegada y a los órganos para su ejecución.

Se diferencia del Derecho constitucional en que a este concierne la estructura misma del Estado, la organización y la relación de los poderes público y los Derechos fundamentales de los individuos. El administrativo se ocupa solamente de los servicios que constituyen la administración. El Derecho constitucional es la gran maquinaria estatal, y el Derecho administrativo estudia los movimientos

de esa gran máquina. De igual forma, se afirma que el Derecho constitucional estudia lo que el Estado es y que el administrativo, lo que el Estado hace. El Derecho administrativo es, de acuerdo con la definición de Sayagués Laso, la parte del Derecho público que regula las estructuras y funcionamiento de la administración y ejercicio de la función administrativa<sup>148</sup>. Por su parte José Roberto Dromi señala: es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello podemos decir que el Derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo<sup>149</sup>.

### ***Derecho Penal***

Esta rama del Derecho público, llamada también Derecho criminal, señala qué actos constituyen delito y cuáles son las penas correspondientes. El código penal es la ley 599 del 24 de julio de 2000.

#### *Nociones basicas en el Derecho Penal:*

---

<sup>148</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo*. Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1953, página 21.

<sup>149</sup> DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*, t.I, Buenos Aires, Edit .Astrea, 1992, página 46.

El Derecho penal, es la rama del ordenamiento jurídico-estatal que se caracteriza porque la consecuencia derivada de la violación de sus normas jurídicas es la pena.

Una norma penal, es un mandato imperativo dirigido a la comunidad social para su conocimiento, de los tipos de acción u omisión<sup>150</sup> y con la amenaza de sanción en caso de incumplimiento.

Todo hecho punible origina acción penal. La titularidad de la acción penal corresponde al Estado y se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación<sup>151</sup> en la etapa investigativa, y por los jueces competentes durante la etapa de desarrollo del proceso penal.

En el código penal existen unas normas rectoras como: a) La legalidad<sup>152</sup>, es decir que la conducta penal que se reprocha debe estar prevista en el código penal. b) Que se dé el delito o la conducta

---

150 Artículo 25 del código penal colombiano.

151 El artículo 66 del código de procedimiento penal señala que la Fiscalía General de la Nación está obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan la categoría de delito.

152 Artículo 6 del código penal colombiano.

punible<sup>153</sup>. c) Que esté descrita inequívocamente esa conducta penal (tipicidad<sup>154</sup>). d) La antijuridicidad, es decir, que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, un bien jurídicamente tutelado<sup>155</sup>. e) Que exista la culpabilidad por quien es investigado<sup>156</sup>. f) Que de acuerdo con las circunstancias del caso penal se aplique el principio de favorabilidad<sup>157</sup>. g) La ley penal se aplica bajo el principio de la igualdad<sup>158</sup>. h) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho<sup>159</sup>. i) La ignorancia de la ley no sirve de excusa<sup>160</sup>. j) Nadie puede ser juzgado por un juez que se instituya con posterioridad a la conducta delictiva cometida<sup>161</sup>. k) La pena debe cumplir las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado<sup>162</sup>.

---

153 Artículo 25 del código penal colombiano.

154 Artículo 10 del código penal colombiano.

155 Artículo 11 del código penal colombiano.

156 Artículo 12 del código penal colombiano.

157 Artículo 6 del código penal colombiano.

158 Artículo 7 del código penal colombiano.

159 Artículo 8 del código penal colombiano.

160 Artículo 9 del Código Civil colombiano, consúltese Sentencia c-651 de diciembre de 1997 de la Corte Constitucional que declaró exequible esta norma.

161 Artículo 6 del código penal colombiano.

162 Artículo 4 del código penal colombiano.



En el código penal se equipara el delito a conducta punible<sup>163</sup>, este es el comportamiento humano que contradice una prohibición penal establecida para proteger los bienes jurídicos en protección de la sociedad y de las personas.

Según el artículo 9 del código penal colombiano, para que una conducta sea punible debe ser típica<sup>164</sup>, antijurídica<sup>165</sup> y culpable<sup>166</sup>. Las modalidades de la conducta punible es dolosa<sup>167</sup>, culposa<sup>168</sup> o preterintencional<sup>169</sup>, la culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

La conducta punible se divide en delitos y contravenciones<sup>170</sup>. La diferencia entre delito y contravención radica en que el delito tiene mayor entidad porque contradice gravemente una norma penal que implica convivencia social, ejemplo, el homicidio; en tanto que la contravención equivale a desha-

---

163 Artículo 19 del código penal colombiano.

164 Artículo 10 del código penal colombiano.

165 Artículo 11 del código penal colombiano.

166 Artículo 12 del código penal colombiano.

167 Artículo 22 del código penal colombiano.

168 Artículo 23 del código penal colombiano.

169 Artículo 24 del código penal colombiano.

170 Artículo 19 del código penal colombiano.

cer lo hecho, es una contradicción leve a un ordenamiento penal o administrativo que prohíbe o limita una conducta, su conocimiento corresponde a las autoridades de policía, ejemplo, arrojar basura en vía pública, ruido por encima de los máximos decibeles permitidos.

### ***Derecho Tributario***

El Derecho tributario comprende el conjunto de principios y normas que regulan los gravámenes impositivos (impuestos, tributos) que pesan sobre los habitantes del país para el sostenimiento del estado.

### ***Derecho Aduanero***

Esta rama del Derecho regula los principios y normas jurídicas que regulan la exportación e importación de productos y mercadería en general.

### ***Derecho Internacional Público***

Estudia y reglamenta las relaciones existentes entre los diferentes Estados, pues estos como personas jurídicas de Derecho público, son sujetos de Derechos y obligaciones y como tales, relacionados entre

sí. Ejemplo: los conflictos entre Ecuador, Colombia y Venezuela. Este Derecho no es coactivo pues emana del simple consentimiento de los Estados, ya que no hay un Estado superior a otro. Dentro del tema fuentes formales del Derecho y referido a los tratados internacionales resaltaremos la importancia de estos.

### **Derecho Social**

En una concepción poco restringida, tiene por objeto la regulación de las relaciones existente entre los individuos y los diferentes grupos sociales. Estudia la sociedad y su organización en lo que respecta al trabajo humano y busca que se realice la justicia a la clase trabajadora.

### **Derecho laboral**

Llamado también Derecho del trabajo, se refiere a los principios y normas que regulan las relaciones existentes entre el capital y el trabajo, entre empleados y empleadores.

Mención especial merece el contrato de trabajo, sobre la cual se han dado muchas definiciones. Rafael Caldera, señala: como aquel, mediante el

cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un patrono. Bajo su dependencia y mediante una remuneración. Manuel Alonso García dice: el contrato individual del trabajo es todo acuerdo de voluntades (negocio jurídico bilateral) en virtud del cual una persona se compromete a realizar personalmente una obra o a prestar un servicio por cuenta de otra, a cambio de una remuneración<sup>171</sup>.

De los conceptos anteriores fluyen tres elementos que lo configuran: la actividad personal del trabajador, es decir, la realización en forma directa y personal de la labor contratada por el trabajador; dependencia o subordinación del trabajador, es decir, la imposición de condiciones respecto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, imponer reglamentos; y la remuneración del empleador al empleado, la cual en nuestro medio se llama salario y su pago constituye la principal obligación del empleador para con su empleado.

---

<sup>171</sup> CAMPOS RIVERA, Domingo. *Derecho laboral colombiano*. Editorial Temis 1981, tercera edición, página 130.

### ***Derecho Agrario***

Esta clase de Derecho regula los principios y normas que deben regular y las que reglamentan las relaciones existente entre los propietarios de las tierras aptas para el cultivo agrícola y lo individuos que laboran esas mismas fincas (colonos, aparceros, trabajadores campesinos).

### ***Derecho Locatario***

Se refiere a los principios y normas jurídicas que deben implantarse y las que actualmente están vigentes en las relaciones existentes entre los propietarios de los inmuebles o fincas raíces, especialmente dedicados a habitación, los tenedores de dichos bienes a título de inquilinos o arrendatarios.

### ***Derecho Privado***

El Derecho privado comprende el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos cuando estos actúan particularmente sin revestimiento del poder público oficial.

El Derecho privado se divide en:

## ***Civil***

Conocido como Derecho privado. Comprende el conjunto de principios y reglas que rigen las instituciones de la personalidad, familia, contratos, obligaciones, sucesión, la propiedad, etc. Es el Derecho privado por excelencia. Es un Derecho residual en la medida que conoce de todo lo que no es asignado a los demás.

El principal documento jurídico sobre el cual se erige el Derecho civil, es el Código Civil, el cual comienza con el artículo 1 y termina con el 2545. Los primeros 72 artículos forman el título preliminar, el cual se refiere a cuestiones relativas a efectos e interpretación de la ley, definición de algunas palabras utilizadas frecuentemente en el código.

El resto de articulado del 73 a 2545, se dividen en cuatro libros: 1) De las personas (73 a 652). 2) De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce (653 a 1007). 3) De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos (1008 a 1493). 4) De las obligaciones en general y de los contratos (1494 a 2545).

Esta organización por libros y bajo ese rótulo Andrés Bello la copió de Gayo, solo que Bello divide el libro, las obligaciones y la sucesión por causa de muerte en dos libros más. El Código Civil colombiano es el compendio de muchas culturas que Bello con su formación universal del Derecho introdujo en este cuerpo, sobre el particular se cuestiona Mauricio Tapia ¿pero Andrés Bello quiso realmente que su Código Civil tuviera una circulación internacional? Al respecto pareciera que no se puede dar una respuesta afirmativa categórica. Por una parte, Bello conocía bien los ideales de la escuela racionalista y los propósitos de la ilustración, que conducían a concluir que el Código Civil tributario de la razón universal, estaba llamado a aplicarse a todos los pueblos. Además, Bello apreciaba el Derecho romano que se encontraba integrado en el Derecho español. Este Derecho era un Derecho común a todos los hispanoamericanos (la razón escrita) y quiso conservarlo en el Código Civil, por otra parte don Andrés Bello insistió influenciado... por el pensamiento de Montesquieu y de Portalis, que las leyes están hechas para las costumbres de una nación determinada y que son esencialmente históricas y parcelarias. Existen otras razones de la

circulación internacional del Código Civil de Bello, los países latinoamericanos compartían costumbres y tradiciones provenientes del pasado colonial, el idioma común... la estructura del Código Civil chileno es un plan extraído del Derecho romano que se enseñaba en las universidades latinoamericanas para enseñar Derecho y elaborar obras científicas... que constituían un método fácil para ser asimilado por los jueces en toda América española e incluso portuguesa<sup>172</sup>.

Se ha de observar que en el libro primero se habla de “las personas”, pero no solo se trata de este tema, sino del Derecho de familia.

### ***Nociones fundamentales del Derecho Civil***

#### *Persona y personalidad:*

El estudio de la persona es muy importante para el ordenamiento jurídico y para lograr el fin del Derecho, cual es la satisfacción de los Derechos prometidos por un Estado que se autoproclamó, en virtud de las circunstancias históricas del hombre y

---

<sup>172</sup> Cita tomada de la obra *El solo consensu y la teoría del título y el modo*, de MONJE MAYORCA, Diego, editorial Temis, 2014, página 94.



su propia naturaleza humana de ser egoísta, maximizador y racionalista, en consecuencia es importante para un estado de Derecho determinar quiénes son sujetos de Derechos, y como conclusión qué Derechos y obligaciones se derivan de esa condición (personalidad jurídica).

El hombre adquiere la calidad de persona como atributo conferido por el Derecho, como pacto legal para tejer a su alrededor todo un ordenamiento jurídico, entonces la persona es una condición o calidad conferida por el ordenamiento al ser humano, la personalidad se entiende como la capacidad o aptitud para ser titular de Derechos y obligaciones. La personalidad<sup>173</sup> está integrada por un conjunto de atributo como son: la nacionalidad, el nombre, estado civil, etc.

En concreto, la diferencia entre personalidad y persona se puede establecer que en tanto, la persona existe o no existe, la personalidad se ejerce o no. En términos más elementales la persona hace referencia al ser humano individualmente considerado en permanente relación con su mundo interior,

---

<sup>173</sup> Léase las Sentencias T-086 de 2014, Sentencia SC 004 de 1998 de la Corte Constitucional.

en tanto ya en el campo jurídico la persona es una construcción jurídica, o sea, un concepto abstracto que sirve para indicar que ha determinado seres humanos que se les atribuye capacidad para ser titulares (o sujetos) de Derecho subjetivos<sup>174</sup>.

Con la aparición de los estados sociales de Derecho, la persona se convierte en el centro de sus atenciones y es así como se enarbolan en su favor los Derechos fundamentales. La persona tiene Derecho al estado civil, a la filiación, al nombre, a la nacionalidad, todo estos Derecho configuran la personalidad del individuo.

Se puede concluir que la persona es la aptitud para ser sujeto de Derechos y obligaciones, la personalidad, es la forma como funciona esa aptitud para así cumplir con los Derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico otorga.

---

<sup>174</sup> VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I. Temis 2011. Bogotá.p.353.

### ***Personas naturales y jurídicas***

El artículo 74 del Código Civil señala “son persona todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

Es importante considerar que las personas se clasifican en jurídicas y naturales. Y que la persona jurídica tiene su clasificación o pueden ser de Derecho público y Derecho privado, estas pueden ser civiles (corporaciones y fundaciones) (artículo 633 Inc. 2 del Código Civil). De Derecho público son, la nación, departamentos, municipios, distritos, departamentos administrativos, etc.

En nuestro medio, la palabra persona se relaciona con el individuo de la especie humana<sup>175</sup>, de tal manera que se asimila que todo ser humano por el hecho de serlo es también una persona, lo cual se patentiza en el artículo 74 de nuestro Código Civil “son personas naturales, todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

---

<sup>175</sup> Léase el artículo 1 de la Convención americana sobre Derechos humanos, pacto de San José de Costa Rica.

Con relación a la noción de persona enfocada como sujeto de Derechos, se ha expresado que recién en el siglo XIX y merced a la obra de Savigni, se formuló de un modo completo tal idea. En esa dirección, se sostuvo que “se llaman personas en el lenguaje jurídico, los seres capaces de tener Derechos y obligaciones. Más brevemente se dice que la persona es todo sujeto de Derecho”<sup>176</sup>.

El artículo 73 del Código Civil, indica que las personas son naturales y jurídicas, por el contrario a lo dicho sobre las personas naturales, las personas jurídicas son entes creados por la misma ley, es decir, son una ficción legal. Nuestro Derecho regula dos tipos diferentes de personas, las de existencia físicas y las de existencia ideal o personas morales o personas jurídicas<sup>177</sup>, que es a la que se refiere este artículo

---

<sup>176</sup> COBAS, Manuel. ZAGO, Jorge. *Derecho civil parte general*. Editorial Universidad ciudad de Buenos Aires, 2007, p.171. Estos autores hacen alusión a los profesores Levaggi Abelardo y Planiol Marcel y Ripert.

<sup>177</sup> Según el Código Civil en su artículo 633, se llama persona jurídica a una persona ficticia que es capaz de ejercer Derechos y contraer obligaciones civiles y ser representada judicial y extrajudicialmente. Para determinar el momento en que nacen las personas jurídicas, es necesario considerar: el negocio jurídico, es decir, es necesario que exista un acuerdo de voluntades que dé origen a la persona jurídica; existen algunas personas jurídicas que necesitan además del negocio jurídico, la autorización gubernamental para que surja a la vida jurídica,

sin abarcar a todos los que pueden agruparse como persona de existencia ideal, pero eso sí, dotadas del atributo de la capacidad para adquirir Derechos y contraer obligaciones, incluido el Estado desde luego, como ejemplo de todas estas modalidades.

Etimológicamente la palabra persona, se refiere a las máscaras que, con el fin de amplificar sus voces, utilizaban los actores en la antigua Grecia, y por extensión a los personajes que representaban<sup>178</sup>.

*¿Cuándo comienza la existencia legal de la persona natural?*

Lo primero que debe considerarse es que la existencia biológica del ser humano comienza con la concepción, pero la personalidad solo se otorga, de acuerdo a nuestra legislación civil, a los seres humanos que nazcan vivos.

Para el Código Civil, el nacimiento se verifica cuando el ser humano se ha separado completamente de

---

y además se requiere que la persona jurídica cumpla con los elementos para realizar el objeto de la misma.

178 Consúltense para tal efecto a RABINOVICH- BERKMAN, Ricardo. *Derecho Romano*. Edición Astrea, Buenos Aires, página 242.

su madre, así lo explicita el artículo 90 del Código Civil: “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre<sup>179</sup>. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás”.

Se enfatiza que el ser humano debe haber vivido, una vez realizada la separación completa del vientre materno, “un momento siquiera”. Se ha discutido en torno a cómo se comprueba que un ser humano haya vivido un momento siquiera, para ello está la prueba de la docimasia respiratoria, o sea el comienzo de la actividad respiratoria (prueba de aire en los pulmones). Todo nacimiento debe ser inscrito en el registro civil, donde se anotará la madre que dio a

---

<sup>179</sup> Códigos Civiles como el brasilero, portugués, español asumen esta posición jurídica, aun cuando el español lo supeditaba a que viviera desprendido del seno materno durante 24 horas. Otras legislaciones, como la argentina, asignan el concepto de persona a partir de la concepción del ser humano, lo cual es ratificado por la convención sobre los Derechos del niño, en el cual se señala “Se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

luz, el día y la hora en que ocurrió. En tales condiciones, al ser humano se le otorga personalidad, es decir, se le considera sujeto de Derechos.

*Protección del que está por nacer*

Desde luego que nuestra legislación consagra una especial protección del que está por nacer o *nasciturus*, y coloca como función del juez adoptar las medidas necesarias de protección para el que está por nacer y se encuentre en peligro, así lo consigna el artículo 91 del Código Civil. En igual forma, al que está por nacer, de diferírseles Derechos estarán supeditados a que nazca vivo, de lo contrario se reputará no haberlos contraído nunca<sup>18o</sup> (Artículo 93).

En la Carta Política, la protección a la vida del no nacido está consignado en el preámbulo, en los artículos 2 y 5, pues es deber de las autoridades públicas asegurar el Derecho a la vida, de todas las personas, y este amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo,

---

18o Consideramos que la concepción del ser humano se produce desde la concepción, desde allí se tiene un embrión humano y comienza su proceso de vida evolutiva, debe asignársele el carácter de persona desde este comienzo, se trata entonces de un sujeto de Derecho digno de ser protegido, con Derecho a su integridad física, espiritual, etc.

por ser una condición necesaria para la plena viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas<sup>181</sup>. Incluso en el artículo 53 del Código General del proceso, se consagra que el concebido puede ser parte en un proceso judicial para la defensa de sus Derechos.

### *Duración de la gestación del ser humano*

El Código Civil colombiano trae como presunción legal, es decir, admite prueba en contrario, que la concepción precede el nacimiento no menos de ciento ochenta días y no más de trescientos, de lo cual se deduce que la gestación de un ser humano oscila entre un mínimo y un máximo. Los avances de la Biología y la Ciencia médica acreditan que los términos del artículo 92 pueden no corresponder a la realidad científica, de tal suerte que lo que era una presunción de Derecho (no admitía prueba en contrario) pasó a reconocerse como una presunción legal<sup>182</sup>.

---

181 Consúltase la Sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 1994.

182 El artículo 92 del Código Civil consigna la expresión “se presume de Derecho” esta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-004 del 22 de enero de 1998. La evolución de la medicina obstétrica y diagnóstica y de la ingeniería médica ha alterado estos hechos o



### *Del fin de la existencia de las personas*

La existencia de las personas termina con la muerte, así lo consigna el artículo 94 del Código Civil. Los efectos de la muerte son: extinguen la personalidad del ser humano, es decir, deja de ser sujeto de Derechos. ¿Qué pasa con los Derechos de que era sujeto? en cuanto a los patrimoniales se transmitirán a otras personas (herederos o legatarios), los extrapatrimoniales, como los Derechos de personalidad y los Derechos familiares se extinguen definitivamente. Por último se anota, que la muerte de una persona se acredita con el registro civil de defunción.

### *Atributos de la personalidad*

Con la expresión “atributos de la personalidad física” se entiende una serie de cualidades o propiedades que se predicán de todos los seres humanos, sin distinguir su condición. Unos atributos sirven para identificar a cada persona en relación con los demás, lo cual se hace, en primer término, con el

---

presunciones legales, logrando el nacimiento con vida por fuera de dichos términos y permitiendo el desarrollo ulterior sustentable del ser humano en condiciones tales, que don Andrés Bello no se imaginó llegaría con el avance de la Ciencia.

nombre y el apellido y, en segundo término, con el domicilio, o sea el lugar donde habitualmente se vive. Otros atributos se relacionan con el estado civil, esto es, la calificación de la persona en relación con la familia de donde proviene o con la que ha formado<sup>183</sup>.

Otros autores definen el atributo como la cualidad o propiedad que caracteriza a un ser u objeto; referido a la persona y en particular al ser humano, son las que la definen como tal: capacidad, nombre y apellido, estado civil, domicilio, patrimonio, nacionalidad, excluyendo de la referencia a la persona de existencia ideal el atributo estado civil, dada su naturaleza, que lo hace solo predicable de la persona de existencia física<sup>184</sup>.

### *De la capacidad*

Este es un atributo básico de las personas, conocido como capacidad de Derecho, su importancia radica en que el Código Civil presume la capacidad en las personas, así el artículo 1503 señala “Toda persona

---

<sup>183</sup> VALENCIA ZEA, Arturo, ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil parte general y personas. Décima cuarta edición tomo 1, página 321. Bogotá 1997.

<sup>184</sup> COBAS, Manuel. ZAGO, Jorge. *Ob cit*, página 198.

es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. A continuación, en el artículo 1504, establece las incapacidades absolutas y relativas<sup>185</sup>. Señalando que la incapacidad absoluta se predica de los dementes, los impúberes (menores de 14 años de edad) y los sordomudos que no pueden darse a entender. En cuanto a la incapacidad relativa, son relativamente incapaces los menores adultos (menores entre 14 y 18 años de edad) y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes.

La capacidad es la facultad o poder que tiene una persona para adquirir Derechos y ejercerlo libremente. De esta definición se deducen las dos variantes de la capacidad civil: a) Capacidad de Derecho, adquisitiva o de goce, es la que tienen todas las personas por el solo hecho de serlo, en tanto el concepto de personalidad se asimila al de capacidad de goce. La personalidad surge a la vida jurídica con los Derechos inherentes a ella reconocidos universalmente y con la posibilidad práctica de adquirir aquellos determinados en el ordenamiento positivo. b) Ca-

---

<sup>185</sup> Es importante para este asunto la Ley 1306 de 2009, sobre discapacidad mental absoluta y relativa.

pacidad legal, de ejercicio, de obrar o negocial, definida por el artículo 1502 del Código Civil como la aptitud de una persona para poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra. Todo el que tiene capacidad de ejercicio tiene capacidad de goce, pero no todo el que tiene capacidad de goce tiene capacidad de ejercicio<sup>186</sup>.

### *Nombre y apellido*

El nombre y el apellido redundan en la individualización de las personas, el apellido tiene su origen en la familia matrimonial o extramatrimonial. La moderna doctrina enseña que el apellido es un Derecho de la personalidad y es así como se encuentra fuera del comercio. Es del caso relevar que constitucionalmente se consagra en el artículo 15 el Derecho al buen nombre como un Derecho fundamental. El artículo 3 del decreto 1260 de 1970, establece el Derecho que tiene toda persona a ser individualizado por el nombre que por la ley le corresponde. El mismo artículo indica que hacen parte del nombre, el nombre, los apellidos y en su caso el seudónimo. El artículo 94 del decreto 1260 de 1970

---

186 BAENA UPEGUI, Mario. *De las obligaciones en Derecho civil y comercial*, tercera edición, Legis, pp.80, 81.

(modificado por el artículo 6 del decreto 999 de 1998) faculta a la persona para que haga el cambio de su nombre por una sola vez<sup>187</sup>.

### *Del domicilio*

El domicilio tiene por objeto relacionar a una persona con un lugar determinado, es una relación jurídica entre una persona y un lugar. En el Derecho civil colombiano, el domicilio señala la relación jurídica entre una persona y determinada circunscripción territorial (municipio), es así como se asimilaran los términos vecindad y domicilio, como así lo expresa el artículo 77.

Se entiende como el lugar que la ley considera como sede jurídica de la persona, lugar donde principalmente es conocida esta y en el que se organiza la publicidad de ciertos actos relativos al estado civil de las mismas, sin que exista un estado de domiciliado. Domicilio, etimológicamente, viene de *domus* –casa– y significa en el lenguaje vulgar en el que una persona mora<sup>188</sup>.

---

187 Consúltense para tal efecto la Sentencia T-086 de 2014 de la Corte Constitucional.

188 ROGEL VIDE, Carlos. *Manuales básicos, Derecho de la persona*, página 71.

El artículo 76 del Código Civil dispone que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Respecto a este último aspecto se presume el ánimo de permanecer en ella, cuando la persona ha abierto un establecimiento durable (artículo 80 del Código Civil).

No obstante, la definición en la ley de domicilio es diferente de la residencia o habitación de una persona, aun cuando a veces se consideran como sinónimos, debe diferenciarse el domicilio de la casa de habitación, aun cuando regla general es que la mayoría de las veces coinciden, aun cuando no siempre.

En cuanto a las clases de domicilio, se conoce el legal, que es consecuencia del vínculo de subordinación que tienen ciertas personas con otras, como es el caso de los hijos, cuyo domicilio es el de sus padres o de quien ejerza la patria potestad, el de los discapacitados absolutos o relativos, quienes tienen el domicilio de sus representantes o guardadores. Existe además el domicilio voluntario o real, que tiene origen en la voluntad de las personas, que ha escogido libremente el lugar en el que vive habi-

tualmente y es donde desea permanecer. Este tipo de domicilio necesita de la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella.

### *Patrimonio*

Modernamente, el patrimonio es una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva. De acuerdo con este concepto, el patrimonio tiene un contenido económico o pecuniario, y hacen parte de él los Derechos reales y personales, también los Derechos sobre objetos inmateriales (propiedad intelectual) y aun la posesión como Derecho real provisional, tal como lo predicen tratadistas y algunas legislaciones extranjeras<sup>189</sup>.

Existe discusión sobre la naturaleza jurídica del patrimonio, para lo cual se destacan dos teorías a saber:

La clásica con representantes como Aubry y Rau y la moderna que contradice a aquella defendida por Duguit.

---

<sup>189</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil*, tomo II, Derechos reales, 7 edición. Bogotá, Editorial Temis, p.31.

La teoría clásica indica que el patrimonio es un atributo de la personalidad, señala además que solo la voluntad humana es suficiente para reunir en un todo los Derechos de que es titular una persona. De esta premisa se infiere que el patrimonio es una universalidad de Derecho, de contenido económico en cabeza de una persona. Dentro de esta concepción se encuentra Josserand, para quien el patrimonio es el conjunto de valores pecuniarios, positivos o negativos, pertenecientes a una misma persona y que figuran unos en el activo y otros en el pasivo<sup>190</sup>. Los principios que sustentan esta escuela son: Solo las personas tienen patrimonio, toda persona por el hecho de existir tiene un patrimonio, el patrimonio es inseparable de la persona.

Por el contrario, la teoría moderna parte de la idea de que la universalidad de Derechos se funda no en la voluntad, sino en la afectación de Derechos a un fin determinado, de tal manera que el patrimonio adquiere un valor puramente económico o material, y conforme a ello puede existir un patrimonio sin persona, ejemplo de esto son, los patrimonios autónomos. Se sostiene en esta teoría que una

---

<sup>190</sup> Cita extraída de la obra del profesor Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, en su obra *Bienes*. Editorial Temis, p.204.



persona puede tener varios patrimonios como en el caso cuando el heredero acepta la herencia con beneficio de inventario, tiene su propio patrimonio y el del causante (1304 del Código Civil) o cuando se alega el beneficio de separación de patrimonio consignado en el artículo 1435 del Código Civil.

Del patrimonio hacen parte los Derechos reales y personales; los subjetivos inmateriales, como el buen nombre y la propiedad intelectual; las universalidades jurídicas, como la herencia; el patrimonio de una sociedad en liquidación y el de la sociedad conyugal disuelta y liquidada.

Importante es establecer que el Código General del proceso<sup>191</sup> reconoce a los patrimonios autónomos como parte de un proceso, ejemplo de ello son: la comunidad de bienes, la herencia yacente, la fiducia, etc., de lo cual se infiere que un patrimonio puede existir sin la persona como tal.

### *Nacionalidad*

---

<sup>191</sup> Léase para tal efecto el artículo 53 del Código General del proceso.

El concepto de nacionalidad, se refiere a la conexión política con un Estado, se deriva de la palabra nación, aun cuando no debe confundirse nación con Estado.

La nacionalidad<sup>192</sup> es el vínculo que liga a una persona con el Estado en el que esta se integra y frente al cual tiene Derechos y obligaciones. Desde esa perspectiva es, a todas luces una cuestión que atañe al Derecho constitucional y es así, como es un tema regulado por los artículos 96 y 97 de la carta política. El Código Civil se refiere de las personas, en cuanto a su nacionalidad y domicilio, en el libro primero, de las personas, título I.

Para establecer la nacionalidad existen tres criterios, los cuales se combinan:

- a. El llamado *Ius Sanguinis*; es nacional, el hijo de padre o madre naturales del mismo país, aun cuando nazca en el extranjero. Sistema acogido por la mayoría de los países europeos. Con ello, los que emigran a otros países no pierden la vinculación con su país de origen.

---

<sup>192</sup> Sobre el Derecho a la nacionalidad léase de la Corte Constitucional la Sentencia T-212 de 2013.

- b. *Ius Soli*; la nacionalidad se determina por el lugar de nacimiento. Es nacional de un Estado quien nació en su territorio, sin consideración a la nacionalidad de sus padres.
  
- c. *Ius Domicili*; la nacionalidad se adquiere por el domicilio o residencia en un determinado Estado.

La mayoría de las constituciones acogen un sistema mixto, donde se combinan los anteriores criterios, es el caso de Colombia, para quien son nacionales de un país todas aquellas personas que han nacido dentro de su territorio, o aquellas que nacieron fuera de él, solicitan y obtienen la nacionalización, por alguno de los medios previstos para tal efecto. Luego vale anotar se reconocen dos clases de nacionales: Los nacionales por nacimiento y los nacionales por adopción. El artículo 96 de la Carta Política acoge esta fórmula. Los nacionales por nacimiento se distinguen entre los naturales de Colombia cuyos padres hayan sido también nacionales colombianos o que siendo extranjeros se hayan domiciliado en Colombia, y los hijos de padre o madre colombianos que hubieran nacido en el extranjero y luego se domiciliaren en el país (nuestra constitución acoge para determinar la nacionalidad por nacimiento,

el *ius sanguinis* y el *ius soli*, combinados en alguno casos con el *ius domicili*).

Con relación a los nacionales por adopción, todo los países aceptan no solo la nacionalidad de origen, sino también la de adopción o adquirida. Por regla general, los nacionales por adopción disfrutan de los mismos Derechos que los nacionales por nacimiento, salvo los exceptuados por la Constitución verbigracia, en Colombia no pueden ser presidente de la República, senador, magistrados de las altas cortes, o para posiciones dentro del poder judicial. Nuestra legislación también consagra la posibilidad de doble nacionalidad.

### *Estado civil de las personas*

La calidad del estado civil se caracteriza por ser situación dentro de la cual debe necesariamente encontrarse todo ser humano, si es varón o mujer, si es mayor de edad o menor, si es casado o soltero. El estado civil de las personas, está constituido por un conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado, y con ciertos hechos

fundamentales de la misma personalidad<sup>193</sup>, corresponde a la ley determinarlos tal como lo consigna el inciso final del artículo 42 de la Constitución Política.

Las principales características del estado civil, es que toda persona tiene un estado civil, pues de toda persona puede afirmarse si es varón o mujer, si es hijo matrimonial o extramatrimonial, si es mayor o menor de edad. El estado civil es uno e indivisible (decreto 1260 de 1970 Artículo 1) así, una persona no puede tener dos estados civiles, se tiene una calidad o la contraria, la indivisibilidad se predica en tanto que una persona no puede tener un estado civil y gozar del contrario. El estado civil se encuentra fuera del comercio, en consecuencia el estado civil se asimila a los Derechos de la personalidad, de tal manera que el estado civil es irrenunciable, intransmisible, e imprescriptible.

Por último, el registro civil o del estado civil proporciona un título de legitimación para ejercitar los Derechos que se derivan del estado civil que uno tiene, sin necesidad de demostrar su cadena de adquisición.

En cuanto al parentesco, es el complemento necesario del estado civil de las personas, dependiendo de su tipo, grado y línea sirve para determinar o generar Derechos y obligaciones como la patria potestad, alimentos o los derivados de la sucesión. Las clases de parentesco son el de afinidad, definido por el artículo 47 del Código Civil, como la que existe entre una persona que está casada o lo ha estado y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. Parentesco por consanguinidad, el artículo 35 del Código Civil define la consanguinidad como la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidos por los vínculos de sangre. Los grados de consanguinidad los explica el artículo 37 del Código Civil. Por su parte, el parentesco civil, conforme lo establece el artículo 50 del Código Civil<sup>194</sup>, es el que resulta de la adopción mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente en las relaciones de padre, de madre, de hijo<sup>195</sup>. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

---

194 Complementétese con la Sentencia de la Corte Constitucional SC-71 de 2015.

195 No obstante la Corte Constitucional en Sentencia SC-683 de 2015, consideró que no es válido constitucionalmente excluir

*De los bienes y su dominio, posesion, uso y goce  
(libro segundo)*

El segundo libro del Código Civil se refiere a los bienes, pero allí se trata también del dominio y sus modos de adquirirlo y sobre toda la posesión sobre la cual los romanos aseveraron que era la matrona del género humano, para indicar que todo proviene de ella.

El artículo 653 del Código Civil indica: los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros Derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

La norma hace relación a la cosa, bien sea corporal o incorporal.

EL término "cosa", desde el punto de vista ontológico tiene dos significados. En sentido general, todo lo que existe en la naturaleza es cosa, con excepción del ser humano. Cosa es todo ser corpóreo o incor-

póreo, apropiable o inapropiable por el hombre, perceptible o no por los sentidos, ocupe o no un espacio físico en la naturaleza... En sentido particular, la palabra cosa designa todo aquello susceptible de apropiación por el hombre... En cambio la palabra "bien" tiene un significado preciso para el Derecho civil. Únicamente la cosa que está dentro del patrimonio de un sujeto de Derechos y que además tiene características pecuniarias o económicas, merece el calificativo de bien, de tal manera, que dos son los requisitos de bien: a) Que la cosa esté dentro del patrimonio de una personas y b) que la cosa sea susceptible de evaluación económica y pecuniaria<sup>196</sup>.

Luego, el artículo 654 del Código Civil indica que las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles. Definiéndose el concepto de mueble en el artículo 655 y la de inmueble en el artículo 656 y posteriormente los artículos 657, 658, 659 establecen los diferentes inmueble y muebles.

Atención especial merece las cosas incorporeales que el artículo 664 del Código Civil, dice que son los

---

<sup>196</sup> VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. Editorial Temis, duodécima edición, páginas 1 y 2.



Derechos reales o personales. El artículo 665 define el Derecho real como el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son Derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbre activas, el de prenda y de hipoteca. De estos Derechos nacen las acciones reales. El artículo 666, indica que Derechos personales o de crédito son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De este Derecho nacen las acciones personales.

Tradicionalmente se define el Derecho personal, como la facultad jurídica que tiene una persona, denominada acreedor, para exigir de otra, denominada deudor, el cumplimiento de una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer. De esta definición se deducen los tres elementos del Derecho personal: a) un deudor; b) un acreedor; c) una prestación de dar, hacer o no hacer.

Con relación al Derecho real el profesor JJ Gómez lo define como, el poder jurídico total o parcial sobre

una cosa, con cargo de ser respetado por todos<sup>197</sup>. En el Derecho real se reconoce un poder inmediato, exclusivo de una persona sobre una cosa sin que tenga que recurrir a persona alguna.

*De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos (libro tercero del Código Civil)*

El tercer libro del Código Civil se refiere a la sucesión por causa de muerte. El artículo 1008 del Código Civil señala como se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, Derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como, tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de ciertos género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo.

A su vez, el artículo 1009 del Código Civil consigna sobre la sucesión testada e intestada. Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se

---

<sup>197</sup> GÓMEZ, José J. *Bienes*. p.114.

llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión en los bienes de una persona difunta pueden ser parte testamentaria y parte intestada.

El Derecho sucesoral, es aquel que regula, a través de normas sustanciales y procesales, todo lo relacionado a los Derechos y obligaciones en una sucesión de una persona, así como su procedimiento para sucederla. Consignado en el código de Civil en su libro tercero. “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”. Título I al título XII, artículos del 1008 al 1442 reglamenta lo concerniente “De las sucesiones por causa de muerte”. Del artículo 1443 al 1493 del mismo libro estudia lo pertinente a las “Donaciones entre vivos”. Se critica la inclusión de las Donaciones entre vivos en consideración a que este es un contrato que debió incluirse en el Libro IV, de “Las Obligaciones en general y de los Contratos”. Y la parte Procesal o Procedimental está consagrada en los artículos 473 a 522 del Código General del proceso.

La palabra SUCESIÓN etimológicamente proviene de: *successio, successionis* que tiene los siguien-

tes significados: 1. Entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra. 2. Entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto. 3. Conjunto de bienes, Derechos y obligaciones transmisibles a unos herederos o legatarios. 4. Descendencia o procedencia de un progenitor. 5. Prole, descendencia directa “forzosa”, la que esta ordenada preceptivamente, de modo que el causante no pueda variarla ni estorbarla 2. SUCEDER: “Venir después de otro”, “Reemplazar a otro en algún Derecho”. En esta última se dice que el comprador y el cesionario suceden al cedente y vendedor. SUCESIÓN: “Fenómeno jurídico de transmitirse el patrimonio de una persona difunta a otras personas vivas”.- Sinónimo de “Herencia” y es un Modo de adquirir Derivativo<sup>198</sup>.

### *Características de la sucesión*

De la fuente jurisprudencial se establecen las siguientes características: 1. Es un hecho jurídico. 2. Es un modo de adquirir por causa de muerte. 3. Es un

---

<sup>198</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de sucesiones*, editorial Temis, quinta edición, Bogotá D.C., página 3.

modo de adquirir derivativo y de efecto traslativo. 4. Implica continuidad entre el de *cujus* y sucesor, en la titularidad de la relación activa y pasiva. 5. Es a título gratuito. 6. Los asignatarios son voluntarios. 7. Se transmiten bienes a título singular o universal. 8. Siempre hay difunto, herencia y asignatario. 9. Nace con la muerte. 10. Se basa en la organización familiar. 11. Toda persona fallece y la sucesión es en forma testada, intestada o mixta. 12. Toda persona puede disponer de sus bienes (transmitirlos), conforme a la ley. 13. Se adjudican los bienes sin atender su origen, sexo ni progenitura<sup>199</sup>. 14. La adquisición de esta forma puede ser de incremento patrimonial y que depende de la voluntad del llamado. 15. Salvo voluntad expresa, se presume que todo asignatario acepta con beneficio de inventario. 16. Administran la herencia los Albaceas con tenencia de bienes o los Herederos. 17. Es un fenómeno de interés económico de los llamados a la sucesión. 18. Los acreedores conservan todos sus Derechos y garantías. 19. Se transmite una universalidad jurídica. 20. Se inicia con la muerte y termina con la Partición y Adjudicación, aprobada judicialmente.

---

199 Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sentencia de octubre 27 de 1970.

Es importante precisar lo que trae el Código General del proceso, ley 1564 de 2012, en cuanto a que permite la partición del patrimonio de una persona en vida, para adjudicar todo o en parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, previa licencia judicial. Deberá hacerse por escritura pública, en la que se respeten las asignaciones forzosas, los Derechos de los terceros y los gananciales. Esta partición no requiere de proceso de sucesión y los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, podrán solicitar su rescisión dentro de los 2 años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición<sup>200</sup>.

### *Clases de sucesiones*

1. Entre Vivos (*Inter Vivos*) o Mortis Causa (por causa de muerte). 2. Universal (si recae sobre una universalidad jurídica) o Singular (los legados). 3. Traslativa (según se derive del muerto) y Constitutiva (si solo constituye Derechos), por ejemplo, un legado de constitución de Usufructo. 4. Voluntaria (Según sea del querer del testador) o Necesaria

---

200 Así lo expresa el artículo 487 del Código General del proceso.

ria (ordenada por la ley). 5. Definitiva (según sea pura y simple) y Provisional (si está sujeta a condición). 6. Testada (con testamento), Intestada (sin testamento) y Mixta (si tiene parte testada y parte intestada). 7. Judicial o contenciosa (ante el juez) y Notarial o voluntaria (ante notario y por escritura pública). 8. Vacante (No hay asignatarios que acepten la herencia) y con Asignatarios (Hay herederos que comparezcan y acepten la herencia). 9. La sucesión contractual o convencional, es aquella en la cual el causante en vida acuerda con sus hijos en cómo repartir sus bienes e inclusive comienza a dárselos o donárselos en vida, para que posteriormente se proceda a las “colaciones de la herencia” respectivas. Debe tenerse en cuenta que en vida, el padre puede adelantar parte de las legítimas o de las mejoras a que tienen Derechos sus descendientes (artículo 1520 numeral 2º y 1256 del Código Civil). Y podrá señalar qué bienes de las legítimas le corresponderán, como consta en el artículo 1255 *ejusdem*.

De las obligaciones en general y de los contratos (libro cuarto del Código Civil).

El régimen básico de las obligaciones en el Derecho colombiano está contenido en el libro cuarto del

Código Civil, denominado, de las obligaciones en general y de los contratos, que se inicia en el artículo 1494 y en el libro cuarto del Código de Comercio también se habla “de los contratos y obligaciones mercantiles”.

El régimen de las obligaciones de que trata el Código Civil, se aplica no solo a las obligaciones civiles, sino también a las de carácter laboral, administrativos y en especial las mercantiles, salvo que en las leyes respectivas existan normas contrarias a estas, que son aplicables en virtud del principio de la especialidad.

Dos conclusiones se derivan del análisis del libro cuarto del Código Civil colombiano; la primera, es el tremendo desorden con el que se tratan las distintas materias. Por ejemplo: después de regular la extinción de las obligaciones, se tratan otros temas distintos, para volver en el título XLI a tratar sobre la prescripción extintiva. La segunda observación muestra que, a lo largo del libro cuarto, se combinan en forma más o menos arbitraria títulos relativos a las obligaciones en general y títulos aplicables solo a las obligaciones contractuales. Este defecto es en buena parte resultado de nuestro sistema de



obligaciones, que bajo ese rótulo incluye instituciones tan distintas como los contratos y llamados delitos civiles<sup>201</sup>.

La legislación civil colombiana consagra la doctrina clásica de las fuentes de las obligaciones en el artículo 1494 y artículo 34 de Ley 57 de 1887 así: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley, sumando a esta clasificación, en el primero de los artículos citados, el hecho voluntario de las personas que se obligan, como en la aceptación de una herencia o legado.

La doctrina clásica de las fuentes de las obligaciones es sustituida por la doctrina moderna en cabeza del tratadista francés Louis Josserand, quien indica que las obligaciones nacen del acto jurídico, del hecho ilícito, del enriquecimiento sin causa y de la ley.

El tratadista Arturo Valencia Zea, indica que las fuentes de las obligaciones son: el negocio jurídico, el hecho ilícito y la ley; incluye el enriquecimiento sin causa dentro de la fuente del hecho ilícito<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. *Las obligaciones en el Derecho moderno. Las fuentes*. El acto jurídico. Editorial Temis, segunda edición, página 3.

<sup>202</sup> VELA CAMELO, Jaime Humberto. *Invalidez e ineficacia del*

Estos temas serán desarrollados en el transcurso de esta obra.

