

# Nuevas tendencias del derecho

---

Mario Ossa Henao

## RESUMEN

*Lo ocurrido en la segunda guerra mundial y sobre todo, los interrogantes que se abrieron ante la necesidad de sancionar a los jefes Nazis, impuso la necesidad de una respuesta que superara el debate ya milenar, entre iusnaturalismo y positivismo, Radbruch, tal vez el primero, en las segunda mitad del siglo XX en aportar elementos para una tercera vía, la que se ha denominado en la academia. Positivismo Metodológico.*

*A partir de allí se han abierto nuevos caminos que entienden el derecho como doctrina del arte de comprender o hermenéutica jurídica, que busca una decisión o pronunciamiento esencialmente creativo, complementario y perfeccionador del derecho. O un sistema abierto, en contra del iusnaturalismo y del positivismo, que se consideran sistemas cerrados. Es la teoría de la argumentación que hace admisibles todos los argumentos en la esfera del discurso racional. O la llamada Principalística, que hace énfasis en los Principios como normas que hacen parte del Ordenamiento. O la superación de la miseria jurídica heredada del nacionalismo a través de la naturaleza de las cosas que fecunda la filosofía del derecho, como forma del pensamiento jurídico.*

*Pero sin duda alguna, la corriente de mayor relevancia en el mundo contemporáneo, es la llamada nuevo constitucionalismo. El derecho se ha alejado de la justicia, se ha alejado de la verdad, se ha alejado del hombre y la tarea del abogado de hoy es volver por los fueros, romper, destruir, si es posible, el rigorismo formalista y hacer que volvamos a creer en el Derecho. Se pone el acento e la Constitución, como marco abierto a principios de carácter normativo, en contraposición al legalismo. Los jueces garantes del Estado Social de Derecho, es decir, de una necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia.*

*Lo que se pretende es abrir la mente al lector a las nuevas corrientes que enriquecen el mundo jurídico y nos permiten poner, nuevamente, el derecho al servicio del ser humano.*

---

*Licenciado en Filosofía y Letras de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado de la Universidad de Medellín. Docente de la Universidad de Medellín.*

## ABSTRACT

*By the end of Second World War, when there came out the need for punishment of Nazi war crimes, we needed an answer to old debate between justnaturalism and positivism. Radbruch was perhaps the first in the second half of Twentieth century to pint out the way to third view which as of late it has been called Methodological Positivism in academic inches.*

*But no doubt, more relevant than any other doctrine or oudook in contemporary world is the so called new constitutionalism law is now far from justice, from truth and from man, and one of the main tasks of the attorney of today is to go back to old times, break, destroy, rigorous formalism to put us back in the belief of law and right. We put an accent on Constitution as an open frame of normative character, as opposed to legalism.*

*My main objective is to open the reader's mind to new ways of thought enriching the world dud leading us to put right at man's service.*

## INTRODUCCIÓN

*El Derecho se ha manifestado, desde del despertar mismo de la conciencia del hombre, de diversas maneras, y a partir de los griegos ya se conceptuó sobre la nomos y la Physis, comenzando la discusión filosófica sobre las leyes de la naturaleza y las normas que regulan la conducta del hombre. La doctrina de un derecho no escrito, (natural), anterior al hombre se encuentra ya en la literatura griega, (Sófocles), y su encarnación es Antígona, cuando en Tebas, frente al Palacio de los Reyes, increpa valerosa a Creonte, por haber expedido una ley por medio de la cual se ordena que el cadáver de su hermano, Polinice sea abandonado insepulto: "Zeus dice Antígona - no promulgó esas leyes (las de Creón). Tampoco la justicia que tiene su trono entre los dioses del averno. No, ellos no han impuesto tales leyes a los hombres. No podía penar que las normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer... son leyes eternas y nadie sabe cuando comenzaron su vigencia. ¿Iba yo a pisotear esas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un nombre, fuera quien fuera?".*

*El derecho divino, el derecho natural objetivo, el iusracionalismo y, posteriormente, el positivismo han dominado el panorama jurídico de la historia de la Filosofía del Derecho, encontrándose, en el devenir, diferentes variaciones o matices enmarcadas siempre en estas dos grandes corrientes: la del ius-naturalismo y la del iuspositivismo. \*\*\*S ¿Derecho Natural? ¿Derecho Positivo? ¿Ni el uno ni el otro? ¿El uno subordinado al otro? ¿No hay diferencias, es un falso dilema? Para responder estas preguntas, se han intentando nuevos caminos en el pensamiento, encontrándonos hoy, con lo que aquí denominaremos simplemente, las nuevas tendencias del Derecho, las cuales, en última instancia, no buscan más que nuevas alternativas al dilema natural-positivo. Como afirma Luciano Parejo "Hay una tendencia marcada a la superación del positivismo y del formalismo sin caer en un axiologismo ontológico. La filosofía jurídica actual se mueve, justamente..., en la búsqueda de un camino superador tanto del positivismo como del iusnaturalismo: si bien revaloriza el derecho positivo (y la autonomía de la ciencia jurídica), afirma la necesidad de la crítica de ese mismo derecho, principalmente como valoración ético racional." Algunos llegan incluso a buscar la coherencia entre un normativismo kelseniano y la defensa de valores superiores.*

*No se ha dicho la última palabra, y nadie la dirá. El conocimiento y, por ende, el derecho, es una permanente búsqueda, siempre inacaba, y la verdad, como dijera alguna vez Fernando González, nuestro filósofo de "Otraparte" "... no se ha casado, es virgen. Una virgen juguetona. Quien afirme que ha poseído la verdad es un viejo sofista".*

## LA RESISTENCIA AL CAMBIO

*Profundos cambios se han producido en Colombia en el ámbito jurídico y a esos cambios es urgente dar respuesta tanto en el campo académico como en el del operador jurídico.*

*Infortunadamente, es forzoso decirlo, somos impermeables al cambio, nos resistimos con argumentos, no sólo anacrónicos, sino banales. Los alfareros del barro jurídico, como en la novela de Saramago, nos resistimos a desprendemos de lo que hemos hecho toda la vida y de la forma en que lo hemos hecho, y seguimos amasando pequeñas figuritas que tampoco son de aceptación en el mundo de la realidad que se impone. ¿Nos preguntamos todos los días, los profesores, si estamos orientando nuestra cátedra a la formación de profesionales de hoy y de mañana? Y los estudiantes deben preguntarse, una y mil veces, a sí mismos y a sus profesores: ¿La orientación es la correcta? ¿Encontramos caminos que nos enrumben a las nuevas tendencias del Derecho, a los nuevos problemas que nos presenta el mundo de hoy? No porque se trate de estar a la última moda, como se dice, sino porque es la exigencia de la vida, de la existencia, del devenir.*

*El Derecho Internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales, como lo afirma el profesor argentino, Ernesto Grun. Y de otro lado, lo expresado por el citado profesor, el Derecho ha dejado de ser una estructura monolítica de grandes conjuntos de normas generales, legisladas por distintos órganos y de aparatos genéricos para administrar justicia, como las soluciones alternativas de conflictos, la negociación, el arbitraje, las conciliaciones, que en nuestro medio van teniendo tanta importancia. Al mismo tiempo surgen instituciones como el Derecho ambiental; el Derecho en la ingeniería genética se va abriendo paso a marchas forzadas; la seguridad social es ya una nueva rama del Derecho y no puede considerarse como un apéndice del laboral; la acción popular, la acción de cumplimiento, los llamados “derechos difusos”, etc. Todo ello hace impostergable un replanteamiento del Derecho en general y, por supuesto, desde la perspectiva de sus fundamentos, sin que ello quiera decir que se pueda desconocer el camino recorrido hasta hoy, como un saber acumulado. Por ello el conocimiento es también histórico, lo que no podemos olvidar, de ninguna manera, desde la perspectiva crítica.*

*Se impone el conocimiento de las tendencias actuales del Derecho, entendiendo que no hay nexos absolutos sino muy relativos con las teorías del Derecho natural objetivo o el positivismo formalista o el ideológico. Han quedado atrás los radicalismos recalcitrantes o concepciones unilaterales del Derecho. Las variaciones son múltiples. Nos referiremos a algunas de ellas, siguiendo, en la exposición, en algunos aspectos, a Kau-fmann: La teoría de G. Radbruch, la hermenéutica Jurídica, la teoría de los Principios Generales del Derecho, la Naturaleza de las cosas y el “Derecho Dúctil”, son algunas de las tendencias modernas:*

### 1. SUPERACIÓN DEL POSITIVISMO

*Considera Norberto Bobbio (El problema del Positivismo Jurídico), que en cuanto a la controversia entre iusnaturalistas y iuspositivistas, en alguno de los contextos por él analizados, se presenta la contraposición acerca de si conviene introducir en la definición de Derecho una referencia al fin (bien común, justicia, la paz-), o si por el contrario, es preferible definir el Derecho mediante la referencia a los procedimientos susceptibles de descripción fáctica, mediante los cuales se crea y se aplica. Considera el Italiano que el positivismo se orienta por la segunda opción, que él reconoce la mejor, si de ciencia del Derecho se trata, ya que una ciencia tiene carácter no valorativo. Ahora bien, si lo de lo que se trata es de la crítica del Derecho, el positivista dirá que una cosa es la ciencia del Derecho y otra la crítica que se les puede hacer*

*a las leyes, porque ésta no puede ser ciencia. Una cosa es el Derecho aprobado o desaprobado y otra la ciencia del Derecho. Los positivistas, piensa Bobbio, se refieren a la ciencia. Son dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica.*

*Nos preguntamos nosotros: ¿Será sólo eso?.¿ No comportará consecuencias más de fondo?.¿Hay un derecho para el investigador escrupuloso, imparcial y metódico, y otro, el del crítico, menos escrupuloso, imparcial y metódico?. ¿Cuándo estamos ante el derecho válido, cuando lo afirma el científico o cuando lo diga el crítico?. ¿Si de éste depende el cambio, la transformación y la evolución del Derecho, de quien depende el Derecho vigente?. Nos dejan muchas insatisfacciones los, para nosotros, fallidos intentos de Bobbio. A veces nos inclinamos a pensar que, ni aun los más brillantes juristas pueden, por mucho que lo intenten, defender lo indefendible. ¿Será éste el caso del maestro italiano?*

*Frente al dilema planteado, como superación del positivismo ideológico y ante los hechos de la Segunda Guerra Mundial, el Alemán Gustavo Radbruch planteó su posición referencialmente valorativa de las ciencias de la cultura y, el derecho, como fenómeno cultural, por consiguiente, es valorativamente referido. ¿Qué es el Derecho? “Es la realidad que tiene sentido de servir a la, justicia”. “Derecho es la suma o el conjunto de hechos críticos cuyo sentido se cifra en realizar la justicia, ya la realicen o no”. Afirma Radbruch, en su Introducción a la Filosofía del Derecho, que del concepto del Derecho se desprende:*

*“ 1) Que el Derecho debe tener una realidad, presentar por ejemplo, la forma empírica de una ley o una costumbre, dicho en otros términos, debe ser positivo.*

*2) Que en cuanto materialización de la idea del Derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad, es decir, debe ser normativo.*