En cuanto al concepto de obligación, para el tratadista Boris Starck, la obligación es un Derecho personal, en virtud del cual el deudor debe una prestación al acreedor. El profesor, Álvaro Pérez Vives indica, que la obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada, en relación con otra también determinada, en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa<sup>203</sup>.

De las anteriores definiciones, surgen cuatro elementos: a) El sujeto activo, es el acreedor, es decir el titular del Derecho de crédito. b) El sujeto pasivo, es el deudor, el titular de la obligación, a ejecutar la prestación en favor del acreedor. c) El objeto, es la prestación debida, aquello que debe darse, hacerse o no hacerse en favor del acreedor. d) El vínculo jurídico, es la relación, a la vez personal y de Derecho, la que somete al deudor a ejecutar la prestación y que faculta al acreedor para exigirla, inclusive, en forma forzada, a falta de ejercicio voluntario.

---

*negocio jurídico*, ediciones jurídicas radar 1989, p.2.

203 TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de obligaciones*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, séptima edición, página 37.

Con relación al contrato, representa el acto jurídico por excelencia y constituye un arquetipo legal que recoge el intercambio económico plasmado en el negocio que realizan las partes contratantes<sup>204</sup>.

El artículo 1495 del Código Civil colombiano, indica que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

La Corte Suprema de Justicia diferencia contrato de convención cuando expresa, “Distínguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades qué forma, se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que convención puede ir en pos no solo de este objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que convención es género y el contrato especie”<sup>205</sup>.

No obstante, la doctrina se ha encaminado a indicar que cuando la conducta humana está encaminada

---

<sup>204</sup> FIERRO MÉNDEZ, Rafael. *Teoría General del contrato*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda 2007, página 46.

<sup>205</sup> Corte Suprema de justicia, casación civil, Sentencia del 18 de octubre de 1972.

a producir efectos jurídicos, dar, hacer o no hacer, vale decir, crear, modificar, transmitir o extinguir un Derecho, se denomina contrato o convención, con lo cual se concluye que son sinónimos y expresan la misma idea.

## **Derecho Comercial**

También llamado Derecho mercantil, regula las relaciones que crea el comercio, o sea la actividad consistente en la prestación de determinados servicios y en el traspaso de ciertos bienes de productores a consumidores. Fija disposiciones sobre los comerciantes, los actos, operaciones y empresas mercantiles.

Es importante para el estudiante que se inicia clarificar los conceptos de comerciante y de actos mercantiles: Sobre el particular el Código de Comercio en su artículo 10 contiene la definición de comerciante, “son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”. El artículo 13 del Código de Comercio trae tres casos donde se presume qué persona ejerce el comercio: a) Cuando se halle inscrita en el registro mercantil; b) Cuando

tenga establecimiento de comercia abierto; y c) Cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio.

Respecto de los actos y operaciones consideradas mercantiles, para todos los efectos legales, los artículos 20 y 21 del Código de Comercio enumeran una serie de ellos, sin que esto implique que tales actividades sean taxativas o limitativas, pues existen otros procederes señalados por la misma ley y la jurisprudencia que también son actos de comercio<sup>206</sup>.

### **Derecho Minero**

Estudia las normas y principios que rigen la relación entre las personas y las minas, en cuanto a su descubrimiento, denuncia, adjudicación, posesión, dominio y explotación.

Muchos tratadistas ubican este Derecho como público ya que el Estado si bien respeta los Derechos adquiridos conforme lo ordena el artículo 58 de la Carta Política, es el dueño del subsuelo donde

---

<sup>206</sup> SALCEDO SALAZAR, Elicerio. *Manual de Derecho comercial*. Ediciones Leyer, página 14.

se encuentra la riqueza minera y los recursos energéticos como petróleo y gas. Derecho adquirido como fueron las minerías de oro en Antioquia, Derechos adquiridos en la época feudal. De otro lado, el Estado puede explotar estos recursos mineros directa o indirectamente a través de la participación de particulares. Para esto rige el Código Minero o Ley 685 de 2001.

### **Internacional Privado**

Esta clase de Derecho privado se refiere al conjunto de principios y normas aplicables a los conflictos que ocurran entre los Estados, en cuanto por sus respectivas legislaciones regulan las relaciones privadas de sus nacionales, o de los extranjeros que se encuentren en su territorio.

Antonio Boggiano define el Derecho internacional privado:

“Es el sistema normativo está destinado a realizar soluciones justas de la cosa Ius privatista multinacional en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales, de una plurali-

dad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional<sup>207</sup>.

En todo caso, el estudio del Derecho internacional privado implica el estudio de conflicto de leyes sobre casos específicos de extranjeros o nacionales, con leyes a aplicar de tipo nacional o extranjero y el conflicto de jurisdicciones de tipo internacional.

### **Derecho Adjetivo**

El orden jurídico, en especial lo concerniente a la protección y garantía de los Derechos de las personas, descansa en la función jurisdiccional que corresponde al Estado y que este debe cumplir por medio de órganos determinados cuyo contenido está formado por la aplicación oportuna del Derecho a los casos concretos, de acuerdo con las reglas y procedimientos previamente señalados por el mismo Estado, por lo general de manera prolija y detallada. Este Derecho adjetivo también se llama Derecho sancionatorio y que algunos prefieren llamar Derecho procesal o Derecho procedimental.

---

<sup>207</sup> Cita extraída de la obra *tratado de Derecho internacional* del Profesor Marco Gerardo Monroy Cabra.

Es de común ocurrencia que el estudiante de Derecho confunda los conceptos de Derecho procesal, procedimiento y proceso, por lo cual abordaremos la temática.

Derecho Procesal, es **la ciencia** que estudia el proceso jurisdiccional, las entidades que intervienen en ella y la competencia. Esta ciencia estudia las pautas, reglas y procedimientos para crear métodos de juicio, es decir, para crear formas de juzgamiento.

Procedimiento, es el sistema particular contenido en la ley sobre los juicios (penales, laborales, civiles, etc.). Se utiliza para designar una serie o sucesión de actos procesales que se conectan unos a otros para culminar con una sentencia como terminación normal de ese juzgamiento.

Proceso, es la actividad jurisdiccional que se realiza conforme a la ley de procedimiento (laboral, civil, penal, etc.). Es el instrumento esencial de la jurisdicción del Estado, que consiste en una serie o sucesión de actos tendientes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto.



Es preciso distinguir los tres conceptos anteriores de la acción, esta es la potestad o facultad que tiene toda persona natural o jurídica para poner en movimiento el aparato jurisdiccional. Constitucionalmente es el acceso a la administración de justicia. (Art. 229, Constitución Política), y de acuerdo con la materia de juzgamiento será acción civil, acción penal, acción laboral, acción administrativa, etc.

Hernando Devis Echandía define el Derecho Procesal de la siguiente manera: “La rama del Derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del Derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del estado y los funcionarios encargados de ejercerla”<sup>208</sup>.

El Derecho Procesal es el conjunto de normas jurídicas dictadas por el Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional.

---

<sup>208</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho procesal, teoría general del proceso*, tomo I. Décimo tercera Edición, Biblioteca jurídica Dike, página 5.

Es importante analizar la metáfora del tratadista Miguel Fenech cuando señala: el proceso es al procedimiento lo que el tren es a los rieles por donde se conduce. En donde el proceso será el tren y el procedimiento los rieles.

Qué función cumplen las normas jurídicas y especialmente las de carácter procesal:

1. **Regulan la función jurisdiccional del Estado:** La función jurisdiccional al estar a cargo del Estado, se ejerce a través de los jueces y magistrados, excepcionalmente por los particulares en calidad de árbitros cuando tienen jurisdicción. En todo caso el artículo 116 de la carta política indica qué personas y autoridades tienen jurisdicción.
2. **Fijan el procedimiento para tener la actuación del Derecho positivo en casos concretos:** Señalan la ruta procesal que se ha de seguir para obtener el juzgamiento.
3. **Determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción:** Son todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras

que se encuentren en territorio colombiano, y aun por fuera de él en casos excepcionales.

4. **Y los funcionarios encargados de ejercer la jurisdicción:** El artículo 116 de la Carta Política indica qué personas y autoridades ejercen la jurisdicción. Para el estudiante que se inicia en el estudio del Derecho es esencial entender el fenómeno de la jurisdicción y cómo este se desarrolla a partir del artículo 228 de la carta política, cuando se relacionan las diferentes jurisdicciones que rigen en Colombia.

### **Características del Derecho Procesal**

El Derecho Procesal se caracteriza por ser:

1. **Público:** Hace relación a la organización del Estado, que se encarga de la organización de la función jurisdiccional, es decir, organiza las formas de juzgamiento. Las normas que regulan son de orden público y no pueden ser derogadas por acuerdo entre las partes.
2. **Unidad:** Las normas procesales tienden a regular las conductas de las personas que intervienen en la realización de los procesos y

todos los procesos independientemente de su tipo, responden a una misma idea central, se regulan a través del trinomio: acción, jurisdicción y proceso<sup>209</sup>.

3. **Instrumentalidad o Medio:** El Derecho procesal es un medio para la realización de los Derechos reconocidos por la Ley Sustancial cuya finalidad es alcanzar la justicia en las relaciones que surgen entre las partes. El artículo 11 del Código General del proceso indica... el objeto de los procedimientos es la efectividad de los Derechos reconocidos por la ley sustancial...
  
4. **Autónomo o Independiente:** Tiene sus propios principios e instituciones las cuales

---

<sup>209</sup> Acción, jurisdicción y proceso, son conceptos denominados por Piero Calamandrei como trinomio de oro, por Ramiro Poddeti las considera trilogía fundamental y Salvatore Satta tres caras de una misma realidad. Estos tres conceptos, acción, jurisdicción y proceso, son los que conducen al insigne profesor Niceto Alcalá Zamora y Castillo a construir y pensar en una teoría general del proceso y a partir de estas zonas comunes instaladas en todos los procedimientos proponer un código único general del proceso que contuviera todas las formas de juzgamientos. En Colombia se intentó pero finalmente la idea fue desistida y el producto fue el Código General del proceso, que no lo es, pues solo regula la actividad de juzgamiento en materia civil, comercial, agrario y familia.

existen por sí solas con autonomía e independencia frente a las otras normas jurídicas, aun cuando se complementen entre ellas y su origen sea constitucional.

5. **Es formal:** En la medida que responde a unas formas particulares de juzgamientos.
6. **Es secundario:** Su existencia se fundamenta en la Constitución Política, aun cuando como se dijo anteriormente es un Derecho autónomo e independiente.

**Se reitera entonces que el Derecho Procesal es:** la ciencia que estudia las pautas, reglas y procedimientos para crear métodos de juicio, es decir, para crear formas de juzgamiento, instituciones básicas para crear caminos de juzgamiento.

- **Método:** camino, recorrido que se debe seguir a través de unas reglas.
- **Principios Generales:** orientan los métodos de procedimiento.

En consecuencia los códigos de procedimiento, son producto de una ciencia, el Derecho Procesal y los

estudiantes podrían pensar en la creación de un código de procedimiento de cualquier materia con fundamento en los siguientes aspectos procesales:

Estructura del Código de Procedimiento:

- Principios Generales, disposiciones generales.
- Autoridades con jurisdicción y competencia.
- Auxiliares de la justicia.
- Las partes y terceros que intervienen en el proceso.
- Actos procesales de inicio (acción).
- Actos procesales de comunicación (las notificaciones).
- Actos procesales de impugnación (los recursos).
- Actos procesales de desarrollo (las pruebas).
- Actos procesales del juez (providencias).
- Actos procesales de postulación (las postulaciones de los abogados a nombre de su representado).

- Procesos (la sumatoria de todos los actos procesales).
- Terminación anormal del proceso.
- Medidas cautelares y cauciones.

En consecuencia, cuando se quiere crear un código de procedimiento de cualquier materia debe el legislador informarse de los principios, pautas y reglas contenidas en el Derecho procesal.

Dentro de los principales procedimientos se encuentran los siguientes:

### **Procedimiento Civil**

Esta rama del Derecho procesal trata del conjunto de principios y normas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en el campo del Derecho civil.

Ley 1564 de 2012 llamado, Código General del proceso, regula la actividad de juzgamiento en asuntos de familia, agrario, civil y comercial; implementó la oralidad en todos los procesos a través de audiencias que puede ser dos: la inicial y la de ins-

trucción y juzgamiento o hacer una sola de acuerdo como lo decida el juez o mande la ley.

### **Procedimiento Penal**

Trata de los principios y reglas que tienen por objeto y fin la realización del Derecho objetivo penal, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. La ley 906 de 2004 comprende el Código de procedimiento penal como instrumento que permite desarrollar el sistema acusatorio, donde la Fiscalía General de la Nación, por mandato del artículo 250 de la Carta Política está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por denuncia penal, petición especial, querrela o de oficio.

### **Procedimiento Laboral**

Trata de la actividad de juzgamiento en el campo del Derecho del trabajo. Se regula por el decreto-ley 2158 de 1948 o Código procesal del trabajo y de la seguridad social, reformado por la Ley 712 de 2001 y



la Ley 1149 de 2007 que introdujo la oralidad en los procesos laborales mediante dos audiencias: la de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y otra audiencia de trámite y juzgamiento.

### **Sobre La Oralidad**

Importante para el estudiante que se inicia en el estudio del Derecho, es vislumbrar el nuevo cambio en el Derecho colombiano, cual es la oralidad como principio en todos los procesos, por ello todas las materias que se enseñen en las universidades (facultad de Derecho) deben estar a tono con este cambio cultural, por ello es esencial referirnos a ello en esta obra.

Adviértase que el nuevo sistema de juzgamiento en materia civil, familia, agrario y comercial, surge como producto de la tendencia generalizada en Colombia en todos los asunto de juzgamientos, laboral, penal, administrativo, lo cual fue un mandato de la ley estatutaria 1285 de 2009 que reforma la ley estatutaria 270 de 1996 (artículo 4) cuando en su artículo 1 ordena “La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de

los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos”.

Y esta tendencia de Colombia hacia la oralidad en todas las actuaciones procesales es una tendencia mundial. En Latinoamérica la idea es instalar en todas las actividades de juzgamiento procesos uniformes, orales, con principios claros y contundentes como el de celeridad, concentración, publicidad, inmediación, lo cual se impone por la dinámica del mundo. La oralidad implica muchas ventajas, la vigencia y aplicación de los principios de celeridad, concentración, publicidad, inmediación, aportación directa de las pruebas, juez visible y presente,

evita la corrupción, fortalece los poderes del juez, de instrucción, correccionales, dos o tres audiencias máximas.

Esta tendencia mundial es la preocupación por una justicia pronta y oportuna, la filtración de lo global será necesaria para acoger los modelos de otros países, se impone el sistema del *common law*, es decir una justicia adversarial frente al desplazamiento del *civil law* que aboga por una justicia que tiene al Estado como centro de la administración de justicia. El proceso civil, cada vez más, es materia de regulación internacional, dando paso al fenómeno de la glocalización en la actividad de juzgamiento, es decir, globalización del particularismo y particularización del universalismo, con razón el profesor Michel Taruffo ha señalado que ya no existen fronteras entre el *common law* y el *civil law*, en la medida que el *common law* ha filtrado sistema que como el nuestro se proclaman *civil law*<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> Cabría preguntar, existe un multiculturalismo en el Derecho, cual es la tendencia globalizante en la actividad de juzgamiento, podría superarse la diferencia de culturas jurídicas, se podría concebir una cultura jurídica procesal común, existen los mismo problemas en el mundo en el sistema de juzgamiento, entró en crisis la ley procesal y por ello amerita el cambio cultural de la oralidad, se podría garantizar que la ley procesal con fundamento en la oralidad no entrará en crisis

Esta nueva actividad de juzgamiento indudablemente cambia la forma de enseñar el Derecho, por cuanto en el estudiante deben buscarse otras competencias y estas deben ser fortalecidas, así la improvisación informada, visión global, conocimiento y manejo de los instrumentos tecnológicos (TIC) (artículo 103 y ss del Código General del proceso, concentración, argumentación razonable).

Al estudiante se le debe fortalecer el pensamiento crítico sobre la memorización de información, debe aprender a pensar por sí mismo; que no se limite a reproducir lo que dice el profesor sino buscar el por qué de la importancia de los asuntos procesales y su trascendencia en la sociedad; las humanidades son la clave para formar los líderes del futuro, la idea es cómo construir una sociedad mejor y no cómo convertirse en un alto ejecutivo; hacer prevalecer la ética sobre el desarrollo económico personal, hay que estimular que la honestidad también paga para así, cultivar la altura moral de los ciudadanos del

---

a futuro, cuándo un proceso es racional, cuándo el sistema procesal es óptimo, es cierto que el deudor se lucra con el mal funcionamiento de la administración de justicia y por ello los comerciantes crean sus propios tribunales.

futuro, perseguir sueños y concretarlos en una realidad, enseñar con ejemplos es efectivo<sup>211</sup>.

Por ello, además de las disertaciones en clase se deben desarrollar talleres de diálogos cruzados sobre problemas procesales, visitas a audiencias públicas en lo civil, familia, agrario, comercial, penal, laboral, administrativo, y finalmente deben desarrollarse audiencias simuladas en todas las materias procesales.

Colombia, como colonia española que lo fue, recibió una herencia escritural de España en materia de sistema procesal, la cual perdura aún, pero fustigada por movimientos de transformación que claman por un sistema predominantemente oral.

Esta transformación del sistema procesal de escritural a oral ha causado verdadera conmoción en los justiciables y preferentemente en los sujetos procesales porque implica un cambio cultural, implica una nueva forma de trabajar y de visionar el mundo del Derecho en materia de juzgamiento, un cambio de estatus procesal que significa un nuevo rumbo

---

<sup>211</sup> Pensamiento de Patrick Awuah, ingeniero ghanés fundador de la Universidad de Ashesi (Ghanes).

cultural en la forma de percibir los símbolos procesales que emanan del proceso oral y chocan con los percibidos en el sistema procesal escrito.

La simbología de los imaginarios sociales son, sin duda, en el proceso escrito un juez o magistrado en la comodidad de su silla delegando su trabajo y esperando firmarlo, previa corrección u observación con visos de inteligencia que denote superioridad sobre el delegatario, mientras que en el proceso oral se percibe un juez o magistrado en actitud proactiva, visión global del caso y bajo la égida de la improvisación informada atento a conjurar cualquier situación procesal.

Significa el cambio, la exigencia de una mayor preparación de los actores del sistema de juzgamiento, por ello, la oralidad no puede irrumpir abruptamente, sino gradualmente como ha ocurrido en Colombia, donde por ejemplo, en la ciudad de Barranquilla comenzó a aplicar la Ley 1395 de 2010 (asuntos civil, familia, agrario y comercial) que implementó un proceso verbal por audiencias para llegar finalmente a la aplicación del Código General del proceso que hace obligatoria la oralidad en las audiencias.

Ingenuamente no se puede aceptar que el anhelo por la oralidad es con el fin de obtener “una pronta y oportuna administración de justicia”, detrás de esa proclamación que provoca críticas en punto que no se logra su cumplimiento, se esconden muchos intereses. Los neo-desarrollistas concentraron su mirada, primero, en el aparato judicial. Este especial enfoque fue el resultado de varios factores, los llamados procesos de “transición a la democracia” de los años ochenta abrieron la puerta a la investigación y el juzgamiento de violaciones a los Derechos humanos. La comunidad internacional de inversionistas igualmente, empezó a ejercer presión con el propósito de que se lograra una mayor seguridad jurídica y se redujeran los costos de transacción en los que se incurría en la resolución de los conflictos y empezó a exigir garantías en contra de la intervención legislativa o regulatoria. Un número significado de intereses locales también se aliaron con esta estrategia. Al final de los años noventa, pues, la reforma judicial avanzaba con bastante fuerza en la mayor parte de los países latinoamericanos. El Banco Mundial<sup>212</sup> y el Fondo Monetario

---

212 En la ciudad de Barranquilla y en otras ciudades como Bogotá, Cali, Bucaramanga para la década del 2000, fue notable la presencia del Banco Mundial en la constitución de un equipo de

Internacional, en particular, saludaban tales tipos de reformas: “Durante varias décadas los Gobiernos de Latinoamérica han estado comprometidos con reformas, un término que ha sido primariamente utilizado para describir los esfuerzos que se realizan para lograr el desarrollo a través de la agenda macroeconómica, se hace cada vez más claro, sin embargo, que se requiere ahora una segunda generación de reformas en las que se dé particular atención al sector judicial”. Los principales argumentos en favor de la reforma judicial son, de hecho, críticas funcionales con los que se denuncia la deficiente administración de justicia, la sobrecarga de trabajo, las insuficientes o inexistentes prácticas de dirección procesal, la tecnología anticuada, los procedimientos ineficientes y los jueces y funcionarios corruptos<sup>213</sup>.

Dentro del contexto antes descrito la reforma procesal se introduce bajo una imperiosa necesidad de dar una respuesta oportuna, lo cual se repite, no se

---

“cambio judicial” para efecto de alcanzar una mayor agilización en la resolución de los conflictos judiciales y se dotó a los jueces de aparatos tecnológicos para tal fin, dicha intervención generó desconfianza en muchos jueces y magistrados.

213 ESQUIROL, Jorge L. *Las ficciones del Derecho latinoamericano*. Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, página 327.



ha logrado en ningún país latinoamericano y sobre todo que se cumpla el célebre deseo Ulpiano de “dar a cada uno lo que le corresponde”.

### ***Tópicos sobre la oralidad***

La oralidad nada nueva es, el juicio que se le hizo a Jesucristo fue oral, rápido y contundente, aun cuando desafortunado. Cómo pudiera resultar la aplicación de la oralidad en Colombia por los riesgos y dificultades que implica su aplicación. Se requiere del esfuerzo de todos los sujetos procesales<sup>214</sup> y especialmente del Estado en cuanto al presupuesto que le asigne en su implantación y desarrollo. La oralidad, siendo tan vieja como la humanidad, es un tema que suscita controversia y cobra vigencia en este siglo, especialmente en nuestro país.

Muchos tratadistas atribuyen a Chiovenda ser el padre de la oralidad cuyo pensamiento influyó en

---

<sup>214</sup> Especialmente el Código General del proceso se construye sobre la base de un juez muy responsable, dinámico, sobre el que recae la carga de la actividad procesal, no en vano el Código Iberoamericano de Ética (aplicable a Colombia) instituye en el artículo 42 “El juez institucionalmente responsable es el que, además de cumplir con sus obligaciones específicas de carácter individual, asume un compromiso activo en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial”; vale agregar, si fracasa un sistema judicial fracasaría todos sus componentes dentro de ellos, el juez.

la primera mitad del siglo XX, otros consideran que fue Klein por promover como ministro de justicia un código de procedimiento que implementó la oralidad en Austria a finales del siglo XIX<sup>215</sup>. Sin soslayar la influencia de Bentham, quien con entusiasmo estudió y solicitó mucha atención al proceso oral.

Existe consenso en que la oralidad es una característica formal de los actos procesales<sup>216</sup>. Esa forma de expresión en la oralidad es la palabra hablada, mientras en el sistema escrito es la palabra escrita.

Sobre la existencia de un proceso oral puro, no existe consenso porque no lo hay, el proceso oral que implementa Colombia no es oral puro, pues cuenta con presencia escrita autorizada por el mismo legislador, sobre todo la primera fase del proceso, llamados por algunos de información, de cruce de la controversia, así se observa en la presentación de la demanda, admisión y contestación (esto en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrario).

---

<sup>215</sup> ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría e historia del proceso*, tomo II. México. Instituto de investigaciones jurídicas. 1974, pp.19 y ss.

<sup>216</sup> De ese lado se alinea Niceto Alcalá Zamora, Hernando Morales Molina, Hugo Alsina y otros tantos tratadistas.

### ***Una polémica, es la oralidad una regla o un principio***

Conviene precisar la distinción entre reglas y principios, tema álgido y discutido en el famoso debate de Ronald Dworkin contra Herbert Hart<sup>217</sup>, el cual fue materia de comentario en párrafos precedentes. En sentido amplio los principios son postulados o reglas que indefectiblemente guían el comportamiento humano en sociedad, siempre orientado a alcanzar unos ideales más o menos definidos, en ese sentido pueden señalarse, como ejemplos de principios, la honestidad, la solidaridad, el respeto. En el plano estrictamente jurídico el concepto de principio identifica las pautas de comportamiento que garantizan la convivencia armónica entre los asociados, sobre la base de la aplicación práctica del sistema normativo legítimamente adoptado por

---

<sup>217</sup> Este debate gira en torno a la controversia entre el Derecho natural y el Derecho positivo, que se situaba en el terreno de la práctica judicial, donde se encontraban normas que eran proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, propias de los positivistas que la denominaron reglas (Hart las expresó como reglas primarias y reglas secundarias), pero al lado de estas reglas y según cuestionamientos efectuada por Dworkin se encontraban otras normas con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible a las que denominó principios, posteriormente desarrollados por Robert Alexy como mandatos de optimización.

la colectividad. En este orden de cosas bien puede destacarse como principio, a manera de ejemplo, la buena fe, entre los que se conocen con el nombre genérico de principios generales del Derecho. Ya en el campo del Derecho procesal los principios generales pueden definirse como los postulados que encauzan toda la actividad en el debate procesal en aras de la realización de su propósito esencial; la materialización efectiva del Derecho sustancial legítimamente establecido<sup>218</sup>.

Lo cierto es, que ni en la comunidad académica existe uniformidad sobre lo que es un principio, verbigracia, las normas que se suponen axiológicamente más fundamentales ( la libertad o la justicia), las más generales o que inspiran amplios sectores del ordenamiento (la autonomía de la voluntad o el principio de la buena fe), las que indican los fines de la acción estatal (vivienda digna, convivencia pacífica), las que recogen orientaciones interpretativas (nadie puede alegar su propia culpa para sacar provecho de ella); en fin, múltiples son la formas que asumen los principios.

---

<sup>218</sup> ROJAS, Miguel Enrique. Teoría del proceso. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, p.255.

Con la puesta en marcha del sistema oral, ya se dijo anteriormente que la Ley 1285 de 2009 modificó el artículo 4 de la Ley 270 de 1996 y ordenó que todas las actuaciones judiciales deberán ser orales<sup>219</sup> con las excepciones que establezca la ley. Bajo este mandato legal la Corte Constitucional se refirió al principio de la oralidad, bajo el entendido de que el artículo consagra el principio general de que las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deben ser orales, salvo las excepciones que consagra la ley<sup>220</sup>.

Otros tratadistas se refieren a las llamadas reglas técnicas, para concluir que la oralidad es una regla técnica, llamado por Calamandrei “caracteres típicos del procedimiento”, para Gimeno Sendra

---

219 Así, se implementó la oralidad anteladamente en lo penal con la Ley 906 de 2004, en lo laboral con la Ley 1149 de 2007 y en lo administrativo con la Ley 1437 de 2011 de enero 18. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

220 Sentencia C-713 de 2008 que efectuó la revisión previa del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia. En esta misma sentencia indica que: la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene estructura de principios, en ese sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del Derecho ha establecido la distinción conceptual entre reglas y principios, para advertir que si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno u otro caso.

“principios del procedimiento” y Beatriz Quintero “tipos procesales”.

Las reglas técnicas son aspectos o directrices procesales que no alcanzan el nivel de principio orientadores porque carecen de las características de universalidad, perpetuidad y que no siempre se persigue su realización y en este caso la oralidad carece de estas características, por eso, es una regla técnica, en la medida que es una herramienta al servicio del proceso de juzgamiento que se formula con su opuesto que es la escritura, el mismo legislador en nuestro proceso oral autoriza la forma escrita, y si ello es así no es un principio en la medida que estos no perviven con formulaciones opuestas.

Tanto la oralidad como la escritura se aplican en nuestro sistema procesal por cuestiones de conveniencia dentro de nuestro contexto socioeconómico y político y somos capaces de pasar de un sistema escrito a uno oral y seguramente el que ahora se implanta colapsará y acudiremos al sistema escrito o a uno mixto con prevalencia de cualquiera de las dos formas, y si ello es así, se concluye, no es un principio, es una regla técnica que implica una forma de expresión de los actos procesales y sustanti-

vos que se gestan y desarrollan en la actividad de juzgamiento.

No obstante lo anotado, la oralidad es relevante en la distinción de un sistema procesal por su carácter instrumental y por los fines que por su intermedio se procuran o se aseguran, de allí que con la oralidad se procura realzar la aplicación de otros principios procesales como el de inmediatez, publicidad, concentración y celeridad; de lo cual se concluye que la oralidad es una regla técnica relevante para el sistema de juzgamiento que lo acoja como común denominador de sus actuaciones procesales.

***Es la Ley 1564 de 2012 un Código General del proceso***

En toda esta tendencia globalizante de la oralidad como centro de la actividad de juzgamiento en todos los campos procesales, apareció en Colombia, el Código General del proceso Ley 1564 de 2012, lo primero que cabe reflexionar es si es posible un Código General del proceso.

ElceleberrimoprofesorNICETOALCALÁZAMORA Y CASTILLO, en el año de 1949, en una conferen-

cia dictada en Costa Rica, indicó que en todos los procedimientos se encuentran instaladas zonas comunes o zonas compartidas; de tal manera que con esta expresión sienta los primeros principios para construir una teoría general del proceso y por qué no pensar en un Código General del proceso.

Los más curtidos procesalistas se pronuncian sobre estas zonas compartidas, donde refulgen con sonora importancia: LA ACCIÓN, LA JURISDICCIÓN y EL PROCESO. Por ello el profesor Uruguayo Enrique Vescovi propone el código iberoamericano del Derecho procesal.

El gran maestro PIERO CALAMANDREI, expresa que la actividad de juzgamiento como teoría general debe estudiarse bajo la trilogía acción-jurisdicción y proceso; entendida la acción como la facultad que tiene una persona para poner en movimiento el aparato jurisdiccional; la jurisdicción como poder de juzgamiento o actividad jurisdiccional; y proceso como la actividad que se desarrolla conforme a la ley de procedimiento que regule el caso. Salvatore Satta, indica que en el proceso existen tres caras



de una misma realidad y Ramiro Podetti, señala la existencia de una trilogía fundamental.

Esta trilogía fundamental presente en todos los procedimientos llámense penal, laboral, civil, administrativo, conduce a los grandes procesalistas a pretender la construcción de un Código General del proceso y esa fue la pretensión inicial de los más grandes procesalistas colombiano, entre ellos el profesor Jairo Parra Quijano, quien a través del instituto del Derecho procesal motivó y sustentó esta iniciativa, pero frente a la complejidad y naturaleza de los conflictos, sobre todo en materia penal y administrativo, se optó por un Código General del proceso que regulara los asuntos en familia, agrario, civil y comercial<sup>221</sup>.

## **GRAN DIVISIÓN DEL DERECHO EN OBJETIVO Y SUBJETIVO**

Aun cuando fue tratado en las nociones preliminares de esta obra, menester es de considerar esta división.

---

<sup>221</sup> Se trata de un Código General del proceso o una regulación especial para familia, agrario, civil y comercial

## **Derecho Objetivo**

Es sinónimo de ley positiva, es el conjunto de normas de conducta a las cuales deben someterse los individuos y a cuya observancia pueden ser obligados mediante la fuerza coercitiva del grupo social. Precisamente Hans Kelsen señalaba que el Derecho se distinguía de las demás normas por su coacción o fuerza; donde operaba la técnica de la coacción para obtener la conducta deseada, cual es el respeto por la norma jurídica.

## **Derecho Subjetivo**

Conjunto de reglas, facultades y prerrogativas o poderes que esas mismas reglas jurídicas reconocen a las personas, frente a los demás, para ejecutar determinados actos, conformándose entonces, lo que comúnmente se conoce como los Derechos y que la doctrina coincide en señalar como Derechos subjetivos.



Unidad 5

FUENTES DEL  
DERECHO

---



En su sentido más amplio significa –principio de una cosa– aquello de que fluye, mana el Derecho, según la real academia española fuente es: manantial de agua que brota de la tierra, principio, fundamento u origen de algo<sup>222</sup>.

Algunas veces se hace referencia a las fuentes del Derecho para aludir a las entidades de las cuales emana la normas que componen el ordenamiento jurídico<sup>223</sup>; pero, fuentes del Derecho también son los modos o las formas a través de los cuales se manifiesta la norma jurídica, que son las reglas para la organización social y prescripciones para la solución de los conflictos.

En sentido más estricto, la expresión fuentes del Derecho, se refiere a los elementos constitutivos de la sustancia de la norma jurídica (fuentes reales) y a las varias formas que dicha sustancia puede tomar para imponerse como reglas de conducta social me-

---

222 Diccionario de la real academia española. Vigésima segunda edición. 2001.

223 Según Hans Kelsen, las fuentes son el Derecho mismo, serían las mismas normas jurídicas ya que sirven de fundamento al proceso de creación normativa; lo cual es contrarrestado bajo el entendido que no se trata de una fuente de validez de cierta norma, sino a la existencia misma de esa norma que actúa como fuente de validez.

dian­te la fuerza coe­rci­ti­va del grupo so­cial (fuen­tes for­ma­les).

Las fuen­tes ma­te­ria­les son de con­te­ni­do so­cio­lógico y su ori­gen está en la so­cie­dad, las fuen­tes for­ma­les por el con­tra­rio ra­di­can en el ám­bi­to pro­pia­men­te nor­ma­ti­vo y son las for­mas de ma­ni­fes­tar­se, las for­mas crea­do­ras de De­re­cho.

Co­lo­mbia a par­tir del año de 1991 se enar­bola como un Es­ta­do So­cial de De­re­cho, plu­ra­li­sta, par­ti­ci­pa­ti­vo y de­mo­crá­ti­co. Lo cual im­pli­ca un Es­ta­do que se ha con­sti­tu­ci­o­na­li­za­do e in­ter­na­ci­o­na­li­za­do. La con­sti­tu­ción ha in­va­di­do todo el De­re­cho, y ello im­pli­ca una nue­va con­struc­ción e in­ter­pre­ta­ción de las di­fe­ren­tes ex­pre­si­o­nes del De­re­cho.

Al­gunos tra­ta­di­stas si­tuán el pro­ble­ma de fuen­tes a par­tir del pro­ce­so con­sti­tu­ci­o­na­l<sup>224</sup> de crea­ción de nor­mas ju­rí­di­cas, sin per­der de vi­sta el pa­pel fun­da­men­tal que tie­ne la so­cie­dad en esa pro­duc­ción nor­ma­ti­va, ha­sta el pun­to que se con­si­de­ra que

---

<sup>224</sup> La do­ble con­di­ción de la Con­sti­tu­ción Polí­ti­ca como nor­ma ju­rí­di­ca y como nor­mas de nor­mas (nor­ma su­pre­ma) la si­tuá como fuen­te del De­re­cho, si­no adema­s, como nor­ma re­gu­la­do­ra del pro­pio si­ste­ma de fuen­tes. El con­cep­to de je­rar­quía nor­ma­ti­va se con­struye a par­tir de la Con­sti­tu­ción Polí­ti­ca.

tanto las fuentes formales como las reales tienen un sustento material en la convulsión social.

El profesor Luis Prieto Sanchís con mucho tino afirma sobre las fuentes del Derecho: Las fuentes del Derecho no solo representan un capítulo esencial para determinar la validez de las disposiciones y normas, sino que encierran también una evidente decisión política acerca del ejercicio y distribución del poder social. Definir cuáles son los modos de producción jurídica y establecer un orden jerárquico entre la misma entraña así el establecimiento de una determinada estructura de poder, que es lógicamente de naturaleza política... decidir cuáles son las fuentes del Derecho equivale a decidir quién y cómo manda<sup>225</sup>.

Luego vale anotar, decidir en Colombia cuáles son las fuentes del Derecho equivale a decidir quién nos manda: El poder estatal, que proviene de una opción política respaldada en una Constitución Política y el cual se ejerce con el concurso, aun cuando con atribuciones propias, de unas autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales; y cómo lo hace: el legislador

---

<sup>225</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Apuntes de teoría del Derecho. Editorial Trotta. Tercera edición, p.159.



expidiendo leyes de todo tipo, los jueces a través de aplicación e interpretación de la ley, las autoridades ejecutivas regulando la función administrativa. Como puede apreciarse en todas esas actividades está la presencia de las fuentes del Derecho, luego su importancia irradia todo el ordenamiento jurídico, político, económico, social de un país.

## **CLASES DE FUENTES**

1. Fuentes reales o fuentes materiales.
2. Fuentes formales.

### **Fuentes reales**

El Derecho es un producto social, fluye de factores determinados por la misma naturaleza humana y de las relaciones del hombre con el medio social y físico.

Debe considerarse que el hombre es un ser tridimensional, condicionado a tres factores fundamentales.

- a) Su estructura psicofísica; b) El medio social en que se desenvuelve; c) El medio físico en que se desarrolla. Factores estos inseparables entre sí, lo que

lo acompañan en su trayectoria. Que lo condicionan en la relación social, en la relación con la naturaleza y en la comprensión e interpretación de esas relaciones.

Las fuentes reales comprenden los siguientes elementos.

Elementos objetivos, que está constituido por aquellos fundamento susceptibles de experiencia y de ser conocidos mediante el empleo del método científico, observación, experimentación, análisis, y que comprende los siguientes elementos: datos de la naturaleza (geografía, clima, etc), datos de la naturaleza social (condiciones económicas, laborales, uso, costumbre tradiciones), datos de la naturaleza humana (condiciones física, síquicas, intelectuales) y en segundo punto, los datos históricos los cuales están constituidos por los fenómenos sociales.

Elementos interpretativos, se refieren a los razonamientos o valoraciones sobre los resultados de los hechos, de la naturaleza física, social y humana, a fin de extraer reglas de conducta jurídica, a fin de inferir reglas de conducta externa de obligatorio cumplimiento.

Pensar el Derecho como una práctica social discursiva significa asumir que consiste en algo más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos; que es al mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican y, además, los que a nivel de los súbditos opera como sistema de representaciones. Es posible distinguir tres niveles en la estructura del discurso jurídico, el primero constituido por las normas; el segundo, por las interpretaciones técnica, acerca de las normas, aquellas que realizan los operadores del Derecho, paradigmáticamente los jueces; pero también los abogados, los doctrinarios y otros de menor incidencia, como los martilleros, procuradores, practicones, etc. Por último, el de los súbditos, en el que se condensan con mayor eficacia, los elementos imaginarios, los juegos ficcionales y los mitos operativos del Derecho<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> CARCOVA, Carlos María, ¿qué hacen los jueces cuando juzgan? (enfoques plurales sobre la interpretación del Derecho y la hermenéutica jurídica), el Derecho en acción, ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho # 6, Ara Editores, pág.219.

## Fuentes Formales

Esta categoría se refiere a las formas determinadas de expresión que toma la sustancia del Derecho (fuentes reales) para imponerse a la colectividad como reglas de conducta social obligatoria, es decir, conducta jurídicas. Consigue que el contenido de las fuentes reales, tome la forma de mandato específico obligatorio para todos los miembros de la comunidad. Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las fuentes formales del Derecho “históricamente la doctrina ha entendido las fuentes formales del Derecho objetivo como los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, trátase de la legislación, la jurisprudencia o la costumbre”<sup>227</sup>.

Las fuentes formales constituyen objeto de conocimiento del Derecho, sobre la cual se ocupan los juristas para concretar la realización del Derecho principalmente en la decisión judicial, en las relaciones jurídicas que se traban entre personas natu-

---

<sup>227</sup> Sentencia C-816 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

rales, jurídicas, en las actuaciones de la administración y sus administrados.

En Colombia el sistema de fuentes tiene su origen legal en la Ley 153 de 1887, quien diferenció entre fuentes primarias y secundarias, así el artículo 8 de dicha Ley establece como fuente primaria a la ley y como fuente secundaria la doctrina constitucional, y las reglas generales del Derecho. En la misma Ley 153 de 1887 establece en el artículo 13 la costumbre como fuente formal del Derecho y en el 10, la fuerza legal de las decisiones de la Corte Suprema al indicar que tres decisiones uniformes como tribunal de casación sobre un mismo punto de Derecho constituyen doctrina probable.

Esta misma orientación de fuentes primarias y secundarias se llevó a la Constitución Política de 1991 en su artículo 230 cuando expresa “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Esto conllevó a serias contradicciones en la medida que se repetía que la ley era la fuente

primaria y a lo único que estaban sometidos los jueces, cuando la nacida Constitución Política de 1991 establecía la supremacía de la Constitución (artículo 4), la importancia de los tratados internacionales, sobre todo en materia de Derechos humanos (artículo 93), etc. Esto conduce a que la Corte Constitucional y aprovechando las demandas de inconstitucionalidad que sobre diferentes leyes originó el artículo 230 citado, se pronunciara indicando que el término ley debía entenderse como ordenamiento jurídico<sup>228</sup> y que en todo caso los jueces y destinatarios de la ley están sometidos al Derecho<sup>229</sup>.

Luego vale anotar, que exista una regulación legal de fuentes y una constitucional, no implica un obstáculo siempre y cuando se observe que el sistema legal de fuentes solo será válido si no contradice lo ordenado en la Constitución.

---

228 Consúltense para tal efecto las Sentencias de La Corte Constitucional C-486 de 1993, la C 836 de 2001, C-539 de 2011.

229 En la cultura jurídica romanística (naciones latinas y germánicas) prevalece la ley, en cuanto al sistema angloamericano (*common Law*) tiene prelación el precedente judicial, es decir, la jurisprudencia reiterada de las altas cortes.

### ***Clases de fuentes formales***

Son de diversas clases, son típicas de determinadas áreas del Derecho. Aquí abordaremos la ley en sus múltiples manifestaciones tanto a nivel internacional como a nivel nacional donde refulge la constitución, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales y el negocio jurídico.

#### *La Constitución como fuente formal del Derecho*

La Constitución Política es un conjunto de normas jurídicas que contienen la organización, funcionamiento y estructura del Estado y como este se legitima en el ejercicio del poder político.

La asamblea nacional francesa de 1789 indica en el artículo 16 “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los Derechos ni determinada la separación de poderes no tiene constitución”. Con esto se determina la importancia de la constitución como documento político de garantía y de control. La Revolución francesa origina la primera constitución europea, la de 1791, y el movimiento liberal español forja la constitución de Cádiz de 1812. El

Derecho norteamericano consagra la supremacía de la constitución.

La vieja polémica es, si la norma constitucional es fuente de Derecho hasta el punto que pueda ser aplicado por los jueces en sus decisiones, o si por el contrario constituye un mandato dirigido al legislador que solo afectará a las actividades de los órganos del Estado en la medida que se haya incorporado a las leyes.

En Colombia es evidente el camino de la eficacia constitucional que obliga al juez a aplicar la constitución en todos los procesos en virtud de ser la norma superior.

#### *La Constitución como norma de normas*

El artículo 4 de la Carta Política indica “la Constitución es norma de normas. En todo caso, de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.



La constitución como norma superior fue creación jurisprudencial a cargo de los Tribunal de los Estados Unidos, en la sentencia del juez Marshall en 1803, en el caso *Marbury vs Madison*: en esa sentencia el juez Marshall proclama la Constitución como la norma suprema.

Es la dogmática alemana del siglo XIX que comenzó a regular la jurisdicción en lo público, predicando el carácter normativo de la Constitución, en cuanto a que regula Derechos fundamentales, normas organizativas de los poderes públicos, normas de carácter programático.

Los tratadistas reconocen el carácter abierto de las normas constitucionales así García de Enterría expresa: “el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente la totalidad de los jueces y tribunales del sistema y no solo al Tribunal constitucional, y esa vinculación directa incluye las siguientes necesarias aplicaciones de la norma suprema, que ha de entenderse que se incluyen entre las funciones preceptivas a que les obligan los principios de sometimiento al imperio de la ley<sup>230</sup>”.

---

<sup>230</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Edit. Civitas, p.66.

En el ordenamiento jurídico colombiano, es evidente la norma constitucional como norma superior. En la jurisdicción también se reafirma la superioridad de la constitucional, aun cuando esta haya originado el mal llamado choque de trenes con la jurisdicción ordinaria. Esta superioridad se reafirma cuando la Corte Constitucional tiene competencia para declarar inexequibles o invalidar leyes que estén en contra de la Constitución.