*3) Que por proponerse la realización de la justicia, debe regular la convivencia humana, debe tener por tanto, carácter social.*

*4) Que por virtud de la justicia a que aspira, debe establecer la igualdad para todos a cuantos afecte, debe tener por tanto, carácter general*

*...Las manifestaciones de voluntad del Estado, cuando carezcan de uno de estos requisitos, no serán más que afirmaciones de poder, carentes de significación jurídica. Por consiguiente, cuando se reniegue deliberadamente del carácter general del Derecho, cuando ni siquiera se pretenda hacer justicia, las órdenes que el Estado dé serán emanaciones de su poder, pero no verdaderas normas jurídicas... no es norma jurídica la ley que reconoce los derechos humanos a ciertos y determinados hombres solamente.*

*Es importante destacar que, si bien es cierto, en las palabras de Radbruch transcritas podemos reconocer, sin dificultad alguna, la crítica y el desconocimiento de validez del Estado Nazi, su definición sería resultado de una inducción, y por lo tanto, a posteriori; afirma el filósofo que su concepción es a priori, no susceptible de ser derivada de la experiencia, razón por la cual no se encuentra unida a determinado orden jurídico, sino que representan categorías de conocimiento necesarias para la comprensión científica de cualquier derecho, de los derechos de todos los pueblos y todos los tiempos*

*Tal teoría no puede ser positivista a secas; de ahí que se ha dado en llamarla Positivismo metodológico Sin embargo, es difícil ubicar a Radbruch como positivista al desconocer la validez de la norma jurídica cuando ni siquiera se pretenda hacer justicia, concepto absolutamente extraño al positivismo, pero tampoco*

*puede ser denominado iusnaturalista porque el valor absoluto del Derecho no se puede equiparar con lo que él denomina derecho. Es decir, no es Derecho solo el que realiza la justicia. Debe pretenderlo. Se da un relativismo notorio en*

*Radbrudch. De ahí que podemos decir, que, ni aun “trivializando”, como afirma Luis Prieto Sanchís, que esta teoría pretenda afirmar que un Derecho para ser Derecho “ha de ser al menos” un poco justo”. Creemos que si se estudia con detenimiento el pensamiento del alemán en su Introducción a la Filosofía, la conclusión es muy otra: no puede haber punto de comparación con la teoría del “mínimum ético” que insinúa Prieto.*

*De otra parte, debe decirse que Radbruch fue partidario de la interpretación objetiva del Derecho, en contra de las tendencias positivistas que defendieron la interpretación subjetiva (desde el punto de vista del legislador) del Derecho, conforme a la cual el juez tiene que atender sólo la voluntad del legislador, encarnado en la ley escrita, lo que presupone ausencia de lagunas en el orden jurídico. Lex Dixit (La ley lo dijo). En cambio, en la teoría objetiva de interpretación, no interesa, exclusivamente, lo que el legislador histórico haya querido (subjetividad), sino lo que el legislador pensado hoy tiene que perseguir razonablemente en esta situación concreta, Hic et nunc (Aquí y ahora).*

*Dijo Radbruch: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre ley positiva y la justicia alcance una medida insoportable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia”.*

*En todo caso, si bien es cierto, en Alemania, en su momento, la influencia de Radbruch fue sobresaliente, en nuestro medio no ha sido comprendida en su verdadera importancia como superación del positivismo ideológico y el formalismo Kelseniano. Se ubica tan solo como una “variante” del positivismo, lo cual no es correcto, según se ha indicado someramente. Debe ser considerada, en profundidad, algo más que una simple “variante”. Hoy la podemos considerar valiosa como un punto de partida para la superación de la controversia entre positivistas y ius-naturalistas. ¿Inicio de una tercera vía?*

## 2. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

*Schleiermacher, citado por Kaufmann, dice que la Hermenéutica, es la doctrina del arte de comprender Y este sentido no solamente es un método de interpretación. En la Revista “Opinión Jurídica” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, (Diciembre de 2000), el profesor Martín Agudelo Ramírez, hace un estudio sobre la Hermenéutica y afirma que “ se concibe (...) como la actividad para la comprensión de textos jurídicos, que permite completar el sentido original de los mismos, en búsqueda del Derecho y del juicio correctos, teniendo en cuenta el momento actual. Por medio de dicha labor se procura una decisión o pronunciamiento esencialmente creativo, complementario y perfeccionador del Derecho “.*

*Según lo expuesto, no se trata tan solo de una actividad pasiva frente al texto, aplicando, lo que se ha denominado la teoría de la subsunción, según la cual el operador jurídico subsume, es decir, incluye el caso, los hechos, lo concreto, en lo abstracto, en lo más general, es decir, en la ley, a través de una actividad lógico formal, materializada en el llamado silogismo jurídico, en el que la premisa mayor es la ley (el que realice la conducta X, será sancionado), la premisa menor es la conducta (Juan ha realizado la conducta X), luego Juan debe ser sancionado. La justicia more geométrico (a la manera de las Matemáticas). Es la teoría del positivismo lógico. Es el desconocimiento de la particularidad, de las circunstancias, de la persona y de la “subjetividad” del juzgador.*

*En la Hermenéutica, como teoría de la comprensión, tal como lo explica muy bien el profesor Agudelo, debe hacerse primar la experiencia del hombre en la comprensión y en la atribución de significados específicos a las normas jurídicas, sobre la antigua idolatría del texto o de la supuesta voluntad del legislador. No se trata tampoco de desconocer el texto normativo, sino de comprenderlo con un criterio sistemático, es decir, no desde la norma misma, aislada, descontextualizada, sino como parte de un todo, del ordenamiento jurídico, a través de las circunstancias, de la particularidad y de la carga ideológica del juzgador.*

*La Hermenéutica Jurídica no es así un método, sino, como dice Kaufmann, Filosofía Trascendental, es decir, condiciones de posibilidad de comprensión de sentido en general. La Hermenéutica es una posibilidad, entre muchas, de relacionarse con el Derecho y por ello no se cierra ante otras teorías, por ejemplo, a la teoría de la Argumentación, a la que nos referiremos más adelante.*

*En esta teoría, entonces, el Derecho se entiende como algo relacional, se encuentra en las relaciones del hombre entre sí, es decir, como intersubjetividad sin desconocer que en la comprensión misma del Derecho se introduce, sin remedio, la autocomprensión del sujeto cognoscente, del juez u operador jurídico, en cuanto que él no puede renunciar a sí mismo, a su propia tradición que se expresa, sin duda, en la argumentación, suprimiéndose con ello, el esquema sujeto-objeto, superando la pretendida objetividad del Positivismo y por supuesto la neutralidad del Derecho.*

*La Hermenéutica, entendida como comprensión, es intento de superación del Positivismo, en cuanto niega la idolatría de la norma y, en consecuencia, la, teoría de la subsunción y trasciende a la autocomprensión del operador jurídico. Pero no puede decirse que deriva en una teoría iusnaturalista, por cuanto, si bien es cierto comporta una fundamentación ética o axio-lógica, y particularmente en la relación legalidad-justicia, sin embargo, el derecho aquí no está predeterminado en la ley divina, natural, impuesto a la razón o deducido de ella. Sus pretensiones están limitadas al aquí y ahora, pero sin que, a*

*nuestro juicio, se pueda desconocer que, en tratándose de conductas intersubjetivas, el hombre no es medio sino fin y que en cualquier caso, el Derecho está al servicio del hombre, de tal manera que no es posible su comprensión sino en la perspectiva de la dignidad humana, del hombre esencialmente libre, como condición de la existencia humana. El Derecho como legitimidad de la conducta humana, que se comprende a través de valores.*

*desentrañar el sentido del Derecho. Son ellos, el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Sin embargo la interpretación del Derecho no puede limitarse a esos cuatro argumentos, sino que una sentencia puede fundamentarse en otros diferentes, como la garantía de la seguridad jurídica, la valoración de consecuencias, la conveniencia, el sentimiento jurídico, practica-bilidad, armonización jurídica, entre las que señala Kaufmann.*

*Según E. Zannoni, cada momento histórico expresa a través del Derecho positivo y de la condición social el contenido de valores que permiten constatar objetivamente "lo suyo de cada cual". Pero no lo suyo de cada cual a priori, atemporal, abstracto, sino concretamente referido a ese sistema de legalidad y a esa conciencia social vigente. La hermenéutica, la comprensión del Derecho, no podrá ser completa sin una fundamentación axiológica, pero no iusnaturalista.*

### 3. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

*Como lo anota A Neumann, no existe en absoluto la teoría de la Argumentación Jurídica y por lo tanto habría tan solo que describirla a partir de ciertas características que comparten los teóricos de esta tendencia. No obstante se pueden encontrar tendencias suficientemente identificables como la llamada prescriptiva, que*

*da reglas a los operadores jurídicos, la teoría comprensiva, que se interroga sobre la misma argumentación, y la empírica que investiga cómo se da la argumentación jurídica en el ejercicio del Derecho.*

*El asunto central de la teoría jurídica es la argumentación. El discurso exige una buena fundamentación jurídica. Lo que suministra certeza es la fuerza de los argumentos. Abogan por un sistema abierto o por ningún sistema, en contra tanto del iusnaturalis-mo como del positivismo que se refieren a sistemas cerrados. Así mismo, niegan la teoría de la subsunción. Savigny había planteado la doctrina de los cuatro elementos, según la cual, la interpretación se basa en cuatro argumentos, los cuales son suficientes para*

*Para la teoría de la Argumentación no hay catálogo cerrado de cánones de interpretación. Todos los argumentos son admisibles en la esfera del discurso racional.*

*La argumentación insiste en la objetividad y cree en la plenitud del argumento. No comparte el pluralismo porque dificulta el conocimiento de la verdad objetiva. Kaufmann considera que tal posición es anacrónica y, de verdad que lo es, porque desde hace mucho tiempo se acepta el pluralismo no como obstáculo, sino como un presupuesto muy importante para llegar a la verdad. En la diversidad está la vida.*

*Dice Schneider que todo el mundo reconoce que la argumentación jurídica no solo debe asegurar la aceptación de la decisión jurídica sino que debe ser correcta en cuanto al contenido. La idea de rectitud o justicia constituye el presupuesto de la aceptación. “El problema está, sin embargo, en saber qué es lo que hace que una decisión sea justa o correcta”. Podría ser el consentimiento o consenso alcanzado pero, “no toda clase de consentimiento puede ser considerado como apto para medir el grado de justicia...”. La racionalidad de este asunto “es ésta, una cuestión importante todavía sin aclarar”. Kaufmann no acepta que a la verdad se llegue por consenso cuando no hay correspondencia con la realidad. Lo justo no puede considerarse solamente a partir de enunciados dejando de lado la referencia a los hechos, a los contenidos mismos. Los consensos pueden llevar a legitimar, como verdad, las mentiras consentidas, pero formalmente correctas. Desde el punto de vista lógico formal, los enunciados pueden concordar correctamente entre sí, siendo la realidad diferente.*

*La teoría de la argumentación va de la mano con la Hermenéutica, pero no es lo mismo porque la primera critica a la segunda como una metafísica irracional, es decir, como error, no comparte la supresión del esquema sujeto-objeto e insiste en una pretendida objetividad y, como hemos dicho, toma el texto objetivamente a partir de reglas semánticas. Creemos que en sí misma, la teoría de la argumentación deja muchos vacíos que deben ser llenados con otras tendencias del Derecho, sin que por ello podamos afirmar que deba dejarse de lado.*