No obstante esta superioridad es cuestionada, cuando se observa cómo opera la Constitución frente al Derecho internacional. El Derecho internacional debe ser acatado en virtud de lo formulado en el artículo 9 de la Constitución, el reconocimiento de los principios del Derecho internacional aceptado por Colombia". Por lo expresado en el artículo 150 numeral 16 de la Carta Política "aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de Derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros estados".

Por lo dicho en el artículo 93 “los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los Derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen el orden interno. Los Derechos y los deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos humanos ratificado por Colombia”. El artículo 94 informa “la enunciación de los Derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”, además el artículo 214 de la Carta señala “no podrán suspenderse los Derechos humanos ni las libertades fundamentales. Además en todo caso se respetarán las reglas del Derecho internacional humanitario”.

Esencialmente en la Constitución se encuentran normas de carácter filosófico, el Estado que aspiramos ser, los dogmas constitucionales que rigen nuestro Estado y normas atinente a su organización, las orgánicas.

Antes de abordar la fuente formal llamada ley es menester adentrarnos al concepto de norma jurídica, para precisar y diferenciar estos conceptos.

*Norma Jurídica: ubicación del Derecho dentro de las leyes que influyen la actividad humana.*

Existen leyes de la naturaleza, leyes del pensamiento y leyes del comportamiento.

La vida del hombre está determinada por múltiples leyes, natural o físicas, su pensamiento y comportamiento está determinado por lineamientos que permiten conocer y explicar lo que sucede, por ello se dijo anteriormente que el hombre es un ser tridimensional.

La ley en su sentido más básico, puede entenderse como la fórmula que expresa una relación, es decir, la ley, inicialmente es un modelo que tiene como función explicar la manera como se presentan los fenómenos.

La ley permite al hombre entender lo que es él, y cómo funciona en el ambiente que lo rodea.

Conforme a que el hombre es un ser tridimensional: dimensión psicofísica, física y social; permiten establecer leyes de la naturaleza, leyes del pensamiento y las leyes del comportamiento social, dentro de esta última encontramos la del Derecho, veamos:

### *Leyes de la naturaleza*

La naturaleza es el conjunto de todo lo que forma el universo en cuya creación no ha intervenido el hombre. En tal sentido, las leyes que rigen se entenderán como enunciados que expresan relaciones constantes entre fenómenos naturales.

Estas leyes son descriptivas, es decir, se limitan a explicar cómo se producen, en su sentido estricto serán falsas o verdaderas en la medida en que su contenido corresponda o no a la realidad natural que pretende describir. Ejemplo, la ley de Newton sobre el movimiento: todo cuerpo continúa en su estado de reposo a menos que sea compelido a cambiar de estado por fuerzas impuestas sobre él. Esta se llama ley de inercia, porque inercia significa resistencia al cambio, la ley establece que un objeto tiende naturalmente a mantener cualquier velocidad que tenga. Luego, entonces, la primera ley será:

si sobre un objeto no se ejerce fuerza, la aceleración del objeto es cero. En la ley que se acaba de expresar simplemente se explica la manera en que interactúan fuerza y cuerpo, para generar movimiento.

En las leyes de la naturaleza existen principios de causalidad: se explican los fenómenos bajo el enunciado dada la causa es el efecto, dado la exposición de un cuerpo al calor se producirá la dilatación.

### *Las leyes del pensamiento*

Pensar es el acto por el cual el individuo se forma ideas en la mente. El conocimiento mismo parte de ciertos principios fundamentales o puntos de partidas, sin los cuales no sería posible pensar con orden, con sentido y rigor coherente.

De esta labor se encarga la lógica, entendida esta como la ciencia que enseña a razonar con exactitud, y que en desarrollo de su objeto efectúa el estudio de métodos y principios utilizados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto, estos principios son:

1. El principio de identidad. Todo objeto es idéntico así mismo y se simboliza A es A, es aceptar

que una cosa es una cosa, una cosa puede cambiar pero sigue siendo la misma.

2. Principio de no contradicción: es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo. Se simboliza así: No es posible pensar al mismo tiempo p y no p.
  
3. El principio del tercer excluido: dos juicios contradictorios no pueden ser ambos falsos, se expresa que si uno de ellos es verdadero el otro tiene que ser necesariamente falso A es B o A no es B, ejemplo: El perro es un mamífero, el perro no es mamífero, no podemos rechazar estas dos proposiciones por cuanto no hay una tercera posibilidad, significa entonces que una de las alternativas es falsa por cuanto no existe una tercera posibilidad.
  
4. El principio de razón suficiente, se explica en el sentido que “todo objeto debe tener una razón suficiente que lo explique”: lo que es, es por alguna razón, nada existe sin una causa o razón determinante. Nada puede ser nada más porque sí, pues todo obedece a una razón.

### *Leyes del comportamiento*

El comportamiento se entiende como la manera de comportarse, es decir, de actuar. Esta última palabra, a su vez, se define como obrar o realizar actos libres y conscientes. El comportamiento humano es diverso. El comportamiento se estructura a partir de actos y conductas. Los diferentes comportamiento sociales y entre ellos los jurídicos se resuelven a partir del principio de imputación.

### **El principio de imputacion**

Dado un supuesto A debe ser la consecuencia. Dado un homicidio corresponde una sanción.

Este principio, el de imputación, se encarga entonces de estructurar lógicamente las diversas normas del comportamiento. La moral, la norma religiosa, la norma social y concretamente el Derecho.

### **Enunciado normativo y proposicion normativa**

La norma jurídica, que es la que interesa para este estudio se ubica en las leyes de comportamiento, es menester distinguir además:



**ENUNCIADO NORMATIVO:** Se entiende la referencia o expresión que se efectúa respecto de si algo— una conducta se puede hacer o no. Por norma se entiende aquel enunciado que trata de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos.

**PROPOSICIÓN NORMATIVA:** aquellas oraciones que califican ciertas acciones como obligatorias o prohibidas o permitidas de conformidad con ciertas normas y, específicamente con un sistema de normas.

Ejemplo: en un establecimiento abierto al público encontramos un aviso: es prohibido el acceso a menores, esto es un enunciado normativo, si en el mismo sitio encontramos un aviso que indique “código nacional de policía artículo 112, en ningún establecimiento donde se consumen exclusivamente bebidas alcohólicas, se permitirá la presencia de menores de dieciocho años”, estaremos en presencia de una norma.

Empero lo anterior si el aviso hace una mención como:

“LA LEY COLOMBIANA PROHIBE EL ACCESO DE MENORES DE EDAD A ESTE LUGAR” ciertamente resulta imperioso reconocer que esto constituye una proposición normativa.

Se puede afirmar entonces:

1) Las normas jurídicas son válidas e inválidas, eficaces e ineficaces, justas o injustas, pero jamás se puede decir falsas o verdaderas. 2) Las normas jurídicas hay que distinguirlas de las proposiciones normativas y desde luego, del mero enunciado normativo, y que estas últimas sí son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, más no las normas jurídicas como quedo anotado.

No obstante, en el mundo existen normas sociales, gramaticales, de juego y las normas jurídicas que se encargan de procurar un orden justo y pacífico de convivencia.

Es importante fijar la distinción existente entre enunciado jurídico y norma jurídica planteada por la Corte Constitucional en innumerables fallos así:

Una disposición o enunciado jurídico corresponde al texto en que una norma es formulada, tales como

artículos, numerales o incisos, aunque estas formulaciones pueden encontrarse también en fragmentos más pequeños de un texto normativo, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición. Las normas, siguiendo con esta construcción, no son los textos legales sino su significado. Ese significado, a su vez, solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos, según la forma en que cada intérprete les atribuye significado. Las normas de competencia del orden jurídico definen, sin embargo, el órgano autorizado para establecer con autoridad la interpretación jurídica de cada disposición, según criterios de especialidad y jerarquía, en el sistema de administración de justicia<sup>231</sup>.

### **Normas Jurídicas y la Ley**

En la teoría jurídica se suelen utilizar las expresiones más técnicas de “norma” o “regla”, en lugar de ley, para aludir al objeto de estudio de los juristas. “Normas” es usada, en mayor medida, por autores

---

<sup>231</sup> Sentencia de la Corte constitucional 312 de 2017.

con formación jurídica continental, mientras que aquellos que provienen de una formación anglosajona suelen emplear la expresión “regla” para referirse al mismo dominio del discurso. Sin duda la ley encuentra su explicación dentro del concepto genérico de norma jurídica, vale anotar, la ley es una norma jurídica, pero no toda norma jurídica es una ley. Los conceptos norma y ley no son sinónimos; existen entre ellos claras diferencias: a) El concepto de norma tiene una mayor extensión y amplitud que el de la ley, ya que esta es solo una de las muchas formas en que puede manifestarse aquella. Son también formas de expresión de las normas jurídicas: la costumbre, la sentencia de los tribunales, etc. b) En la norma predomina el elemento formal, en cambio en la ley, el material. c) La norma como concepto que es, puede existir por si sola; la ley en tanto, necesita de legislador, promulgación y vigencia<sup>232</sup>.

No obstante, nuestra Carta Política en el artículo 4 equipara el concepto de ley al de norma, cuando indica: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las

---

<sup>232</sup> PACHECO G, Máximo. *Teoría del Derecho*. editorial Temis s.a. cuarta edición. p.49.

disposiciones constitucionales (...). Esta semejanza también la utiliza la Constitución en el artículo 150 cuando señala “Corresponde al Congreso hacer las leyes (...)” y en los numerales 8, 10, 18, 19 expresa la de “expedir normas(...) o dictar normas(...)”<sup>233</sup>.

---

233 El profesor, Francisco Valderrama Bedoya, en su ensayo, la norma jurídica, contenido en la obra “teoría del Derecho” plantea las siguientes diferencias entre ley y norma jurídica: En el discurso científico, bien sea en el lenguaje matemático, de la física, de la astronomía o de las ciencias naturales es muy común el concepto de “ley”, pero para hacer referencia a relaciones de causalidad o necesidad, pero la norma jurídica, expresa una relación de imputación entre antecedente y consecuente, que implica o presupone una estructura de libertad que es en la que se desenvuelve el Derecho. Es decir, en las leyes de la naturaleza, es necesario su cumplimiento y no dependen de la voluntad o la libertad humana; además, las normas jurídicas expresadas en un código penal, civil, laboral no son necesarias para el normal desarrollo de la naturaleza, y su existencia y cumplimiento de la libertad del ser humano. En la ley física o natural, la relación causa-efecto es necesaria (la caída de un objeto); en la norma jurídica dicha relación no es necesaria, simplemente es posible si el sujeto realiza o vulnera el deber ser, por ejemplo cuando el código penal colombiano expresa en su artículo 103 “el que matare a otro, incurrirá en prisión de trece a veinticinco años”. Si Santiago mata con intención o sin intención a otro ser humano, intervino su voluntad y se desobedece el deber ser, por tal motivo, al cumplirse el antecedente (Santiago mato a Javier), se debe dar el consecuente (privación de la libertad). Por consiguiente, el concepto de ley solo se debería referir a las leyes físicas o naturales, en donde la causalidad y la necesidad se complementan, y el concepto de norma se debe utilizar en un lenguaje regulador de conductas humanas, ya que su símbolo de identificación es la libertad (relaciones jurídicas, morales o sociales) y su vulneración da lugar a la sanción (jurídica, moral o social).

El concepto de norma jurídica es un tema esencial en la ciencia del Derecho en relación con la filosofía del Derecho, así el orden jurídico es tratado como un conjunto normativo y el mejor ejemplo de ello es el pensamiento de Hans Kelsen. No es un tema pacífico el concepto de norma jurídica, ni cuál es su característica relevante, ni cuántas clases de normas jurídicas hay, pero el estudio de la norma jurídica es definitivo para la caracterización y descripción del Derecho.

### **Grupos de normas jurídicas**

Es ideal determinar cuáles son las características que permiten identificar un subconjunto de ellas como “normas Jurídicas”.

Para este trabajo nos apoyaremos en la obra de Henrik von Wright, *NORMA Y ACCIÓN* (1979), con ello se buscará precisar las diferentes normas jurídicas que existen.

### **Qué es una norma**

La doctrina de Von Wriith opta por dividir las normas en tres grupos principales y tres grupos

menores, según la importancia y la independencia que posean.

### **Grupos principales de normas**

1. Reglas definatorias (o determinativas), el paradigma de estas normas la constituyen las reglas de un juego, las que poseen las siguientes características: a) Determinan los movimientos del juego, el juego mismo, y la actividad de jugarlo; b) Determinan los movimientos correctos, desde el punto de vistas de la actividad las jugadas permitidas; c) Determinan que los movimientos incorrectos están prohibidos, y que el único movimiento permitido en una situación de juego constituye una movida obligatoria. Se pueden asimilar a estas reglas, las de la gramática, ejemplo, todas las palabras agudas terminadas en n, s o vocal llevan tilde.
  
2. Prescripciones: Las leyes del Estado son los ejemplos más claros de este tipo de normas, que se caracterizan por lo siguiente: a) Tienen su origen en la voluntad de una autoridad normativa; b) Son destinadas o dirigidas a algún agente, sujeto normativo; c) Manifiestan la

voluntad de la autoridad normativa dirigida a que el sujeto normativo se comporte de una manera determinada; d) Para dar a conocer la norma la autoridad promulga la norma; e) Para dar efectividad a su voluntad la autoridad añade una sanción, amenaza o castigo, para que le sea aplicada al sujeto normativo en caso de desobediencia.

En términos generales, las prescripciones son órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto (Von Wright, 1979), son ejemplos de ellos, las órdenes militares, las reglas de tránsito, por ejemplo, si un padre le dice a su hija: no puedes salir esta noche a bailar, si lo haces suspenderé tu viaje a Canadá, desde luego ha emitido una prescripción.

3. Directrices (o reglas técnicas). Guardan relación con los medios a emplear para alcanzar determinado fin. Su formulación típica es la de una oración condicional en cuyo antecedente se hace mención de alguna cosa que se desea y en cuyo consecuente se hace mención a lo que hay (o no) que hacer para alcanzarla.



Ejemplo, si desea encender el televisor utilice el botón verde.

**Grupos menores de normas:**

- A. Costumbres; son especies de hábitos, es decir, regularidades en la conducta de carácter social. Para diferenciarlas de las prescripciones hay que anotar, que las costumbres no necesitan promulgación por medio de símbolos, pueden ser consideradas prescripciones implícitas, determinan las formas de vida características de ciertas comunidades, lo que parece asemejarlas a las reglas definitorias o determinativas.
  
- B. Principios morales; son menores porque el desafío es buscar la afinidad que guardan con los otros tipos de normas.
  
- C. Reglas ideales; establecen patrones de bondad, es decir, aquellas características que deben tener las personas para ser considerados buenos.

## Qué es una norma jurídica:

¿Qué características peculiares deben tener las prescripciones para ser consideradas normas jurídicas?

Poseer seis componentes: carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad, sujeto y ocasión, y dos elementos que si bien pertenecen a ellos de manera esencial, no forman parte de las prescripciones en el mismo sentido que los otros seis (promulgación y sanción), los tres primeros componentes forman lo que Von Writh denomina NÚCLEO NORMATIVO, esto es, la estructura lógica común con otros tipos de normas. Los restantes componentes son exclusivos de las prescripciones.

1. Carácter; depende de si la norma se da para permitir algo, para prohibirlo o para hacer obligatoria su realización, encontramos entonces, permisos, prohibiciones y los mandamientos u órdenes
2. Contenido; el contenido está conformado por la acción (actos y abstenciones) o actividad que resulta permitida, prohibida u obligatoria.
3. Condición de aplicación; son aquellas condiciones que tienen que darse para que exista

oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una prescripción ejemplo, abra la puerta, luego la puerta debe estar cerrada.

4. Autoridad; es el agente que emite la prescripción, es decir, quien permite, prohíbe, u obliga a determinados sujetos determinadas cosas en determinadas ocasiones.
5. Sujeto; es el agente o agentes a quienes la prescripción va dirigida. Hay prescripciones particulares que van dirigida a una persona en particular y hay prescripciones generales que van dirigidas a todos los hombres sin distinción o a todos los que cumplan con ciertas características.
6. Ocasión; es la mención en la formulación de la prescripción de una localización espacio temporal para la realización de las conductas que regula.
7. Promulgación; es la formulación de la norma utilizando para ello el lenguaje. Las prescripciones dependen del lenguaje. Se suele usar el modo imperativo o las sentencias deónticas es decir, aquellos que contienen verbos deónticos, puede, debe, tiene que no.

8. Sanción; es la amenaza o castigo, explícito o implícito por desobediencia.

Para sintetizar lo dicho, se puede afirmar que el agente que da mandato, promulga la norma y le apareja una sanción o amenaza de castigo por desobediencias eficaces. Cuando esto se produce, se han establecido unas relaciones normativas entre la autoridad y el sujeto. El acto normativo se ha ejecutado con éxito. Como resultado de su ejecución con éxito existe, es decir, se ha emitido y está en vigor, una prescripción.

Hart, sostiene, en *El concepto de Derecho* (1963), que la característica general más destacada del Derecho es que su existencia implica que ciertas conductas humanas dejan de ser optativas para ser obligatorias.

Por norma jurídica se entenderá: una prescripción emitida por un agente humano, denominado autoridad normativa, dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados sujetos normativos, que obliga, prohíbe o permite determinadas acciones o estado de cosas. Órdenes o mandatos están incluidos en esta noción de norma. La formulación

de la norma por medio de oraciones deónticas (oraciones con términos como obligatorio, prohibido o permitido) u oraciones en modo imperativo y aun indicativos, puede variar de un caso a otro. Lo decisivo es el uso prescriptivo de las palabras u otros símbolos. Debe quedar claro, sin embargo, que la restricción impuesta respecto del alcance que daremos al término norma como equivalente a prescripción, no implica que el Derecho esté compuesto exclusivamente de prescripciones, pues, además de normas prescriptivas, el sistema jurídico puede contener elementos de otros tipos (o si se prefiere, otros tipos de normas, como normas definitorias o normas constitutivas). Este es el caso por ejemplo, de las definiciones y las disposiciones derogatorias<sup>234</sup>.

### **Elementos tradicionales de la norma jurídica**

En el Derecho, más concretamente en la norma jurídica, se distinguen cuatro elementos esenciales, inseparables, íntimamente relacionados entre sí, que tradicionalmente se han aceptado pero que

---

<sup>234</sup> BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*.

la evolución normativa ha llevado a reevaluar como antes quedó anotado en el capítulo precedente.

Una figura de un tetraedro

1. SUJETOS: UN SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.
2. UNA PRESTACIÓN.
3. RELACIÓN JURÍDICA.
4. LA GARANTÍA.

### **Sujeto Activo:**

Es la persona titular del Derecho, ya sea natural o jurídica, el beneficiario de la norma jurídica, en términos de Derecho privado, el acreedor. Derecho a la huelga, sujeto activo o titular de ese Derecho es el trabajador. En un préstamo el titular del Derecho es el acreedor.

### **Sujeto Pasivo**

Es necesariamente una persona natural o jurídica, es aquel sobre quien recae la obligación de cumplir

la norma a favor del titular del Derecho, es decir, es el que sufre el imperio de la norma jurídica y es obligado a cumplir en beneficios del sujeto activo, en el campo del Derecho privado es simplemente el deudor.

Hay casos en que las partes recíprocamente son sujeto activo y pasivo, ejemplo: La compraventa.

En el campo del Derecho penal las cuestiones son diferentes, el sujeto activo es la persona que ejecuta la acción punible y el que la sufre es el sujeto pasivo. Ejemplos: el homicidio, lesiones personales.

### **Prestación**

La prestación u objeto de la regla jurídica es la abstención o la actividad a que es obligado el sujeto pasivo en beneficio del titular del Derecho o sujeto activo.

Es conveniente no confundir el objeto de la norma de Derecho o sea la prestación (el hacer o el abstenerse) con el objeto de la prestación, o sea, la cosa a que se refiere ese hacer o esa abstención.

## **Clasificación de las prestaciones**

### **DAR, HACER O NO HACER**

#### **DAR**

Aquellas en que el deudor se obliga a transferir a su acreedor un Derecho real sobre una cosa. Compra-venta de un inmueble: el vendedor debe dar transfiriendo mediante la tradición el bien inmueble y el deudor pagando el precio.

#### **DE HACER**

El deudor se obliga a realizar una determinada acción permitida por la ley. Ejemplo: conservar la cosa vendida, realizar el trabajo.

#### **DE NO HACER**

Abstenerse de ejecutar un acto, ejemplo, actos que impidan la servidumbre de luz, en el arriendo abstenerse de utilizar el bien inmueble arrendado para cosas distintas para el cual fue arrendado. Obligarse a no participar en una obra de teatro.



## **Requisitos de la prestación**

La prestación debe ser determinada, que se pueda precisar, posibilidad de cumplirla, moralmente permitida, y que sea lícita.

## **Relacion Jurídica**

Es el vínculo que se da entre los dos sujetos, surgido de la realización de un supuesto normativo de ellos en la calidad de sujeto activo (titular de un Derecho subjetivo) frente al otro que tiene la calidad de sujeto pasivo (obligado a dar, hacer, no hacer, en favor de la otra parte). Dentro de la relación jurídica es preciso distinguir: hecho jurídico, es el supuesto contemplado en la norma. Deber jurídico, la tiene el sujeto pasivo que lo lleva a cumplir con la prestación exigida. Derecho subjetivo, es el que permite exigir el cumplimiento de la prestación.

## **Garantía**

La garantía es la fuerza externa que obliga al respeto de la norma jurídica y que permite diferenciar a

la norma de Derecho de cualquier otra norma. También llamada consecuencia jurídica.

El Derecho sin la fuerza es la impotencia (León Duguit).

La sanción puede ser represiva: las que afectan la libertad, las que afectan el patrimonio, multas,

La sanción puede ser restitutiva: las que buscan reparar la afección que en su patrimonio moral o material ha sufrido el individuo perjudicado con la violación. Ejemplo: nulidad, la reparación de perjuicios como sanción. El profesor Cohen afirma: en adelante la ley expande esa regla, verbigracia, el artículo 2342 dispone la legitimación activa de la acción resarcitoria que resulta del daño, los artículos 2343 y 2344 regulan la legitimación pasiva; y en lo sucesivo, cada norma gobierna aspectos de la responsabilidad desde el presupuesto de la existencia de un agravio inferido a otro y la reparación<sup>235</sup>.

En conclusión, la norma jurídica es el postulado que orienta hacia un determinado comportamien-

---

<sup>235</sup> COHEN PUERTA, Melvin Munir. *La responsabilidad civil como Derecho preventivo y resarcimiento de daños*. Librería jurídica Sánchez R Ltda. Primera edición. p.55.

to jurídico, en tanto que la ley es la que se genera de un proceso legislativo respaldado en una norma constitucional. Por ello, toda ley es una norma jurídica, pero no toda norma jurídica es ley, ya que la norma jurídica se puede expresar como ley, principio general del Derecho, la encontramos en una sentencia expresada como regla o subreglas, en la costumbre, en el negocio jurídico, en los tratados internacionales.

### **Triple visión de la norma jurídica**

Frente a cualquier norma jurídica se plantea una triple visión de problemas, aun cuando estas no sean las únicas:

1. Si es justa o injusta (justicia)
2. Si es válida e inválida (validez)
3. Si es eficaz e ineficaz (eficacia)

### **Visión de la norma jurídica justa**

Frente al primer problema es necesario anotar, que el problema de la justicia es problema de la corres-

pondencia o no de la norma jurídica a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. Estos valores de nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en los tratados de filosofía; para nuestro sistema jurídico se encuentran en la Constitución Política (artículos 1, 2).

Sin desconocer que muchas veces esos principios y valores a través de la historia representaron la concepción de Estado de la época e incluso en las constituciones políticas como la de Virginia (Estados Unidos de América) se legitimaba la esclavitud, luego vale anotar, esos principios y valores deben responder a un concepto real de justicia, que se brinde el escenario de cumplimiento y satisfacción de los mismo, ya que la Constitución Política debe ser una construcción viva que se edifica todos los días en beneficio de todos y no de un sector de la población como generalmente se da.

Representa este aspecto la oposición entre el mundo ideal y el mundo real, entre lo que debe ser y lo que es. Plantear el problema de que es real y lo que es ideal, se conoce esto como el problema deontológico del Derecho. De este punto de vista se ocupa el estudio axiológico o valorativo, y surgen de su

concepción o punto de vista de la justicia diferentes vertientes de las escuelas del pensamiento, como el Derecho natural, el Derecho positivo, la escuela histórica, finalista, el realismo jurídico, que en célebres debates abordan el debate entre legalidad y justicia.

Pertinente es preguntar, ¿qué es la justicia? Ante esta pregunta los normativistas suelen mostrarse un tanto remisos; podría decirse que la pregunta les incomoda. No es extraño. Pretender definir la justicia desde la norma como valor o dimensión original de la ley –es tiempo perdido. Siempre que desde las perspectivas de la ley se ha pretendido definir la justicia, y algunos intentos vienen de la antigüedad griega, se ha caído en una nueva torre de babel. En los últimos tiempos han aparecido más de doscientas definiciones de la justicia, hasta el punto que puede notarse una creciente dosis de escepticismo sobre la noción de justicia (...) por eso, hacer derivar todo Derecho de la ley, impide entender la justicia. Porque la justicia depende del Derecho y, por lo tanto, solo si se admite un Derecho preexistente a

la ley y al arte de la política se puede introducir la justicia en la ley y en la política<sup>236</sup>.

Estudiar una norma desde la perspectiva de lo justo e injusto, significa reflexionar si la norma es apta para realizar los valores, que para el caso colombiano se encuentran consignados en los artículos 1 y 2 de la Carta Política, y si estos valores consultan un real estado de justicia.

Bajo un recorrido histórico, por la manera en que se ha definido el Derecho desde el punto de vista de la justicia, se observa:

Sófocles (495-406 a.C.), el pensamiento *iusnaturalista* adquiere en Sófocles una connotación teológica, lo justo natural no tiene su fundamento en el poder ni deriva de la voluntad del legislador, tampoco se basa en los atributos de la especie sino en el arbitrio divino. Frente al Derecho escrito, creado por los hombres, aparecen las leyes de los dioses. La respuesta de Antígona *altira no kreon*, encierra la afirmación de un Derecho eterno e inmutable, superior a los caprichos humanos.

---

<sup>236</sup> HERVADA, Javier, *¿Qué es el Derecho?* Editorial Temis, Bogotá Colombia 2005, página 14.

Para Sócrates (469-399 a.C.), afirma su fe en una justicia superior, para cuya validez no es necesario una sanción positiva, ni una formulación escrita. La obediencia a las leyes del Estado es, para Sócrates, un deber, lo que queda en evidencia en el diálogo de Critón, obra escrita de Platón.

Para Platón (427-347 a.C.), en sus obras *La República* y *las leyes*, considera que la justicia es la virtud por excelencia, en cuanto consiste en una relación armónica entre las varias partes de un todo, la justicia exige que cada cual haga aquello que le corresponde con respecto al fin común.

Para Aristóteles (384-322 a.C.) en su obra *La política y la ética a Nicómaco*, establece la distinción entre la ley natural y la ley positiva. La ley natural es el conjunto de principios objetivamente válidos que tienen aplicación en todo el mundo. La ley positiva es la que regula la vida de una comunidad determinada, difiere de un Estado a otro, y solo vale para él. El Derecho natural representa el fin al que debe aspirar el Derecho positivo. El Derecho natural debe manifestarse en la ley positiva la cual, por su parte debe tender hacia la realización del Derecho natural.

Para Aristóteles el contenido de las leyes es la justicia, y el principio de ella la igualdad, la cual, se aplica de varias maneras. Distingue varias especies de justicia: la primera es la justicia distributiva, que se aplica al reparto de los honores y los bienes, y consiste en que cada uno de los asociados reciba de ellos una porción adecuada a su mérito. La justicia distributiva consiste pues, en una relación proporcional, que él define como una proporción geométrica. La otra justicia es la conmutativa, en donde se aplica la igualdad pero en términos matemáticos, es un punto intermedio entre la ganancia y el daño, se reparte en términos de igualdad sin tener en cuenta los méritos. Aristóteles se preocupó, además, de las dificultades que ofrece la aplicación de las leyes abstractas a los casos concretos, e indicó un medio correctivo de la rigidez de la justicia que es la equidad, entendida como un criterio de aplicación a las leyes que permite adaptarlas a los casos particulares<sup>237</sup>.

Para Kant, el Derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y hacer posible su coexistencia<sup>238</sup> y, por ello, lo define así: el Derecho

---

<sup>237</sup> PACHECO, Máximo, Teoría jurídica, página 485.

<sup>238</sup> Nuestra Constitución Política acoge el aspecto filosófico



es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad. En otras palabras, para Kant la conducta humana es buena o justa, cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos.

Para Kant la ley moral se reduce a través del imperativo categórico y que tiene como fórmula “obra de tal manera que la máxima de tu acción puede valer como principio de una legislación universal”. Esto significa, que nuestra acción no debe ser motivada por impulsos particulares, que no debe haber contradicción entre nuestra acción individual y lo que debe ser norma para todos, se debe actuar conforme a una ley moral<sup>239</sup>, esta ley moral se puede expresar de la siguiente manera “Obra de tal modo que siempre trates a la humanidad, sea en tu propia

---

kantiano de esta definición cuando en su artículo 95 señala unos deberes a cargo de los ciudadanos, dentro de los cuales refulge el numeral 1 “respetar los Derechos ajenos y no abusar de los propios”.

239 En igual forma la constitución política en su artículo 95 numeral 2, señala como deberes del ciudadano “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas “

persona o en la persona de cualquier otro, nunca solo como medio, sino siempre al mismo tiempo como fin”<sup>240</sup>.

Todo esto genera normas de justicia que se aplican a la conducta externa de las personas como las siguientes:

No hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti.

Obra para los demás como quisieran que obrasen contigo.

No exijas de los demás más que lo que tú mismo estás dispuesto a cumplir.

Admite que se te trate como tú trates a los demás.

Obra del modo en que tu desearías que obraran todos los demás hombres.

Como propiedades de la justicia aparecen, la igualdad, la armonía, la proporción y el orden.

---

<sup>240</sup> Tomado del libro “breve historia de la filosofía” Justus Hartnack. Colección teorema, página 208, octava edición.

Los romanos por su parte, designan al Derecho como *ius* y la justicia como *justitia*, pero no establecieron diferencias sino que las derivaron de una misma concepción, a saber, un orden natural, que impone a los hombres el respeto a ciertos deberes que le conducen a la realización del bien, por ello CELSO define el Derecho como “arte de lo bueno y de lo justo”. Justiniano, indica que los preceptos del Derecho son los siguientes “vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo que le corresponde” ULPIANO<sup>241</sup> por su parte señala: “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde”.

Finalmente, bajo la perspectiva de nuestra época el pensador Michael J. Sandel conceptúa: He diferenciado tres maneras de abordar la justicia. Una de ellas, la de los utilitaristas, dice que para definir la justicia y determinar qué debe hacerse, hay que preguntarse qué maximizará el bienestar o la felicidad colectiva de la sociedad en su conjunto. Un segundo enfoque liga la justicia a la libertad. Los

---

<sup>241</sup> El gran erudito del Derecho y compilador insigne, El digesto de Justiniano lo acoge primordialmente y son suyo 81 libros *ad edictum praetoris*, 2 *ad edictum aedilium curulium*, 51 *ad sabinum*.

libertarios, pro libres mercados, ofrecen un ejemplo de tal enfoque: Dicen que la distribución justa de la renta y del patrimonio será aquella, la que sea, que se derive del libre intercambio de bienes y servicios en un mercado sin restricciones. Regular el mercado es injusto, sostienen, porque viola la libertad de elección del individuo. Un tercer enfoque dice, que la justicia consiste en dar a las personas lo que moralmente se merecen: en asignar los bienes para premiar y promover la virtud<sup>242</sup>.

En la medida que la sociedad colombiana actuara según el tercer enfoque, la ética de la autoridad se impondría, y quienes gobernarán serían más justos.

### **Visión de la norma jurídica válida**

El segundo problema, el de validez e invalidez, comporta el problema de establecer si una norma existe o no, dentro de un ordenamiento jurídico. Implica hacer un juicio de razonamiento de existencia de una norma jurídica, hay que darle solución a la pregunta que se entiende por Derecho ¿lo qué constituye un problema ontológico, un problema de conocimiento?

---

<sup>242</sup> SANDEL, Michael J, Justicia ¿hacemos lo que debemos? Random House Mondadori. s.a Travessera de Gracia, Barcelona 2011, p.124.

Particularmente para decidir si una norma es válida, es decir, si es regla jurídica que pertenece a un ordenamiento jurídico, es necesario realizar tres operaciones<sup>243</sup>:

- a. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas (aquí se trata de buscar la norma fundamental).
- b. Comprobar si no ha sido derogada.
- c. Comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema (se llama derogación implícita). La forma de resolver las antinomias, es precisamente establecer que la norma jurídica no es contraria a una norma superior, la norma posterior tendrá preferencia en la aplicación, y por último, la ley especial prevalece sobre la general.

Para resolver una antinomia en el Código Civil aparece derogado el artículo 10 por la Ley 57 de 1887, artículo 5 “cuando hay incompatibilidad entre

---

<sup>243</sup> Esto implica la aplicación de los principios de jerarquía normativa, principio de supremacía de la constitución, principio de temporalidad, de sucesión de normas (la ley posterior deroga la anterior), principio de especialidad, principio de competencia, principio de permanencia y generalidad.

una disposición constitucional y una legal preferirá aquella”.

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

1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.
2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirán por razones de estos, en el orden siguiente: civil, de comercio, penal, judicial, administrativo, fiscal, de elecciones, militar, de policía, de fomento, de minas, de beneficencia y de instrucción pública.

El artículo 4 de la Constitución Política es muy disidente cuando expresa “La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidades entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

El problema de la validez jurídica presupone que se haya dado respuesta a la pregunta –qué se entiende por Derecho. Este punto de vista corresponde al estrictamente jurídico, que considera a la norma jurídica como producto de un legislador.

Como quedó en párrafos precedentes consignado, célebre fue el debate entre Ronald Dworkin y Herbert Hart sobre lo que se entiende por Derecho y qué normas se encuentran en un ordenamiento jurídico como válidas: Hart, nos habla de Reglas Primarias, es decir aquellas que otorgan Derechos, facultades e imponen obligaciones a las partes, así mismo, señala que existen reglas secundarias de cambio, cual permiten cambiar las normas jurídicas, las reglas secundarias de adjudicación, son las que otorgan competencia y tocan la actividad jurisdiccional, y las reglas secundarias de reconocimiento que permiten establecer cuando una norma jurídica pertenece a un sistemas jurídico determinado.

Ronal Dworkin, señala que no solo hay reglas en un sistema jurídico, sino además principios y directrices políticas que conducen a reconocer que en las decisiones judiciales hay influencias políticas y

morales conforme a la comunidad en la cual se encuentren los operadores judiciales.

### **Visión de la norma jurídica eficaz**

En cuanto al tercer problema de la eficacia, es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica).

Estudiar cómo se comportan los destinatarios de la norma jurídica frente a esta, es un problema fenomenológico del Derecho.

Que una norma exista, no quiere decir que sea cumplida: Hay normas que se cumplen universalmente y son eficaces –hay algunas normas que se cumplen cuando hay coacción– hay otras que no se cumplen a pesar que hay coacción (son las más ineficaces).

Aquí se orienta al estudio del comportamiento social frente a la norma jurídica. Es un problema fenomenológico del Derecho, ejemplo: se puede realizar un estudio de las normas jurídicas que prohíben el consumo de droga, a pesar de su prohibición se consumen más. Una reglamentación sobre los indígenas implica tener en cuenta su cultura



de apego a la tierra, como parte de su espíritu y su cultura, en tanto que para el campesino la tierra representa un bien que le produce, las legislaciones para cada caso deben ser diferentes considerando el estudio sociocultural de cada uno de ellos.

### **La norma jurídica ideal y las teorías reduccionistas**

Estas tres cuestiones relativas a las normas, podría conducir a unir las tres visiones y concluir al concepto del Derecho en su combinación.

Lo ideal es que la norma jurídica redunde en válida, justa y eficaz, pero indudablemente se presentan diferentes posiciones a saber, ya que se generan tensiones que interactúan entre sí: Una norma puede ser justa sin ser válida, ejemplo de ello es el Derecho natural que se considera justo, pero mientras no se positivase no es válido; una norma puede ser válida sin ser justa, ejemplo, durante el sistema esclavista las normas que regulaban y permitían la esclavitud eran válidas pero no justas; una norma puede ser válida pero no eficaz, como las leyes que regulan y prohíben el narcotráfico, este se ha acrecentado en nuestros días; una norma puede ser eficaz sin ser

válidas, ejemplo, las normas de buena educación; una norma puede ser eficaz sin ser justa, ejemplo, los azotes dentro de la jurisdicción indígena, en fin, se podrían conjugar en:

- a. Normas válidas y eficaces, pero no justas
- b. Comportamientos eficaces y justos, pero no válidos. y
- c. Normas válidas y justas pero no eficaces.

Estas tres grandes visiones de las normas jurídicas es apreciada por diferentes pensadores desde diferentes ópticas, así Alfred Von Verdross (Iusnaturalista) profesor de la Universidad de Viena, indica que son tres modos diversos de considerar el Derecho: el de la justicia (ideal), el de la forma (validez). y el de cumplimiento práctico de la norma jurídica (eficacia), en conclusión son tres problemas diversos sobre un solo problema, el problema central cual es, la mejor organización de los hombre asociados.

Por el contrario las teoría reduccionistas, reducen el problema a uno solo, para John Rawls prevalece la legitimidad, para Lutmann prevalece la validez, para la teoría *Iuspositivistas* todo se reduce a la

validez, para los *Iusnaturalistas* a la justicia, para los sociólogos jurídicos se reduce a la eficacia.

En fin, las diferentes visiones que sobre la norma jurídica existen son múltiples y encontradas, representan lo que en verdad somos, seres racionales que se diferencian en la apreciación del Derecho, por ser este un concepto multifórmico y con diferentes objetos de conocimiento, por tener un contenido polisémico además.

Como ejercicio, se elaborará por los estudiantes un ensayo sobre cuáles de las visiones prevalece sobre las otras y justificar críticamente su conclusión, es decir, a cuál de las visiones se reduce el Derecho, a la justicia, a la validez, a la eficacia.

Para fines prácticos y de aprendizaje se estudiarán y plantearán las anteriores visiones frente a una autoridad sobre la cual se tejen las más variadas teorías sobre la actividad que ejerce, si es una actividad judicial apolítica, política, social, etc.

### **Formulación del problema. Juez y sociedad**

Desde la antigüedad se reconoce por estudiosos del Derecho y especialmente en el campo de la *Iusflo-*

*sofía* que existen tensiones éticas, políticas, jurídicas y sociales al momento del juez decidir el conflicto judicial que se coloca a su consideración. El juez, como actor principal de la administración de justicia, no es ajeno a las esferas de la legitimidad, validez y la eficacia del Derecho, en la medida que es una autoridad encargada de cumplir con los postulados de un estado social de Derecho pluralista y democrático<sup>244</sup>.

Nada nuevo se aporta, cuando se concluye que existe un resquebrajamiento entre sociedad y Derecho<sup>245</sup>, entre justicia y ley, entre realidad social y decisión judicial. Filósofos y sociólogos han escrito profusamente sobre este tema, donde la decisión judicial es la causante de dichas disputas. ¿Por qué si el juez hace parte de una realidad social, campo social o espacio social<sup>246</sup>, desconoce a esta en sus fallos ju-

---

244 Así se determina en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política.

245 Este resquebrajamiento entre sociedad y Derecho es lo que más denuncia la población y los medios informativos; muchas veces se exige al juez que deje a un detenido por un delito preso, pero este tiene Derecho a la libertad, se enfrentan aquí el clamor social, frente al cumplimiento de la ley aplicada por ese juez que muchas veces está desconectado de la realidad social que le exige un papel dinámico y protagónico en la aplicación legal.

246 Este término lo utiliza Pierre Bourdieu, en su obra "*Elemen-*

diciales? Esta desconexión entre realidad social, legitimidad y sistema legal ha sido el caldo de cultivo de largas disputas. Legitimidad, validez y eficacia, de una parte, ciencia y política, Derecho y sociología, de otra, y filosofía moral y política, filosofía del Derecho y filosofía social; constituyen tres problemáticas, tres ámbitos disciplinarios y tres reflexiones filosóficas, relacionados horizontal y verticalmente, estructural y sistemáticamente<sup>247</sup>.

Algunos pensadores como lo veremos más adelante, circunscriben esta disputa a los conceptos de moral, política y Derecho, intentando fundamentar una nueva concepción de los mismos y verificando las relaciones entre sí y la prevalencia temática de uno de ellos. El juez no es ajeno a esas relaciones visionarias del Derecho por cuanto aplica este a un caso específico, ocasionando no pocas críticas de quienes se colocan del lado de la validez, de los de legitimidad y de los de eficacia. Es desacertado

---

*tos para una sociología del campo jurídico*”, donde abandona el término sociedad por el de campo y espacio social, ámbito de luchas, crisis coyunturales, regularidades de conductas, distribución de fuerzas desiguales. Extraída de la obra *“La fuerza del Derecho”*. Ediciones Uniandes, página 62.

<sup>247</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. *Carácter y proyección de la filosofía del Derecho en el pensamiento contemporáneo*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p.7.

en el campo de la filosofía desconectar estas tres esferas<sup>248</sup>; no obstante en la decisión judicial se desconectan o se superponen por efectos del sistema legal normativo que no consulta las finalidades de un estado social de Derecho.

El discurso de complementariedad que propone Habermas, así como el de Rawls en su propuesta de un tercer modelo de –democracia deliberativa<sup>249</sup>– que supere el conflicto del paradigma liberal asentado en Colombia, está lejos de cumplirse en la realidad judicial colombiana, pues el Estado y el juez están diseñados por una sociedad tradicional para ser la boca de la ley frente a una sociedad que avanza aceleradamente; el espíritu de Montesquieu<sup>250</sup> sigue vigente en la mente y corazón de nuestros jueces, por lo tanto esta obra se propone responder al interrogante: ¿cuál es la incidencia que tiene la validez, eficacia y legitimidad en la decisión judicial y cuál

---

<sup>248</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>249</sup> Modelo discursivo-procedimental del proceso democrático, que articula las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida. Consúltese en MEJÍA QUINTANA OSCAR Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa, p.18.

<sup>250</sup> Autor del “espíritu de las leyes” donde el Derecho positivo tiene origen en la voluntad del legislador y el juez es alumno de la escuela de la exégesis.

de ellas prevalece o es la única atendible en la práctica judicial colombiana?

### **Hipótesis de trabajo**

La hipótesis de trabajo está enmarcada sobre una persona que hace parte de la sociedad y como actor de esta tiene defectos y virtudes. Se trata del juez como administrador de justicia y como producto de la sociedad en la cual desarrolla su rol. El juez al momento de decidir judicialmente un caso en nuestro sistema jurídico normativo, institucionalizado y coactivo solo considera la validez normativa no atendiendo los postulados de legitimidad y eficacia que le reclaman un papel más integrador.

Es evidente que los jueces no deciden conforme al principio de justicia y al concepto sociológico de eficacia, sino de acuerdo con un entramado legal alejado de los mismos y obedeciendo los designios de un sistema cargado de contradicciones y desigualdades oprobiosas. El sistema colombiano cae en el abstraccionismo, por cuanto es un modelo que se coloca en marcos hipotéticos de racionalidad para entrar a regular y decidir los casos.

## **El juez y el estado de Derecho coactivo, institucionalizado y normativo, un lenguaje tradicional**

Es una realidad que el juez en la Constitución Política de Colombia está llamado a cumplir una función pública-social. Que nuestro Estado se ha levantado indicando que es social de Derecho, pluralista, democrático y participativo<sup>251</sup>, pero no le proporciona al juez las herramientas efectivas para cumplir la función social que le asigna el artículo 2 de la Carta Política<sup>252</sup>, sino que se le prepara bajo los postulados de un entramado legalista que lo hace prisionero de sí mismo.