#### 4. LA PRINCIPALÍSTICA

*Hablar de Principios es hablar de base, origen, razón, fundamento, primeras proposiciones o verdades fundamentales del saber. En el caso del Derecho se trata de las proposiciones más abstractas que le prestan base y fundamento. En el Derecho Romano se pueden encontrar en las Instituciones de Ulpiano los tres principios fundamentales que han dominado las concepciones jurídicas por siglos: Honeste vivere (Vivir honestamente), Neminem laedere (no hacer daño a nadie), y suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo), principios que dicen lo que el hombre se debe así mismo. (Honeste...), lo que debe a los demás (Neminem...), lo que debe el juez (suum..).*

*La pregunta es: ¿Cómo llega un juez, en casos difíciles en los que existen diferentes concepciones jurídicas, a pesar de todo, a una sentencia? El problema es de interpretación y, por consiguiente, la aplicación del Derecho es un proceso interpretativo.*

*En DWORKIN, principal representante de esta tendencia, además de las normas, existen Principios, los cuales, a diferencia con los positivistas, son vinculantes para los poderes estatales, tanto ejecutivo, como legislativo y judicial. Al hacer una diferencia entre normas y principios, aquéllas tienen una función de todo o nada, mientras que los principios se prestan a la flexibilidad. Los Principios Generales, que para Dworkin, son esencialmente justicia, imparcialidad y arreglo al Estado de Derecho deben ser tomados en cuenta, sobre todo, en la interpretación de los casos difíciles. Siempre hay una solución correcta y de lo que se trata es de encontrar esa solución correcta, lo cual, por supuesto, supone unas cualidades muy especiales del jurista o el juez. "Llamo principio -dice- a un estándar que debe ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad".*

*En Kant, el principio fundamental no podrá ser otro que su Ley de Humanidad: El hombre será siempre fin, jamás medio. En Hegel, el principio fundamental de Derecho es "Sé persona y comportante como persona". Para la Corte Constitucional son principios: la economía procesal, la igualdad, la seguridad jurídica y la Prevalencia del derecho sustancial". - Sentencia T-1017/99 -*

*Karl Larenz, para quien los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible, cree que a la decisión correcta se puede llegar a partir de Principios como la Buena Fe, el "Pacta sunt servando.", igualdad de trato, principio de proporcionalidad... etc. Sin embargo, cabe preguntarse, como observa Kaufmann, si los principios generales no resultan demasiado abstractos para que sólo de ellos pudiera llegarse a concretas y correctas decisiones jurídicas. Obviamente, los principios no son suficientes por sí mismos ni pueden reemplazar las reglas, aunque debamos considerarlos, también, normas. Así tal afirmación resulte heterotética para los formalistas. Dijo el Consejo Superior de La Judicatura, en reciente Fallo de Tutela de enero de 2001 que, las normas legales y reglamentarias... deben ser interpretadas en consonancia con los principios, valores...*

#### 4.1. ¿Los principios generales del Derecho son normas?

*Se ha controvertido su carácter de normas, y se afirma que son principios directores de la regulación jurídica irreductibles a normas, y que son elementos extrasistemáticos que no pertenecen al ordenamiento jurídico, aunque debe decirse, que la Corte Constitucional en varias sentencias, como en la C-083 de 1995, reconoció el carácter de norma a los Principios. En la sentencia T-406 de 1992 dijo la Corte: "(Los principios) consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata". Y afirmó que los principios expresan normas jurídicas para el presente... un deber ser específico... una mayor eficacia que los valores... y una mayor capacidad de ser aplicados de manera directa e inmediata.*

*El profesor Óscar José Dueñas, afirma que: "Tanto la regla como el principio son normas. Los principios son normas con un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes".*

*La corriente principalista considera un prejuicio el considerar sólo norma a las reglas jurídicas y no a los principios. El no reconocerle naturaleza normativa a los principios convierte al positivismo en una ideología distorsionadora en el campo del Derecho, afirma Gustavo Zagrebelsky. Los principios no cumplen una función supletiva o accesoria: son normas.*

## 4.2. ¿Cuáles son las funciones de los Principios Generales del Derecho?

*Son fundamento del orden jurídico, orientadores de la función interpretativa y fuente del Derecho, en caso de insuficiencia de la ley o no. Los principios deben aplicarse en conjugación, no ad látere, (al lado) o en cambio o a falta de norma. Los principios tienen entidad propia y no se puede esperar que se dé la “falla” de la normativa para entrar a aplicar los principios. En esta concepción, tan importantes son las normas como los principios. No se trata, dice Zagrebelsky, de asignar a la fáctico (los principios) una prioridad sobre lo normativo, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como sucede en el positivismo, donde lo único que cuenta es la norma originaria en el legislador.*

*¿Por qué el problema que se ha presentado en los últimos años en el mundo jurídico y en el no jurídico? Porque no se ha podido entender que si bien es cierto la ley, originaria del legislativo, es prevalentemente regla, la Constitución es prevalentemente principio, y al hacer esa diferencia estamos distinguiendo la Constitución de la Ley. Sólo en la medida en que la ley acepte los principios y/o los incorpore a la regla, se solucionará la dificultad de entendimiento entre Alto Tribunal y jueces de menor rango y aun con los altos funcionarios del Estado. Los magistrados de la Corte Constitucional, en general, han optado por Principalística.*

## 4.3. La validez de la norma

*Hemos aprendido con los positivistas y, particularmente con Kelsen, que la validez está dada por su producción y concordancia formal con normas superiores. Para su validez, más allá de lo puramente formal, el Derecho no tiene que consultar ni valores ni principios. Concepción que, por demás, creemos ya superada.*

*“El derecho excede la ley”, como dice García Maynez. El Derecho no se agota en las normas y ese solo hecho, nos remite a principios supralegales. Ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia T-230 de 1994 que “... la primacía constitucional de los postulados condiciona el seguimiento de los criterios positivos de validez normativa al respeto de los valores y principios”.*

*La validez de una norma no está dada sólo por su formalidad sino, además, por la correspondencia y valores dominantes en una sociedad.*

*El estudio de la “principalística” o «Principialidad» es un tema de enorme actualidad que da una dimensión nueva a la concepción jurídica y se constituye en una tendencia que aporta nuevos ingredientes al tránsito hacia una tercera vía.*

*Mucho más se podría decir de esta corriente que ha tenido tanta influencia, para bien, pensamos nosotros, en la Corte Constitucional, lo que ha permitido un gran avance en las concepciones jurídicas, a pesar de las críticas a que ha sido sometida por las corrientes más conservadoras del Derecho. La Principalística es una tendencia bastante liberal - en el más estricto sentido - del Derecho, y abre nuevas puertas al encuentro del Derecho con la sociedad y con los sectores más desprotegidos de la misma. En el campo de la Seguridad Social, la aplicación de principios ha permitido, que incluso, en contra de normas expresas escritas, se imponga el principio como expresión de valores tales como la justicia la igualdad y el derecho a la dignidad.*

*Mucho ganaría el hombre de la calle si los jueces entendieran la importancia de los principios y supieran leer el mensaje que ha venido dando, con acierto, en la inmensa mayoría de los casos, la Corte Constitucional.*

*El pensamiento del juez no se agota, no se puede agotar en el horizonte de la regla o la norma. Es necesario mirar también los principios, sin que con ello se pueda decir que se desvirtúa la norma. Por el contrario, se fortalece al darle una nueva dimensión a la misma.*

## 5. LA NATURALEZA DE LAS COSAS

*El concepto mismo tiene su origen en los griegos, y los romanos hablaron de la “rerum natura, o naturaleza de las cosas, pero al parecer fue Cicerón el que introdujo el concepto en el mundo jurídico. Fue retomado por Santo Tomás, Montesquieu, Savigny hasta Von Ihering.*

*Kaufmann, al referirse al problema histórico de la Filosofía del Derecho en relación con el iusnaturalismo y el positivismo, hace un recuento histórico indicando, para las épocas de posguerra, algunos intentos de superación de la miseria jurídica heredada del nacional socialismo (Nazi), o sea, para precaver la arbitrariedad en el pensamiento jurídico mediante la idea de un Derecho no disponible. Entre esos intentos encuentra “La Naturaleza de la cosa”, la que considera que ha fecundado la Filosofía del Derecho de una manera eficiente, al vincular el ser y el deber ser, la cosa (el hecho) y la norma (la ley) y, como dijera Gustavo Radbruch, busca hacer menos tenso el rígido dualismo entre valor y realidad, entre deber ser y ser, aunque no lo superen. No puede sin embargo considerarse la “naturaleza de la cosa” como fuente del Derecho, aunque Maihofer afirma que lo es, ni como método y tal vez, por haber tenido importancia por el estado de necesidad jurídica en los días de la posguerra, al decir de Kaufmann, ha sido ya superada por otras tendencias de mayor calado. Radbruch la consideró forma del pensamiento jurídico.*

*Se ha entendido la Naturaleza de la cosa, como la naturaleza de la situación jurídica, la estructura y orden inmanentes en las propias situaciones jurídicas. Se trata de la aplicación de la norma abstracta al caso concreto, en el cual se debe tener en cuenta no sólo la descripción de tipo penal, por ejemplo, sino todos los condicionamientos y circunstancias que pueden y, de hecho, se presentan en toda conducta humana y que la hacen irrepetible. La aplicación de la norma debe consultar “la naturaleza de la cosa”, es decir, a la persona que realiza la conducta y sus circunstancias.*

*En el lenguaje corriente, como nos lo recuerda Radbruch, pasó a significar lo que no necesita fundamentación y que tampoco tiene que estar sujeto a posteriores discusiones. Pero habría que ir más allá y pensar con Savigny que el Derecho sería la propia vida de los hombres vista por su aspecto particular. Es decir, como explica Radbruch, que el sentido jurídico de una cosa significa la escogencia de determinadas características de la totalidad de una relación vital por un aspecto determinado. Es, para este mismo autor, la naturaleza de la cosa el resultado de un método rigurosamente racional y no un caso fortuito de intención. Es el sentido de una relación vital comunicada por una idea jurídica. Es la última “ratio” de la interpretación, pero no una fuente del Derecho. Interpreta el clima histórico en el que se forja el pensamiento jurídico y cuya influencia sobre el contenido es ineluctable.*

*El pensamiento de la naturaleza de las cosas, está lejos del Derecho Natural. Éste busca un derecho igual para todos los tiempos y todas las naciones; en la naturaleza de las cosas se evidencia la diversidad de construcciones jurídicas nacionales e históricas, es decir, hace referencia a circunstancias de tiempo y espacio definidos.*

*A pesar de su importancia, tal vez ya superada, la traemos a cuento, por cuanto aún en nuestro medio se le da algún valor y porque, sin duda alguna, son algunos doctrinantes, de relevancia en el mundo jurídico, los que la han elevado a la categoría de fuente del Derecho y más aún, a tendencia que contribuye a superar*

la controversia naturalismo-positivismo y porque, además, en no pocos textos jurídicos se menciona y, en consecuencia, no puede ser ignorada.