Se pregona por muchos la decadencia del positivismo, sin embargo, el juez continúa en las celdas formales donde se discute en un lenguaje de razonamiento jurídico. Todos los representantes del estado de Derecho hablan ese lenguaje y hacen del estado de Derecho un estado legal.<sup>253</sup> El compor-

---

251 Así lo señala el artículo 1 de la Carta Política.

252 Este artículo indica que toda autoridad pública debe propender por un orden justo.

253 SCHMIT, Carl. *Distinción de los modos de pensar de la ciencia jurídica*, p.13. En esta obra precisamente se indica que todo pensamiento jurídico trabaja tanto con regla, como con decisiones, como con órdenes y configuraciones.



tamiento del juez está determinado desde luego por ese lenguaje institucionalizado, coactivo y normativo. El moderno concepto de discurso permite pensar el Derecho y su teorización como un lenguaje que opera dentro de una formación social produciendo y reproduciendo una lectura de sus instituciones que coadyuva y a veces determina el comportamiento de las distintas instancias que la componen.<sup>254</sup> La paradoja de la tradición liberal, es su falsa creencia –impuesta por la fuerza de que todo fenómeno cultural puede ser traducido a su propio lenguaje, el liberal<sup>255</sup>.

Al juez se le exige la satisfacción de intereses sociales, cuando el diseño estatal-capitalista plagado de enfermedades es contradictorio, de tal manera, que pregonando ser social le conduce a un laberinto legal hermético a la realidad social, se le sitúa en una urna de vidrio irrompible, en donde ve la realidad social-política pero no es capaz de romperla y fallar abrazado a ella.

---

<sup>254</sup> PÉREZ LLEDO, Juan A. *El Derecho y la justicia*. Teorías críticas del Derecho, edición de Ernesto Garzón Valdez, Francisco Laporta, editorial Trota, p.94.

<sup>255</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. La filosofía política de Jhon Rawls- de la teoría de la justiciaaa liberalismo político, p. 32.

El proceso de racionalización capitalista, sin embargo, comporta dos patologías no previstas: de una parte, la pérdida de sentido colectivo y, de otra, la pérdida de libertad individual. En el primer caso, la comunidad, ante la desaparición de sus tradiciones culturales, se ve obligada a refugiarse en una razón subjetiva, sin referentes sociales sustantivos y, en el segundo, el individuo tiene que someterse a un andamiaje de leyes y normas, que si bien garantizan el desarrollo racional de la sociedad, lo encierran lentamente en una “jaula de hierro” donde pierde la “espontaneidad” desulibertad<sup>256</sup>.

Las tres características más generales e importantes del Derecho resaltan en: normativo, institucionalizado y coactivo. El Derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta humana; es institucionalizado en tanto que su aplicación se encuentra internamente, garantizada en última instancia, por el uso de la fuerza<sup>257</sup>. En contraposición con las escuelas realistas, teóricos como Hans Kelsen y H. L. A. Hart

---

256 MEJÍA QUINTANA, Oscar. *La norma básica como problema ius filosófico*, p.6

257 RAZ Joseph. *El concepto de sistema jurídico*, México 1986, Universidad Nacional Autónoma de México, p.20.

subrayan el sentido normativo específico de las proposiciones jurídicas y la estructura sistemática de reglas, como es el Derecho, que tiene por fin posibilitar la consistencia de las decisiones atendidas a esas reglas y convertir el Derecho en algo bien distinto de la política. En contraposición con los hermenéuticos, acentúan la completud y cierre de un sistema jurídico que sería impermeable a principios extra-jurídicos. El problema de la racionalidad queda reducido así a favor de la primacía de una historia institucional estrechamente circunscrita y purificada de todo fundamento suprapositivo de validez”<sup>258</sup>.

En razón de lo anterior, la decisión judicial, en cuanto a su interpretación y aplicación, está sujeto a las características determinantes del sistema jurídico antes anotadas. En cuanto al modelo de interpretación jurídica, el modelo deductivo sigue vigente a pesar de arduas críticas que lo consideran “desde hace mucho no es ya sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del Derecho”<sup>259</sup>. La hermenéutica legal es objetable no solo

---

<sup>258</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p.271. Se puede localizar en Universidad Nacional facultad de Derecho.

<sup>259</sup> ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y Derechos humanos*, p.39.

porque deja la decisión exclusivamente en manos del juez y no posibilita un consenso real, sino porque la precomprensión del marco de tradiciones del que parte, vicia la decisión judicial de un razonamiento acrítico e incuestionable, pese a la contingencia del mismo<sup>260</sup>. El juez carece de recursos metodológicos propios en tanto que el sistema normativo, coactivo se los impone.

El activismo o progresismo judicial adelantado por jueces valientes<sup>261</sup> es un mero discurso vacío carente de posibilidades reales. No obstante, algunos pensadores consideran que en el estado de Derecho hay suficientes instrumentos jurídicos para enfrentar la existencia o la amenaza del Derecho incorrecto. No es en último lugar una cuestión de coraje civil<sup>262</sup>. Se recurre a esta cita para no construir una teoría de la realidad judicial total pesimista del juez como inte-

---

260 MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Tribunal Constitucional democracia civil y democracia deliberativa*, p.7.

261 El profesor Diego López Medina, con base en su educación adquirida en el extranjero y en Derecho comparado propugna por esta clase de jueces en cita que hace de Luis Recasens Fiches, en su obra "Teoría impura del Derecho", a página 433.

262 KAUFMAN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Traducción por Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá 2006, Edición Universidad Externado de Colombia, página 382.

grante de la humanidad a lo Hobbes<sup>263</sup> y por el contrario vislumbrar una tenue luz de esperanza.

### **El juez y la educación estatal**

La labor del juez se genera desde las universidades, donde es educado en una escuela de leyes, la carga académica de filosofía y sociología<sup>264</sup> escasamente es el 10 % frente al 90 % de formalidad y legalismo<sup>265</sup>. El frío ambiente deshumanizado, jerarquizado y competitivo que se respira en la facultad (...) la marginación en el plan de estudios de las materias más políticas o críticas<sup>266</sup>. El juez es educado para aplicar e interpretar normas jurídicas dentro del respeto de unas instituciones. La ciencia y enseñanza del Derecho –siguen teñidas de formalismo e idealismo– ocultan el carácter móvil y contradictorio de la realidad social, cuando la hipótesis funda-

---

263 Tomas Hobbes en su obra *El leviatán*, construye una teoría pesimista sobre la naturaleza del ser humano, hasta el punto que sostiene que el hombre busca la paz por miedo a la guerra.

264 El Profesor Dulkan Kennedy indica que estas son materias marginales en las universidades, en su investigación titulada “*La educación legal como preparación para la jerarquía*”.

265 Para ello se consultó la malla académica de las Facultades de Derecho de las universidades del Norte, Libre y Atlántico y se corroboró esta información.

266 PÉREZ LLEDO, Juan. Op. Cit., p.96.

mental del movimiento es que la ciencia de lo jurídico parte de una ciencia de lo político<sup>267</sup>.

La educación impartida en nuestras universidades es formalista, en tanto que busca el conocimiento de la ley, operatividad y aplicación bajo métodos de interpretación que no superan la escuela de la exégesis, sino que le hacen honor a ella. En consecuencia el juez<sup>268</sup> es producto de dicha formación, donde la prioridad es la validez normativa y cómo superar las antinomias que se presenten en el sistema legal.

El tipo decisionista está particularmente extendido entre los juristas porque tanto la enseñanza del Derecho como la ciencia jurídica al servicio de la práctica jurídica, tienen la tendencia a ver todas las cuestiones jurídicas tan solo desde el punto de vista conflictivo y actuar como informadores para la decisión del conflicto. Un particular método de preparación de exámenes y de realización de los mismos agrava esta actitud hasta llegar a convertirse en una ruda técnica de acertar prontamente con la decisión concreta para cada caso y con su fundamentación normativa según el texto de una

---

267 PÉREZ ALLEDO, Juan. Op. Cit., p.91.

268 Entiéndase juez o magistrado.

formación escrita<sup>269</sup>. Este tipo de pensamiento decisionista propio del siglo XIX pervive aún en nuestra época, en donde la decisión judicial se regocija con la norma.

Frente a la incoherencia de los sistemas jurídicos en que la ley se aleja de la realidad sociológica, se recurre a discursos jurídicos, racionalidad comunicativa, autopoiesis, teorías sistémicas, teorías críticas constructivistas, pluralismo jurídico, lo que produce desconcierto en la formación integral del juez que no entendiendo la real dimensión y la generosidad de estas teorías, se refugia en el inciso legal, colocándose el rótulo feliz de presidiario de la exégesis, tal como lo diseñó Napoleón Bonaparte<sup>270</sup> desde la elaboración de su Código Civil francés en 1804.

Algunos autores consideran que todas estas teorías que se producen bajo unas condiciones históricas propias, bajo el pensamiento de un observador que está rodeado de circunstancias especiales, no se

---

269 SCHMITT Carl. Op. Cit., p.32.

270 Fue quien nombró la comisión que generó el primer Código Civil para Francia, quien luego pasó a Chile y llegó a Colombia, aún vigente en nuestra época con raíces francesas, romanas, españolas y alemanas.

pueden injertar abruptamente en el contexto nacional diferente en el que se mueve el juez, amén de que las traducciones no son las mejores en muchos casos.

### **El juez y la sociedad. Eficacia**

La sociología jurídica precisamente nació como una lucha a la exégesis exagerada, es claro el doble impacto sociedad-Derecho Derecho-sociedad<sup>271</sup>. El juez como actor social cumple un rol fundamental en la sociedad, debe garantizar dentro de la administración de justicia el cumplimiento de los fines sociales del Estado; no obstante, estos fines son contradictorios dentro de un sistema capitalista-liberal que como el nuestro se desempeñan dentro del principio de la competencia de mercado, en donde los débiles deben dar paso al más fuerte, de dicha relación no es ajena el juez. El Derecho participa en la misma constitución, funcionamiento y reproducción de las relaciones sociales; la sociedad capitalista es esencialmente jurídica, pues el Derecho moderno es una representación y mediación específica y necesaria de sus relaciones de pro-

---

271 Esta doble vía de impactos genera la sociología jurídica.



ducción<sup>272</sup>. Los fallos judiciales reflejan las relaciones de producción erigidas en la ley, la cual oculta las contradicciones existentes en la realidad social, al ser así el juez también se aleja de dicha realidad.

El sistema legal crea su propio juez, este responde al sistema legal imperante y a su vez el juez concreta las expectativas normativas en su decisión, pareciera un juego perverso entre discurso de los Derechos que genera el sistema legal y decisión judicial. Al ser así, la decisión judicial normativista no cumple con la esfera de la eficacia, en tanto que el comportamiento de los destinatarios de la decisión es de no aceptación y de reproche; en últimas la decisión judicial resulta eficaz solo por la imposición de la fuerza. La definición del Derecho, como complejo de normas cuya eficacia es reforzada mediante el poder coactivo, se contrapone a cualquier teoría que trata de definir el Derecho mediante la referencia a la noción del bien común. La teoría normativista del Derecho se contrapone a las teorías sociológicas y realistas<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> PERES LLEDÓ, Juan A. Op. Cit., p.92.

<sup>273</sup> BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico, México 199, Biblioteca de ética filosofía del Derecho y política, p.22.

Conectar el juez con la realidad significa obtener un cambio cultural y generacional, muy a pesar de las críticas el juez de hoy, sigue siendo la boca de la ley<sup>274</sup> incoherentemente social, pero el cambio de que no sea la boca de la ley sino la boca de la justicia social se obtiene desde las aulas universitarias<sup>275</sup>, dándole al Derecho la esencia de su naturaleza cual es, las Ciencias Sociales<sup>276</sup>.

La sociología, la investigación socio-jurídica y la filosofía no pueden ocupar puestos secundarios o marginales sino principales, de algo tiene que servir nuestro rimbombante nombre de “Estado Social de Derecho”, ello obliga a un cambio en el paradigma educativo. Se olvida que un poco de sociología nos aleja del Derecho y que mucha sociología nos conduce a él, a lo que debería agregarse, por preci-

---

274 Montesquieu en su obra el “espíritu de las leyes” así lo consigna.

275 Precisamente esa es nuestra preocupación, existe un mundo teórico expuesto a nuestros estudiantes pero desconectado de la realidad. El discurso jurídico debe tener aplicación en la realidad con estrategias pedagógicas que acerquen al estudiante a dicha realidad.

276 Las Ciencias Sociales estudian las posibilidades del hombre en el mundo que le tocó poblar.

sión, que un poco de Derecho nos aleja de la sociología y que mucho Derecho nos conduce a ella<sup>277</sup>.

### **El juez y la política. Legitimidad**

En el estado democrático de Derecho la legislación política se considera la función central. Y en ella no solamente están implicados hoy los partidos, el cuerpo electoral, los organismos parlamentarios y el gobierno, sino también la práctica de las decisiones judiciales, que sirve al desarrollo del Derecho y también las decisiones de la administración, en la medida en que esta se programa así misma<sup>278</sup>. La relación Derecho y política históricamente está demostrada, el sistema político goza con la postura judicial apolítica que constituyen una hipocresía del sistema. Por ello, las teorías críticas del formalismo se han propuesto revelar que el juez es un instrumento de la política y que mientras no se reconozca como tal no cumplirá su verdadero rol. Con esta crítica interna de la razón jurídica, CLS<sup>279</sup> aspira a

---

277 GURVITH, Georges. Elementos de sociología jurídica, Bogotá 2008. Ediciones Leyer, p.10.

278 HABERMAS Jürgen. *Facticidad y validez. Indeterminación del Derecho y racionalidad de la administración de justicia*, p.265.

279 CRITICA LEGAL STUDIES, corriente crítica de Norteamérica sobre estudios jurídicos críticos al mando de Duncan Kennedy.

poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo<sup>280</sup>.

El juez debe ser consciente del papel político que juega en la construcción de la sociedad y la legitimidad del sistema, en consecuencia sus decisiones deben satisfacer las pretensiones de los justiciables dentro de un contexto social que no se debiera desconocer, por cuanto como nos fue enseñado desde el inicio de esta obra, el Derecho regula el mundo de la vida. La disputa sobre la correcta interpretación paradigmática del sistema legal, un subsistema que se refleja en la totalidad de la sociedad, es esencialmente una disputa política. En una democracia constitucional, esta disputa concierne a todos los participantes y no debe ser conducida solamente como un discurso esotérico entre expertos, aparte del espacio político<sup>281</sup>. La legitimidad del régimen legal no depende del capricho del Estado, es decir, de las leyes positivas sino de la concordancia de los

---

280 PÉREZ LLEDO, Juan A. Op. Cit., p.97.

281 MEJÍA QUINTANA, Oscar. Tribunal constitucional desobediencia civil y democracia deliberativa, p.9

actos jurídicos con los Derechos inalienables de los asociados<sup>282</sup>.

Nuestro juez colombiano oculta o niega la influencia de la ideología política del sistema y pretende asumir una postura neutral acogiendo la fría normatividad de la validez jurídica lo cual denuncia Duncan Kennedy, dado que el ideal de justicia y el respeto a la legalidad entran en conflicto siempre que las normas positivas parecen dictar un resultado injusto, existe una tensión fundamental inserta en el seno del rol del juez (...) el juez es completamente consciente de esta situación, hasta el punto que su ocultación bajo la retórica de la neutralidad del fallo es un ejemplo de la forma típica como las personas resuelven la angustia generada por sus tensiones internas, esto es, mediante la negación de dichas tensiones. Esta práctica cínica parece ser, sin embargo, la única salida para el juez, dado que los costos personales de las otras dos posibilidades –reconocer abiertamente la influencia de la ideología, o simplemente renunciar al caso o al cargo– parece muy alto<sup>283</sup>.

---

282 MEJÍA QUINTANA, Oscar op cit, p.10,

283 KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción de la decisión judicial*. Bogotá 2002. Ediciones Uniandes, p.87.

Desde luego, que en nuestro Estado colombiano, la Corte Constitucional es la única que puede cumplir ese rol político con gran amplitud. En algunos casos sus fallos han tenido incidencia política, de tal manera, que han recibido el ataque del ejecutivo en cuanto a que es un organismo politizado.

Se afirma que la Corte se ha convertido en un entorpecedor de políticas económicas y sociales, pues al disponer improvisadamente de gran parte del presupuesto, está actuando de manera financieramente inviable, lo que deviene en una mayor crisis y conflictividad para nuestro país<sup>284</sup>.

Con toda razón se ha dicho, que en los tribunales constitucionales es donde mejor se cumple las esferas de validez, eficacia y legitimidad de las decisiones judiciales. El Derecho constitucional se constituye, hoy por hoy, en el engranaje central de las sociedades complejas y los conflictos sociales pasan necesariamente por su mediación, lo que hace de los tribunales constitucionales el organis-

---

<sup>284</sup> MEJÍA QUINTANA, Oscar. GUZMÁN, Natalia Andrea. *La corte constitucional entre la emancipación social y la eficacia sistémica*, p.2.

mo clave de la legitimidad, la validez y la eficacia del sistema social en su conjunto<sup>285</sup>.

No obstante lo anterior, cual péndulo, nuestra Corte Constitucional se ha movido en niveles de prestigio y desprestigio conforme a la postura política correcta o incorrecta que asuma en sus fallos, soslayando que es la instancia del sistema jurídico donde convergen legitimidad, eficacia, validez y justicia, papel integrador necesario al avance del Derecho.

### **El juez y la validez jurídica**

De lo expuesto se concluye, que el juez colombiano al momento de decidir acude a la frialdad normativa y no es que así lo quiera, sino que esta conducta responde a un modelo de estado coactivo, institucionalizado y normativo.

Al juez se le exige el cumplimiento de la ley, entendida esta como la propuesta normativa que pretende regular la conducta jurídica de las personas en sus múltiples manifestaciones.

El juez requiere de un sistema jurídico que le señale las coordenadas para adoptar la decisión del caso.

Sin el sistema de coordenadas de un orden concreto, el positivismo jurídico no consigue distinguir entre justicia e injusticia, ni entre objetividad y arbitrariedad subjetiva<sup>286</sup>. En otras palabras, es la capacidad de crear un orden lo que dota de legitimidad al soberano y confiere validez jurídica a sus decisiones (...) De esta suerte, el orden consiste en que haya una instancia que decida en último extremo y que sea capaz de imponer sus decisiones<sup>287</sup>.

Frente a la decisión judicial el juez siempre se pregunta si la norma que va aplicar está vigente, sino es contraria a otra, y si el caso se subsume en la normatividad escogida; el sistema le señala el punto referencial. El juez no se pregunta si la norma jurídica a aplicar es eficaz, justa y legítima y si la decisión judicial que produzca será aceptada por la comunidad. Al respecto, Hart anota: Este error se hace aparente en forma inmediata cuando vemos cómo funciona en la decisión judicial el enunciado del juez de que una regla particular es válida; porque aunque, también aquí, al hacer tal enunciado el juez presupone, pero no expresa, la eficacia general

---

<sup>286</sup> SCHMITT, Op. Cit, p. 44.

<sup>287</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar. Estado autoritario y democracia radical en América latina, p.5.



del sistema, obviamente no está interesado en predecir su acción oficial ni la de otros<sup>288</sup>.

El juez colombiano no diferencia entre validez material y formal, la cual constituye una álgida controversia. La validez formal o existencial suele vincularse al cumplimiento de una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emanan; en cambio la validez material o sustantiva se dice que depende de que el contenido del acto o la norma sea compatible con lo dispuesto en normas superiores, así entonces, la validez formal se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo, mientras que la validez material afectaría al contenido de tal resultado.

La propuesta de Dworkin del superjuez no es alcanzable en Colombia por ahora, en punto que solo a las altas Cortes les viene permitido moverse dentro de un radio de acción más amplio. Al otro juez (los dos son jueces, la diferencia es que unos son cole-

---

<sup>288</sup> HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de GENARO R. CARRIO, Abeledo Perrot, p.131.

giados y otros unipersonales), se le acusa de prevaricador si elude el inciso legal injusto.

La propuesta deontológica de Dworkin es aceptada insularmente por algunos jueces valientes, pero no constituye una conducta generalizada. Aun cuando no es aconsejable escribir en primera persona, para mi caso, juez de la República, en las oportunidades que me he atrevido a erigirme como superjuez Hércules<sup>289</sup>, acudiendo a los principios constitucionales en detrimento de la regla jurídica injusta mi decisión ha resultado revocada, lo que descubre la evidencia que no existe la cultura de los principios que a mi modo de mirarlos son los que no han permitido que los lamentos weberianos se cumplan “que el Derecho positivo no encierre en una jaula de hierro a la humanidad”.

El juez filósofo y sociólogo se alcanza con largos años de investigación, con cambio de los paradigmas ancestrales del Derecho positivo, enfrentándolo a la realidad social y que acepte el rol de actor social de la administración de justicia; que acepte

---

<sup>289</sup> Figura emblemática creada por Ronald Dworkin para justificar que en el Derecho se pueden lograr respuestas correctas a partir de una decisión judicial que acuda a los principios.

sin sonrojarse el rol político en contra de la desigualdad social que cada vez crea más espacios de distancia entre realidad y orden normativo jurídico. Ante los potenciales conflictos entre Derecho y objetivos sociales, los Derechos son triunfos políticos en manos de los individuos<sup>290</sup>. Pero que el juez se atreva social y políticamente a nutrirse de la realidad social y hacer cumplir los principios y valores contenidos en un estado social de Derecho implica dotarlo de respaldo institucional, ya que la Fiscalía General de la Nación esta congestionada de denuncias penales<sup>291</sup> contra estos, lo que deslegitima esta función.

## **Epílogo**

El sistema legal genera su propio juez, se autoreproduce y genera normas de conservación y respeto para sí mismo, verbigracia, el precedente judicial

---

<sup>290</sup> ARANGO, Rodolfo. Hay respuestas correctas en el Derecho. Bogotá 2004. Ediciones Uniandes, en cita que se hace de Alberto Calsamiglia, p.54.

<sup>291</sup> Se intentó investigar ante la fiscalía cuantas denuncias penales se presentan contra los jueces, pero desafortunadamente no se logró el número porque tales denuncias se radican como de sindicado persona natural y no como juez. No obstante, las reglas de la experiencia señalan que cada juez por lo menos tiene en su contra dos o tres denuncias penales. El dato exacto se puede lograr con una investigación más profunda.

obligatorio es una prueba de que el propio sistema genera su reproducción y respeto por sus propias decisiones.

En términos Luhmianos, es un sistema que tiene su propia capacidad sistémica, produce su propia realidad jurídica para regular la realidad social. Nuestro sistema neocapitalista genera a través de un pacto la realidad jurídica de un juez atado a un orden legal capitalista desigual, a quien se le exigen decisiones judiciales justas sobre una realidad social desigual, y que produce con sus fallos como resultado lógico, más desigualdad social y el reproche sociológico desde luego. Esto es denunciado por algunos filósofos como “pacto con el diablo”<sup>292</sup>, a saber, lo que ocurrió en las instancias judiciales con las decisiones sobre el antiguo sistema UPAC, con las cuales muchos colombianos han perdido y siguen perdiendo sus viviendas, luego de pagar sumas exorbitantes de dinero.

La crisis del Derecho autónomo se genera porque el Derecho, especialmente en sus estructuras conceptuales, no se ha adaptado a las exigencias de una so-

---

<sup>292</sup> KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción de la decisión judicial. Ediciones Uniandes, p. 212.

ciudad altamente diferenciada. La doctrina legal se encuentra aún ligada al modelo clásico de Derecho como un conjunto de reglas ejecutables mediante la adjudicación. El orden legal carece de un aparato conceptual adecuado para las demandas de planeación y de política social que surgen en las interrelaciones entre subsistemas sociales especializados<sup>293</sup>.

¿Cómo crear una teoría omnicomprensiva que comprendiera la labor judicial, labor ardua en donde no hay acuerdos sino disputas? ¿Cómo pretender que el juez tenga el grado de flexibilidad para no quedar rezagado ante los avances de la Ciencia, y en especial a la evolución del conflicto social que se genera en las entrañas de la misma sociedad? La gran propuesta de Hans Kelsen fue la de un órgano supremo constitucional, pues bien, a este cuerpo judicial-político le corresponde jalonar los cambios en el sistema judicial, mostrándose a tono con las teorías modernas que pregonan un papel decisivo del Derecho en el mundo de la vida, que no produzca a contrario el desencanto del mismo o que se le con-

---

<sup>293</sup> BOURDIEU, Pierre, y, TEUBNER, Gunther. La fuerza del Derecho. Traducción del inglés por Carlos Morales de Setién Ravina, 2da reimpresión, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005, p. 135. (Derecho reflexivo un nuevo procedimentalismo, p.135.)

sidere el opio del pueblo en forma despectiva; para ello las teorías neoevolucionistas y particularmente el pluralista Teubner afirma sobre el Derecho: vivimos en un tiempo de un desencanto cada vez mayor con los fines, las estructuras y el funcionamiento del estado intervencionista. El debate político sobre la “deslegalización” no es sino una de las manifestaciones de una más amplia reevaluación de los sistemas de Derecho y de la organización pública. Las recientes discusiones en la sociología legal reflejan la más amplia preocupación sobre los efectos de la intervención legislativa que tiene lugar en el estado social. Debido a ello, los investigadores han explorado las causas y los efectos de la legalización en varias esferas de la vida social, al mismo tiempo que las fuentes y las consecuencias de los movimientos defensores de la deslegalización y de la justicia informal<sup>294</sup>.

La creación de observadores judiciales externos que asuman una investigación sobre la conducta de los jueces es importante, consultar a este personaje de carne y hueso con virtudes y defectos como los demás, es esencial.

---

<sup>294</sup> *Ibid.*, p.84.

Muchas veces los gobiernos estudian más la ley que al propio juez y ello constituye un error de todos los sistemas capitalistas-normativistas. El observador externo sería una junta multidisciplinaria, a cargo de sociólogos, filósofos, politólogos, antropólogos, que maneje las instituciones jurídicas y tenga la capacidad crítica de realizar juicios de reproche, no la de copiar o repetir lo visto. La categoría básica de todo sistema es la complejidad. Su principal concepto es el de autoreferencia, el cual hace alusión a la capacidad del sistema de autoobservarse y, a partir de ello, autoorganizarse, lo cual es manifestación del carácter autopoietico que todo sistema connota. La autopoiesis, concepto tomado de la microbiología, pone de presente la naturaleza viva que caracteriza a un sistema. La producción del sistema es autoproducción y reproducción por y para el mismo<sup>295</sup>.

El observador interno del sistema judicial sería el propio juez. En esta labor la sociología, en concepto de Luthman, debe abandonar toda pretensión a un saber mejor, por cuanto nadie garantiza que pueda observar más, y a la vez menos, que el sistema ju-

---

<sup>295</sup> MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Autopoiesis, Legitimidad Funcional y Democracia Sistémica*. p.8.

rídico mismo, y a su vez el juez en su autoobservación debe asumir una postura crítica con su propia labor, aceptando su propias debilidades y vulnerabilidad ante el propio sistema y ante la misma comunidad que lo observa con imaginarios insospechables. Cuando esto suceda se abrirá un verdadero campo de investigación que permitirá a la sociología del Derecho y la filosofía aportar herramientas sociales y racionales a la labor judicial y a su vez, el juez pueda cumplir con los principios y valores de un verdadero estado social de Derecho. La reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho –debe cumplir dos tipos de funciones: una función explicativa y una función heurística– ambas interdependientes y complementarias. La función explicativa posibilita la clasificación conceptual de las diferentes problemáticas, mientras que la función heurística proporciona marcos para la solución de los problemas prácticos concretos<sup>296</sup>.

Bajo esta perspectiva debe propender la investigación sobre la labor judicial y su incidencia en las

---

<sup>296</sup> MEJÍA QUINTANA, Oscar. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho*. p.27.



esferas de la legitimidad, eficacia y validez de un sistema jurídico.

Hasta donde se han desarrollado los códigos al servicio del juez, solo le proporcionan instrumentos normativos para construir procesos judiciales bajo la égida de los incisos, por ello con razón se le acusa al juez de ser un simple *operador*, que lo convierte en pescador de falsas ilusiones sociales al servicio de Estados totalitarios en búsqueda de su propia subsistencia.

Todas estas teorías que develan la función incoherente del orden normativo al servicio del orden estatal y la función del juez como un apéndice del mismo, no producirán una revolución teórica-científica y social, mientras no exista un estudio serio de nuestro entramado social, fundado en el monopolio de unas cuantas familias, en el narcotráfico, en el delito de cuello blanco y en la violencia en todas sus formas. Vale decir y como sugieren los sociólogos, que hay que mirar más los hechos que los postulados normativos, hay que observar más al juez colombiano que al propio código, mirarlo como persona y no como cuerpo del estado, auscul-

tar más el espíritu del pueblo<sup>297</sup> que al espíritu de las leyes<sup>298</sup>.

Es necesario construir un sentido de justicia social, fundamentado en la equidad. Si no se cree en la justicia sería inútil todo tipo de discusión sobre la misma y toda eventual reforma o justificación institucional<sup>299</sup>.

Se trata en todo caso, de trascender las teorías jurídicas discursivas hacia una real aplicación.

La justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los Derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad<sup>300</sup>. El esfuerzo desesperado de quien busca la justicia no es nunca infructuoso aunque su sed no se satisfaga: Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia<sup>301</sup>

---

297 Con ello se hace alusión al maestro, Savigny, uno de los fundadores del método histórico sociológico.

298 Se hace referencia a la obra de Montesquieu *el espíritu de las leyes*.

299 MEJÍA QUINTANA, Oscar. Op Cit p. 39.

300 RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Traducción del inglés por María Dolores González. 1ra reimpresión, Fondo de cultura económica, México, p.21.

301 CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces*. ediciones Jurídicas

### *La Ley*

Luego de ese discurso sociológico que contiene una proclama por un mejor Derecho, se reconduce la lectura hacia el Derecho como línea de conocimiento de quienes se introducen en esta materia y por ello, analizaremos una de las formas de expresión de la norma jurídica, la ley.

En sentido restringido, la ley, es la norma escrita de naturaleza jurídica dictada por un órgano preciso del poder público especialmente creado para ello. La ley es una forma de expresión de la norma jurídica.

Se destaca la definición del Código Civil, artículo 4, en la cual se indica “es una declaración de voluntad soberana manifestada en forma prevenida en la Constitución nacional el carácter de ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

No es fácil definir la ley, ya que se trata de un concepto generalizado y disímil, con múltiples objetos de conocimiento, hasta el punto que la Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad 503 del 4 de julio de 2007, la equipara al concepto de

ordenamiento jurídico, señalando que dicho concepto involucra todas las disposiciones del ordenamiento jurídico.

Muchas definiciones<sup>302</sup> se han ensayado a través de la historia.

Según Aristóteles: “El común consentimiento de la ciudad”.

Renard “la regla emanada de la voluntad autoritaria de los gobernantes”.

Gayo: “Es lo que el pueblo manda y establece”.

Aftalión: “Es la norma general, establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)”.

Kelsen: “En sentido específico, legislación significa establecimiento de normas jurídicas generales, cualquiera que sea el órgano que lo realice”.

---

<sup>302</sup> Estas definiciones se pueden consultar en la obra de Máximo Pacheco *teoría del Derecho*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile. página 325.

Planiol: “Regla social obligatoria establecida con carácter permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza”.

Santo Tomás: “Ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada solemnemente por quien cuida a la comunidad”.

Puede decirse que es una tentativa de aprisionar el porvenir sujetándolo a una reglamentación.

La ley es la fuente primera y fundamental del Derecho.

Sea cual fuere la definición de ley, esta es la fuente formal por excelencia que hace parte del Derecho escrito y proviene del Estado, y fundamentalmente consiste en un precepto obligatorio de conducta externa formulado por escrito por la autoridad pública, que se origina por la fuerza coercitiva del grupo social.

La ley se diferencia de la costumbre en que, mientras esta es la norma jurídica establecida a través de la constante, uniforme e ininterrumpida observancia de una práctica general de los miembros del grupo social, aquella es la manifestación escrita, deliberada y consiente de la voluntad del estado.

## Atributos de la ley

Los atributos de la ley, son: generalidad, impersonalidad, y la abstracción<sup>303</sup>. Según estas características la ley puede ser:

### A. Ley en sentido material

Es una regla de conducta social obligatoria de índole general, abstracta e impersonal y formulada por el poder público. Por medio de esta ley, se hacen la ley objetiva que son todos los códigos civiles, penal, laborales y se construye, además, la ley adjetiva como son todo los código de procedimiento.

---

<sup>303</sup> Hoy se habla de la crisis de la ley en el sentido que esta no tiene los caracteres que históricamente se le habían adjudicado: generalidad, abstracción, irretroactividad, claridad, todo ello dentro de un ordenamiento sistemático, etc. No obstante, la crisis de la ley no es tal, si tenemos en cuenta que las denominadas características atribuidas a la ley no han sido más que una idealización. Por otra parte, ninguna de las anteriores características son requisitos *sine quanon* de las leyes: la generalidad y la abstracción son características relativas (una ley o un enunciado jurídico puede ser más o menos general y más o menos abstractos); la retroactividad está permitida con excepciones; las leyes distan muchos de ser claras, y los ordenamientos jurídicos no suelen ser coherentes ni completos (así lo consigna Victoria Iturralde Sesma, aludiendo a Laporta, en su obra: *Interpretación literal y significado convencional*, a página 15).

## B. Ley en sentido formal

La ley es un precepto de carácter imperativo también, pero de contenido particular y concreto que proviene del poder público. Se le critica por su falta de generalidad ejemplo: ley que otorga beneficio a una determinada persona, el levantamiento de una estatua en honor a alguien, la ley que llamó al puente sobre el río Magdalena “Laureano Gómez”.

### **Lenguaje de la ley**

El legislador no puede entrar a dar explicaciones, sino ordenes, la misión del legislador es hacer cumplir el Derecho, el texto de la ley debe ser lo más claro y preciso que se pueda, sin ambigüedades y en armonía con las reglas gramaticales.

### **Ignorancia de la ley**

El legislador presume que todos conocen la ley. El artículo 9 del Código Civil indica “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. Así mismo el código de régimen político municipal en su artículo 56 dispone “no podrá alegarse la ignorancia de la ley

para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia”.

Esta es una presunción de Derecho, que indudablemente carece de fundamento en la realidad, puesto que muchas personas desconocen la ley, porque no llega a su lugar de nacimiento, crecimiento y muerte. Es un hecho sociológico evidente, pero el legislador se vale de esta presunción para exigir su cumplimiento sin excusas.

### **Formacion de las leyes**

Refiriéndonos a las leyes propiamente dicha, de acuerdo a la definición que en sentido estricto realizamos anteladamente, estas solo pueden ser creadas por una rama del poder público que es la legislativa, que en Colombia lo constituye el Congreso, el cual está formado por dos cámaras, el Senado y la Cámara de Representantes.

### **Reuniones del Congreso**

El Congreso se reúne en sesiones que pueden ser de tres clases:



**Ordinarias:** Aquellas que por Derecho propio se reúne el Congreso, así se reúne durante dos periodos por año (el primer periodo comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre y el segundo periodo iniciará el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio) constituirán una sola legislatura. Artículo 138 carta política inciso 1.

**Extraordinarias:** Se realizan por fuera del periodo ordinario, por convocatoria del Gobierno, en el tiempo que este señale y de los asuntos que indique. Sin perjuicio de la función de control político que le es propia (artículo 138 inciso 3 C.P.).

**Especiales:** son en casos excepcionales, por Derecho propio del congreso, por convocatoria del presidente en caso de ausencia del vicepresidente y en caso de declaratoria de estado de excepción, (guerra exterior, conmoción interior y emergencia) artículos 205, y 212 a 215 C.P.

### **Origen de las leyes**

Por regla general, las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno nacional, de

la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Nacional Electoral, del Procurador General de la Nación, del Defensor del Pueblo, del Contralor General de la República o por iniciativa popular.

Hay algunas leyes que solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno nacional, las leyes referentes al plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos (artículos 154 y 150 numerales 3, 7, 9, 11, 19 y 22 de la Constitución Política).

### **Procedimiento para la creación de una ley**

Ya vimos que corresponde al Congreso de la República a través del sistema bicameral, reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el Gobierno y administración. Ahora bien, para que un proyecto de ley sea ley debe so-

meterse a un trámite ordinario en el Congreso (artículo 157 y ss de la C.P).

Etapas: PUBLICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY.

APROBACIÓN EN PRIMER DEBATE.

APROBACIÓN EN SEGUNDO DEBATE SANCIÓN DEL GOBIERNO.

PROMULGACIÓN y PUBLICACIÓN DE LA LEY.

### **Publicación del proyecto**

Se requiere que el proyecto de ley sea publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva, con ello se informan los congresistas del proyecto. Se publica el proyecto de ley, la exposición de motivos, en los anales del Congreso al día siguiente de su presentación.

### **Aprobación en primer debate**

El proyecto de ley debe ser aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, se exceptúan algunos proyectos como cuando el presidente requiere de urgencia,

se puede dar el primer debate conjunto de ambas Cámaras, artículo 163 inciso 2 de la C.P, artículo 346 inciso 3 de la C.P artículo 161 C.P, artículo 157 numeral 2 de la C.P artículo 142 C.P, artículo 34 ley 5 de 1992.

### **Aprobación en segundo debate**

Aprobado el proyecto de ley en primer debate, debe ser aprobado, en cada Cámara en pleno, en segundo debate. La aprobación en primer debate y segundo debate requiere la aprobación de la mayoría absoluta.

Como puede apreciarse son 4 reuniones para debate y aprobación.

### **Sanción presidencial**

El proyecto de ley debe ser aprobado por el presidente de la República con la firma de sus respectivos ministros del despacho.

### **Promulgación**

Si el Gobierno no objeta el proyecto de ley dispondrá que se promulgue o se publique, lo cual consiste

en insertar el texto de la ley en el diario oficial, para ser conocida por todas las personas de Colombia.

El presidente puede objetar el proyecto de ley total o parcialmente (artículo 165 de la C.P). dispone de 6 días para devolver un proyecto cuando no conste de más de 20 artículos, de 10 días cuando el proyecto contenga de 21 a 50 y hasta de 20 días cuando el proyecto de ley sea de más de 50 artículos, sino lo devuelve debe sancionarlo y promulgarlo. Si el Gobierno objeta el proyecto de ley, el debate vuelve a la Cámara en segundo debate. Cuando el presidente no lo sanciona sin causal justificativa lo hará el presidente del Congreso, que en este caso es el del Senado, quien sancionará y promulgará la ley (artículo 168 C.P).

Si el proyecto de ley es objetado por inconstitucional y las Cámaras insistieren en su constitucionalidad, dicho proyecto pasa a la Corte Constitucional, para que esta dentro de los 6 días siguientes decida su exequibilidad (artículo 167 C.P.).

Debe quedar claro que por gobierno se entiende el sentido que le da el artículo 115 de la Constitución Política, “el presidente de la República es el jefe de

Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno nacional está formado por el presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamento administrativo. El presidente y el ministro o director del departamento correspondiente, en cada negocio particular constituye el Gobierno”.

Conforme a la distinción hecha, el poder ejecutivo es función pública y cúmulo de autoridad, en tanto que el gobierno es persona o entidad política y visible. El presidente de la República, como tal, es el jefe o director supremo del poder ejecutivo, poder que se difunde en los ministros, en los gobernadores de los departamentos y en todo el personal y organismo encargado de la ejecución de las leyes.

### **¿Qué dice el texto constitucional sobre la ley?**

Importante para los estudiantes es que dimensionen la importancia de la ley y especialmente la constitución, donde se encuentran el concepto de ley como forma de creación, veamos:

Constitución Política de Colombia.

**ARTÍCULO 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

**ARTÍCULO 150º** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

**ARTÍCULO 151º** El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa.

**ARTÍCULO 153º** La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del

proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla. **Conc.:** arts. 98, 99, 145, 146, 152, 214-2, 241-8. Leyes Estatutarias 130, 131, 133, 134, 137 de 1994; L.O. 5ª/92; L. 163/94.

**ARTÍCULO 154º** Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución. No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3º, 7º, 9º, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales. Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno. Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado.



**ARTÍCULO 155º** Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país.

**ARTÍCULO 157º** Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: 1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva. 2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras. 3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate. 4. Haber obtenido la sanción del Gobierno.

**ARTÍCULO 170º** Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral podrá solicitar ante la organización electoral la convocatoria de un referendo para la derogatoria de una ley. La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en este una cuarta parte de los ciudadanos que componen el

censo electoral. No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la ley de presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias.

**ARTÍCULO 374.** La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

**ARTÍCULO 375.** Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período solo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

**ARTÍCULO 376.** Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el periodo y la composición que la misma ley determine.

Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento.

**ARTÍCULO 377.** Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los Derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el

censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

**ARTÍCULO 378.** Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

**ARTÍCULO 379.** Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este Título.

La acción pública contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.

### **Diferentes leyes que tienen origen en la constitución**

Leyes estatutarias: Aquellas que la Constitución establece taxativamente. Tienen una categoría superior a las demás clases de leyes y se establece un trámite especial para su expedición por su importancia jurídica. Para su aprobación requiere mayoría absoluta y revisión previa por parte de la Corte Constitucional.

Pertenecen a esta categoría las siguientes:

- Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.
- Administración de justicia.
- Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos.

- Estatuto de la oposición.
- Funciones electorales.
- Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- Estados de excepción.

**ARTÍCULO 152º** Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estados de excepción. f) Adicionado. A.L. 2/2004, art. 4º. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley. PAR. TRANS. Adicionado. A.L. 2/2004, art. 4º. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del primero de marzo de 2005, un proyecto de ley estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo

152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, Derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, Derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la presidencia de la República. El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la ley estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de ley estatutaria por parte de la Corte Constitucional. (Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia).

Leyes Orgánicas: las leyes orgánicas tienen un significado ordenador y autolimitante de las funciones ejercidas por el Congreso de la República. Una ley orgánica es “un mandamiento al Congreso en orden

a regular su función legislativa, señalándole límites y condicionamientos”. Conforme al artículo 151 de la Constitución Política el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuáles estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa y le ordena dictar las siguientes normas mediante ley orgánica:

- Reglamentos del Congreso y de cada una de las cámaras:
- Normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo.
- Normas relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Como aplicación de este precepto se dictaron en Colombia las siguientes leyes: la Ley orgánica del Congreso (ley 5ª de 1992, la cual fue modificada por las leyes 186 de 1995, 273 de 1996 y 475 de 1998); el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Ley 38 de 1989, modificada por las Leyes 179 de 1994 y 225 de 1995, compiladas en el Decreto 111 de 1996) y la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo (Ley 152 de 1994).



**ARTÍCULO 151** El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

Leyes Marcos, esta categoría de leyes entró a nuestra normatividad jurídica constitucional con la reforma de 1986, y se diferencian de las demás porque deben versar sobre temas específicos, como son los señalados taxativamente en los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, y el que su finalidad es la de señalar, a través de normas generales, los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno, cuando proceda a desarrollar y aplicar dichas normas, sin que le esté permitido exceder o desbordar los parámetros trazados, de modo general por el legislador.

La creación de esta clase de leyes, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, “encuentra su justificación en la condición esencialmente mutable de aquellos fenómenos que exigen una regulación flexible o dúctil que se adecue a las cambiantes circunstancias del suceder aludido, de tal manera que solo al Gobierno incumbe crear la normatividad jurídica que aquellos fenómenos reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o “marcos” dados por el legislador quien al señalarlos, queda con aptitud legislativa recortada en las materias que la precitada disposición constitucional enuncia” (Sent. 73 septiembre 18 de 1986).