## 6. NUEVO CONSTITUCIONALISMO

*Estudiaremos por último, someramente, la corriente de mayor relevancia en los actuales momentos y que puede denominarse el Derecho Flexible, Derecho Dúctil o Nuevo Constitucionalismo.*

*Ya, en la década de los 60, había hablado en Francia JEAN CARBONNIER, del Derecho Flexible, aunque desde una perspectiva sociológica pero que, en mucho, coincide con las tesis de Zagrebelsky. Se ha dicho que el rigor o la rigidez que los juristas dogmáticos tratan de atribuir al derecho no es más que una impostura. El Derecho no es un trozo de mármol, es algo flexible (Luis Díaz-Picazo). Y no poca razón tiene el crítico, visto el Derecho desde la perspectiva impuesta por el Positivismo formalista o ideológico. Y no menos razón le asiste a Carbonnier cuando afirma que el Derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta, o, agregaríamos nosotros, la exactitud de la Matemática o la "Pureza" de lo formal.*

*El Derecho se ha alejado del hombre, se ha alejado de la Verdad, se ha alejado de la Justicia, y es tarea de las nuevas generaciones de abogados volver por sus fueros, romper, destruir, si es posible, ese rigorismo formalista y hacer que volvamos a creer en el Derecho, más que como un medio de resolución de conflictos, como un medio de la defensa de la Verdad y la Justicia. El Derecho es infinitamente más extenso que lo contencioso y como dijera EHRLICH, su centro de gravedad no puede encontrarse sino en la sociedad misma.*

*Siempre - en nuestra generación - habíamos dado por sentado que el señor del Derecho era el Legislador y, por consiguiente, si algún otro elemento o aspecto podía ser considerado, por ejemplo, como fuente del mismo, si no era auxiliar, era absolutamente accesorio. El legislador era sabio y a él le rendíamos una especie de idolatría. Los jueces, eran, como lo hemos indicado en forma muy reiterada, simples aplicadores del Derecho, pero lejos de considerarlos creadores del mismo. ¿Pero como crear Derecho si en éste no había lagunas?. ¿Quién podrá mantener hoy una doctrina castrante como la de la "completud" del Derecho normativo?*

*Como lo señala Zagrebelsky, las transformaciones del Estado de Derecho legislativo decimonónico en el Estado Constitucional del siglo XX parecen haber comportado el cambio de mano donde los jueces pasan a ser los señores del Derecho pues en ellos se encuentran las dimensiones del mismo: La Ley, la Justicia y los Derechos. Se abre paso el nuevo constitucionalismo, que pone acento sobre la Constitución, como un marco abierto de principios de carácter normativo, en contraposición al legalismo o positivismo, fundamentalmente ideológico, en la terminología del italiano Bobbio o del argentino Niño.*

*Siendo aventurados deberíamos decir, en un paréntesis que, no sólo los jueces son creadores de Derecho, sino que el ejecutivo, de hecho lo ha sido y lo es. Recuerdo a Abraham Lincon, en el origen del Estado de Emergencia, cuando en EE.UU., en la época tormentosa que le tocó vivir, desbordó con sus decisiones la propia Constitución, amparado en una doctrina hasta ese momento inexistente, la denominada emergency, que tiene sus fundamentos no muy lejanos en la doctrina, también del ejecutivo, de los poderes implícitos, según la cual, el gobierno federal dispone no sólo de los poderes que le son delegados por la Constitución sino también de cuantos sean necesarios para su ejercicio, y que fue acogida por el Tribunal Supremo, años después.*

*El constitucionalismo, recogiendo las expresiones de Zagrebelsky, envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo, por los jueces constitu-*

*cionales. El legalismo, por el contrario, se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que el control de la jurisdicción sobre el legislador discurra dentro de los límites compatibles con tal autonomía.*

*Desde la óptica de las fuentes, para el constitucionalismo, la Constitución es un programa positivo y normativo de valores que ha de ser actuado por el legislador; para el legalismo es un bosquejo, un marco orientador que debe ser respetado por el legislador.*

*El constitucionalismo lleva al legislador a resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del Derecho pero no ya como todo el Derecho. Sin embargo, debe advertirse que todo esto dentro de ciertos límites que no conduzcan al desbordamiento que pueda llevar a desplazar en un todo al legislador hasta desconocer su función en un Estado Democrático. Esto nos conduciría tal vez a una "Dictadura Constitucional" o cuando menos, a un "Estado Constitucional", pero no a un Estado democrático constitucional. Los jueces no pueden pretender ser los señores del Derecho, sino los garantes de la complejidad estructural del Estado de Derecho, más aún, del Estado Social del Derecho en el Estado Constitucional, es decir, LOS GARANTES DE UNA NECESARIA Y DÚCTIL COEXISTENCIA ENTRE LEY, DERECHOS Y JUSTICIA. (Ver G. Zagrebelsky).*

## 6.1. El precedente jurisprudencial

*Ya a finales del siglo pasado se comenzó a pensar que entre la sentencia y la ley había algo más que una relación de extensión, como lo recuerda Luis G. Acero Gallego en su Tesis "La Creación Judicial del Derecho". Bülow hizo énfasis en las particulares características de la sentencia, por su especial significación dentro del sistema jurídico. Se dijo que no es cierto que, tal como lo sostuvieron los representantes de la escuela de la exégesis, la ley sea un ordenamiento jurídico completo; el conjunto de leyes es más bien un proyecto inacabado de ordenamiento pensado hacia el futuro, por lo que, en realidad, es el conjunto de sentencias el que viene a efectivizar el ordenamiento. El oficio del juez, dice Bülow, no consiste en aplicar a cada caso un Derecho preexistente al proceso, sino, a través de la tarea completadora de los preceptos abstractos, formar (crear) el Derecho para cada caso a través del proceso. En tales circunstancias, la sentencia se constituye en norma particular, especial e individual para el caso. El Derecho no es sólo ley sino ley completada por el juez. Pero, es necesario afirmarlo, no se puede pensar que se trata tan sólo de hacer de la jurisprudencia una simple extensión de la ley enriquecida por la decisión particular. El verdadero sentido es lograr la coherencia interna y externa del ordenamiento y, por ende, mantener, no ya a través de norma sólo la seguridad jurídica, entendida ésta en un nuevo sentido más dinámico y progresivo, como lo expondremos más adelante.*