La expedición de toda Ley Marco representa entonces, una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. En efecto, el Congreso consagra los preceptos generales y el Presidente expide los denominados decretos ejecutivos, destinados a reglamentar, en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la ley, decretos estos, que no tienen la misma jerarquía de la ley de la cual se derivan, pese a tener su misma generalidad y obligatoriedad.

Las materias que el constituyente ordena regular por medio de leyes de esta categoría son las expresamente señaladas en el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política y que se relacionan con asuntos relacionados a la organización del crédito público; regulación del comercio exterior y régimen de cambios internacionales; modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regulación de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; las relativas a la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso Nacional y fuerza pública, como la regulación de las prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, así como las destinadas a regular la educación.

Leyes ordinarias: Son la regla general, de tal manera que son todas aquellas que no tienen características ni trámites especiales.

Todas las leyes siguen el trámite de las ordinarias, salvo las leyes estatutarias (que son leyes para temas específicos señalados por la Constitución Política):

**ARTÍCULO 150** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.
3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.
4. Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.
5. Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales.
6. Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública,

la actual residencia de los altos poderes nacionales.

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.
8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.
9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 2o del presente artículo, ni para decretar impuestos.

11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.
12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

13. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas.
14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa.
15. Decretar honores a los ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria.
16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de Derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.
17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos po-

líticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

18. Dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías.
19. Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.
20. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.
21. Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.
22. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.
23. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.



24. Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República.

Leyes delegantes: Son leyes ordinarias en virtud de las cuales el Congreso delega en el Gobierno la potestad de dictar normas, dentro de un plazo, sobre materias concretas que, en ningún caso, serán las que deben desarrollarse por ley orgánica.

El objeto de la delegación puede ser la refundición de varios textos legales en uno solo o la formación de un texto articulado sobre una materia concreta, en cuyo caso la ley delegante recibe el nombre de Ley de Bases.

**ARTÍCULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)10. Revestir, hasta por seis meses, al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación re-

querirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

Decretos Ley: Son textos normativos, con fuerza material de ley, dictados con base en una ley de facultades extraordinarias, de acuerdo con lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución. Estas últimas son una clase especial de leyes, por medio de las cuales el Congreso, titular de la facultad legislativa, se despoja de ella para habilitar hasta por seis meses al Presidente de la República y por solicitud de este para legislar por una sola vez mediante dichos decretos. Una característica propia de los decretos leyes es su permanencia en el tiempo, debido a que siguen vigentes luego de cesar las facultades extraordinarias en virtud de las cuales fueron expedidos. Estos decretos pueden referirse a

cualquier materia, salvo las prohibidas en el inciso final del numeral 10 del artículo 150 de la Carta, esto es, para expedir códigos, leyes estatutarias (art. 152 C.P.), leyes orgánicas (art. 151 C.P.), leyes marco (art. 150-19 C.P.).

Con relación al control de estos decretos es posterior y por vía de acción, precisando la Corte Constitucional, que el escrutinio de constitucionalidad de un decreto ley no exige realizar previamente el estudio de constitucionalidad de la ley habilitante, en virtud de la cual aquel fue expedido. La Corte podría analizar dicha ley cuando haya sido demandada, o cuando sea necesario conformar la unidad normativa para realizar el juicio de exequibilidad.

Decretos legislativos: Son enunciados normativos expedidos por el Gobierno nacional, en casos expresamente previstos por la Constitución Política, cuyo alcance es de fuerza material de ley, hasta el punto de derogarlas o subrogarlas.

Decretos reglamentarios: La potestad reglamentaria es una facultad permanente del Presidente de la República, prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, que se ejerce mediante la expedición de

los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Si bien a diferencia de lo que ocurre con los decretos legislativos la potestad reglamentaria es permanente, ello no es óbice para que la ley que va a ser reglamentada establezca un término dentro del cual deba expedirse el respectivo reglamento.

Artículo 189 Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Decretos presidenciales: Un decreto es una especie de acto administrativo emanado habitualmente del poder ejecutivo y que, generalmente, posee un contenido normativo reglamentario, por lo que su rango es jerárquicamente inferior a las leyes.

Esta regla general tiene sus excepciones en casi todas las legislaciones, normalmente para situacio-

nes de urgente necesidad, y algunas otras específicamente tasadas.

Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y

las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

Actos administrativos de carácter general: Consisten en la declaración que se manifiesta de manera voluntaria en el marco del accionar de la función pública y tiene la particularidad de producir, en forma inmediata, efectos jurídicos individuales. En otras palabras, es una expresión del poder administrativo que puede imponerse imperativa y unilateralmente.

Al ser declaraciones, los actos materiales de la administración pública no se incluyen dentro de sus actos administrativos; estos últimos, por otra parte, se califican como ejecutivos debido a que no requieren de una autorización por parte del Poder Judicial para fijar sus características y que estas sean de cumplimiento obligatorio.

Los actos administrativos de carácter general y abstracto son, en esencia, directamente revocables por aquella autoridad que los ha proferido y su transitoriedad radican en la necesidad que tiene la Administración de satisfacer el interés público, ajustando sus decisiones a las circunstancias existentes al

momento de aplicar dicho precepto. Cuando dichas condiciones cambian sustancialmente, hasta el punto de hacer imposible la permanencia de dicho acto administrativo en el ordenamiento jurídico, debe ser retirado del mismo, según las circunstancias que analizará la autoridad que lo profirió para proceder a revocarlo.

Clasificación de los actos administrativos:

Existen muchas corrientes que se han encargado de identificar los diferentes tipos de actos administrativos; entre todas ellas, la más aceptada se apoya en el estudio realizado por Gabino Fraga. Según esta teoría los actos podían clasificarse:

*Por su naturaleza:* se considera la **voluntad** de quien los realiza. Si su objetivo es modificar la ley o causar un efecto en los Derechos que esta regula, son jurídicos. Si no posee la voluntad de causar efectos jurídicos sino que es creado con el fin de ejecutar atribuciones de la administración pública como pavimentación de calles o limpieza, se los denomina actos materiales o de ejecución.

***Por las voluntades que permiten su creación:*** según los organismos que lo formen, pueden ser unilaterales si solo afecta a la organización que lo realice, o plurilateral si expresan la voluntad de dos o más personas o entidades. Dentro de los plurilaterales se encuentran los actos colegiales, los colectivos, los de condición y los contractuales.

***Por la relación que existe entre su voluntad y la ley:*** de acuerdo a los *Derechos* y obligaciones que imponga la ley, los actos pueden ser obligatorios (también llamados reglados o vinculados, las personas o entidades deben acatar todos los aspectos impuestos por la ley y no hay espacio para las decisiones individuales) o discrecionales (se permiten ciertas licencias y las personas pueden tomar decisiones). Es necesario destacar que ambos actos son observados por la ley, por lo que ninguno puede obviar las condiciones que ella determine.

***Por el radio en el que repercute su accionar:*** en esta clasificación se puede diferenciar entre actos internos y externos. Los primeros, hacen referencia a aquellas acciones realizadas para regular el funcionamiento interno de la ley en una administración. Los segundos, comprenden las actividades



más importantes del Estado, a través de las cuales él mismo ordena y *controla* la acción de los actos internos o individuales.

***Por su finalidad:*** son intermediarios, o ejercen de herramientas para que los actos fundamentales de la actividad administrativa tengan un destino eficaz. De acuerdo a la razón por la que los actos sean realizados, pueden dividirse en preliminares (acciones que son imprescindibles para que la Administración desempeñe las facultades propias del Poder Público, afectan directa o indirectamente a los particulares), de decisión (declaraciones unilaterales de voluntad donde se deja constancia de la modificación, extinción o reconocimiento de una situación jurídica subjetiva puntual) y de ejecución (acciones que deben hacer cumplir las resoluciones tomadas y las decisiones administrativas en todos los actos desempeñados por particulares, ya sean de carácter material o jurídico).

***Por su contenido y consecuencias jurídicas:*** en esta clasificación pueden encontrarse otras que permiten diferenciar entre actos realizados para ampliar la esfera jurídica, otros para limitar dicha

esfera y aquellos que permiten tener constancia de la existencia de un Estado.

Cuando la tipificación de los actos administrativos obedece a aquellos a quienes están destinados, puede distinguirse entre los de carácter general (sus destinatarios no están determinados) y los de carácter singular (que se dirigen a un individuo).

Los actos también pueden mantener un vínculo con normativas previas. Son, en estos caso, los actos administrativos reglados (relacionados con una norma que determina su contenido), a diferencia de los no reglados (cuando se puede escoger entre diferentes resoluciones).

La Constitución Política de 1886 ya consagraba esta categoría de decretos que tanto la jurisprudencia como la doctrina fundamentaban en los numerales 6, 7, 9, 12, 14 y 19 del artículo 120 de esa Carta, y que el sector mayoritario de la comunidad jurídica consideraba como disposiciones infralegales, frente a quienes sostenían que estas eran piezas normativas que estaban al mismo nivel de la ley.

En el caso de la Constitución vigente fueron minimizados, existiendo en el sistema constitucional

un único caso en que el Gobierno nacional puede dictar este tipo de actos, en ejercicio de la facultad que le atribuye a este directamente la Constitución y sin sujeción a la ley previa. En este evento se está frente a enunciados normativos, expedidos por el Gobierno nacional en los casos previstos por la Constitución, cuyo contenido y alcance material está sometido tanto al de las leyes que les sirven de fundamento, como al de las demás leyes del sistema. Por ello, su fuerza vinculante es inferior a la de las leyes y a la de los decretos de contenido legislativo. En el sistema colombiano estos decretos operan bajo tres modalidades básicas: Los decretos reglamentarios, los decretos que desarrollan leyes marco y los decretos ejecutivos.

**Resoluciones:** La resolución administrativa se define como una orden escrita dictada por el jefe de un servicio público que tiene carácter general, obligatorio y permanente, y se refiere al ámbito de competencia del servicio.

### **Ámbito regional:**

**Ordenanzas:** Tipo de norma jurídica que se incluye dentro de los reglamentos, y que se caracteriza por estar subordinada a la ley. Es una disposición o

mandato. El término se utiliza para nombrar al tipo de norma jurídica que forma parte de un reglamento y que está subordinada a una ley. La ordenanza es emitida por la autoridad que tiene el poder o la facultad para exigir su cumplimiento.

La Asamblea Departamental en Colombia, son en cada departamento la corporación pública, de carácter político-administrativo, de elección popular, la cual goza de autonomía administrativa y presupuesto propio.

Conformada por no menos de 11 diputados ni más de 31, elegidos popularmente para un periodo de 4 años. La Asamblea Departamental emite Ordenanzas de obligatorio cumplimiento en su jurisdicción territorial (departamento).

Su equivalente en las ciudades es el Concejo Municipal y en las Comunas o Localidades es la Junta Administradora Local; en sentido amplísimo, su equivalente a nivel nacional es el Congreso quien es el único órgano legislativo, del Estado colombiano, al ser este un Estado unitario. Bogotá, la capital, es el único ente que no tiene representación en alguna asamblea departamental, aunque es la capital del departamento de Cundinamarca, está organizada

como Distrito Capital gozando de autonomía para la gestión de sus intereses.

**ARTÍCULO 299.** Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

### **Ámbito Municipal:**

Leyes que puede proferir un alcalde:

Según el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia, son atribuciones del Alcalde:

(...) Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.

También le es permitido elaborar Resoluciones municipales.

Hay otras leyes menores como los códigos, las resoluciones, el código de policía.

Incluida estas normas legislativas, el profesor Hernán Olano García<sup>304</sup>, propone la siguiente pirámide normativa:

a. En el ámbito nacional:

- Ley de leyes (la Constitución política).
- Leyes aprobatorias de los tratados públicos internacionales sobre Derechos humanos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T.
- Leyes aprobatorias de los tratados públicos internacionales.
- Leyes estatutarias.
- Leyes orgánicas.
- Leyes marcos o cuadros. Leyes ordinarias.
- Leyes delegantes. Decretos-ley.

---

<sup>304</sup> OLANO GARCÍA, Hernán. Revista de Derecho. división de ciencias jurídicas de la universidad del Norte. 30 de diciembre de 2008. Ediciones Uninorte. p.101.

- Decretos legislativos. Decretos reglamentarios. Decretos presidenciales.
  - Actos administrativos de carácter general (reglamentos). Demás resoluciones.
  - La equidad.
  - La jurisprudencia.
  - Los principios generales del Derecho. La doctrina.
  - La costumbre.
  - Pactos o convenios colectivos del trabajo. Directivas presidenciales.
  - Actos de otras autoridades nacionales diferentes al presidente de la República.
- b. En el ámbito regional:
- Ordenanzas departamentales ordinarias. Ordenanzas delegantes.
  - Decretos del alcalde con base en los acuerdos delegantes. Decretos reglamentarios.
  - Actos ordinarios de los gobernadores.

- Actos de los demás funcionarios departamentales según sus jerarquías.
- c. En el ámbito municipal.
  - Acuerdos ordinarios de los concejos municipales y/o distritales.
  - Acuerdos delegantes.
  - Decretos del alcalde con base en los acuerdos delegantes. Actos ordinarios del alcalde.
  - Actos de las demás autoridades municipales según jerarquía.
  - Resoluciones de las JAL.

**Aplicabilidad de la ley. Aplicación de la ley en el espacio y en el tiempo:**

La norma jurídica en relación con el ámbito de validez temporal tiene como ordenación general el efecto irretroactivo de la ley, por lo cual se afirma que toda norma jurídica rige hacia el futuro y con relación a la aplicación en el ámbito espacial la regla general es la territorialidad de la ley, de tal manera



que la norma jurídica regula los comportamientos o hechos jurídicos en un lugar determinado.

### **Aplicabilidad de la ley en el espacio**

En cuanto al espacio, la ley en principio no rige sino dentro de los límites del territorio en donde el poder público del cual proviene ejerce su imperio.

Esto se conoce como territorialidad de la ley, así se tiene por ejemplo que los actos emanados del constituyente (art 374 C.P.) las disposiciones procedentes del legislador (leyes propiamente dichas, art 138 C.P. y ss.) y los decretos presidenciales (ordinarios, extraordinarios, legislativos, etc.) (Art 189, 212, etc.) rigen en todo el territorio colombiano. Las ordenanzas son obligatorias en sus respectivos departamentos (art 300 C.P.) y los decretos de los gobernadores también en sus respectivos departamentos (305); los acuerdos (art 313) y los decretos del alcalde (315) son obligatorios dentro del respectivo municipio.

Por regla general y en virtud del principio de territorialidad la ley colombiana rige en Colombia, pero hay casos en que se requiere que la ley tenga carácter extraterritorial. Entonces, para dirimir los con-

flictos de la ley en el espacio, se han ideado muchas fórmulas entre las cuales destacan:

- a. El principio personal: significa que la ley persigue a las personas como una sombra, la ley se aplica a las personas sea el lugar donde estén, teoría de origen romano.
- b. Principio territorial. La ley únicamente aplica en el territorio de un país, de sabor feudalista.
- c. La teoría de los estatutos, originada en la escuela italiana, floreció en el siglo XIV, tenía dos estatutos, el real que se aplicaba en el territorio y el personal que permitía que se aplicara la ley a las personas que estuvieren en el extranjero.
- d. La escuela holandesa, no obstante el principio de la soberanía absoluta de los países, en ciertos casos y cuando así lo exigían motivos de cortesía internacional, los Estados deben permitir dentro de sus respectivos territorios la aplicación de la ley extranjera.
- e. Teorías alemanas, según la cual sino había disposición aplicable en la legislación nacional y de su

espíritu no podía inferirse nada respecto de la ley extranjera, se aplicará entonces la ley del Estado donde se tramitare el litigio correspondiente.

- f. Teoría de la personalidad del Derecho, según la cual las leyes que tienen por objeto la utilidad de las personas, deben regir respecto de ellas, en todo tiempo y lugar, con excepción de las leyes de orden público y las referentes a las formalidades externas, de los actos jurídicos que deben regularse por la ley local.

### **Aplicación en Colombia**

Rige una posición multilateral, mediante la cual acude a uno u otro sistema, así se acoge el estatuto personal cuando se trata del estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto dentro del territorio del país (artículo 19 del Código Civil) o se protege bajo el estatuto territorial, en lo que concierne a normas relativas a los bienes raíces o inmuebles (art 20 inciso 1 Código Civil), a lo referente a los efectos de los contratos celebrados válidamente en país extranjero (Art. 20 inciso 3 cc), o estatuye que rigen las leyes del lugar en lo concerniente a la forma de los instrumentos

públicos (art 21 inc. 3 Código Civil) y a las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en el extranjero (art 20 inc 2 c.c).

El legislador tiene siempre como propósito que la aplicación del precepto normativo cubra una determinada territorialidad. Desde luego, la regla general es la territorialidad de la norma jurídica, de tal forma que su aplicación en un territorio solo puede darse cuando los hechos jurídicos ocurridos se hayan presentado en el ámbito espacial para el cual es válida la aplicación de la norma jurídica.

El problema se presenta cuando una norma, de ámbito territorial determinado, se pretende aplicar extraterritorialmente para resolver una relación jurídica donde interviene un componente extranjero que puede ser: 1) Personal (nacionalidad, domicilio o residencia de extranjero); 2) Real (situación espacial de los bienes en el extranjero); 3) Conductistas, (actos y hechos jurídicos, lícitos o ilícitos realizados fuera del país desde cual se visualiza el caso)<sup>305</sup>.

---

<sup>305</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho, 12 ediciones. Bogotá D.C. Temis, 2001, p.418.

En todos estos casos pueden encontrarse teorías que indique que se aplica la ley extranjera o la nacional.

En todo caso, la Constitución Política sienta ciertos principios frente a la interpretación y aplicación en torno a los componentes antes anotados:

Artículo 4 de la Constitución Política, es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer las autoridades (...)

En el Código Civil Colombiano encontramos las siguientes normativas:

Artículo 18. Obligatoriedad de la ley: la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.

De lo anterior se colige, que toda persona natural o jurídica que opere en el territorio colombiano y realice un hecho jurídico determinado está sometida a la Constitución Política y al sistema jurídico colombiano, de tal suerte que no opera la territorialidad absoluta sino la relativa.

El sistema jurídico colombiano opera bajo la égida de la territorialidad relativa, es decir, los hechos jurídicos acaecidos en nuestro territorio, por regla general, deben ser resueltos con ley nacional pero en casos especiales se pueden resolver conflicto jurídicos ocurridos en Colombia con normas jurídicas extranjera aprobadas por el Congreso nacional como lo ordena el artículo 150 de la Carta Magna así:

Artículo 53 C.P., los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

Artículo 93, los tratados internacionales y convenios de la misma naturaleza que reconocen Derechos humanos, prevalecen en el orden interno. En igual forma los Derechos y los deberes consagrados en la Carta Política, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos humanos ratificados por Colombia.

Este artículo fue modificado por el acto legislativo 02 de 2001, que impuso el reconocimiento de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma, para lo cual, se reconocen

los efectos de estos en materia de garantías contenidas en la Constitución.

EL Código Civil colombiano en el artículo 19 consigna el concepto de extraterritorialidad de la ley, para los casos del estado de las personas y en las obligaciones y Derechos que nacen de las relaciones de familia.

Con este artículo se busca proteger la familia como núcleo de la sociedad y evitar que a través de la ley extranjera se vulnere el concepto de estado de las personas y de familia.

El artículo 20 del Código Civil en materia de bienes, indica la aplicabilidad de la ley colombiana en materia de bienes situados en el territorio colombiano y aquellos que estando en el extranjero el estado tengan interés o Derecho sobre los mismos.

Este artículo consigna lo referente al estatuto real y da lugar a los siguientes casos:

- a. Los contratos que se realicen en el extranjero sobre bienes situados en Colombia, se rigen por la normatividad jurídica colombiana.
- b. Si el contrato se realizó en Colombia y el bien se

encuentra situado en otro país, se regirá por la norma jurídica de ese Estado.

- c. Si el contrato se realizó en el extranjero, sobre bienes situados en Colombia y no se tiene en cuenta el ordenamiento jurídico colombiano en relación con el alcance jurídico del contrato este no será válido en Colombia y por ende, estará sometido a declaración de nulidad absoluta.

El artículo 21 del Código Civil regula lo atinente a la forma de los instrumentos públicos. Indicando que se regirán por la ley del país en que haya sido otorgado. Su autenticidad se establecerá según las reglas colombianas.

En este orden de ideas, se considera que la forma de un acto jurídico se debe regir por las normas jurídicas del lugar donde nace, de tal manera que los colombianos en el exterior están facultados para celebrar formalmente en cualquier consulado colombiano, aplicando la normatividad jurídica colombiana, actos jurídicos que producirán efectos jurídicos en Colombia.

El artículo 22 del Código Civil consigna lo relacionado con la función probatoria de los instrumentos



públicos, señalando que cuando la ley colombiana exija el instrumento público como formalidad, no valdrá en ningún caso el instrumento privado extranjero aun cuando esta le de la fuerza necesaria para reconocerlo. Verbigracia, la compraventa de bienes inmuebles efectuadas en el extranjero, cuando la ley colombiana exige escritura pública, en Colombia el documento privado extranjero es nulo absoluto.

### **Aplicación de la ley en el tiempo**

La norma jurídica se estructura, según la teoría kel-siana, con un supuesto de hecho al cual se vincula una consecuencia jurídica. La consecuencia se produce una vez que el hecho señalado como supuesto se ha cumplido totalmente.

Con el surgimiento de una nueva ley se puede modificar el supuesto y la consecuencia jurídica de esa norma jurídica que regía en su oportunidad, y como efecto de ello surge el conflicto de la aplicabilidad de la ley en el tiempo entre la nueva ley y la vieja.

El conflicto surge cuando un hecho ha ocurrido durante la vigencia de una ley antigua, pero sus

consecuencias jurídicas se producen y se desarrollan bajo la vigencia de la ley nueva, ¿entonces qué ley se aplicará?

La regla general en Colombia es la irretroactividad de la ley, es decir, toda norma jurídica nueva rige hacia el futuro todos los actos y situaciones jurídicas que se presenten desde el momento de su vigencia. Esta postura jurídica garantiza que se respeten los Derechos, hechos y relaciones jurídicas formados de manera válida bajo el imperio de una ley anterior, garantiza la confianza y la seguridad que se tiene en las normas jurídicas por parte de los destinatarios de la ley; en consecuencia la ley rige hacia el futuro.

Sin embargo, surgen conflictos jurídicos por aplicación de la ley en el tiempo, así:

- a. Referente a normas interpretativas, los artículos 14 y 25 del Código Civil regulan la materia. El artículo 14 señala que las leyes que interpretan otra ley se entienden incorporadas a esta, pero no afectan los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio. El artículo 25 consigna que la interpretación que hace el legislador y la

Corte Constitucional tiene carácter obligatorio y general. En tal caso no se aplica la interpretativa sino la interpretada, consúltese en todo caso la SC- 424 de 1994.

- b. Normas que suprimen una institución jurídica: Cuando una norma jurídica desaparece una institución regulada en una norma anterior se presentan conflictos de leyes por aplicación en el tiempo. Ejemplo, el Código Civil en su artículo 34 establecía la mayoría de edad a los 21 años, este artículo fue modificado por la ley 27 de 1977 que suprimió la institución jurídica de la mayoría de edad a los 21 por la de 18 años. Entonces frente a los menores de 18 años se encuentra en situación teórica, porque al llegar a los 18 años se les aplicará, en tanto que los mayores de 18 años y menores de 21 años se le aplicara inmediatamente.

En conclusión, la norma posterior debe aclarar, al suprimir totalmente una institución jurídica, cuáles son los efectos jurídicos que se deben aplicar a los supuestos jurídicos realizados y su respectiva consecuencia adjudicada bajo la vigencia de la ley anterior. En este sentido se configura una forma de retroactividad de la norma

jurídica que se apoya en la idea que todo precepto nuevo es mejor que el que le antecede, y como procura interés general, debe ser aplicable a lo pasado y a lo futuro.

- c. Favorabilidad en el tránsito de normas jurídicas penales: De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, en materia de ultractividad y retroactividad opera la aplicación de la ley más favorable. El profesor Juan Fernández Carrasquilla sobre este tópico manifiesta lo siguiente “si la nueva ley es favorable al reo, debe aplicarse retroactivamente; pero si es desfavorable, continuará aplicándose la vieja ley, en forma ultractiva, a los hechos cometidos con anterioridad a la terminación de su vigencia. La ultractividad supone un caso aún no juzgado definitivamente, pues a los juzgados se les aplicó precisamente la ley anterior favorable. La retroactividad en cambio, tiene aplicación con respecto a casos juzgados o no juzgados; en los primeros, se modifica de oficio la sentencia y en los segundos se la dicta conforme a los nuevos cánones”<sup>306</sup>

---

<sup>306</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental*, 2 ediciones. Bogotá: Temis S.A., 1986, p.124.

- d. La retrospectividad en la normas jurídicas: Surge de la interpretación que le ha efectuado la Corte Suprema de justicia al artículo 16 del Código Sustantivo del trabajo, para efecto de regularlo bajo los efectos del interés y justicia social, para reconocerle a los trabajadores Derechos bajo el efecto de la retrospectividad de la ley.
- e. Los Derechos adquiridos: La teoría de los Derechos adquiridos es primordial en el tema del conflicto de normas jurídicas en el tiempo, porque las nuevas normas jurídicas no los pueden desconocer, entendiendo por Derechos adquiridos aquellos que han entrado al patrimonio de un sujeto jurídico. Lo que sí puede desconocer la norma jurídica posterior son las meras expectativas, pues estas no han entrado legal y constitucionalmente al patrimonio, y, por consiguiente, tendrán que estar sujetas a la nueva prescripción jurídica. La teoría de los Derechos adquiridos se basa en la seguridad jurídica, consúltese para tal efecto la SC 368 de 2006 en donde se consigna diferencias entre Derechos adquiridos y meras expectativas. En igual forma se ha entendido que cuando el Derecho está supeditado a varias etapas, este no se considera Derecho adquirido

sino se agotan todas las etapas. Consúltense las Sentencias C- 529 de 1994 C-754 de 2004, C-168 de 1995.

- f. Referente al Derecho adjetivo el Código General del proceso en su artículo 624 modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 e indicó lo siguiente: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron lo incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

El artículo 625 del Código General del proceso

es un ejemplo de como el legislador regula lo atinente a la aplicación procesal en el tiempo y sobre todo la ley nueva aplicada a los procesos en curso.

### **De la analogía**

Es un imposible jurídico que todo el Derecho esté comprendido en la fórmula legal, ya que esta no puede prever todas las situaciones y adaptarse a todas ellas, así el profesor Geny señala, “no todo el Derecho está legalizado”. Debe quedar claro que la analogía no es una fuente formal del Derecho autónoma, por cuanto implica aplicación de la ley, esta última es la fuente del Derecho.

Los jueces están en la obligación de fallar todos los asuntos puestos a su consideración so pena de incurrir en denegación de justicia. Nuestro ordenamiento jurídico establece la analogía en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que es un instrumento que sirve para llenar los vacíos legales “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional

y en última instancia, empleando una regla general del Derecho”.

Este instrumento legal para resolver los conflictos también se encuentran en el artículo 19 del Código Sustantivo del trabajo, “cuando no hay norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del Derecho común que sean contrarios a los Derechos del trabajador, todo dentro de un espíritu de equidad”.

En la órbita del Derecho penal, tratándose de las sanciones, no es pertinente la aplicación de la analogía, pues, como ya se sabe en materia penal sino hay norma específica al respecto, no hay sanción (*Nulla poena sino praevia lege penale*), la analogía se permite en penal solo en materia permisivas.

El Código de Comercio (decreto 410 de 1971) recomienda la aplicación analógica, cuando expresa el



artículo 1 “los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

En el Derecho adjetivo o procedimental, también se acoge el procedimiento de analogía, así el Código General del proceso en su artículo 12 expresa, “Cualquier vacío en las disposiciones del presente código, se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estos, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales los generales del Derecho procesal, procurando hacer efectivo el Derecho sustancial”.

El Código Procesal del trabajo consagra la analogía en su artículo 145, “A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo se aplicarán las normas análogas de este decreto, y, en su defecto, las del código judicial”<sup>307</sup>.

La analogía es un razonamiento que se fundamenta en la similitud o semejanza y que consiste desde el

---

307 La expresión código judicial corresponde al Código General del proceso.

punto de vista de la lógica, en concluir un caso por lo que de otro semejante hemos concluido, y cuya aplicación en el terreno jurídico se puede concluir así, “a las situaciones de hechos semejantes debe aplicarse la misma regla de Derecho”.

La analogía está llamada a solucionar el problema de las analogías en el Derecho. La analogía puede ser en rigor de dos clases:

### **Clases de analogías**

Analogía Legis: Esta clase de analogía consiste en aplicar una disposición legal que regula cierto caso, a otro no previsto expresamente en ella, pero que es semejante y tiene el mismo fundamento (*ratio juris*) es decir, cuando se extiende la aplicación del texto legal a un caso distinto de los que el texto ha previsto. Por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 303 del Código Civil, respecto a la necesidad de licencia (autorización) judicial, con conocimiento de causa para que los padres puedan enajenar (vender o permutar) e hipotecar los bienes raíces de sus hijos menores, se aplica por analogía a los tutores y curadores que administran bienes de sus pupilos.

Analogía Juris: Esta clase de analogía se presenta cuando un conjunto de disposiciones legales que forman una institución reguladora de una situación determinada, se aplica a otra que es semejante. En este caso, se acude a un conjunto de disposiciones o reglas que conforman reglas más o menos amplias, los principios generales del Derecho, cuando se opera con principios que regulan una materia análoga o bien con los principios generales del sistema.

El artículo 32 del Código Civil expresa “en los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”

Como ejemplo de analogía juris se puede mencionar el artículo 1603 del Código Civil, según el cual, los contratos deben ejecutarse de buena fe, principio general que debe aplicarse analógicamente a los actos jurídicos unilaterales sobre los cuales la legislación no ha dicho nada al respecto.

El profesor Valencia Zea precisamente ha dicho, “mediante la analogía se trata de elaborar una regla jurídica para regular casos imprevistos en la ley, pero con fundamento en la misma ley”, la analogía representa así, una extensión de la ley a otros casos de los expresamente previstos.

Se puede suponer que una ley regula concretamente un caso de la vida real; pero, dadas determinadas condiciones, se considera que dicha solución puede extenderse a otro caso semejante (analogía legis). Pero también, es posible que se trate de una regla general que se aplicó a determinados casos y se estima que debe aplicarse todavía a otros casos (analogía juris).

La aplicación por analogía no es arbitraria, sino que ella debe someterse a varias prescripciones, entre las cuales se cuentan las siguientes:

1. Identidad esencial, que debe existir entre el caso no previsto y el previsto en la ley.
2. Utilidad del resultado, la cual debe tenerse en cuenta para saber si una norma legal es aplicable por analogía, en qué sentido y con qué alcance.

3. Que sea racional el resultado.
4. Que no se trate de sanciones, pues en este caso, como ya se consignó no tiene cabida la analogía y
5. Que el caso que se trate no constituya una excepción a la regla general, ya que las excepciones son de aplicación restrictiva.

### **La ley y los métodos de interpretación**

Como quedó sentado en párrafos precedentes, la ley, es una fuente formal del Derecho, es objeto del Derecho. La producción de la ley es monopolizada por el Estado, quien a través de un organismo competente como es el Congreso de la República<sup>308</sup>, la expide previo el cumplimiento de unas etapas para su consolidación. El artículo 230 de la Constitución Política, indica que los jueces están sometidos al imperio de la ley. Obviamente que como ley debe entenderse ordenamiento jurídico<sup>309</sup>, dentro del

---

308 Órgano natural legislativo, aun cuando existen otras autoridades legislativas, verbigracia concejo, asambleas, alcaldes, gobernadores, etc.

309 Consúltense la Sentencia C-530 del 4 de julio de 2007 de la Corte Constitucional, con ponencia del profesor Marco Gerardo Monroy Cabra.

término ley están inmerso los conceptos de constitución, costumbre, analogía. Este artículo 230 con el avance de la jurisprudencia constitucional ha sido decantado y se ha fijado su alcance<sup>310</sup>.

El concepto de ley aparece como uno de los elementos sobre cuya base se han desarrollado los distintos sistemas culturales, verbigracia, en la fase del pensamiento mítico se identificó con el mandato divino.

La ley es un mandato abstracto e impersonal que permite, prohíbe, faculta. Bajo este punto de vista existen leyes prohibitivas, permisivas, facultativas, supletorias de la voluntad de los particulares, imperativas.

Fenómeno social y legal que se presenta frente a la ley, es el de su interpretación, en donde juegan vital importancia la sociedad y los interpretes de la ley, llámense jueces, legisladores, juristas etc... Interpretar es fijar el alcance y significado de la ley. La interpretación permite reconocer o atribuir signifi-

---

<sup>310</sup> Consúltese las Sentencias C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, además de la Sentencia C-131 de 1993, SC-083 de 1995, Sentencia ICC-235 de 2001.

cado a un texto legal. El intérprete debe identificar la pregunta y encontrar la respuesta. El objeto de la interpretación jurídica es determinar racionalmente la conducta jurídica, prohibida, obligatoria o permitida. El intérprete es responsable de sus consecuencias. La ley debe interpretarse conforme a la múltiple realidad.

Surgen distanciamientos entre justicia y ley cuando la realidad sociológica exige que la ley la tenga en cuenta. La existencia de un legislador racionalistas, que se sitúa casi siempre en un marco hipotético para regular los casos de la vida produce una ley alejada de la realidad, y su existencia será efímera por falta de contacto social, en virtud de esto se hace necesario que el estudiante conozca los métodos de interpretación.

Para la mejor comprensión del estudiante expon-dremos los principales métodos de interpretación de la ley.

### **Los metodos de interpretación**

Toda Ciencia jurídica define su método en función de la naturaleza de su objeto de conocimiento. En

la investigación jurídica, este está integrado por las fuentes formales del Derecho, es decir, por la ley, aplicada directamente o indirectamente como es el caso de la analogía, los principios generales del Derecho, la costumbre y el negocio jurídico.

Las normas jurídicas son postulados que se explican en palabras, y que representan el mandato del deber ser, de tal suerte que el método de aproximación a ella se debe encaminar a desentrañar el significado de las palabras, y el sentido teleológico del mandato. Tal método constituye la hermenéutica jurídica cuya finalidad es desentrañar el significado y el sentido de las fuentes formales del Derecho. Al lenguaje de las normas, de los enunciados que las constituyen, ha de suponersele necesariamente un significado, pues en otro caso no tiene sentido ni razón de ser la producción normativa como emisión lingüística. Si los enunciados legislativos fueran por definición crípticos, inasibles y carentes de toda determinación significativa, la práctica legislativa (y la práctica jurídica toda) solo podría explicarse como el más cruel y maquiavélico camuflaje de la arbitrariedad y la manipulación, como ideología en el más negativo de los sentidos. Y, con ello, caería por la misma pendiente todo el entramado de ideas



que hablan de principio de legalidad, democracia, separación de poderes, Derechos, garantías, etc.<sup>311</sup>

El Derecho es un producto cultural, los productos de la cultura no tienen un sentido unívoco; en el caso del Derecho este sentido depende de una específica postura ideológica en función del fin para el cual se supone debe ser creado.

Desde este punto de vista, hay tres teorías tradicionales que le asignan un origen diferente al Derecho positivo, y por ende le confieren una naturaleza distinta a los postulados normativos:

La teoría de Montesquieu: Para quien el Derecho es la expresión de la voluntad del legislador, quien es el que tiene la facultad de definir a través de las leyes el destino de la nación; al ejecutivo y a la justicia solo les compete dar aplicación a la norma buscando su voluntad. A esta concepción corresponde el método exegético.

Esta da lugar al positivismo legalista que recogió finalmente en los códigos las aspiraciones de la bur-

---

<sup>311</sup> Esta argumentación es del fuero del profesor Juan Antonio García Amado, plasmado en su ensayo “Sobre el Argumento a contrario en la aplicación del Derecho”, página 2.

guesía liberal, es decir, crearon el movimiento codificador y que dio lugar a la escuela de la exégesis que tenía como principios básicos: la ley como única fuente, la interpretación de la ley corresponde al legislador, lo jueces tienen que aplicar mecánicamente la Ley<sup>312</sup>, el Derecho romano es el Derecho natural. La virtud del positivismo legalista, fue la de poner orden a la heterogeneidad de fuentes prerrevolucionarias e incorporar en los códigos las aspiraciones liberales (libertad individual, Derecho de propiedad, libertades pública, etc.).

Teoría de Kelsen: Para este, por el contrario, la norma se desprende de la voluntad del legislador que la expidió, y se pone al servicio de la voluntad política de quien detenta el poder, quien la expresa a través de la Constitución Política del Estado. Toda norma se legitima en la medida en que se encuadra en la que tenga mayor jerarquía, así el acto adminis-

---

<sup>312</sup> La visión del juez como autómatas que se limita a aplicar las consecuencias jurídicas previstas en las normas legales a los hechos que se enjuician en el proceso, obtuvo su elaboración doctrinal definitiva en la teoría de la subsunción elaborada por la dogmática jurídica positiva. Por ello, se hizo célebre la máxima de Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*, cuando señala que los jueces deben atenerse al texto estricto de la ley y que los jueces son “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ellas”.

trativo particular en general, esté en la ley y está en la Constitución. A esta concepción corresponde el método sistemático.

Teoría de los historicistas: Estos parten de la base que el Derecho es la expresión de la voluntad social, es un producto cultural de los pueblos, quienes crean los mecanismos normativos que le permitirán alcanzar sus propios destinos, el Derecho no puede olvidar la condición histórica del comportamiento social. A ella le corresponde el método sociológico.

Los dos primeros métodos, asumen que la norma es un postulado racional que se impone coercitivamente como imperativo categórico, las instituciones del Derecho solo existen en el orden jurídico, y es dentro de ese orden como deben ser estudiados. Ejemplo: Qué es el delito como ente jurídico.

El tercer método parte de la base de que el comportamiento del hombre es trascendente, pero esa trascendencia está condicionada por los factores biológicos, psicológicos, sociológicos y culturales, por lo que la norma tiene que partir de ellos, para poder ser eficaz.

Merece mencionar que la sociología del Derecho, que se ocupa de esta perspectiva, comienza a formarse a mediados del siglo XX donde se concreta una revuelta contra el formalismo, debido a que este, con la fórmula legal se autoproclamaba capaz de resolver todos los asuntos, pero se le crítica de ser cambiante y que la realidad social siempre va delante de ella, el Derecho positivo presenta muchas lagunas, antinomias que no se pueden resolver con la simple norma legal.

Las principales corrientes que estuvieron en la revuelta contra el formalismo fueron: la escuela socio-jurídica francesa de Francois Geny, el movimiento de Derecho libre alemán cuyos principales exponente fueron Eugen Erlich, H. Kantorowicz, el realismo jurídico, que contó con una rama en Norteamérica (Frank, Lewelyn) y otra en el norte de Europa (Oliverona Ross), hay otras corrientes sociológica como la de Rudolf Von Ihering. Todas estas situaciones forjan en consecuencia el método sociológico como una forma social de interpretación de la ley.

De las tres teorías anteriores, sobre el origen del Derecho positivo, la de Montesquieu, Kelsen y

Savigni, surgen, en su orden, los siguientes métodos de interpretación:

### **Método exegético**

El método exegético parte de la concepción filosófica de que el fin de la norma depende de la voluntad del legislador, a quien, dentro de la división de funciones entre las distintas ramas del poder público, le ha sido asignada la labor de definir las metas de la sociedad y regular las actuaciones de los asociados.

Su origen se remonta al Derecho romano, quienes consideraban que el Derecho debía interpretarse según sus propias palabras. Su iniciador imperio, quien se dedicó a comentar el *hábeas juris* de Justiniano anotando breves comentarios entre líneas que tenía por objeto explicar cada palabra y párrafo.

Con la caída del imperio romano, la ley se convirtió en la expresión del rey quien no admitía cuestionamientos. Los ideólogos franceses trasladaron la misma concepción en la Revolución francesa, en la ley como expresión del pueblo soberano que se reflejaba en un cuerpo legislativo.

Los exegetas indican, que quien tiene el poder formula la norma y a nadie le está dado variar su contenido. El intérprete debe desentrañar el espíritu del legislador, para ello el intérprete debe comprender los términos que utilizó el legislador. Al legislador se le considera omnisapiente, sabio, por esto lo que dijo dicho está y lo que calle callado queda, el legislador nunca se equivoca. La función del juez debe estar sometida al texto legal, y su función es una mera aplicación de la ley.

El exegeta, en la interpretación utiliza varias técnicas que algunos autores identifican como métodos de interpretación, estas son:

### ***Análisis Semántico***

El análisis semántico implica que el jurista se aproxima al conocimiento de la norma, desentrañando la voluntad del legislador a través del análisis del significado de las palabras que utiliza mediante la aplicación de los siguientes principios, establecidos en los artículos 24, 28 y 29 del Código Civil colombiano:

Toda palabra tiene valor exacto. Toda omisión es intencionada.

Si el legislador define un término se debe estar a él. Cuando el tenor literal de las palabras sea claro no se podrá desatender este so pretexto de interpretar su espíritu.

El artículo 34 del Código Civil es un ejemplo cuando indica “llamase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años”. Para este caso si el legislador definió el concepto de infante a ningún intérprete le está permitido variar su significado so pretexto de interpretación.

### ***Análisis gramatical y lógico***

Los análisis gramatical y lógico son técnicas que utilizan los exegetas considerando no el tenor de las palabras, sino la estructura general de la norma, o de las distintas oraciones que la integran.

El análisis gramatical hace referencia al estudio de la estructura de la oración que integra la norma, en cuanto a sujeto, verbo, rector y predicado con todos sus complementos. Mediante esta técnica se puede

saber el destinatario de la norma y bajo qué parámetro es aplicable dicha norma.

El análisis lógico permite ampliar o restringir el alcance de una norma de acuerdo con su naturaleza. Así en ciertos enunciados se pueden extender a otros casos y las normas que implican excepciones o prohibiciones deben ser de interpretación restrictiva.

Aquí se aplican ciertos principios lógicos que ayudan a desentrañar la voluntad del legislador.

- A. *Contrario sensu*: cuando el legislador ha dispuesto algo para un hecho, se concluye que la norma no puede cobijar los hechos contrarios. Ejemplo: la mayoría de edad es a los 18 años, de esto se concluye que los menores de 18 años no son mayores de edad.
- B. Donde el legislador no distingue no puede el intérprete hacer distinciones: “no habrá esclavos en Colombia” no se pueden hacer distinciones en razón de sexo, nacionalidad, etc.
- C. Deben rechazarse los absurdos, como ordenar una comisión de notificación fuera del territorio (consúltese Código General del proceso).



### ***Análisis histórico***

El análisis histórico es la técnica por la cual los exegetas se aproximan al conocimiento de la norma recogiendo la historia de su expedición, para colegir de ella la intención del legislador. En aplicación de esta técnica, el intérprete estudiará, por ejemplo, la exposición de motivos que acompaña el proyecto para efecto de establecer el alcance de una norma y ámbito de aplicación. Ejemplo: el término vehículo es muy genérico, luego con la lectura de la exposición de motivos se puede establecer a qué clase de vehículo se refiere una norma jurídica, si a motos, bicicletas, buses, etc.

### **Metodo sistemático**

El método sistemático parte de la concepción filosófica según la cual, el Derecho constituye un sistema y solamente bajo la perspectiva de entenderlo como tal puede el jurista aproximarse a su conocimiento, de tal manera que la norma debe ser comprendida como una parte de ese sistema y debe ser interpretada, para aplicarla como una parte de ese sistema y debe ser interpretada, para aplicarla a los casos

concretos, apreciando su funcionabilidad dentro del mismo.

Lo general se expresa en lo particular. Todo está conectado, la parte adquiere sentido en relación con el todo. Kelsen indica que el Derecho debe entenderse como un sistema si quiere ser pensado científicamente. El Derecho no es una norma, es un conjunto de normas.

Recapitulando, se destaca, que en un principio, el valor superior de la ley dado por la Revolución francesa, como máxima expresión de la representación popular, determinó la cúspide del sistema jurídico y, por ello, el sistema de fuentes se regulaba en los códigos civiles dejando la Constitución como un megaDerecho, vinculante para el legislador, quien desarrollaba los principios señalados por el poder originario, pero con los aportes realizados por la Constitución de los Estados Unidos de América y la teoría formulada en Austria por Hans Kelsen, donde se consolidan los conceptos de rigidez de la constitución y controles a las disposiciones de menor rango, se conforma un conjunto de normas coherentes que se conectan entre sí.

El proceso evolutivo se cierra, lo que permite afirmar con grado de certeza, que en el tránsito de estado de Derecho al estado constitucional, la carta fundamental, tiene la connotación de norma superior, fuente del Derecho y primera entre todas las normas del ordenamiento jurídico; es decir, tiene valor normativo y fuerza vinculante dentro de todo el sistema y, como lo hemos afirmado, es el faro orientador del resto de las disposiciones y de esa forma se garantiza los fines y objetivos propuestos por el constituyente y en especial, los Derechos reconocidos, con lo cual su interpretación, se ha esgrimido como una labor de enorme trascendencia práctica, pero también teórica puesto que ella afecta la interpretación legal, la cual busca que esa sumisión sea explicada y argumentada jurídica y no solo política o moralmente<sup>313</sup>.

Nuestra carta política precisamente consigna esta jerarquía normativa en el artículo 4, donde claramente se determina que toda norma del ordenamiento jurídico debe ser interpretada de acuerdo al contenido jerárquico de la Constitución, es decir,

---

<sup>313</sup> HERNÁNDEZ, Carlos Arturo, MAZABEL, MOISÉS Rodrigo, *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*, Ara Editores, Bogotá, Colombia 2012, páginas 131,132.

la interpretación debe ser realizada observando la norma jurídica como parte de un continente y no de una isla.

El Código Civil acoge el método sistemático en el artículo 30 y artículo 32.

Ese todo puede conformarse de diferentes maneras, de allí que existan varias técnicas a saber:

a) Integración de la institución a través del precepto constitucional.

Según esto, la validez de una norma está en otra norma, nunca en un hecho (Kelsen). De allí que la validez de una norma debe buscarse en una norma superior. Las leyes del Código Civil en donde el aplicador la supedita a la función social que debe cumplir la propiedad de acuerdo al artículo 58 de la Constitución Política. En esta interpretación toda norma que hable de propiedad se observará e interpretará bajo la constitucional y entendiendo que la propiedad debe cumplir una función social y ecológica.

El concepto de familia hay que integrarlo al aspecto constitucional, artículo 42, y así se encontrara que

la familia es producto de un vínculo legal (matrimonio) o natural (por la voluntad responsable de conformarla).

Desde luego, que toda norma que trate sobre el concepto de familia debe observarse bajo los postulados consagrados en el artículo 42 de la Carta Política.

b) Integración de la institución en función de la división formal del ordenamiento jurídico.

Dentro de esta técnica, para interpretar una norma es necesario mirar el título o capítulo, en la cual se inserta, pues su alcance está determinado por el contenido temático del título o capítulo en donde se encuentra. La institución se constituye a partir del análisis de las divisiones del ordenamiento en que se consigna, de hecho a rama civil, laboral, etc. Así, en materia penal, en el Código Penal colombiano se agrupan los delitos por bienes jurídicamente tutelados lo que permite una interpretación de los delitos a partir de la división o agrupación de los bienes jurídicos que se protegen. En igual forma cualquier artículo que se encuentre en un código se

podrá interpretar a partir de su ubicación, en que libro se encuentra, título, capítulo.

c) Integración por inducción.

La crea la jurisprudencia, la realiza el intérprete cuando con base en las distintas normas que se refieren a un fenómeno jurídico, determina las características de este. Integrada la institución, se refiere a ella la norma en que se funda la solución del problema para determinar el alcance de esta. Así por ejemplo, si se quiere interpretar el concepto de matrimonio en Colombia, agrupamos todas las normas jurídicas que se refieran a esta institución y a partir de esta agrupación establecemos las características del matrimonio en Colombia.

### **Metodo sociológico**

El método sociológico reconoce en el Derecho su afirmación como producto social, y parte entonces, del presupuesto de que la interpretación del mismo debe considerar la realidad social que regula. Las fuentes formales de un ordenamiento jurídico deben ser entendidas dentro de un contexto social

y ofrece soluciones conforme al comportamiento de ese grupo social.

El método sociológico es una respuesta al exagerado culto ciego al texto de la ley.

La escuela historicista indica, que el Derecho evoluciona y se transforma constantemente, porque se desarrolla en el tiempo que lo modifica, y se transforma con entera y completa independencia de las voluntades individuales y de acuerdo con las manifestaciones del espíritu popular (Savigni).

El Derecho es producto de los cambios que sufre el pueblo, es un fenómeno cultural. Las normas deben ser interpretadas adecuándolas a las necesidades prácticas de la vida, y que la meta que debe tener el juez al interpretar la ley es la de eficacia para resolver satisfactoriamente el conflicto que se le plantea, considerando las condiciones concretas en que él se desenvuelve.

Los supuestos teóricos de este método son:

El Derecho emana del grupo social y por tanto regula su comportamiento.

El grupo cambia, el Derecho también.

En nuestro sistema se contempla este método en el artículo 5 de la Ley 153 de 1887.

En el Código Sustantivo del trabajo, también se encuentra el respaldo a este método, artículo 1. “la finalidad primordial de este código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

### ***Técnicas***

a) Interpretación de la norma en función del contenido sociológico de sus términos.

El intérprete debe considerar que el significado de los términos de una norma está adherido a la realidad social que expresa, y que, en consecuencia conceptos tales como familia, trabajador o comercial, apuntan a elementos de la estructura social.

b) Interpretación de la norma en función de los resultados pragmáticos.



La aplicación de las normas debe alcanzar su finalidad, cuando las condiciones sociales varíen la norma debe ser interpretada de acuerdo a ese cambio.

c) Interpretación de la norma al interior de una institución social científica definida.

Ejemplo, una norma sobre patria potestad no puede ser aplicada de igual forma para la familia patriarcal santandereana que para la familia matriarcal de la Costa.

Importa trascendentalmente para esta materia, el método sociológico cual parte de una realidad, la ley no debe estar desconectada de la realidad social.

En esta escuela sociológica está la escuela de la libre investigación del Derecho de Francisco Geny, la escuela pluralista de EUGEN ERLICH, quien afirma que fuera del Derecho estatal existe un Derecho vivo en la sociedad. La escuela del realismo jurídico de HERMAN KANTOROWICH, el Derecho es lo que hacen los jueces, bajo el entendido que estos cumplen un rol dentro de la sociedad.

Al lado de estas escuelas está la de Luigi Ferragoli, quien indica contundentemente que el Derecho debe ser interpretado y aplicado bajo el entendido que está al servicio de los miserables.

Como un entendido social merece contemplar la escuela finalística de Rudolf Von Iherin, y en cuanto a que considera que, la ley debe ser interpretada bajo los postulados de que bien es el que busca proteger, su finalidad o consecuencias. Así, se trae un ejemplo muy tradicional en el campo de la interpretación: Existe una norma –Prohibida la entrada de vehículos al parque, sanción \$ 100.000. Al parque entran unos policía en motos, entran unas ambulancia a recoger personas, unos niños juegan en motos. Para interpretar este precepto hay que auscultar el propósito del legislador, si este busca proteger la seguridad hay que sancionar a los padres de los niños que están en moto. Si se busca proteger la tranquilidad, hay que sancionar a las motos de los niños siempre que sean bulliciosas, en este caso a sus padres. Si se busca proteger la ecología todos deben ser sancionados.

### **Interpretación constitucional**

Por último y conforme al modelo constitucional introducido por la Carta Política de 1991, emerge clara

y eficaz la interpretación constitucional que pone de relieve, que cualquier interpretación de tipo administrativo o judicial debe estar fundada en los principios y valores que están en la Constitución Política en sus artículos 1 y 2, y a las interpretaciones que a través de su jurisprudencia impone la Corte Constitucional como precedentes judiciales obligatorios. Es decir, la norma constitucional como vinculante en cualquier tipo de interpretación.

Para nuestra época, el concepto de interpretación ha variado y avanzado por lo que el profesor Enrique Zuleta Puceiro afirma: ...De allí las tendencias actuales hacia una concepción mixta o intermedia, según la cual la interpretación se desarrolla a lo largo de dos fases de contenido y alcance variable. En una primera fase, el intérprete emplea el instrumento analítico-sintáctico y semántico. Releva en esta fase las interpretaciones que sugieren la historia, los precedentes o el análisis sistémicos de la disposición. El producto de esta primera fase cognoscitiva de la interpretación puede ser un precepto semánticamente determinado, susceptible de aplicación inmediata al caso concreto, o bien un precepto absolutamente indeterminado y por ello inaplicable, una pluralidad de preceptos todos

ellos aplicables al caso concreto a una pluralidad de preceptos alternativos, alguno de los cuales pueden y otros no ser aplicados de inmediato.

En una segunda fase, el intérprete debe incorporar consideraciones pragmáticas. En esta segunda etapa, el intérprete procede a confirmar el significado previamente alcanzado, bien sea completándolo, precisándolo o sustituyéndolo. También puede optar entre significados alternativos, decidiendo a favor de alternativas más justas, convenientes, económicas o prácticas. También puede, por este mismo procedimiento optar por una alternativa independiente de las alcanzadas en la primera etapa, en nombre de un principio que trasciende el campo estricto de la interpretación y procura finalidades de política jurídica superiores a lo tenido en cuenta por el legislador<sup>314</sup>.

Como se aprecia el concepto de interpretación no incorpora solo la utilización de instrumentos de análisis, sino que trasciende la misma interpreta-

---

<sup>314</sup> ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*. Editores La Ley. Primera edición, página 23.

ción hasta alcanzar la razón de esa interpretación en el campo de su aplicación.

Por ello se debe apreciar, que hay diferentes fenómenos que repercuten sobre el principio de legalidad expuestos en las teorías de Montesquieu y Kelsen, pero negativamente, como son: A) La denominada crisis de la ley, en cuanto a que la ley no tiene el carácter que históricamente se le han señalado de: generalidad, abstracción, irretroactividad, claridad. B) Que los sistemas jurídicos no suelen ser coherentes y completos. C) La constitucionalización del ordenamiento jurídico: aquí la constitución invade y condiciona todas las jurisdicciones, lo cual, hace surgir el neoconstitucionalismo en donde los principios constitucionales adquieren una gran relevancia en la interpretación normativa. Se pondera la Constitución como norma vinculante en toda interpretación. Se trata de sostener simplemente que algunas normas llamadas principios forman parte del Derecho porque son justas... con lo cual la teoría de los principios –al menos la de Dworkin– recobra otra vieja característica que tuvo en sus orígenes y que explica la cautela con que siempre fue vista por el positivismo, esto es, que los principios se quieran convertir en el vehículo o plasmación de un pre-

sunto Derecho natural<sup>315</sup>. D) Abandono del principio de legalidad en relación con el juez cuando se le pretende asignar una función política. Estas teorías se pueden observar en el grupo estadounidense de Duncan Kennedy *Critica legal Studies*, en el movimiento de Derecho alternativo sudamericano (Gastón Abellán). En teóricos como Zagrebelsky, quien afirma, que el juez solo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada, para el caso concreto, es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional, y de no ser así puede sortearla. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Deben elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida. En la teoría de Haberle, quien se interroga así mismo ¿hasta dónde puede llevar el tenor literal de las normas: es un límite a la interpretación? En mi opinión indica Haberle, no... de la necesidad de incertidumbre del juego conjunto de los cuatro métodos de interpretación puede hacerse

---

<sup>315</sup> Concepto de Prieto Sanchis y que se encuentra en la obra de la profesora Victoria Iturrall de Sesma. *interpretación literal y significado convencional* colección filosofía y Derecho. Ediciones Marcial Pons. páginas 16,17.

una virtud: en el caso concreto, el juez puede realizar un juicio más preciso desde su experiencia, del fundamento de justicia en el que basarse, determinando cómo y por qué debe imponerse un método de interpretación sobre otro o si se deben utilizar varios para llegar a un resultado<sup>316</sup>.

Como que se dejó consignado en párrafos anteriores, en el capítulo del juez frente a las diferentes visiones de la norma jurídica, el Estado es normativo, coactivo e institucionalizado, lo que significa que la interpretación por parte de las autoridades judiciales está reglada y sujeta a unas fórmulas legales preestablecidas, luego esa interpretación social y política aparece alejada de nuestra realidad jurídica. Los intérpretes estamos condicionados por el Derecho mismo, de tal manera que el Derecho indica qué es el Estado, clases de Estado, quién ejerce el poder del Estado y cómo se ejerce el poder del Estado, encontrando en este último, el apéndice de la interpretación a cargo de las autoridades y personas autorizadas para ello; luego vale concluir, la interpretación

---

<sup>316</sup> Estas citas la expone la profesora, Iturralde Sesma, en su obra *interpretación literal y significado convencional*, página 18.

se ve compelida por la naturaleza de la organización estatal a estar en definitiva al servicio de ese poder.

Ahora bien, la naturaleza de la organización estatal nos encierra en un entramado legal, pero ello no significa una prisión perpetua, pues los presidarios como intérpretes tienen la llave a la libertad que otorga la ciencia y sobre todo la Constitución Política y los Tratados internacionales sobre Derechos humanos, fundamentales y libertades sobre los cuales Colombia ha participado. Es decir, si el mismo Derecho nos encierra, el mismo Derecho nos proporciona el camino a la libertad.

### **Clasificación legal de la interpretación en Colombia**

- A. Con autoridad: la que surge para fijar el sentido de las leyes oscuras, por regla general le corresponde al legislador (artículo 25 del Código Civil).
- B. Por vía de doctrina: la que realizan los jueces y funcionarios públicos al aplicar las leyes a los asuntos (artículo 26 del Código Civil).
- C. La que hacen los particulares, para acomodar a



sus intereses o estudios privados la ley al asunto analizado (artículo 26 del Código Civil).

### *La costumbre*

Son normas jurídicas que surgen de la conducta social reiterativa y que se vuelve obligatoria en el tiempo, en un territorio concreto. Tienen fuerza vinculante y se recurre a ella cuando no existe ley (o norma jurídica escrita) aplicable a un hecho.

Para Abelardo Torres, es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes<sup>317</sup>.

Para Francisco Geny, presentase la costumbre como un hecho, o más bien un conjunto de ellos, reveladores de un sentimiento jurídico<sup>318</sup>. Para ello no solo se requiere de actos repetitivos sino que se hacen obligatorios para una comunidad, este último rasgo la diferencia de las prácticas sociales no relevantes para el Derecho.

---

<sup>317</sup> Cita extraída de la obra de Monroy Cabra, *introducción al Derecho*, página 234.

<sup>318</sup> Geny, Francisco. *La interpretación jurídica, métodos y fuentes en el Derecho privado*. Ediciones Leyer, página 244.

En contraposición al Derecho legislado positivo, en la costumbre se habla de Derecho consuetudinario o costumbre jurídica, Derecho no promulgado.

Conceptualmente es un término opuesto al de derecho escrito.

La Ley 153 de 1887 en su artículo 13, establece: La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye Derecho, a falta de legislación positiva.

Esta norma fue declarada ajustada a la Constitución por la Corte Constitucional, pero bajo el entendido que por moral cristiana debía entenderse moral social<sup>319</sup>.

La costumbre es un producto social, nace de la observancia uniforme, constante y reiterante de una práctica general que se ha vuelto necesaria para la comunidad.

---

319 Consúltese para tal efecto la Sentencia C-224 de 1994 de la Corte Constitucional.

## **Características de la costumbre**

La costumbre que se desarrolla en el contexto de una comunidad social, tiene las siguientes características:

**GENERALIDAD.** Que su práctica provenga de la mayoría de la comunidad.

**ANTIGÜEDAD.** Que sea prolongada en el tiempo.

**UNIFORMIDAD.** La práctica debe ser igual por parte de los miembros de una comunidad.

**MORALIDAD.** La costumbre debe ser conforme con la moral imperante en el medio social, artículo 13 de la Ley 153 de 1887.

**LEGALIDAD.** Se aplica la costumbre que esté conforme a la ley y no la contraria. Artículo 8 del Código Civil.

**PUBLICIDAD.** Las prácticas deben ser públicas y no clandestinas.

**OBLIGATORIEDAD.** Los individuos deben tener conciencia de que los mandatos contenidos en determinados usos son de obligatorio cumplimiento.

## Elementos de la costumbre

La costumbre se estructura y consolida a través de los siguientes elementos:

- A. ELEMENTO MATERIAL U OBJETIVO: Consiste en la repetición social y constante de actos uniformes.
- B. ELEMENTO ESPIRITUAL O SUBJETIVO O PSICOLÓGICO, es la conciencia de su obligatoriedad, o el firme convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio. Como lo afirma Coviello, “los que obran conforme a la práctica constante deben estar convencidos de que es un deber jurídico obrar de ese modo, por lo que lesionarían el Derecho de otro al conducirse en otra forma, o viceversa deben creer que es un Derecho el suyo que los otros están obligados a respetar<sup>320</sup>.”

Estos dos elementos quedan explícitos en la fórmula *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*.

---

<sup>320</sup> COVIELLO, Nicolás. *Doctrina general del Derecho civil*, México, Uteha, página 53.

## **Clasificación de la costumbre**

**SUPLETORIA (*PRAETER LEGEM*)** No existe norma escrita que regule el caso por lo que sirve para satisfacer los vacíos legislativos, completan el Derecho legislado, con eficacia únicamente cuando la ley lo permite<sup>321</sup>.

**INTERPRETATIVA (*SECUMDUM LEGEM*)** La costumbre interpretativa es la que se forma de acuerdo a la ley escrita, interpretando sus previsiones. Es el mismo Derecho escrito pero adaptado a la práctica de la sociedad.

**CONTRARIA A LA LEY (*CONTRA LEGEM*)** es la que es contraria a la ley, es rechazada por nuestra legislación. El artículo 8 del Código Civil señala, que la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea.

Además, la costumbre según el territorio que abarca puede ser, general, local, nacional e internacional o extranjera.

---

<sup>321</sup> Consúltese el artículo 13 de la ley 153 de 1887.

En Colombia hay que distinguir entre costumbre civil y comercial, para ello el artículo 3 del Código de Comercio señala “la costumbre mercantil tendrá la misma fuerza que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos que la constituyen sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local, se tendrá en cuenta la general del país siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.” El artículo 5 del Estatuto Comercial informa, “las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenciones mercantiles” y el artículo 7 dice “los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3, así como los principios generales del Derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

Respecto de la costumbre que regula el estatuto procesal sobre asuntos civiles, familia, agrario y

comercial, el artículo 178 del Código General del proceso indica, “los usos y costumbre aplicables conforme a la ley sustancial deberán acreditarse con documentos, copia de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonios”. En igual forma, el artículo 179 del Código General del proceso indica cómo se prueba la costumbre mercantil nacional y su vigencia.

### **De la costumbre internacional y el bloque de constitucionalidad**

En Sentencia C-1189 de 2000, la Corte Constitucional indica que la costumbre de tipo internacional puede ser de dos clases: 1) Aquellas que, por consagrar Derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud del artículo 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con esta el bloque de constitucionalidad; y b) Aquellas que, si bien no se refieren a Derechos inherentes a las personas, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados, con la advertencia que esta segunda clase no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano.

## Diferencia entre costumbre y ley

Para el profesor Abelardo Torres existen las siguientes diferencias, indicando estas entre el Derecho consuetudinario y el legislado: a) El Derecho consuetudinario es un producto inmediato espontáneo y más bien intuitivo de la vida social; en cambio, el Derecho legislado es un producto reflexivo, técnico y mediato. b) La costumbre es lenta y, por el contrario, la ley es rápida en cuanto a su formación. c) La costumbre no tiene autor conocido, mientras que el Derecho legislado sí lo tiene. d) La costumbre es incierta e imprecisa, en tanto que la ley es precisa y permite una mayor certeza y seguridad en las relaciones jurídicas<sup>322</sup>.

### *Jurisprudencia*

Una de las formas de expresión del ejercicio de la autoridad estatal es la función jurisdiccional, la cual mana del artículo 116 de la Carta Política en concordancia con el artículo 228 y ss de la carta política.

---

<sup>322</sup> Cita extraída del libro de Marco Gerardo Monroy Cabra. *Introducción al Derecho*, decimosexta edición, página 239.



En los países con tradición romanística se llama jurisprudencia al conjunto de las sentencias judiciales, no como declarativas del Derecho ni como creadoras de normas individuales, sino en cuanto de ellas puede inferirse una norma general nueva o cierta interpretación de un texto legal preexistente.

A contrario, en el sistema del Derecho anglosajón se impone la creación judicial de normas que se aplican como precedentes, es decir, la *ratio decidendi* que pueda inferirse de cada sentencia individual es obligatoria para todo juicio futuro.

Lo cierto, que tanto en el sistema europeo, como el nuestro, y en el anglosajón, la jurisprudencia tiene una gran importancia en cuanto sirve a abogados y jueces para direccionar las decisiones a futuro; y sirve además, para establecer el sistema jurídico que desarrolla un determinado Estado.

La jurisprudencia es fuente formal del Derecho, ya que a través de ella se establece un conjunto de normas, llámense reglas o subreglas que regulan un conjunto de casos semejantes.

Se entiende por jurisprudencia en sentido estricto, a las decisiones dictadas por las altas cortes que contribuyen a la interpretación y aplicación de la ley con criterio de unidad. Esto significa, que para conocer el contenido completo de las normas vigentes, hay que considerar cómo han sido aplicadas en el pasado. En otras palabras, la jurisprudencia es el conjunto de sentencias que han resuelto casos iguales o similares de la misma manera o en el mismo sentido.

La norma legal puede intentar regular todas las situaciones y modalidades de conflictos en las relaciones humanas, debido precisamente, a su carácter posterior a una situación experimental previa, que surge *ex novo*. Esta limitación de la ley, que surge de su propia operatividad, obliga a acudir a otros instrumentos de adecuación en la solución de conflictos. De ahí, que como el sistema debe estar preparado para resolver todos los asuntos, el ordenamiento jurídico, consigne otras fuentes, que pone a disposición del juzgador, para que este pueda hallar a su alcance medios para emitir la sentencia, pero también para alcanzar un mayor grado de realización práctica de la justicia. Así, el intérprete no solo aplica la ley conforme al sistema de fuentes, sino

que con su labor reiterada complementa el ordenamiento jurídico haciéndolo más eficaz y completo a través de la jurisprudencia.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha tenido mayor importancia en los países con sistema jurídico angloamericano o de *common law*, que en países como el nuestro cuya tradición es del sistema europeo o del *civil law*.

Significa que en el *common law*, la jurisprudencia, es creadora de Derecho en el caso específicamente decidido y, además, dicho fallo se incorpora al sistema legal y se convierte en precedente judicial obligatorio tanto para el organismo que lo dictó como para los otros organismos judiciales en los casos iguales o análogos.

En tanto que en el *civil law*, el juez no crea sino que declara el Derecho que se encuentra contenido en el texto de la ley y que solo crea Derecho cuando la decisión judicial sirve para llenar una anomia, en punto que allí se crea una norma que regula el caso.

La diferencia entre los dos sistemas radica en el método de conocimiento utilizado, mientras en el

*common law* es un método inductivo, práctico y de casos, cuyas decisiones jurisprudenciales contribuyen a consolidar una norma general del Derecho, que a su vez sirve a los demás jueces para aplicarla a casos semejantes; en el *civil law* es el método deductivo, dogmático, en este la jurisprudencia ayuda al entendimiento de la norma legislada.

Sin embargo, el rumbo jurisprudencial en Colombia ha cambiado ya que el sistema del *common law* penetró en el sistema del *civil law*, ganando importancia la jurisprudencia y generando un sistema fuerte jurisprudencial, creador de normas que permiten a los jueces decidir en esa forma en los casos semejantes o iguales, ya que el precedente judicial se vuelve obligatorio<sup>323</sup>, implica que un juez puede prevaricar si se aparta sin argumentos atendibles de dicho precedente judicial.

De lo anterior se extrae que un juez si se puede apartar de un precedente judicial, pero le corresponde una gran carga argumentativa<sup>324</sup>. Con la ad-

---

323 Léase la Sentencia paradigmática de la Corte Constitucional, sobre el precedente judicial obligatorio SC-836 de 2001.

324 Son las sentencias como precedentes constitucionales contenidos en las sentencias de control concreto (sentencias de tutelas), los precedentes judiciales emitidos por la Corte

vertencia que las autoridades judiciales tienen la obligación de aplicar el precedente constitucional en cuatro casos: A) Acatar la *ratio decidendi* y la parte resolutive de las sentencias de control abstracto (sentencia de constitucionalidad). B) Acatar la *ratio decidendi* y la parte resolutive de las sentencias de exequibilidad condicionada. C) Acatar la *ratio decidendi* de las sentencias de reiteración de jurisprudencia, sean estos de control abstracto (sentencias de constitucionalidad), o de control concreto (sentencias T). Y d) Acatar la *ratio decidendi* de las sentencias de unificación en control concreto (sentencias de unificación SC)<sup>325</sup>. En cuanto a las autoridades administrativas, estas tienen la obligación de aplicar el precedente y la interpretación judicial, ya que no gozan la autonomía de que sí gozan las autoridades judiciales.

El giro jurisprudencial en Colombia significa una reinterpretación del artículo 230 de la Carta Políti-

---

Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en aplicación de la autonomía judicial. En estos casos el juez se puede apartar pero le asiste una gran carga argumentativa que explique sus razones de diferencia frente a los organismos con jerarquía funcional.

325 Consúltense las Sentencias C-335 de 2008 magistrado ponente: Humberto Sierra Porto, la 539 de 2011 con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, todas de la Corte Constitucional.

ca, quien expresa “los jueces en sus providencia, solo están sometido al imperio de la ley”. Frente a ello sin embargo, la Corte Constitucional estableció una regla según la cual, los jueces en sus providencias no están sometidos a la ley, sino al ordenamiento jurídico<sup>326</sup> y dentro del ordenamiento jurídico están todas las formas que asume el Derecho.

De la misma forma, el artículo 230 de la Carta Política indica que la jurisprudencia es fuente auxiliar o secundaria. No obstante el direccionamiento de la Corte Constitucional sobre todo, en caso de sentencias condicionadas o aditivas, la de las Cortes Internacionales<sup>327</sup>, señalan que la jurisprudencia tiene el carácter de fuente primaria formal

---

326 Asimila La Corte Constitucional el concepto de ley con el de ordenamiento jurídico.

327 En el plano internacional consúltase la sentencia emitida por la Corte Internacional de justicia de la Haya del 19 de noviembre de 2012, que se pronunció sobre la delimitación de la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua, el cuestionamiento es que aquí Colombia perdió 75.000 kilómetros de mar territorial, con lo cual se modificó el territorio colombiano y jurídicamente el artículo 101 de la Constitución. Como ejemplo también están los fallos de La Corte Interamericana de Derechos humanos, que se pronuncia sobre la responsabilidad internacional de los Estados por violación de los Derechos humanos, ordenando muchas veces la modificación de leyes, verbigracia caso Gelman contra Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011.

del Derecho, tanto en la parte resolutive de las sentencias condicionadas, como en la *ratio decidendi* de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en la medida que son precedentes para las autoridades judiciales<sup>328</sup>.

Este nuevo panorama en Colombia implica un cambio cultural (un nuevo lenguaje, un nuevo modelo de análisis jurisprudencial) y una transformación en las fuentes del Derecho que se gesta a partir de la irrupción de la nueva Carta Política a partir de 1991.

Precisamente ese cambio cultural implica la penetración del *common law* al sistema nuestro, al diferenciarse *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum* como componentes analíticos en las sentencias judiciales a saber:

La *ratio decidendi* es propiamente la regla de la decisión. Es un enunciado concreto, contenido en la sentencia, que define el caso o el pleito, mediante la formulación de una regla (es decir, de un enunciado normativo especial que manda, permite o prohíbe

---

<sup>328</sup> Consúltese la Sentencia T-292 de 2006 Corte Constitucional con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda.

algo), cuya aplicación genera la decisión o el resuelve del caso concreto<sup>329</sup>. La Corte Constitucional sobre la *ratio decidendi* ha dicho: es la formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial... corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive<sup>330</sup>.

Sobre la *obiter dicta*, la Corte Constitucional expresó: *obiter dicta* o lo que se dice de paso en la providencia, es aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las consideraciones generales, las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia

---

329 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *El precedente judicial y sus reglas*. Universidad del Rosario. Legis. página 37.

330 Véase Sentencia T-292 de 2006 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinoza.



general que es relevante para unificar la cuestión precisa a resolver<sup>331</sup>. Advirtiendo que la *obiter dicta* no tiene fuerza obligatoria sino que es un criterio auxiliar de interpretación.

El *decisun* o decisión de los fallos, la Sentencia T-292 de 2006 (en nota de pie de página), también se pronunció señalando para el caso de las sentencias de control de constitucionalidad que es: la solución concreta a un caso de estudio, es decir, la determinación de sí la norma es o no compatible con la Constitución.

Con relación al precedente judicial<sup>332</sup> La Corte Constitucional indica que es: aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que por su pertinencia para la solución de un problema jurídico constitucional, debe considerarse necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia<sup>333</sup>.

---

331 Sentencia 292 de 2006 de la Corte Constitucional antes referenciada.

332 Sobre precedente judicial, su clasificación, el precedente aplicable, se recomienda al estudiante la obra: *El precedente judicial y sus reglas* de Manuel Fernando Quinche Ramírez.

333 ST 292 de 2006 Corte Constitucional.

## Principios generales del Derecho

Como quedó antes transcritos en párrafos que preceden fue Ronald Dworkin<sup>334</sup>, quien a través de su visión filosófica y en contra respuesta al positivismo de Hart, fijó para esta época, la importancia de los principios al considerar que el Derecho no era solo un sistema de reglas, sino que además existían los principios.

Esa polémica del mundo anglosajón entre Hart y Dworkin puede verse reflejada, en el Derecho continental, merced a las teorías de dos grandes juristas: Hans Kelsen y Josef Esser. Este último, en una obra clave, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, advertía que el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios. El padre de la teoría pura del Derecho, fiel a su concepción del Derecho como universo de normas que vinculan ciertas conductas a determinadas sanciones o actos coercitivos, replicó específicamente a Esser en el capítulo

---

334 La discusión sobre los principios nace de un famoso artículo de Dworkin publicado en 1967 con el título de "el modelo de la reglas".

26 de su obra (póstumamente aparecida) *Allgemeine theorie der normen*, y terminó acusándolo de *Iusnaturalista*<sup>335</sup>.

Los principios generales del Derecho, aparecen más ligados al Derecho natural que al Derecho positivo, sin que se pueda decir que este último no haya contribuido a dimensionarlos, hasta el punto que aparecen codificados muchos de ellos.

Para muchos tratadistas, la doctrina de los principios generales del Derecho se elabora en el Derecho italiano y aparecen por primera vez reconocidos en el Derecho positivo en el Código Civil italiano, en el artículo 1865.

Sin embargo, otros ubican su origen en el Derecho romano, sobre la base de la autoridad socialmente reconocida para proferir reglas generales de solución de los conflicto, la jurisprudencia pontifical, laica<sup>336</sup>. Sobre este punto el profesor Carlo Medellín indica: Ahora bien, si se tiene en cuenta que en roma

---

335 VIGO, Rodolfo L. *Los principios jurídicos, perspectivas jurisprudenciales*. Ediciones Depalma s.a. página 2

336 Consúltese sobre este aspecto la obra del profesor Carlos Medellín, *La interpretatio iuris y los principios generales del Derecho*, Edición Legis.

el Derecho no se soportó sobre códigos ni leyes generales, esta interpretación era realizada a través de la *ratio iuris* y soportada con la *auctoritas* del jurista. La *ratio iuris* buscaba encontrar reglas que pudieran aplicarse de manera general o universal. Era labor del jurista encontrar un patrón elemental que pudiera aplicar en cada caso concreto. Ese patrón común es el camino que se identificó para la solución de las controversias entre las personas, y se constituyó en el método jurídico sobre el cual se construyó la Ciencia del Derecho. Además, los juristas romanos encontraron esas soluciones generales para situaciones económicas y sociales concretas, e incluso en el principado se encontraron soluciones también para asuntos públicos, como fue el caso de las epístolas, nombre con el cual se conocían las constituciones imperiales a través de las cuales los emperadores daban respuestas (rescriptos) a las consultas hechas por los funcionarios públicos. Ese camino general y universal, ese patrón común se descubrió a través de la *interpretatio* hecha con la *ratio iuris*. El conjunto de esas decisiones comunes y universales se convirtieron poco a poco en los principios generales del Derecho. De esta época datan soluciones universales tales como

la buena fe, darle a cada uno lo suyo, no se debe dañar al prójimo, el abuso del Derecho, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión en los contratos, la teoría de la apariencia y la simulación, el fraude a la ley, el error de Derecho, la responsabilidad civil y extracontractual, la teoría de la causa, el contrato es ley para las partes, no hay Derecho sin acción, el actor debe probar, la cosa juzgada, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, las cosas en Derecho se deshacen como se hacen, la madre siempre es cierta, la persona moral, el *animus* y el *corpus* para la posesión, lo que no es de nadie es para quien lo tiene, nadie da más de lo que tiene, nadie está obligado a lo imposible, en lo que está más siempre está lo menos, los Derechos adquiridos, la condonación del dolo futuro no vale, las cosas de género no perecen, a nadie le es lícito alegar su propia culpa, el Derecho en exceso se convierte en injusticia, el Derecho público no se altera por pactos privados, la justicia es darle a cada uno lo suyo<sup>337</sup>.

Cicerón sobre el tema dijo, que los principios o reglas generales son normas en sentido de la dialéc-

---

337 MEDELLÍN BECERRA, Carlos. *La interpretatio iuris y los principios generales del Derecho*. Edición Legis. Primera edición. Páginas 30, 31 y 32.

tica aristotélica. El método o arte de esa dialéctica aplicada al Derecho está constituida por la búsqueda y hallazgo de la regla<sup>338</sup>.

En cuanto a la diferencia entre normas<sup>339</sup> y principios, hay teorías que se han denominado fuertes y débiles, por ser de importancia trascendimos las del profesor Rodolfo Vigo<sup>340</sup>, que considera su teoría como fuerte, en cuanto a que establece las siguientes diferencias:

...A continuación el listado más completo que se nos ocurre de los criterios distintivos entre normas jurídicas y principios jurídicos. Antes, tres advertencias:

- a. Es probable constatar algún nivel de superposición entre ellos; sin embargo, mantenemos la larga y potencialmente redundante enumeración por razones de claridad e insistencia pedagógica y porque, además, nos interesa dejar constancia de la vinculación de ciertos autores con algunos de los criterios consignados.

---

338 Valencia Restrepo, Hernán, Derecho privado romano, Medellín, señal editora, 2008, página 143.

339 En el mundo anglosajón se habla de reglas en tanto que el continental y donde se incluye Colombia se habla de normas

340 En su obra, los principios jurídicos, perspectivas jurisprudencial a página 9 y ss

- b. No todos los argumentos revisten el mismo valor diferenciador; más aún, algunos incursionan en un plano cuantitativo o formal, en tanto que otros son decididamente sustanciales o cualitativos.
  - c. Al momento de la conclusión intentaremos dejar claro esa desigual fuerza distintiva, como, asimismo, otras consecuencias que nos interesa resaltar.
- 
- 1. El contenido. Define Dworkin los principios como “estándares, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Es responsabilidad básica de los jueces tomar decisiones respaldadas en argumentos de principios, para así asegurar el respeto de los Derechos de los ciudadanos. Atender a los principios a la hora de adjudicar Derechos, sin dejar que los argumentos políticos basados en metas colectivas de la comunidad prevalezcan (“policy”, en la terminología de Dworkin), equivalen a tomarse en serio los Derechos in-

dividuales, no condicionando su respeto a cálculos de utilidad. Mientras que los principios tienen aquel contenido moral o vinculado a los Derechos morales (*moral rights*, por oposición a *legal rights*), las normas cuentan con un contenido diversificado y no necesariamente moral.

2. El origen. Las normas pueden ser sometidas a lo que Dworkin llama el “test de origen” o “*pedigree*”, individualizando la manera y el momento en que fueron establecidas como tales. En cambio, en los principios, en virtud de pertenecer al Derecho forzosamente, por su contenido y no porque lo dispuso alguna autoridad, resulta irrelevante aquella búsqueda.
3. La validez. Si los principios cuentan con una intrínseca y necesaria juridicidad, parece evidente que las normas no pueden afectar ese contenido radicalmente jurídico, dado que de hacerlo quedarían afectadas en su validez. La validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido; por eso, en caso de contradicción con las normas aquellos son los que prevalecen. La validez de las normas deriva de otras normas o de los principios.



4. Capacidad explicatoria y justificatoria. MacCormick reconoce en los principios una función explicatoria y justificatoria respecto de las normas. También Larenz destaca que en el principio jurídico “lo decisivo es su actitud como causa de justificación y su acuñación en una regulación o varias”. Los principios al modo de leyes científicas tienen una especial y relevante capacidad explicatoria y didáctica, en tanto hacen posible una descripción económica o breve, sintetizando una gran cantidad de información de un sector o de todo el ordenamiento jurídico, pero además lo representa como un conjunto no caótico, sino dotado de sentido u ordenado.
  
5. La aplicación. Las normas se aplican de manera disyuntiva, o todo o nada (*all-or-nothing-fashion*). Es decir, la pregunta es, si se han configurado o no los supuestos fácticos contemplados en una norma; si la respuesta es afirmativa y la norma es válida, solo corresponde aplicar las consecuencias previstas en ella. Los principios no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación; más bien, se limitan a enunciar una razón que discurre en cierta dirección (Pound habla de

“punto de partida del razonamiento jurídico”), pero no exigen una decisión particular. Joseph Raz aprueba una distinción según la cual los principios prescriben actos relativamente inespecíficos. Atienza y Ruiz Manero, señalan que los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que las normas lo hacen en forma cerrada.

6. Tipos de razones. Atienza y Ruiz Manero identifican las normas como “razones perentorias” para que el intérprete adopte la solución prevista en ellas excluyendo toda deliberación a propósito de cualquier otra mejor solución; en cambio, los principios “constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional”.
7. La identificación. En las normas es posible, al menos teóricamente, brindar la nómina de ellas y establecer la fórmula canónica de cada una. En el caso de los principios esto es imposible, básicamente, porque se carece de un

acto de incorporación del principio al ordenamiento jurídico y porque aquellos se limitan a brindar una razón para estructurar el discurso propio del jurista.

8. La derogación. La expulsión del sistema jurídico tiene sentido en la medida en que aludamos a normas; pero con respecto a los principios, estos permanecen formando parte de aquel mientras se los estime convenientes o justos en la determinación de Derechos y deberes.
9. La labor que exigen. El recurso a los principios implica una exigente labor argumentativa profesional, destinada no solo a precisarlos, sino también a inferir la solución que se propone o prescribe. Obviamente, dicho esfuerzo es significativamente menor cuando se opera con normas, pues allí habría una especie de “aplicabilidad burocrática y técnica”.
10. Las excepciones. En tanto, que incluir en el enunciado de las normas las excepciones a su aplicación es un trabajo que puede ser realizado, con beneficio de que aquellas ganarán en

precisión. Tratándose de los principios es una tarea sumamente dificultosa, pero además –destaca Dworkin– estéril, por cuanto no alcanza a proporcionar un principio más completo o exacto.

11. Los destinatarios. En el caso de los principios, estos se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de Derechos; las normas también pueden orientarse a los ciudadanos, quienes pueden llegar a inferir ciertos comportamientos aunque carezcan de formación profesional.
12. Resolución de contradicciones. Cuando se trata de normas, una de ellas no puede ser válida si otra que la contradice también lo es; por eso la opinión por una de ellas supone el desplazamiento afuera del sistema jurídico de la otra, y esta decisión es tomada apelando a consideraciones que trascienden de las normas. Los principios cuentan con la “dimensión de peso o importancia” (dimensión of Wright), de modo que quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de los principios implicados

en el caso, y la preferencia por uno no implica la pérdida de juridicidad del principio descartado. Gianformaggio, coincidiendo con este planteo diferenciador dworkiniano, escribe: “Porque los principios no son entre sí incompatibles; son siempre concurrentes, y aplicar uno significa, simultáneamente, aplicar todos los concurrentes, buscando la manera de sacrificar cada uno de ellos en la menor medida posible compatible con el respeto a cada uno de los otros”.

13. El cumplimiento. Según Robert Alexy, los principios son “mandatos de optimización, dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas”, mientras que las normas son “mandatos definitivos”, y al mandar una conducta determinada o definida es posible un cumplimiento pleno de ellas. También A. Peczenik insiste en que “si alguien está en una situación regulada por una regla, solo tiene dos posibilidades: obedecer la regla en cuestión o no obedecerla [...]. Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor”.

14. La estructura lógica. La doctrina ha polemizado acerca de la estructura lógica de las normas, llegando a sostener que eran tanto juicios categóricos como juicios hipotéticos o disyuntivos. Si intentamos trasladar las estructuras lógicas tradicionales (concepto, juicio y razonamiento) al campo de los principios, podríamos calificarlos como conceptos axiológicos.
15. Incorporación al sistema jurídico. Las normas justifican su admisión en el sistema en virtud de que se las infiere desde los principios o en virtud de las reglas de admisión propias del sistema. Los principios cumplen un papel equivalente a los axiomas en los sistemas teóricos, y, en consecuencia, siguiendo a Kalionowski, tenemos que los modos de admisión posibles pueden ser: por convención o por evidencia, y esta última, a su vez, se clasifica como empírica o analítica.
16. Compromiso histórico. Entre aquellos que admiten distinciones fuertes entre normas y principios, seguramente se postula, simultáneamente, para estos últimos las características –en mayor o menor medida– de univer-

sales, absolutos, objetivos o permanentes; así, por ejemplo, Alexy afirma que el “Derecho racional de la modernidad” ha incorporado como principios los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado social. En las normas son evidentes la contingencia y la relatividad de sus contenidos, a tenor de las características del tiempo y el lugar a donde se dirigen.

17. Localización en el ordenamiento jurídico. El ámbito del ordenamiento jurídico donde comúnmente se localizan los principios es el plano de la Constitución, o sea, el del Derecho más alto (*higher law*), mientras que las normas se ubican en el resto de las gradas inferiores. Wroblewski reconoce que los llamados “principios” son normas que en razón del lugar que ocupan en la estructura jerárquica normativa funcionan como fundamento de otras normas. Luzzati, en esta misma línea de jerarquía, afirma: “En la estructura de los sistemas jurídicos, los principios son aquellas normas que vienen consideradas por el legislador, por la doctrina y/o por la jurisprudencia como el fundamento [...] de un conjunto de otras normas”.

18. Operatividad con la lógica formal. En el campo de las normas se verifica claramente el desarrollo que ha tenido la lógica formal en el tratamiento de ellas, lo cual se ha proyectado en las pretensiones que impulsan a la informática judicial. En el caso de los principios, en la medida en que se les asigna un contenido axiológico su operatividad por medio de la lógica se ve perturbada o dificultada.
19. El aporte a la completud del sistema. La admisión de los principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico, a punto de posibilitar el cierre de este. La teoría dworkiniana de la “respuesta correcta” (*the one answer right*) que el juez debe descubrir en cada caso sirviéndose de los principios, como alternativa frente al discrecionalismo de Hart, es una prueba de dicho servicio de los principios. Un sistema de normas encuentra en el listado de sus supuestos y consecuencias una mayor limitación en las respuestas que necesita el jurista.
20. Componentes. Sirviéndonos del análisis de las normas prescriptivas efectuadas por Von Wright, creemos que de los ocho elementos



que el profesor finlandés comprueba en aquellas resulta imposible verificar en los principios la “autoridad” (el agente que emite la norma), y la promulgación (dar a conocer la norma), y difícil verificar con exactitud el “contenido” (aquello que se debe hacer, no hacer, o se puede hacer) y la “ocasión” (localización espacial o temporal en que se debe cumplir la norma); dicho esto sin perjuicio de que un análisis más detallado obligaría a efectuar otras precisiones respecto de los cuatro elementos restantes.

21. Funciones. Bobbio reconoce en los principios hasta cuatro funciones: a) interpretativa: aportan al esclarecimiento del sentido de otras normas; b) directiva o programática: orientan la actividad de los juristas al momento de crear una norma; c) integradora: proporcionan criterios conforme a los cuales resolver un problema jurídico que no tiene regulación normativa (es decir, en caso de laguna jurídica); y d) limitativa: ponen los cauces dentro de los cuales se puede ejercer cierta competencia. También se admite como funciones propias de los principios la “fundamentadora del ordenamiento”, de modo que legitiman o reconocen

la validez de las otras fuentes del Derecho, y la “sistematizadora” (a la cual nos referimos explícitamente en el último punto), en tanto posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico. Por el lado de las normas, la función que claramente cumplen es la de regular directamente determinado supuesto de hecho, pero les es extraño el tener por objeto a otras normas (precisándolas, orientándolas, sistematizándolas o fundándolas) o suplir su ausencia.

22. La coactividad. Los principios, para Alchourron –Bulying –según interpreta Atienza y Ruiz Manero–, serían enunciados que ordenan, prohíbe o permiten conductas sin establecer sanciones, mientras las normas se identificarían por su carácter coactivo.
23. La formulación lingüística. Sin perjuicio de que para algunos autores resulta decisiva la formulación lingüística de las normas, al punto de que solo serían eso, lo cierto es que en las normas su existencia jurídica requiere del enunciado lingüístico, aun cuando no todas se reduzcan a él; en cambio, para los principios esta dimensión lingüística carece de transpa-

rencia, atento a que lo decisivo y problemático es la referencia a la realidad a que con ellos se alude.

24. Capacidad sistematizadora del Derechos. Las normas no generan automáticamente, por sí mismas y entre ellas, un sistema jurídico; sin embargo, “todos los principios –confía Esser– tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógico [...]. Así, en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema”.

Para Dworkin la principal diferencia entre reglas<sup>341</sup> y principios son: ambos conjuntos de pautas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera del todo o nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión... Pero no es esta

---

<sup>341</sup> Así se denominan las normas jurídicas en el mundo anglosajón.

la manera cómo operan los principios...Ni siquiera aquellos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas... Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios... quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno... Las reglas no tienen esa dimensión<sup>342</sup>.

En Colombia con la Constitución de 1991 se imprimió importancia a los principios jurídicos, que el legislador constitucional quiso equiparar con los principios constitucionales, bajo el entendido que el juez ordinario también era un juez constitucional especialmente cuando comienza el auge de las acciones de tutelas, muchas de ellas resueltas con los principios constitucionales; estos aparecen incorporados a la Constitución Política pero no son los principios generales del Derecho. A los principios constitucionales se le reconoce su valor normativo

---

<sup>342</sup> Cita extraída del ensayo, principios jurídicos de Juan Ruiz Mareno, contenido en el libro, *El Derecho y la justicia*, edición de Ernesto Garzón Valdez, página 149.

y su jerarquía normativa en caso de confrontación con otros principios o normas.

Como quedó antes expresado, los principios generales del Derecho cumplen una tarea creativa, interpretativa, integradora del ordenamiento jurídico a fin de hacerlo completo y autosuficiente para resolver cualquier asunto, ya que la protección de los Derechos no solo es exclusiva del legislador, sino de todas las formas que surgen para hacer el ordenamiento más explícito, más cercano a la realidad, es decir, de todos aquellos que intervienen en la interpretación y aplicación de la ley.

En el Código Civil colombiano, los principios generales del Derecho aparecen como reglas de integración en caso de que no exista ley aplicable al caso, o costumbre o analogía, como se puede apreciar de los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887, pero su tarea va más allá de su integración, su tarea es creativa, interpretativa, de tal manera que se le considera una fuente formal y material del Derecho.

Luego vale anotar, existen unos principios constitucionales, uno principios generales del Derecho

procesal<sup>343</sup> y del Derecho sustancial, ejemplo del primero es el título I y preámbulo de la Constitución, del Derecho procesal el debido proceso, y del Derecho sustancial la buena fe. Sin desconocer los principios generales del Derecho que emanan de la jurisprudencia constitucional, ordinaria y administrativa. Todo esto revela no solamente un Derecho sumido en la ley, sino un estado remozado por principios que conducen a la obtención de una justicia material; si no fuere entendido así el Derecho, no podría alcanzarse el juzgamiento de quienes amparados en la ley han violado los Derechos humanos, como fue el caso de los alemanes nazis<sup>344</sup>.

Algunos tratadista<sup>345</sup> emprenden la labor de señalar un listado de principios generales del Derecho, sin embargo esa actividad se vuelve interminable en la medida que estos se van descubriendo día a día a través de la interpretación, integración del ordenamiento jurídico, el cual tiene la virtud de alongarse

---

343 EL artículo 11 del Código General del proceso nos da claridad sobre este aspecto.

344 Los juicios de Núremberg fue un ejemplo de aplicación de los principios, sobre todo el Derecho a la vida, para alcanzar la condena sobre los procesados nazis, que estaban amparados con las reglas jurídicas de su régimen.

345 MONROY CABRA, Marco Gerardo, MEDELLÍN BECERRA, Carlos, etc.

en caso de necesidad; sin desconocer la explosión jurisprudencial de nuestras época.

Este listado debe ser sumamente cuidadoso para no confundir lo que es un principio general del Derecho con una norma positiva, con una máxima de experiencia, con proverbios que recorren de lengua en lengua.

Los principios generales del Derecho se distinguen por su universalidad y son exigibles y vinculantes para cualquier autoridad judicial, porque encarnan la regla de reconocimiento social, sobre la cual se ha erigido la Ciencia del Derecho, lo cual repercute en las fuentes del Derecho, por cuanto los principios amplían el Derecho y se convierte en punto referente y esencial en la tarea de quienes trabajan el Derecho, generando crisis en la ley positiva que se muestra muchas veces insuficiente en la realización de la justicia material.

### **Del concurso sobre los principios generales del Derecho**

Como actividad académica para los estudiantes se efectuará una actividad sobre los principios gene-

rales del Derecho, dentro del cual se dividirán en ocho grupos, se le entregará material sobre el tema y se le asigna un cuestionario que deberá ser respondido por cada grupo por escrito durante 1 hora y media; posteriormente, cada grupo pasará delante del curso y responderá la pregunta que salga de una balota, en la cual, se encuentran introducidas las preguntas sobre el cuestionario que les correspondió, se escogerá a cualquiera de los miembros del grupo para que responda, si no lo hace lo hará el grupo, esto conlleva una calificación grupal, con esta actividad se pretende lograr la participación de todos los estudiantes sobre este interesante tema.

A modo de ejemplo las preguntas que se presentarán son las siguientes:

### ***Defina los principios generales del Derecho***

Son aquellos fundamentos esenciales generalmente aceptados procedentes de la Ciencia del Derecho sobre los cuales se levanta una estructura jurídica, son como axiomas, cuyos contenidos de justicia y sentido común son tan claros que no necesitan demostración. Ayudan a crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico.



***Diga si la Ley 153 de 1887 consigna los principios generales del Derecho***

Artículo 8.

***En qué consiste el principio de enriquecimiento sin causa***

A nadie es permitido enriquecerse con detrimento del caudal ajeno, es decir, que ninguno puede obtener ventajas en su peculio a expensas del patrimonio ajeno sin una causa que lo justifique. Por lo tanto, todo aquel que obtenga un provecho con perjuicio del ajeno debe indemnizar.

***Cuáles son los cinco elementos constitutivos del principio de enriquecimiento sin causa***

- A. Que el obligado se haya enriquecido, es decir, que exista en su favor una ventaja patrimonial.
- B. Que haya un empobrecimiento correlativo, es decir, que el enriquecimiento se haya efectuado a costas del empobrecido.
- C. Que el desequilibrio entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido se haya producido sin causa jurídica.

- D. Que el perjudicado carezca de otra acción originada por otra fuente de obligación distinta del enriquecimiento sin causa, pues la única acción que puede prosperar en razón de este principio es la denominada *in rem verso*, encaminada a impedir todo enriquecimiento injusto, y
- E. Que la mencionada acción *in rem verso* no pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley, pues en dicho caso, la acción referida no procede.

***Artículo en que se encuentra el enriquecimiento sin causa***

Artículo 831 del Código de Comercio.

***Cuál es el fundamento del principio del abuso del Derecho según la Corte Suprema de Justicia***

Tiene por fundamento, la consideración de que el Derecho es una función que debe ejercitarse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral, porque como dicen los tratadistas de esta

teoría, no se conforma el Derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden, exige que las mismas sean ejercidas no solo sin perjuicios de los demás, del todo social, sino también, con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo.

***Dé ejemplos prácticos de abuso del Derecho***

El embargo en exceso de bienes del deudor, el abuso del Derecho a litigar, la formulación temeraria de denuncia penal. Secuestrar bienes que no son del demandado.

***Cuáles son las dos condiciones que se requieren para que exista abuso del Derecho***

- A. Que se carezca de un interés legítimo y serio, es decir, que no exista un fin útil y
- B. Que al ejercer el Derecho haya intención de dañar.

***En qué artículo del Código de Comercio se encuentra el abuso del Derecho***

Artículo 830 del Código de Comercio.

### ***En qué consiste la expresión de la buena fe***

Indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y en general, de emplear con los demás una conducta leal.

### ***En qué consiste la buena fe activa y la pasiva***

LA ACTIVA: Si consideramos la manera de obrar para con los demás.

PASIVA: Si consideramos el Derecho que tenemos de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

### ***Qué señala el Código Civil sobre la buena fe y la mala fe (artículo 769)***

La buena fe se presume, la mala fe hay que demostrarla.

### ***En qué consiste el error común hace Derecho***

Cuando el acto que ejecuta una persona es producto de error invencible, común a muchos, la simple apariencia se convierte en realidad. Es decir, que el individuo haya incurrido de buena fe en un error

***Como debe ser ese error***

Que se trate de un error generalizado. Que el error haya sido invencible.

***En qué consiste la teoría de la apariencia***

La falsa apariencia produce error, produce el error común, una especie de buena fe colectiva.

***Dé ejemplo, de error común hace Derecho***

Artículo 947, la compra en ferias.

***Para que haya error común hace Derecho qué requisitos se requieren***

Que se trate de un error generalizado, error no universal pero sí colectivo.

Que el error haya sido invencible.

***En qué consiste el principio de fraude a la ley***

Cuando la ley se viola a través de su aplicación indebida y maliciosa, es decir, se actúa aparentemente conforme a la regla jurídica, pero en verdad se

está infringiendo la ley misma y causando perjuicios, por lo general a terceras personas. Ejemplo: La insolvencia del deudor para perjudicar a sus acreedores.

### ***En qué consiste la acción pauliana***

Es la revocación de los actos celebrados, la cual obtienen los acreedores para obtener la restitución de los bienes al patrimonio del deudor y poder embargarlo.

### ***A título de qué puede actuar el deudor tramposo***

A título gratuito y a título oneroso.

### ***En qué consiste el principio de la imprevisión***

Cuando circunstancias extraordinarias imprevistas, posteriores a la celebración de un contrato, determinan un desequilibrio en las prestaciones de futuro cumplimiento de alguna de las partes resultándole excesivamente perjudicial dicho cumplimiento, por

lo que se puede pedir su modificación. Está en el artículo 868 del Código de Comercio.

### ***Para qué sirve el principio de la equidad***

Para superar la posible situación de injusticia que se presenta por la aplicación inflexible de la ley.

### ***Cuando el Derecho esta en contradicción con la ley a qué principio se acude***

A la equidad.

### **La doctrina**

La doctrina, son los estudios de los juristas sobre el Derecho, no es acogida en sentido estricto como fuente del Derecho<sup>346</sup>, ya que el contenido de la doctrina no se traduce en normas obligatorias para la decisión de un caso.

Sin embargo, en el concepto tradicional se tiene como la última fuente formal del Derecho y así se ha estudiado.

---

<sup>346</sup> Algunos prefieren decir, que es una fuente de conocimiento más no fuente formal del Derecho.

Según los profesores Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becú: El Derecho en efecto, no se agota con las leyes, las costumbres y las sentencias judiciales. Siempre se ha reconocido un destacado papel a la doctrina, que cumple una función creadora de gran trascendencia. Se llama doctrina a los estudios que se ocupan de exponer, construir o criticar el Derecho, ya sea con fines puramente especulativos, ya con el objeto de facilitar su aplicación.

Con ello queda dicho que, las obras de los jurisconsultos persiguen, simultánea o separadamente, tres propósitos fundamentales: A) Científico, mediante el análisis y la sistematización de los preceptos jurídicos vigentes, con lo cual llegan a encontrar los principios generales y a realizar las grandes construcciones que constituyen la coronación de esta clase de estudio. B) Práctico, por la exposición del ordenamiento jurídico y la interpretación de las leyes y de la jurisprudencia, las cuales facilitan la tarea de aplicar el Derecho. C) Crítico, cuando los juristas se apartan del comentario y sistematización de las normas para juzgar su justicia o conveniencia y su adecuación a los fines que el Derecho debe



perseguir, emitiendo así juicios de valor acerca del contenido de un orden jurídico<sup>347</sup>.

### **La función de los abogados al interior de los procesos judiciales, como aporte a la creación e interpretación del Derecho**

La doctrina es de gran importancia para la argumentación y la decisión de los casos sometido a consideración de los jueces, sin embargo, estudiada como soporte de su comprensión, se denota una falta de cita en las decisiones sobre todo en las altas cortes, pues solo se reconoce autoridad a lo internacional o algunos pocos autores nacionales.

Desde el punto de vista práctico, el pensamiento doctrinal expuesto por los abogados litigantes constituye un gran aporte a la generación de la jurisprudencia y de la solución de los casos, muy a pesar del interés de las parte que se concentra en los memoriales petitorios de dicha labor profesional. No obstante, la labor del litigante, a pesar de su gran importancia, se ha soslayado, obsérvese

---

<sup>347</sup> MOUCHET, Carlos; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *Introducción al Derecho*. Ediciones Abeledo- perrot. Duodécima Edición, p.240.

como el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil sostenía... Solo se mencionará los nombres de los apoderados judiciales, cuando se reconozca su personería o se les imponga alguna condena... Que norma tan degradante para la labor profesional del abogado litigante, solo se mencionará su nombre para personería o para sancionarlo. Esta prohibición permaneció por décadas y la labor del litigante no era reconocida por mandato legislativo. Con la puesta en marcha del Código General del proceso desaparece dicha norma y con ello se permite la mención del abogado cuando su propuesta genera un cambio, un aporte, a la construcción, sobre todo, de la jurisprudencia nacional.

Resalta por otro lado, que el Código General del proceso prohíbe el dictamen pericial que versa sobre puntos de Derecho, pero permite el artículo 226, que las partes se asesoren de abogados cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ella. Con ello, se autoriza que las partes se apoyen en los más connotados y humildes doctrinantes para reforzar sus apreciaciones. En consecuencia, la doctrina por efectos prácticos expuestas en las alegaciones al interior de un proceso se considera fuente del Derecho, aun cuando no

revista el carácter de obligatorio, pero cuando se acoge y repercute en favor del Derecho es de gran importancia, como silenciosamente ha ocurrido en la historia del Derecho colombiano. En buena hora se rinde homenaje a la inteligencia del abogado litigante, soporte de la renovación del Derecho.

En conclusión, para este caso específico la fuente no es la doctrina, sino el proceso creativo que las produce, cual es el proceso donde se encuentra su germen, así podríamos hacer el ejercicio frente a las otras fuentes formales: la ley no es la fuente porque esta es el producto final de un proceso legislativo, que sería la fuente; la costumbre es el producto final de un proceso social que sería la fuente; el negocio jurídico sería el producto final de un proceso contractual que sería la fuente; los tratados internacionales serían el producto final de un proceso de acuerdos internacionales entre Estados, que es la fuente; los principios generales del Derecho son el producto final de todo un proceso histórico de los pueblos, que sería la fuente, inclusive de la Ciencia del Derecho; la jurisprudencia sería el producto final de un proceso sometido a consideración de las altas cortes, que sería la fuente, y allí emerge la figura de los actores

que participan de ese proceso, que sería la fuente: como consecuencia de todo lo anterior, la fuente formal del Derecho es el proceso, llámese social, judicial, legislativo, contractual, etc.

### **Diferencia entre doctrina constitucional, doctrina probable y doctrina**

El artículo 4 de la Ley 153 de 1887 indica que la doctrina Constitucional es, a su vez norma para interpretar las leyes. El artículo 5 de la misma Ley, expresa que la doctrina constitucional servirá para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes. A su vez, el artículo 8 *ibídem*, ordena que la doctrina constitucional se aplique cuando no haya ley aplicable al caso o la analogía sea insuficiente.

Del articulado anterior se concluyen las funciones integradoras e interpretativas que cumple la doctrina constitucional para el ordenamiento jurídico. Su fundamento está en la misma Carta Política y emanan de la actividad que ejercer la Corte Constitucional, aun cuando existen otros organismos con funciones constitucionales, verbigracia cuando conocen de las acciones de tutela.

Ahora bien, la doctrina constitucional hay que diferenciarla del precedente judicial obligatorio, de tal manera que en el plano constitucional las autoridades judiciales tienen la obligación de aplicar el precedente constitucional en cuatro casos :A) Acatar la *ratio decidendi* y la parte resolutive de las sentencias de control abstracto (sentencia de constitucionalidad). B) Acatar la *ratio decidendi* y la parte resolutive de las sentencias de exequibilidad condicionada. C) Acatar la *ratio decidendi* de las sentencias de reiteración de jurisprudencia, sean estos de control abstracto (sentencias de constitucionalidad), o de control concreto (sentencias T). Y d) Acatar la *ratio decidendi* de las sentencias de unificación en control concreto (sentencias de unificación SC)<sup>348</sup>. En cuanto a las autoridades administrativas, estas tienen la obligación de aplicar el precedente y la interpretación judicial, ya que no gozan de la autonomía que sí gozan las autoridades judiciales.

---

348 Consúltese las Sentencias C-335 de 2008 magistrado ponente: Humberto Sierra Porto, la 539 de 2011 con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, todas de la Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006, Sentencia T-175 de 1997, ST 321 de 1998, T 068 de 2000.

Con relación a la doctrina probable consignada en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación sobre un mismo punto de Derecho, constituyen doctrina probable”, se refiere al *quantum* o cantidad de decisiones que se adopten sobre un tema específico, para este caso tres, con la salvedad que el precedente judicial puede ser uno o más fallos sobre el mismo caso.

Luego vale anotar, es pertinente para el estudiante distinguir, doctrina como fuente formal del Derecho, doctrina constitucional, doctrina probable y precedente judicial obligatorio.

### *De los tratados internacionales*

Los tratados internacionales se ubican dentro del concepto amplio de ley, la cual admite múltiples expresiones<sup>349</sup>. Algunos tratadistas la ubican entonces como fuente del Derecho constitucional.

---

<sup>349</sup> La ley asume forma de constitución, ley en sentido estricto, tratados internacionales, decretos con jerarquía de ley, ley estatutaria, orgánica, marcos, reglamentos, etc.

El artículo 4 de la Constitución Política indica que la constitución es norma de normas. Esto lleva a cuestionar si existen límites a esta superioridad constitucional, de tal suerte que conduce a estudiar las relaciones internacionales de Colombia y la influencia de normas jurídica de tipo internacional en nuestro régimen interno; máxime si ningún Estado puede alegar normas constitucionales para no cumplir con un tratado internacional<sup>350</sup>, lo cual además implica responsabilidad de tipo internacional.

Ningún Estado es autosuficiente para no necesitar de los demás Estados, pues la ayuda y la cooperación internacional es la regla general en la relación que se da entre los Estados, de tal suerte que se reconoce la existencia de una comunidad internacional<sup>351</sup>.

Para el profesor Máximo Pacheco, los tratados internacionales son las convenciones celebradas entre dos o más miembros de la comunidad internacional con el objeto de regular sus relaciones y

---

350 Artículo 27 de la convención de Viena de 1969.

351 Esta teoría es sustentada en las relaciones de comunicación e interdependencia, floreció en el siglo XVI y XVII por los teólogos y juristas de la escuela española y principalmente por Francisco de Victoria, Luis de Molina, Domingo de Soto y Francisco Suárez, que representa el Derecho de gente extendido a toda la humanidad.

establecer los Derechos y obligaciones recíprocos. Este mismo profesor informa: En el proceso de formación de los tratados internacionales se pueden distinguir dos etapas: una externa (internacional) y otra interna (nacional). La etapa externa se denomina negociación y en ella toman parte los Estados o entidades internacionales interesados, con el objeto de producir un acuerdo de voluntades. Finaliza con la firma del tratado convenido. La etapa interna se concreta en la aprobación del tratado por parte del parlamento de cada país, en la forma establecida en el ordenamiento jurídico<sup>352</sup>.

Obviamente, ley en sentido estricto y tratados internacionales difieren en cuanto a que este para dejarlo sin efecto requiere de las voluntades de los Estados concurrentes; en tanto que la ley puede dejarse sin efecto por la decisión unilateral del legislador. De otro lado, el efecto de la ley rige para todos, en tanto que en los tratados internacionales rige como regla general para los Estados que concurrieron a él. Precisamente algunos tratadistas sostienen la inexistencia del Derecho internacional por carecer este

---

<sup>352</sup> PACHECO G. Máximo. *Teoría del Derecho*, Editorial Temis s.a. Editorial Jurídicas de Chile. Cuarta edición, p.339.



de los elementos de autoridad y coacción que son requisitos esenciales del Derecho<sup>353</sup>.

Dentro del régimen jurídico colombiano entre las normas más importantes que se refieren a los tratados internacionales están:

ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los Derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos humanos ratificados por Colombia.

Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con el siguiente texto: El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de

---

353 Consúltese la obra de Hans Kelsen “Teoría General del Derecho y del estado” en que este sostiene la existencia del Derecho internacional, cuando un estado actúa de manera coercitiva frente a otro que actúa antijurídicamente frente a él, lo cual puede ser interpretado como una reacción que puede ser asumido por la comunidad jurídica.

Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

ARTÍCULO 94. La enunciación de los Derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

ARTÍCULO 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.

Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de

tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.

Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.

ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de Derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, re-

reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

ARTÍCULO 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del Derecho internacional aceptados por Colombia<sup>354</sup>.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

ARTÍCULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

...2. No podrán suspenderse los Derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se

---

354 La superioridad de los tratados sobre el régimen interno fue establecida en la Constitución francesa de 1946 y posteriormente en la de 1958 sobre la base de la reciprocidad, “Los tratados y acuerdos debidamente aprobados desde su publicación tienen autoridad superior a las leyes, sujeto para cada tratado a su aplicación por la otra parte”.

respetarán las reglas del Derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los Derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

...10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el presidente

de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

La Convención de Viena sobre los Derechos de los tratados de 1969 señala:

1. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
2. El Derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Lo primero que se advierte, es que la Constitución Política de Colombia regula lo atinente a la relación, de lo que ocurre entre el Derecho internacional y nuestro régimen interno, y la forma de resolver las confrontaciones entre el régimen internacional y el interno. Además de ello, la supremacía de la Constitución no se pierde por la existencia del Derecho internacional porque en Colombia los tratados tienen validez si se acompañan con los cánones constitucionales, verbigracia, si un tratado

internacional consigna acuerdos que sean contrarios a la Constitución colombiana requiere la previa revisión constitucional.

La Carta Política colombiana establece como una de las funciones de la Corte Constitucional la de pronunciarse sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de la leyes que los aprueban. Para el cumplimiento de esta función, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley (artículo 241 numeral 10 Carta Política). La competencia de la corte es sobre la ley y del tratado y su decisión, si el tratado y la ley se encuentran ajustados a la constitución. Se refiere a un control preventivo posterior a la ley aprobatoria pero anterior a la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado conforme a lo previsto por el Derecho internacional.

El profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuanto a la jerarquía de la Constitución frente a los tratados internacionales manifiesta lo siguiente:

- a. Ni en estos artículos, ni en ninguno en la Constitución se establece en forma clara y precisa la prevalencia del Derecho Internacional sobre la

Constitución Política. Por el contrario, el artículo 4 de la Carta consagra la supremacía constitucional: “La Constitución es normas de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

- b. Si bien no hay norma sobre la aplicación de las reglas generales de Derecho internacional, según el artículo 9 de la Constitución es posible aplicar los principios generales de Derecho Internacional como han sido enunciados en la Carta de Naciones Unidas y en la Resolución 2625 de 1970.
- c. Los principios “*Pacta sunt Servanda*” y “Buena Fe”, que establecen el cumplimiento de los tratados de buena fe están reconocidos por Colombia en el artículo 9 de la Carta por cuanto se trata de principios reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo, están expresamente enunciados en la Resolución 2625 de 1970 de Naciones Unidas. Igualmente, fueron expresamente consagrados en los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, e iguales normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los



Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales, o entre las Organizaciones Internacionales de 1986. Colombia es Estado Parte en las dos Convenciones de Viena y por tanto son Derecho positivo vigente y aplicable por todos los operadores jurídicos.

- d. En caso de conflicto entre un tratado internacional y una ley interna prevalece el tratado porque el Estado colombiano se comprometió a cumplir dicho acuerdo internacional, con la excepción de si la ley interna es más favorable que el tratado.
- e. Se puede realizar una interpretación que concilie el artículo 4 de la Constitución Política que establece que la “Constitución es norma de normas” con lo previsto en el artículo 93 de dicha Carta. La supremacía consagrada en el artículo 4 de la Constitución hace relación a la validez de las normas, en cambio el artículo 93 establece una regla de conflicto en el sentido que se da la preeminencia del tratado sobre el orden interno siempre que se reúnan estas condiciones: a) Que se trata de un tratado sobre Derechos humanos del cual Colombia sea Estado Parte; y b) Que se trate de tratados que reconozcan Derechos

humanos y prohíban su limitación en estados de excepción. Para estos efectos hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 85 de la Constitución y lo previsto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de los cuales Colombia es Estado Parte. Pero la prevalencia sobre el orden interno no alcanza a la Constitución porque nuestra Carta no reconoció la preeminencia del Derecho Internacional general o consuetudinario sobre la Constitución que es norma suprema en el ordenamiento jurídico colombiano.

- f. Lo anterior significa que en el Derecho Constitucional colombiano los tratados no tienen valor supraconstitucional, ni tampoco se les reconoce valor constitucional como sí lo hizo la Reforma Constitucional de Argentina de 1994 a los 11 tratados allí enumerados y a los que se les reconozca tal carácter con la mayoría cualificada estatuida en la Constitución. Sin embargo, se les otorga valor suprallegal pero infraconstitucional. Un tratado vigente para Colombia no puede derogar ni modificar la Constitución porque se estaría aceptando que se puede reformar la Constitu-

ción por medios distintos de los previstos en el artículo 374 de la Carta, o sea por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

- g. Si una ley interna desconoce un tratado internacional vigente internacionalmente e internamente para Colombia la Corte Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la ley porque no puede hacer confrontación entre la ley y el tratado, debe hacerla entre la ley y la Constitución. Lo que sucede es que si una ley interna desconoce un tratado internacional el Estado incurre en responsabilidad internacional por haber incumplido una obligación internacional convencional.
- h. Los Derechos y deberes contenidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos humanos vigentes para Colombia. Para estos efectos, se debe atender la interpretación dada por órganos internacionales de protección de los Derechos humanos como la Comisión y la Corte Interamericanas sobre Derechos Humanos en el sistema interamericano al cual pertenece Co-

lombia. El artículo 93 de la Constitución es pauta interpretativa de obligado cumplimiento porque así se deduce del texto del citado artículo constitucional y porque la protección de los Derechos humanos quedaría desvirtuada si no fuera obligatoria la interpretación sino potestativa. La interpretación conforme a lo previsto en los tratados internacionales conlleva el que los Derechos constitucionales no deben ser interpretados en contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual Colombia es Estado Parte<sup>355</sup>.

De la textura de los artículo 9, 93, 101, 214 de la Constitución Política, de los pronunciamientos de la Corte Constitucional emerge que las relaciones internacionales de Colombia se fundamentan en: A) El reconocimiento de los principios del Derecho internacional aceptados por Colombia, según el artículo 9. B) Los tratados internacionales y convenciones sobre Derechos humanos y conforme lo detalla el artículo 93 de la Carta Política. C) Los tratados internacional limítrofes con-

---

<sup>355</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. *El Derecho internacional como fuente del Derecho constitucional*. p.131. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4941857.pdf>

forme lo señala el artículo 101 de la Carta Política

D) Las reglas de Derecho internacional humanitario según se establece en el artículo 214 de la Carta Política. E) En Sentencia C-1189 de 2000 la Corte Constitucional indica que no solo son los tratados internacionales sino también la costumbre que puede ser de dos clases: a) Aquellas que, por consagrar Derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud del artículo 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con esta el bloque de constitucionalidad... y b) Aquellas que, si bien no se refieren a Derechos inherentes a las personas, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados, con la advertencia que esta segunda clase no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano.

El sistema jurídico colombiano distingue entre normas internacionales con rango constitucional y normas con rango legal bajo las circunstancias de si pueden o no ser consideradas parte del bloque de constitucionalidad.

### ***Del Bloque de constitucionalidad***

Como la Constitución Política de Colombia no recoge textualmente todos los principios y Derechos constitucionales reconocidos por el ordenamiento jurídico, surge la necesidad del Bloque de constitucionalidad, figura que los amplía, los hace expeditos y aplicables con fuerza constitucional obligatoria. Es cierto que el Derecho constitucional comprende muchas más normas y principios que aquellos que se desprenden de la simple lectura del texto constitucional. El Bloque de constitucionalidad es, además, un soporte interpretativo para hacer un juicio de constitucionalidad sobre una norma jurídica.

El Bloque constitucional en Colombia ha pasado por etapas de estructuración a partir de la constitución de 1991, donde la Corte Constitucional a partir de 1992<sup>356</sup> lo comienza a reconocer pero tímidamen-

---

<sup>356</sup> Consúltese las Sentencias: ST-002 de 1992. Sentencia 409 de 1992, Sentencia de constitucionalidad 574 de 1992, sentencia T-426 de 1992, sentencia c-295 de 1993.

te, pero es en 1995<sup>357</sup> y 1996<sup>358</sup> cuando la expresión “Bloque de constitucionalidad” ingresa en la jurisprudencia constitucional y luego en años posteriores se sigue consolidando pero racionalmente. Y en cuanto a tratados internacionales se refiere en esa época (1995-1996) no estaba claro, si todos los tratados hacen parte del Bloque de constitucionalidad, o son solamente los que reconocen Derechos humanos.

Frente al anterior panorama la Corte Constitucional en Sentencia C-191 de 1998, distingue entre bloque en sentido estricto (normas de rango constitucional), es decir, aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren Derechos humanos cuya limitación se encuentra prohibida durante los

---

357 Sentencia C-225 de 1995, en esta la Corte Constitucional debió establecer el orden jerárquico de las normas humanitarias que prevalecían en el orden interno, ya que se trataba de Derechos humanos que no podían suspenderse en estado de excepción y para ello recurrió a la expresión bloque de constitucionalidad, así expreso la Corte “...la noción de Bloque de constitucionalidad proveniente del Derecho francés pero que ha hecho carrera en el Derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículo 4 y 93 de nuestra carta....

358 Consúltese sentencia C-135 de 1996.

estados de excepción (artículo 93 de la Carta Política); y en sentido amplio (parámetros de constitucionalidad), aquellas normas de diversa jerarquía que sirven como parámetros para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación, ejemplo de ellas, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones por las leyes estatutarias.

La Corte Constitucional excluyó del bloque de constitucionalidad los tratados en general, verbigracia la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y de las leyes estatutarias<sup>359</sup>, como la Ley estatutaria de la administración de justicia; integración económica, específicamente la Decisión Andina 436, el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional; Comercio Internacional.

Posteriormente la Corte Constitucional fue precisando la noción de Bloque de constitucionalidad en Sentencia C-200 de 2002, C-129 de 2004, C-1056 de 2004, T-1303 de 2001, C-635 de 2005, entre otras más sentencias de constitucionalidad y de tutelas.

Se ha dicho por la jurisprudencia constitucional que forma parte del Bloque de constitucionalidad

---

<sup>359</sup> Sentencia C-358 de 1997 y C-708 de 1999.



el protocolo 11 de Ginebra de 1977<sup>360</sup>. Los artículos 27.2, 8, 9 de la Convención Americana de Derechos humanos<sup>361</sup>. Los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos<sup>362</sup>, la Convención sobre los Derechos del niño y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores<sup>363</sup>, los tratados límites<sup>364</sup>; la decisión 351 de 1993 sobre régimen común sobre Derechos de autor y conexos<sup>365</sup>.

En cuanto a los Convenios de la OIT se incorporaron al Bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, el Convenio 87 sobre libertad sindical y el Derecho de sindicación<sup>366</sup>; el 138 sobre edad mínima de admisión de empleos<sup>367</sup>; el Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil; el Convenio 169 sobre Derecho de participación de las comunidades indígenas<sup>368</sup>.

---

360 SC-225- de 1995.

361 SC-200 de 2002.

362 SC-200 de 2002.

363 SC-170 de 2004.

364 SC 067 de 2003.

365 SC-1490 de 2000.

366 SC-567 de 2000.

367 SC-170 de 2004.

368 SC-520 de 2003.

En conclusión, corresponde a la Corte Constitucional resolver en cada caso específico si el tratado internacional integra o no el Bloque de constitucionalidad, lo cual sirve y como quedó sentado anteriormente de: a) Parámetro de constitucionalidad. b) Señala la interpretación que debe desprenderse de dichos tratados. c) Fija la existencia de Derechos fundamentales que no están incorporados en la Constitución Política. d) En caso de anomias llena estos vacíos. e) Orienta la función judicial en la solución del caso. f) Sirve de criterio de aplicación preferente en caso de contradicciones con el régimen interno vigente.

*El negocio jurídico:*

Debido al desarrollo industrial y las complejas relaciones interpersonales y comerciales que se desarrollan entre los hombres y especialmente el avance de la tecnología que facilita el consumo en masas, hay un acto jurídico que es esencial en la regulación de las relaciones que se generan especialmente en el mercado económico y es el negocio jurídico.

El profesor Marco Gerardo Monroy Cabra reconoce que: el negocio jurídico fue creado por los pan-

dectistas alemanes del siglo pasado. De la doctrina alemana, la teoría del negocio jurídico fue transmitida a la doctrina italiana y a la española, pero no a la francesa. El Código francés, el español, el italiano y los Códigos latinos no tipifican el negocio jurídico, sino que consagran algunos casos concretos de este. Los Códigos alemanes, brasileño y ruso hablan del negocio jurídico en abstracto<sup>369</sup>.

Emilio Betti, define el negocio jurídico como: el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (actos de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido). En el análisis de los elementos de que consta, o mejor, en el análisis de los aspectos bajo los que se considera en esta definición, el negocio da lugar a tres distintas cuestiones: a) como es (forma); b) que cosa es (contenido); c) por qué es (causa). Las dos primeras cuestiones atañen a la estructura (que es forma y contenido); la tercera, a la función. A la primera cuestión se debe responder que es un acto consistente, ora en una declaración, ora en un

---

<sup>369</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. editorial Temis. Decimosexta edición. p.560.

simple comportamiento. A la segunda, se responde que contiene y da vida a una disposición, un precepto de la autonomía privada en orden a concretos intereses propios de quien lo formula. Precepto destinado a tener eficacia constitutiva, es decir, a desplegar inmediatamente los efectos correspondientes... a la tercera cuestión, finalmente se debe responder que todo tipo de negocio sirve a una función económico-social características suya (típica en este sentido)...<sup>370</sup>

Por negocio jurídico se entiende “el acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico” o como la define el maestro Monroy Cabra: acto lícito en que el efecto jurídico es consecuencia de una manifestación de voluntad directamente encaminada a producirlo. El negocio jurídico crea, respecto a los intereses regulados, poderes y vínculos jurídicos que antes no existían<sup>371</sup>.

---

370 BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial comares 2008, p.57.

371 MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Editorial Temis. Decimosexta edición. p.565.

Todo negocio jurídico es un acto jurídico<sup>372</sup> pero no todo acto jurídico es un negocio jurídico, pues hay actos que no son negocios jurídicos, y por lo tanto el legislador no les asigna una consecuencia jurídica, ejemplo: la prueba practicada en un proceso es un acto jurídico, la demanda presentada, son actos jurídicos pero no son negocios jurídicos.

La doctrina ha establecido como principales características del negocio jurídico las siguientes:

1. Es un medio de autorregulación de intereses privados, la regulación normativa en este caso se rige por el poder de los particulares, quienes son los que señalan los objetivos prácticos del negocio jurídico y establecen normas que regulan la relación a la cual el ordenamiento jurídico presta su amparo o tutela. Esto se determina como el principio de la autonomía de la voluntad, que es el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y Derechos de los que son titulares y por ende

---

<sup>372</sup> El acto jurídico es el hecho jurídico voluntario que se realiza con la finalidad e intención de producir efectos en el Derecho. Luego dos son las características del acto jurídico: es una manifestación de voluntad de una o más personas y la intención de producir efectos jurídicos.

crear Derechos y obligaciones siempre que respete el orden público y las buenas costumbres<sup>373</sup>. El sustento legal es el artículo 1602 del Código Civil col.

2. Se expresa por una declaración de voluntad o un comportamiento, los cuales tienen un carácter dispositivo, vinculante con trascendencia social..
3. Tiene una función social-económica, valorada por el Derecho como causa del negocio jurídico.
4. Existencia, sin la cual no nace a la vida jurídica, esta es una sanción jurídica, debe gozar de: voluntad o consentimiento, objeto, causa y solemnidades.
5. Validez, sin los cuales el negocio nace viciado (la sanción en este caso es la nulidad absoluta o relativa según el caso. 1) consentimiento no viciado por error, fuerza, dolo; 2) capacidad; 3) objeto lícito; 4) causa lícita; 5) formalidades

---

373 Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil ref: 1101-3103-012-1999-01957-01 Magistrado ponente: Willian Namen Vargas.

no esenciales (artículos 1502 y siguientes, 174 y ss. del Código Civil)).

Betti está en contra de que se considere el negocio jurídico como fuente de Derecho, cuando afirma “el precepto del negocio es jurídicamente relevante, como cualquier acto valorado por el Derecho objetivo, pero no es, él mismo, fuente de Derecho”<sup>374</sup>. No obstante lo anterior la doctrina en su gran mayoría sostiene que es fuente de Derecho, por ejemplo Ferri diferencia entre norma jurídica negocial y las demás normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico. Mientras que las segundas forman un conjunto en el que cada norma se encuentra ligada con las otras por un nexo, las normas negociales se colocan fuera de esta unidad, no forman un todo orgánico, sino en el interior y en el ámbito de cada negocio concreto. Otra importante diferencia es que el comportamiento frente a una norma contractual, normalmente el cumplimiento de una obligación determina la abrogación de la misma norma. Mientras que el comportamiento conforme a una norma legal no determina la derogación

---

<sup>374</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General del negocio jurídico*, trad. De A. Martín Pérez, Comares Granada, 2000, p.54.

de la ley<sup>375</sup>. Es evidente que los acuerdos negociales son verdaderas normas jurídicas en la medida que impone comportamientos obligatorio con consecuencias o efectos jurídicos, pero tienen un ámbito propio la esfera contractual, de tal manera que el presupuesto del negocio jurídico reside en intereses que se regulan en la relaciones con otros, pero no necesariamente en relaciones jurídicas preexistentes.

### **Diferencia entre supuesto jurídico-hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico**

Ya se expresó anteladamente, que todo negocio jurídico es un acto jurídico, pero no todo acto jurídico es un negocio jurídico, verbigracia la demanda, además de ser un acto procesal de inicio es un acto jurídico pero no es un negocio jurídico. Bajo esta óptica pasa a aclararse los conceptos de supuesto jurídico, acto jurídico y hecho jurídico.

---

<sup>375</sup> Citado por Carlos Julio Giraldo B. en su obra doctoral *EL contrato y la justicia una relación permanente y compleja*, página 56.



## **Supuesto Jurídico**

Este concepto jurídico fundamental se desprende de la estructura lógica de la norma jurídica, lo cual implica su consecuencia según la teoría kelsiana

Como supuesto jurídico debe entenderse la hipótesis o el supuesto hipotético que al ser realizado o actualizado permite el advenimiento de una consecuencia jurídica, también contenida en la norma del Derecho, es la que permite a los particulares avizorar en el tiempo las consecuencias que se pueden desatar en caso de incurrir en el contenido del supuesto jurídico ejemplo: “el que matare a otro tendrá como sanción 60 años”, el particular que incurra en el supuesto jurídico cual es matar, sabe y así deberá ser, será acreedor a la sanción prevista.

En los estudios privados, se nombra como supuesto de hecho o supuesto jurídico a los hechos y circunstancias que la norma legal prevé a los cuales atribuye la producción de efectos jurídicos.

El supuesto puede ser simple o complejo, según, si para que se produzca el efecto previsto por la norma basta un solo hecho o se requiere, por el contrario, más de uno. El término de la existencia de las per-

sonas naturales se produce como consecuencia de un supuesto simple: la muerte. En cambio, para que se produzcan los efectos propios del matrimonio es necesario que concurren dos hechos: por una parte, las declaraciones de los contrayentes; y por otra, la actividad del oficial del registro civil<sup>376</sup>.

### **Hecho Jurídico**

Hecho, en sentido general es “un suceso temporal y espacialmente localizado, que provoca, al ocurrir, un cambio en lo existente”<sup>377</sup>, cuando las características esenciales de esta definición coinciden con el supuesto jurídico contenido en la norma jurídica se le denomina “hecho jurídico” el cual producirá efectos jurídicos. Ahora bien, el Derecho no recurre siempre a las modificaciones del mundo exterior para que se generen consecuencias jurídicas, sino que estas también se producen con ocasión de situaciones jurídicas o Derechos subjetivos, que no constituyen sucesos temporales y especialmente localizados, verbigracia, la nacionalidad (artículo 96 de la Constitución Política), que es una situación

---

<sup>376</sup> VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Editorial jurídica de Chile, quinta edición actualizada, p.14.

<sup>377</sup> LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamento de Derecho*. México: McGraw-Hill, 1998, p.93.

jurídica que condiciona la ciudadanía (artículo 78 de la Constitución Política).

El hecho jurídico puede consistir en un acontecimiento que se realiza en un momento determinado y se agota en un suceso instantáneo, ejemplo: la muerte; o en un estado que consiste en una situación de carácter más o menos duradero y se origina en un acontecimiento (la incapacidad, la posesión).

### **Clasificación de los hechos jurídicos**

Vale anotar, que el hecho que no interesa al Derecho se denomina hecho simple, o hecho no jurídico, ejemplo: el saludo, el cantar de un canario, el bostezo.

Hay hechos jurídicos que provienen de la naturaleza y que tienen consecuencias jurídicas, como ejemplo la mayoría de edad, la muerte, estos son **HECHOS JURÍDICOS NATURALES**.

Ahora bien, el hecho puede provenir del hombre, si tiene consecuencias jurídicas, será un hecho jurídico humano o acto jurídico, que a su vez puede ser lícito, cuando está ajustado a las prescripciones del Derecho (ejemplo, el que realiza un contrato de

compraventa), en consecuencia será un HECHO JURÍDICO LÍCITO. EL HECHO JURÍDICO ILÍCITO, es el acto realizado y que produce consecuencias jurídicas contraria al ordenamiento jurídico (el que hurta, el que mata). HECHO JURÍDICO VOLUNTARIO, es el que surge por la voluntad manifestada y que en todo caso puede ser lícito o ilícito. HECHO JURÍDICO INVOLUNTARIO, cuando en la realización del supuesto jurídico y la consecuencia obtenida no obedecen a la voluntad de realizarla, ejemplo: accidente automovilístico.

Esta clasificación asume importancia para la diferenciación de la teoría del negocio jurídico y la teoría del hecho punible.

### **Acto Jurídico**

El concepto tradicional de acto jurídico, es la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir Derechos, y que produce los efectos deseados por su autor, es decir, se considera como un hecho jurídico voluntario.

La diferencia que se presenta entre hecho jurídico y acto jurídico, es que este se realiza con la inten-

ción de producir efectos jurídicos; en tanto que los hechos jurídicos se realizan, ya porque emanan de la naturaleza o ya porque el hombre los ejecuta sin la intención de producir efectos jurídicos.

En lo que al acto jurídico se refiere, esa voluntad encaminada a obtener un efecto jurídico puede ser recíproco, es decir, proviene de las diferentes partes que intervienen en ese acto jurídico, o ser simplemente unilateral, como cuando la obligación surge exclusivamente de la declaración de voluntad de la persona obligada.

El acto jurídico se caracteriza por lo siguiente: a) Es una manifestación de voluntad, es decir, debe exteriorizarse por medio de una declaración o de un comportamiento que permita conocerla. b) Esa manifestación de voluntad debe tener como finalidad un propósito específico y determinado, ese propósito debe ser jurídico, o sea que debe crear, modificar o extinguir Derechos subjetivos, así lo sostiene la doctrina tradicional. Sin embargo, la doctrina moderna sostiene que la manifestación de voluntad persigue solo un fin práctico o denominado propósito empí-

rico o práctico<sup>378</sup>. Es decir que las partes actúan con ese fin práctico muchas veces desconociendo sus efectos jurídicos. Así por ejemplo, en la compraventa de una camisa, el fin práctico es la satisfacción de necesidad de vestirse, ese es el fin práctico; pero en ningún caso se imagina el comprador el contenido de la obligación que adquiere bajo un régimen jurídico; dependiendo entonces, de la obligación adquirida, podrán operar las dos teorías, en cuanto hay casos en que las partes persiguen un efecto jurídico determinado y en otros solo un fin práctico o empírico o las dos se acumulan. c) La manifestación de voluntad produce los efectos queridos por el autor o por las partes, porque el Derecho lo sanciona. Bajo esta perspectiva, los actos jurídicos producen los efectos que le son propios porque el autor o las partes así lo han querido y porque el Derecho lo permite o autoriza. En resumen, los efectos del acto jurídico derivan de forma inmediata de la voluntad del autor o de las partes, y en forma mediata de la ley, que permite la libertad jurídica, cuya expresión es el poder jurídico, esto es, la facultad de los participantes para crear relaciones jurídicas<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> L. CARIOTA FERRARA, E. BETTI. Esto lo sostienen

<sup>379</sup> VIAL DEL RÍO, Víctor. Teorías general del acto jurídico. Editorial jurídica de Chile. Quinta edición actualizada, página 31.

## **Clasificación de los actos jurídicos**

El profesor Víctor Vial del Río, clasifica los actos jurídicos de la siguiente manera: a) Atendiendo al número de partes cuya voluntad es necesaria para que el acto jurídico se forme: actos jurídicos unilaterales (testamento) y actos jurídicos bilaterales (el matrimonio). b) Atendiendo a que la producción de los efectos del acto jurídico puede o no encontrarse subordinada a la muerte del autor o de una de las partes: actos jurídicos entre vivos (el contrato) y actos jurídicos por causa de muerte (testamento, el mandato para ejecutarse después de la muerte del mandante). c) Atendiendo a que el acto jurídico puede o no producir sus efectos de inmediato y sin limitación: actos jurídicos puros y simples (sin modalidad alguna) y actos jurídicos sujetos a modalidad (cuando se establece una condición, un plazo, un modo). d) Atendiendo a la utilidad o beneficio que reporta el acto jurídico para quienes lo ejecutan; actos jurídicos a título gratuito (la donación) y actos jurídicos a título oneroso (la compraventa). e) Atendiendo el contenido de los actos jurídicos: actos jurídicos de familia (matrimonio) y actos jurídicos patrimoniales (el contrato de mutuo). f) Atendiendo a que el acto jurídico puede o no

subsistir por sí mismo: actos jurídicos principales (compraventa) y actos jurídicos accesorios (prenda, hipoteca o fianza). g) Atendiendo a que la ley puede o no exigir formalidades para su celebración: actos jurídicos solemnes (compraventa de un bien raíz) y actos jurídicos no solemnes (la compra de un libro). h) Atendiendo que el acto puede o no encontrarse regulado por la ley: actos jurídicos nominados o típicos (todos los que regula el Código de Comercio y el civil) y actos jurídicos innominados, son los que no están tipificados o regulados por la ley, son los que aparecen como nuevos por el avance de la ciencias, de las relaciones que se tejen día a día y por el problema de la globalización, que implica un acelerado avance social, apareciendo nuevas formas contractuales<sup>380</sup>.

---

<sup>380</sup> Consúltese la obra *Teoría general del acto jurídico* de Víctor Vial del Río.





# ANEXO 1

---



“En la ciudad de Nuremberg, a los 25 días de noviembre de 1945, se reúne el Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas para dictar sentencia en el proceso seguido a los detenidos aquí presentes, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Habiendo escuchado los argumentos de la acusación y de la defensa de los procesados y habiendo recibido la prueba de cargo y descargo ofrecidos, los señores jueces del tribunal se expiden en los términos siguientes:

“El señor juez Sempronio dijo: ‘Distinguidos colegas: Estamos aquí reunidos para juzgar a un conjunto de hombres que han participado activamente en generar el que fue, sin duda alguna, el fenómeno social y político más aberrante de la historia de la humanidad. Tenemos testimonios de hechos históricos, lejanos y no tan lejanos, (como las “purgas” en uno de los regímenes representados en este tribunal), en que ciertos hombres proyectaron destrucción, muerte, sufrimiento sobre extensos grupos humanos. Pero difícilmente podrá citarse un antecedente comparable a los hechos que estos hombres sentados hoy en el banquillo han contribuido a desencadenar. Han sido decenas de millones de seres humanos los que se han visto

afectados directa o indirectamente por las acciones criminales de estos otros individuos. Infundidos de un mesianismo vesánico, movidos por una fanática creencia en la superioridad de una cierta raza y en el destino de dominación mundial de un determinado pueblo y de su líder, estos individuos han infligido a sus congéneres daños y sufrimientos que ni siquiera fueron imaginados por los escritores que ejercitaron su fantasía para dar una vívida pintura del ‘castigo eterno’. Estos hombres crearon un verdadero infierno en la extensa región del mundo donde sus armas se impusieron. Baste recordar uno de los múltiples hechos que fueron probados en este largo proceso: el del pedido por parte de un laboratorio de ‘investigación científica’ de un número de cadáveres de lactantes para realizar un experimento que contribuiría al avance de ‘la nueva ciencia aria’, y la consiguiente satisfacción del pedido por parte de algunos de los procesados, exterminando a niños de madres judías internadas en uno de los campos de concentración. Estos son los hechos que tenemos que juzgar hoy, decidiendo si corresponde o no, tal como lo pide la acusación, la aplicación de una pena a los procesados por los crímenes que se han probado ante este tribunal. La defensa de algunos

de los procesados no niega los hechos sobre los que versa la acusación, sino que impugna la calificación jurídica que los haría punibles. En síntesis, la defensa propone la tesis de que estos individuos han cometido actos que cualquiera que sea su valor o desvalor moral, han sido perfectamente legítimos de acuerdo con el orden jurídico del tiempo y lugar en que fueron realizados. Los procesados, según esa tesis, eran funcionarios estatales que obraban de plena conformidad con normas jurídicas vigentes, dictadas por órganos legítimos del Estado nacionalsocialista. No solo estaban autorizados a hacer lo que hicieron, sino que, en algunos casos, estaban legalmente obligados a hacerlo. La defensa nos recuerda un principio universal de justicia, que la civilización que nosotros representamos ha aceptado desde hace largo tiempo y que el propio régimen nazi desconoció: ese principio, formulado usualmente con la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, prohíbe imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el Derecho que era válido en el momento de cometerse el acto. La defensa sostiene que si castigáramos a los procesados, estaríamos infringiendo este principio liberal, puesto que los actos que juzgamos no eran

punibles según el Derecho que regía en el tiempo y lugar de su ejecución Distinguidos colegas, creo que uno de los servicios más importantes que este tribunal puede prestar a la humanidad consiste en contribuir a desterrar de una vez para siempre la absurda y atroz concepción del Derecho que encierra la tesis de la defensa. Esta concepción sostiene que estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea el valor moral de tales normas. Esto ha generado el obsceno lema “La ley es la ley”. Que ha servido para justificar las opresiones más aberrantes. Desde antiguo, pensadores sumamente lúcidos han demostrado la falsedad de esta idea, con argumentos contundentes. Por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y Derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el Derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminados por razones de raza, etc., a no ser coaccio-

nado sin un debido proceso legal. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado a llamar ‘Derecho natural’. Las normas positivas dictadas por los hombres solo son Derecho en la medida que se conforman al Derecho natural y no lo contradicen. Cuando enfrentamos un sistema de normas que está en oposición tan flagrante con los principios del Derecho natural como lo estuvo el ordenamiento nazi, calificarlo de ‘Derecho’ implicaría desnaturalizar grotescamente ese sagrado nombre. ¿Qué diferencia hay entre las normas de ese ordenamiento y las de una organización delictiva como la mafia, sino es que las primeras desconocen en forma más radical aún que las últimas, principios de justicia y moralidad fundamentales? La posición de la defensa implicaría que los jueces que juzgan a los miembros de una organización delictiva tendrían que hacerlo de acuerdo con las reglas internas de esa organización y no de acuerdo con los principios jurídicos válidos. Si aceptáramos la tesis que se propone, tendríamos la situación ridícula de que, después de haber vencido al monstruoso régimen nazi con ‘sangre, sudor y lágrimas’, terminaríamos aplicando las normas dictadas por ese mismo régimen para absolver a algunos de sus prin-



cipales jerarcas; los vencedores se someterían a las normas de los vencidos. No siendo las regulaciones del régimen nazi verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para legitimar los actos ejecutados de conformidad con las mismas. Por el contrario, tales actos constituyen violaciones groseras de las normas más elementales del Derecho natural, que es un Derecho que existía tanto en el tiempo en que tales actos fueron ejecutados, como existe ahora y existirá eternamente. Es así que resulta absurda la pretensión de la defensa de que condenara los imputados implicaría violar el principio “no hay pena que sin ley previa que prohíba el acto”; hay una ley eterna que prohíbe tales actos y esta es la ley que aplicaremos si sometemos a los procesados a su justo castigo. Voto, por lo tanto, que se condene a los procesados’.

“El señor juez Cayo dijo: ‘Comparto las valoraciones morales que el distinguido juez preopinante ha hecho de los actos sometidos a la consideración de este tribunal supremo. Yo también considero que tales actos constituyen formas extremadamente aberrantes de comportamiento humano, sin precedentes de igual magnitud en el curso previo de la historia. Al formular este juicio no estoy opinando

como juez sino como ser humano y como ciudadano de una nación civilizada que ha contribuido a erradicar el régimen que hizo posible esas atrocidades. La cuestión es si nos está permitido, en nuestro carácter de jueces, hacer valer estos juicios morales para arribar a una decisión en este proceso. Los juicios morales, incluso los que acabo de formular, son relativos y subjetivos. Los historiadores, sociólogos y antropólogos han mostrado cómo han variado y varían las pautas morales en distintas sociedades y etapas históricas. Lo que un pueblo en cierta época considera moralmente abominable, otro pueblo, en época o lugar diferentes, lo juzga perfectamente razonable y legítimo. ¿Podemos negar que el nazismo generó una verdadera concepción moral en la que creían honestamente grandes masas de la población de este país? No hay ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un Derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión. Lo demuestra el contenido divergente que los pensadores iusnaturalistas han asignado a este presunto Derecho natural a la hora de hacer explícitas sus normas. Para algunos

el Derecho natural consagra la monarquía absoluta; para otros, la democracia popular. Según algunos autores la propiedad privada es una institución de Derecho natural, otros creen que el Derecho natural solo hace legítima la propiedad colectiva de los recursos económicos. Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado “el estado de Derecho”. Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales. El Derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de

sus disposiciones. El Derecho se distingue del ordenamiento normativo de una organización delictiva, como el de la mafia, no por la justicia del contenido de sus normas, sino por el hecho de estar respaldado por un aparato coactivo que se ejerce sobre una población definida y un territorio delimitado, sin entrar en competencia, en el mismo ámbito, con un aparato que cuente con un poder superior o equivalente. Si la mafia lograra asumir el control efectivo y estable sobre una porción definida de territorio y población, las normas que dictara constituirían un ordenamiento jurídico. Va de suyo que considero que, por las mismas razones, el sistema normativo vigente en Alemania nazi y en los países ocupados por sus tropas, era un sistema jurídico, por más que el contenido de sus disposiciones nos parezca aborrecible. Quiero destacar que ese sistema fue reconocido internacionalmente, incluso por algunos de nuestros países antes de que decidieran declarar la guerra al Eje (no obstante que muchas de las normas que objetamos estaban vigentes y se hacían efectivas –dando lugar a algunas de las atrocidades que hoy juzgamos– en el tiempo que el sistema era casi universalmente reconocido). Por supuesto que hay una relación entre Derecho y moral; nadie duda

de que un sistema jurídico suele reflejar de hecho las pautas y aspiraciones morales de la comunidad o de sus grupos dominantes (el sistema nazi no fue una excepción a esto, pues reflejó la concepción moral prevaleciente en la sociedad alemana); tampoco hay dudas de que esto debe ser así para que el sistema jurídico alcance cierta estabilidad y perdurabilidad. Pero lo que cuestiono es, que sea conceptualmente necesario para calificar a un sistema jurídico, que él concuerde con los principios morales y de justicia que consideramos válidos. Nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo a normas jurídicas. Son las normas jurídicas, y no nuestras convicciones morales, las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas. Es verdad que no somos nosotros jueces del sistema jurídico nazi –gracias a Dios, derogado para siempre– y, en consecuencia no estamos sometidos a sus normas. Pero cualquiera que sea la posición que adoptemos acerca del origen de nuestra competencia y de las

normas que estamos obligados a aplicar, terminaremos por reconocer la validez de las nefastas normas del régimen nazi en el tiempo y lugar en el que tuvieron vigencia. Si se dijera que constituimos un tribunal internacional sometido a las normas del Derecho de la comunidad de naciones, deberíamos concluir que ese Derecho incluye el llamado “principio de la efectividad”, que otorga validez a todo sistema normativo dictado por un poder soberano que ejerce en forma estable el monopolio de la fuerza en un cierto territorio. Si, en cambio, se sostuviera que somos jueces de las naciones vencedoras que aplican las normas de su propio sistema jurídico, extendido transitoriamente a este territorio, deberíamos concluir que nuestros respectivos ordenamientos jurídicos incluyen entre sus principios fundamentales el de *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, que nos obliga a juzgar los actos de acuerdo con las normas que regían en el tiempo y lugar en que fueron cometidos, y no de acuerdo con normas dictadas posteriormente o para un ámbito territorial diferente. Por cualquier camino llegamos, en nuestro carácter de jueces de Derecho, al reconocimiento de la validez de las normas del Derecho nazi en el momento y en el ámbito territo-

rial en que estos actos fueron realizados. No implica esto someternos a las normas de los vencidos, sino que es la conclusión natural de aplicar *nuestras propias normas jurídicas*. Debemos, pues, aceptar la tesis de la defensa de que estos actos moralmente horribles fueron jurídicamente legítimos y no pueden ser penados. Estos individuos sentados en el banquillo fueron ya juzgados contundentemente de la opinión moral de la humanidad civilizada. No desnaturalicemos nuestros principios jurídicos para agregar a esa condena moral una pena superflua y perniciosa (cuidémonos de sentar un precedente susceptible de ser usado en el futuro con fines diferentes a los que nosotros perseguimos). A la barbarie del nazismo y a su desprecio por el estado de Derecho, opongamos nuestro profundo respeto por las instituciones jurídicas. Voto, pues, porque se absuelva a los procesados’.

“El señor juez Ticio dijo: ‘Las opiniones de mis ilustrados colegas me han sumido en un estado de profunda perplejidad. Tengo conciencia de nuestra responsabilidad histórica de sentar principios claros y concluyentes que expresen la respuesta que el mundo civilizado debe dar a hechos de barbarie como los que son juzgados en este proceso. Sin

embargo, no he encontrado en los votos de los jueces preopinantes elementos de juicio que permitan formular tales principios. Si bien, hay muchos aspectos de las opiniones que hemos escuchado con las que estoy plenamente de acuerdo, hay también en esas opiniones una serie de confusiones conceptuales y algunos presupuestos valorativos difícilmente justificables. Permítaseme comenzar por un punto que, si bien no es directamente relevante para el problema que tenemos que resolver, ha desempeñado un papel decisivo en las opiniones de mis colegas. El juez Sempronio ha sostenido que hay ciertos principios morales y de justicia que son universales y eternos, asequibles a la razón y que derivan de la “verdadera naturaleza humana”. Por el contrario, el juez Cayo ha negado la existencia de un Derecho natural y ha afirmado que los juicios valorativos son necesariamente subjetivos y relativos, sin que haya procedimientos racionales y objetivos para determinar su validez o invalidez. Ambas posiciones me parecen insatisfactorias. La primera no nos dice cómo se demuestra la existencia de tales principios de Derecho natural, cómo se seleccionan las propiedades de los seres humanos que constituyen su verdadera esencia o naturaleza, cómo se



produce la inferencia de principios normativos a partir de ciertos presuntos datos acerca de la condición humana; no estoy convencido de que sea posible inferir conclusiones acerca de lo que se debe ser o debe hacerse de premisas que no son en sí mismas normativas, sino que constituyen juicios acerca de la configuración de la realidad (no resulta fácil descalificar la idea, sugerida por Hume, de que no es posible derivar el 'deber ser' del 'ser'). Por otra parte, la segunda posición, que sostiene que los juicios valorativos son subjetivos y relativos genera también dudas que no son fáciles de erradicar. ¿Será verdad que cuando decimos que algo es bueno o justo nos limitamos a dar rienda suelta a nuestras emociones, o queremos decir simplemente que nosotros, o nuestra sociedad piensa que es bueno o justo, o que aprobamos el estado de cosas a que nos estamos refiriendo? Del hecho de que las sociedades difieran en sus juicios valorativos, ¿se infiere que todos ellos sean igualmente razonables y válidos? ¿Tiene sentido sostener que ni a los hombres ni a las sociedades debemos juzgarlos de acuerdo con los principios morales que nosotros sostenemos sino de acuerdo con los que *ellos* sustentan? ¿No implica esto la imposibilidad de todo

juicio moral respecto de la conducta ajena (cuando el agente cree que está actuando moralmente)? ¿Es posible formular juicios morales y sostener al mismo tiempo que juicios morales opuestos son igualmente válidos? Confieso que mis dudas respecto de las dos posiciones me colocan en una posición incómoda; si bien no me parecen convincentes los procedimientos que los filósofos morales han propuesto hasta ahora para justificar los principios valorativos últimos, no encuentro satisfactorio el escepticismo ético fundado en una concepción subjetivista o relativista de los valores. Pero creo que podemos dejar esta cuestión a los filósofos –de quienes espero un progresivo esclarecimiento de los problemas conceptuales y epistemológicos que ella envuelve–, puesto que, en el fondo, no es relevante para encarar la discusión que aquí se ha planteado. Aun cuando adoptemos una posición escéptica en materia ética, no podemos eludir la formulación de juicios morales; y si formulamos juicios valorativos –como lo hace el juez Cayo– adoptamos una posición moral y estamos comprometidos a actuar en consecuencia. El problema filosófico en el que incursioné solo se presentaría si alguien nos desafiara a justificar los principios morales últimos en los que tales juicios

se basan; pero, por suerte, tal problema no se plantea aquí, ya que todos los miembros del tribunal coincidimos en nuestras convicciones morales fundamentales. La cuestión que se presenta en este proceso es, en cambio, si, como jueces, podemos hacer valer tales convicciones morales para decidir este caso, o si debemos atenernos exclusivamente a la aplicación de principios y normas jurídicas. Para el juez Sempronio no existe la disyuntiva que acabo de plantear. Para él la identificación de las reglas jurídicas implica haberlas pasado por el cedazo de nuestras convicciones morales. Un conjunto de regulaciones que contradice principios morales y de justicia considerada válida no constituye un sistema jurídico. Yo no estoy de acuerdo con esa posición y coincido en esto con la opinión del juez Cayo. Si no nos dejamos seducir por la pretensión de encontrar la verdadera esencia del Derecho y nos preocupamos, en cambio, por determinar cómo la expresión “Derecho” es usada en el lenguaje corriente de legos y juristas, hallaremos, sin duda, que en muchos contextos, ella es aplicada para denominar sistemas normativos que no satisfacen mínimas exigencias de justicia. No todo el que hable de ‘Derecho nazi’ se adhiere a la ideología nazi, y el propio juez Sem-

pronio ha debido recurrir a circunloquios artificiosos para hacer referencia al conjunto de normas implantadas por el Tercer Reich, sin usar la expresión 'Derecho'. Es difícil determinar los alcances definidos del término 'Derecho' (o 'sistema jurídico') en el lenguaje corriente; ella es por cierto una expresión marcadamente vaga. Sin embargo, el juez Cayo no debe estar desencaminado al presuponer que la palabra se aplica a un conjunto de normas que son reconocidas, y hechas efectivas por quienes controlan el monopolio de la coacción en un cierto territorio. Tales son, aproximadamente, las condiciones que tomamos en cuenta para identificar un fenómeno como el 'Derecho babilonio' o el 'Derecho chino'; ellas son condiciones puramente fácticas y no incluyen propiedades valorativas. Si nos preguntamos ahora, no cómo se usa efectivamente el término 'Derecho', sino cómo sería conveniente que fuera definido y empleado en cierto contexto, en primer lugar, no veo que haya otro tipo de razones para preferir una definición a otra que la claridad conceptual y la conveniencia para una comunicación fluida que se obtendría si se emplea la expresión de acuerdo con la definición elegida; en segundo término, no creo que haya razones de esa

índole que justifiquen apartarse del uso común prevaleciente. Esto me lleva a concluir que no podemos negarnos a calificar de 'jurídico' el sistema nazi. Pero el juez Sempronio podría decir que no se trata meramente de una cuestión de palabras; como surge claramente del voto del juez Cayo, el identificar un sistema como Derecho tendría consecuencias prácticas sumamente importantes, pues implicaría concluir que sus normas tienen o tuvieron validez o fuerza obligatoria, que los actos realizados de conformidad con ellas fueron legítimos, y que los jueces estamos obligados a reconocer tales normas en sus decisiones. Es aquí donde estoy en completo desacuerdo con el juez Cayo. Él nos dice que las normas de un sistema jurídico son válidas o tienen fuerza obligatoria en el tiempo y lugar en que ellas rigen, ¿pero qué quiere decir esto? Si ello significa que las normas jurídicas estipulan la obligación de realizar determinados actos, esto es obviamente cierto, pero no implica que debamos realizar ese acto, aunque no nos quede otro remedio que ejecutarlo. Si se pretende sostener, en cambio, que hay una obligación de obedecer las normas jurídicas –y no las órdenes de un asaltante– corresponde preguntarse de donde surge esa obligación.

No se puede contestar que surge de otra norma jurídica, pues si así fuera tendríamos que preguntarnos si estamos obligados a obedecer esa otra norma jurídica; en algún momento se agotarían las normas jurídicas que estipulan la obligación de obedecer a otras normas jurídicas. La única respuesta posible es que la obligación de obedecer las normas jurídicas surge de otro tipo de norma, de normas que son consideradas 'intrínsecamente obligatorias'. Ahora bien, las únicas normas de las que se puede predicar que son intrínsecamente obligatorias son las normas de una moral crítica o ideal (estas normas, a diferencia de las normas jurídicas solo existen en tanto son válidas u obligatorias). En definitiva, entonces, cuando el juez Cayo sostiene que las normas jurídicas son obligatorias está presuponiendo una norma o principio moral que prescribe obedecer las disposiciones de todo un sistema jurídico. Él no es consecuente con su tesis de que se debe juzgar teniendo en cuenta solo normas jurídicas y no nuestras convicciones morales. El juez Cayo introduce encubiertamente sus convicciones morales al postular que toda norma jurídica es obligatoria y debe ser reconocida por los jueces. La obligatoriedad a la que alude es una obligatoriedad moral. El que in-

troduzca sus convicciones morales no es en sí mismo criticable –aunque sí lo es el que lo haga encubiertamente– ya que toda decisión en una materia moralmente relevante implica adoptar una posición moral; lo que hay que determinar, en cambio, es si las convicciones morales del juez Cayo son aceptables. El principio moral de que deben obedecerse y aplicarse las normas jurídicas vigentes es un principio plausible, puesto que él está vinculado con los valores, tales como la seguridad, el orden, la coordinación de las actividades sociales, etcétera. Pero es absurdo pretender que él sea el único principio moral válido. También hay otros principios, como los que consagran el Derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, etcétera. En ciertas circunstancias excepcionales, la violación de estos últimos principios, en que se incurrirían si se observaran las normas jurídicas, sería tan radical y grosera como para justificar apartarse del principio moral que prescribe atenerse al Derecho vigente. Tales circunstancias se dieron durante el régimen nazi, y no puede dudarse que los funcionarios de ese régimen no podían justificar moralmente las atrocidades que ejecutaron por el mero hecho de estar autorizadas o prescriptas por el Derecho vigente. Es

más, si un juez alemán de la época hubiera sido lo suficientemente temerario como para condenar a un funcionario por alguno de estos actos, desobediendo las normas jurídicas vigentes, su comportamiento hubiera estado plenamente justificado y hubiera tenido enorme mérito moral. ¿Puede decirse lo contrario de una decisión análoga que adoptase este tribunal? Ciertamente no. Tanto el principio de efectividad del Derecho internacional como el principio *nulla poena sine praevia lege* del Derecho interno de nuestros países son principios muy respetables que reflejan valores morales primarios, tales como la soberanía de los Estados y la seguridad individual. Estos principios deben ser observados escrupulosamente en todas las actuaciones que no involucren una verdadera catástrofe para la sociedad. Pero ningún valor moral, por más importante que sea, es absoluto y prevalece sobre todos los demás valores. Este tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello, no puede dejar impunes a los personeros de un régimen que se burló brutalmente de esos valores, como nunca antes había ocurrido. Esto



implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los que alega la defensa. Debemos asumir plenamente esta consecuencia desgraciada como un mal menor. La solución del juez Sempronio no elude tal consecuencia, sino que la implica en forma encubierta. El principio *nulla poena sine lege* exige, para penar a alguien, que exista una ley jurídica *positiva* que prohíba el acto; tal principio está precisamente dirigido contra la pretensión de fundamentar una pena en violación de normas morales (que es lo que tanto el juez Sempronio como yo estamos propugnando). El curso elegido por mi distinguido colega es sumamente peligroso, pues si no se reconoce abiertamente que se está violando un principio valioso, no se deja sentado con claridad en qué circunstancias extremas tal violación es permisible, y se abre la puerta a otras violaciones encubiertas menos justificables. Voto, en consecuencia, que se condene a los procesados'.

# REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---



- Aarnio, Aulis. ¿Una única Respuesta correcta? Bases teóricas de la interpretación jurídica, fundación coloquio jurídico europeo.
- Alexy, Robert. El concepto y la naturaleza del Derecho, Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona.
- Alexy, Robert. Teoría del discurso y Derechos humanos.
- Amador García-Carrasco. Claves para entender y transformar el Derecho. Editorial Difusión Jurídica.
- Arango, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el Derecho? se apoya en la obra de Ronald Dworkin, El imperio de la justicia.
- Arango, Rodolfo. Hay respuestas correctas en el Derecho. Bogotá, 2004. Ediciones Uniandes.
- Arena, Federico José. El convencionalismo jurídico, un recorrido analítico. Ediciones Marcial Pons.
- Aristóteles. Política, I.
- Atienza, Manuel. El sentido del Derecho. España, Ariel. 5ª edición octubre de 2009.
- Atienza, Manuel. Introducción al Derecho, Barcelona, Barcanova, 1998.
- Austin John. El objeto de la jurisprudencia. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- Baena Upegui, Mario. De las obligaciones en Derecho civil y comercial, tercera edición. Legis.
- Barrera Tapias, Carlos Darío. Las obligaciones en el Derecho moderno. Las fuentes. El acto jurídico. Editorial Temis.
- Bernal Camacho, Germán. Derecho y realidad, Vol. 1, No. 1, primer semestre, 2003.
- Bertot Triana, Harold. El pensamiento jurídico de Hans Kelsen. Uniacademia Leyer, Marzo de 2017, primera edición.

## Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho

---

- Betegon, Jerónimo. Sanción y coacción, El Derecho y la justicia, Edición de Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta.
- Betti, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares 2008.
- Bix, Brian. Lenguaje, teoría y Derecho.
- Bobbio, Norberto. Teoría general del Derecho, segunda edición, editorial Temis.
- Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho, Edición Fondo de Cultura Económica.
- Bonnecase, Julien. Introducción al Derecho. Editorial Temis.
- Bonorina, Pablo Raúl; Peña Ayazo, Jairo Iván. Filosofía del Derecho, 2 edición, Consejo superior de la judicatura Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Borges, J. L. El libro de Arena, Alianza, Madrid.
- Borowski, Martín. Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y sociología jurídica.
- Bourdieu, Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico. Extraída de la obra La fuerza del Derecho. Ediciones Uniandes.
- Bourdieu, Pierre; Teubner, Gunther. La fuerza del Derecho. Traducción del inglés por Carlos Morales de Setién Ravina, 2da reimpresión, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005.
- Bulygin, E.; Mendonca, D. Normas y sistemas normativos.
- Calamandrei, Piero. Elogio de los Jueces. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Campos Rivera, Domingo. Derecho laboral colombiano. Editorial Temis 1981.

- Carbonell, Miguel; García Jaramillo, Leonardo. EL canon constitucional, Editores Universidad Externado de Colombia.
- Cárcova, Carlos María. Ensayo ¿qué hacen los jueces cuando juzgan? Dentro de la obra El Derecho en acción, Ara editores.
- Ciovello, Nicolás. Doctrina general del Derecho civil, México, UTEHA.
- Ciro Gómez, Andrés Rolando. Concepto de validez del Derecho en la teoría jurídica contemporánea.
- Cobas, Manuel; Zago, Jorge. Derecho civil parte general. Editorial Universidad ciudad de Buenos Aires, 2007.
- Cohen Puerta, Melvin Munir. La responsabilidad civil como Derecho preventivo y resarcitorio de daños. Primera edición, 2018.
- Díaz Franco, Hernando. Ensayo Concepto de validez del Derecho en la teoría jurídica contemporánea.
- Dromi, José Roberto. Derecho Administrativo, tomo I, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992.
- Escalona Martínez, Gaspar; Sanz Burgos, Raúl. El problema del concepto del Derecho, Introducción a la teoría del Derecho.
- Escudero, José Antonio. Curso de historia del Derecho.
- Esquirol, Jorge L. Las ficciones del Derecho latinoamericano. Siglo del hombre, editor.
- Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho penal fundamental, 2 edición. Bogotá: Temis S.A., 1986.
- Fierro Méndez, Rafael. Teoría General del contrato. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2007.
- García Amado, Juan Antonio. Ensayo Sobre el Argumento a contrario en la aplicación del Derecho.

## Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho

---

- García de Enterría, Eduardo. La constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Edit. Civitas.
- García Jaramillo, Leonardo. En la introducción de la obra Constitucionalismo democrático, de Robert Post y Reva Siegel.
- Geny, Francisco. La interpretación jurídica, métodos y fuentes en el Derecho privado. Ediciones Leyer.
- Gil Barrera, Ricardo. Ensayo El ordenamiento Jurídico, consignado en el libro Teoría del Derecho, sello editorial Universidad de Medellín, 2009.
- Giraldo B., Carlos Julio. Obra doctoral El contrato y la justicia, una relación permanente y compleja.
- Gómez, José J. Bienes.
- González Ramírez, Augusto. Introducción al Derecho.
- González Vicen, Felipe. El Derecho natural y el Derecho histórico.
- Gurvith, Georges. Elementos de sociología jurídica, Bogotá, 2008, Ediciones Leyer.
- Habermas, Jürgen. Facticidad y validez Indeterminación del Derecho y racionalidad de la administración de justicia.
- Hart, H. L. A. El Concepto De Derecho. Traducción de Genaro R Carrio , Abeledo Perrot.
- Hernández, Carlos Arturo; Mazabel, Moisés Rodrigo. Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional, Ara editores, Bogotá.
- Hervada, Javier. ¿Qué es el Derecho? Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2005.
- Hierro, Liborio. El Derecho y la justicia de la compilación realizada por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporra.
- Holmes, O.W. The Bramble Bush.

- Iturralde Sesma, Victoria. Interpretación literal y significado convencional, colección Filosofía y Derecho. Ediciones Marcial Pons.
- Josserand, Luis. Teoría general del Derecho. Ediciones Leyer.
- Kaufmann, Arthur. Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado.
- Kennedy, Duncan. Libertad y restricción de la decisión judicial. Bogotá, 2002, Ediciones Uniandes.
- La Torre, M. Sobre dos versiones opuestas de Iusnaturalismo Excluyente versus incluyente. Revista de Derecho del Estado, No. 30, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Lastra, Lastra, José Manuel. Fundamento de Derecho. México, McGraw-Hill, 1998.
- Latorre Latorre, Virgilio. Bases metodológicas de la investigación jurídica. Ediciones Tirant lo Blanch.
- Latorre, Ángel. Introducción al Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1974.
- López Calera, Nicolás María. Introducción al estudio del Derecho. España.
- López Villegas, Eduardo. Derecho y argumentación, editor Universidad Javeriana, 2011.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. Fundamentos del Derecho y razonamiento judicial, Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas.
- Máximo Pacheco, G. Teoría del Derecho.
- Medellín Becerra, Carlos. La interpretación iuris y los principios generales del Derecho. Edición Legis. Primera edición.



## Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho

---

- Mejía Quintana, Oscar. Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho.
- Mejía Quintana, Oscar. Autopoiesis, Legitimidad Funcional y Democracia Sistémica.
- Mejía Quintana, Oscar. Carácter y proyección de la filosofía del Derecho en el pensamiento contemporáneo. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- Mejía Quintana, Oscar. Estado autoritario y democracia radical en América latina.
- Mejía Quintana, Oscar. La filosofía política de Jhon Rawls, de la teoría de la justicia a liberalismo político.
- Mejía Quintana, Oscar. La norma básica como problema iusfilosófico.
- Mejía Quintana, Oscar. Tribunal Constitucional democracia civil y democracia deliberativa.
- Mejía Quintana, Oscar. Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa.
- Mejía Quintana, Oscar; Guzmán, Natalia Andrea. La corte constitucional entre la emancipación social y la eficacia sistémica.
- Monje Mayorca, Diego. El solo consenso y la teoría del título y el modo. Editorial Temis, 2014.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. El Derecho internacional como fuente del Derecho constitucional. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4941857.pdf>
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. Introducción al Derecho, 12 ediciones. Bogotá, D.C. Temis, 2001.
- Mouchet, Carlos-Zorraquin; Becù, Ricardo. Introducción al Derecho. Ediciones Abeledo-Perrot. Duodécima edición.

- Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas.
- Olano García, Hernán. Revista de Derecho, división de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. 30 de diciembre de 2008. Ediciones Uninorte.
- Pacheco G., Máximo. Teoría del Derecho, Editorial Temis S.A. Editorial Jurídicas de Chile. Cuarta edición.
- Pawlik, Michael. La realidad de la libertad, dos estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel.
- Pérez Lledo, Juan A. El Derecho y la justicia. Teorías críticas del Derecho, edición de Ernesto Garzón Valdez, Francisco Laporta, editorial Trota.
- Pérez Sánchez, Rubén. En la teoría del Derecho, Francisco Valde-rama y otros.
- Platón. Apología de Sócrates en Diálogos. Bogotá, Editorial Panamericana, 2004.
- Prieto Sanchis, Luis. Apuntes de teoría del Derecho. Editorial Trotta. Tercera edición.
- Prieto Sanchis, Luis. Ensayo La identificación del Derecho a través de la moral, en el libro Los desacuerdos en el Derecho.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. El precedente judicial y sus reglas. Universidad del Rosario. Legis.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo. Derecho Romano. Edición Astrea, Buenos Aires.
- Ramírez Cardona, Alejandro. El estado de justicia, Editorial Temis.
- Ravnovich-Berkman, Ricardo D. Recorriendo la historia del Derecho, Editorial Jurídico Ceballos, segunda edición ampliada.
- Rawls, John. Teoría de la justicia.

## Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho

---

- Raz, Joseph. El concepto de sistema jurídico, México, 1986, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rey Cantor, Ernesto. Teorías políticas clásicas de la formación del Estado. E.R.C., 2003.
- Rodríguez Ortega, Julio Armando. Los paradigmas jurídicos en el estado de Derecho. Unacademia Leyer. Marzo de 2016. Primera edición.
- Rogel Vide, Carlos. Manuales básicos, Derecho de la persona.
- Rojas, Miguel Enrique. Teoría del proceso. Universidad Externado de Colombia. 2 edición.
- Ross, Al. Lógica de las normas.
- Rousseau, Juan Jacobo. El contrato social.
- Ruiz Manero, Juan. El Derecho y la justicia.
- Saavedra López, Modesto. Jurisdicción, el Derecho y la justicia, edición de Ernesto Garzón Valdez.
- Salcedo Salazar, Elicerio. Manual de Derecho comercial, ediciones Leyer.
- San Agustín. Confesiones (III).
- Sandel, Michael J. Justicia ¿hacemos lo que debemos? Random House Mondadori S.A. Barcelona, 2011.
- Sandel, Michael J. Justicia. Traducción de Juan Pedro Campos Gómez.
- Sans Burgos, Raúl. Introducción a la teoría del Derecho, Uned, Madrid, primera edición.
- Santiago Nino, Carlos. Introducción al análisis del Derecho.
- Santo Tomás. Suma Teológica, I, II.

- Savigny, Federico Carlo Von. Los fundamentos de la Ciencia Jurídica, Buenos Aires, Editorial Losada.
- Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho administrativo, Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1953.
- Schiavello, Aldo. El positivismo jurídico después de H.L. A Hart.
- Schmit, Carl. Distinción de los modos de pensar de la ciencia jurídica.
- Séneca y su obra. Colección Cara y Cruz, grupo Editorial Norma.
- Sófocles. Antígona, escena 12.
- Soriano, Ramón. Sociología jurídica.
- Stamler, Rudolf. La génesis del Derecho.
- Stammler, Rudolf. La génesis del Derecho. Editorial Leyer.
- Suárez Franco, Roberto, Derecho de sucesiones, editorial Temis, quinta edición, Bogotá.
- Tamanaha Z, Brian. En torno al Estado de Derecho, historia, política y teoría.
- Tamayo Lombana, Alberto. Manual de obligaciones. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, séptima edición.
- Taruffo, Michel. Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil.
- Valencia Restrepo, Hernán. Derecho privado romano, Medellín, Señal Editora, 2008.
- Valencia Zea, Arturo. Derecho civil, tomo II, Derechos reales, 7 edición.
- Valencia Zea, Arturo. Derecho civil. Parte general y personas, 14 edición.

## **Introducción al Derecho**

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho

---

Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil, parte general y personas.

Vela Camelo, Jaime Humberto. Invalidez e ineficacia del negocio jurídico, Ediciones Jurídicas Radar, 1989.

Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis, duodécima edición.

Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis.

Vescovi, Enrique. Introducción al Derecho, Editorial B de F Montevideo, Buenos Aires, 2006.

Vial Del Rio, Víctor. Teoría general del acto jurídico, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada.

Vigo, Rodolfo L. Los principios jurídicos, perspectivas jurisprudenciales. Ediciones Depalma S.A.

Wendell Holmes, Oliver. The Path of the Law.

Wilkinson, Philip. Mito y leyendas. Círculo de lectores, publicado en el reino unido en el 2009.

Zuleta Puceiro, Enrique. Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio. Editores La Ley. Primera edición.

## **SENTENCIAS**

Sentencia C-530 del 4 de julio de 2007 de la Corte Constitucional, con ponencia del profesor Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencias de la Corte Constitucional C-486 de 1993, la C-836 de 2001, C-539 de 2011.

Sentencia C-335 de 2008 del magistrado ponente Humberto Sierra Porto.

- Sentencia C-539 de 2011 con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencias C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, C-131 de 1993, SC-083 de 1995, ICC-235 de 2001.
- Sentencia T-292 de 2006 Corte Constitucional con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda.
- Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional, magistrado ponente, Ciro Angarita
- Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia de octubre 27 de 1970.
- Corte Suprema de justicia, casación civil, sentencia del 18 de octubre de 1972.

## REFERENCIAS

- <http://www.funlam.edu.co/administracion.modulo/NIVEL-01/IntroduccionAlDerecho.pdf> <http://www.monografias.com/trabajos10/nociley/nociley.shtml> <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=ARTICULO+375+DE+LA+CONSTITUCION>
- <http://colombia.justia.com/nacionales/constitucion-politica-de-colombia> <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=LEY+53+DE+1887> <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=VIGENCIA+DE+LA+LEY+EN+COLOMBIA>
- [http://www.encolombia.com/Derecho/Constitucion\\_Colombia/TITULO\\_VI\\_Cap2.htm](http://www.encolombia.com/Derecho/Constitucion_Colombia/TITULO_VI_Cap2.htm) <http://www.senado.gov.co/par->

## Introducción al Derecho

Una propuesta jurídica y pedagógica para comprender el Derecho

---

participacion-ciudadana/congreso-para-ninos/item/11157-pe-  
ro-que-es-la-constitucion-politicahttp://es.wikipedia.org/  
wiki/Tratado\_internacionalhttp://www.camara.gov.co/  
portal2011/preguntas-frecuentes/166-ique-son-las-leyes-es-  
tatutariashttp://www.huitoto.udea.edu.co/Derecho/cons-  
titucion/leg\_clas\_leyes\_org.htmlhttp://www.gerencie.com/  
ley-marco.html

http://es.wikipedia.org/wiki/Decreto\_leyhttp://www.ilo.org/  
global/lang--es/index.htmhttp://www.javeriana.edu.co/juridi-  
cas/pub\_rev/documents/3Urrego.pdfhttp://es.wikipedia.org/  
wiki/Decreto

http://definicion.de/acto-administrativo/#ixzz2Ddmp3k8cht-  
tp://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-639-96.  
htmhttp://www.encyclopediajuridica.biz14.com/suche/search.  
php?query=jurisprudencia&search=1&Submit=B%FAaque-  
dahttp://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/Derecho/1/7%20la%20  
equidad%20criterio%20auxiliar%20de%20interpretacion%20  
judicial.pdf

http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/jurisprudencia/  
jurisprudencia.htmhttp://es.wikipedia.org/wiki/Jurispruden-  
ciahttp://es.wikipedia.org/wiki/Principios\_generales\_del\_De-  
rechohttp://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.  
pdf

[http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_consuetudinario](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_consuetudinario)[http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_colectivo\\_de\\_trabajo](http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_colectivo_de_trabajo)[http://www.ejrlb.net/medios/docs/123/area\\_laboral/232\\_04\\_practica\\_judicial\\_en\\_Derecho\\_colectivo.pdf](http://www.ejrlb.net/medios/docs/123/area_laboral/232_04_practica_judicial_en_Derecho_colectivo.pdf)

<http://www.archivogeneral.gov.co/index.php?idcategoria=6358><http://es.wikipedia.org/wiki/Ordenanza>[http://es.wikipedia.org/wiki/Asamblea\\_Departamental\\_\(Colombia\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Asamblea_Departamental_(Colombia))<http://definicion.de/ordenanza/#ixzz2DeUyMy31>