*Hoy, en el marco del Estado Constitucional, el Derecho es también lo que los jueces dicen, y con razón se habla de "El Derecho de los Jueces", expresión que es recibida con cierto rubor por los mismos jueces y que es objeto de adversos y escandalosos titulares de prensa. La jurisprudencia (era absolutamente previsible en Colombia a partir de 1991) cobra una*

*importancia que nunca antes había tenido en nuestro medio, idólatra siempre de la norma y lleno de mitos, como aquello del legislador sabio y la plenitud del Derecho o la "pureza" del Derecho, aunque el artículo 230 de la Carta no deja de ir a contrapelo, así la Corte Constitucional haya intentando superar las dificultades que presenta la interpretación de dicha norma, en concordancia con la tendencia de la jurisprudencia como fuente de Derecho. La Sentencia T - 123 de 1995 propone una disciplina jurisprudencial con fundamento en el derecho a la igualdad. Posición a todas luces razonable, porque no puede ser que un juez no respete sus propias decisiones (coherencia interna) o los criterios adoptados por los máximos*

tribunales y, particularmente, por la Corte Constitucional (coherencia externa) y falle en forma diversa, sin que haya sustentando suficientemente su disparidad interpretativa.

Especial importancia adquiere la Sentencia T-260 de 1995, en la que la Corte Constitucional afirma que si bien la jurisprudencia constitucional no es obligatoria, las pautas doctrinales de la Corte indican a todos los jueces el sentido y alcances de la normativa fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia, sino que violan la Constitución. E incluso, en los fallos de Tutela, ha dicho el Alto Tribunal que, si bien es cierto las decisiones adoptadas son de carácter obligatorio solamente para las partes, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. En varias sentencias, (SU640/98, SU -168/99, T-009/00 Y T068/00), la Corte ha insistido en el precedente jurisprudencial como fuente de Derecho. Mas aún, la violación del Precedente, es tutelable, si el juez viola el derecho a la igualdad al apartarse de la Jurisprudencia, sin argumentación alguna.

## 6.2. La seguridad jurídica

Si algún aspecto es objeto de controversia en el mundo actual, es el de la seguridad jurídica, debiéndose hablar, dicen, de inseguridad jurídica. Pero ¿qué entendemos por seguridad jurídica? ¿Será solamente la permanencia de un ordenamiento inmodificado en el tiempo? O ¿tendrá que ver más con la exigencia del Derecho de decidir el caso conforme a normas previas, es decir, una aplicación del principio de legalidad, fundamento del Estado de Derecho?. Tiene que ver con lo uno y con lo otro. Y, en esto, no habrá discusión. En lo que sí lo hay es en las dimensiones y significados de la permanencia y la legalidad.

No siendo posible hoy, mantener la concepción formalista, es preciso orientarnos hacia un antirreduccionismo que nos permita entender el Derecho como una realidad normativa, axiológica e his-tórico-sociológica, de tal manera que no sea posible ignorar las profundas y aceleradas transformaciones sociales y científicas que hoy se producen llevándose, en su transformación, muchas verdades que se tenían, o se tienen, por absolutas. No basta con las normas, formalmente válidas, para desentrañar el sentido del Derecho, olvidando los hechos sociales y los interrogantes que formulan la Ciencia y, por ende, la Filosofía. Debe darse un interactuar dinámico entre las fuentes que el juez y el abogado tienen a su disposición, de tal manera que en la decisión se produzca “la composición armónica de todos los constituyentes del ordenamiento”.

Radbruch se declaró siempre positivista y consideró, hasta que los horrores de la guerra lo convencieron de lo contrario, que el valor supremo del Derecho era la seguridad jurídica, por encima, incluso, de la justicia. Tuvo que comprender que no le bastan al hombre y a la sociedad, normas sino que era indispensable algo más: valores de la convivencia, para presentar su famosa fórmula en la que el Derecho demasiado injusto no es Derecho, así sea formalmente válido.

El problema de la seguridad jurídica no es de normas, ni de legalidad, sino más del carácter pluralista liberal de la sociedad y la multiplicidad de problemas que plantean la ciencia, la técnica y la economía. El mundo cambia a velocidades vertiginosas y los seres humanos, y en particular los abogados, nos resistimos tercamente a ese cambio, pero los hechos son contundentes, en veces, brutales. Ante ellos, es imposible mantener la resistencia.

Dice Zagrebelsky que la causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del Derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido

*y de valar compartido por la generalidad. Al faltar un único y seguro horizonte de expectativa, en orden a los resultados de las operaciones, los caminos de la jurisprudencia acaba bifurcándose y en muchos casos se perderá también la posibilidad distinguir el “principal” de los “desviados”.*

*Pretender la certeza como fijeza del ordenamiento no puede ser un objetivo realista, más aún, no es deseable. No se puede oponer a la evolución, para defender la certeza. Por lo demás, ni el texto de la norma es garantía de certeza cuando existen diferentes contextos de sentido y de valor. Hay que dejar que los jueces hagan su tarea y sean ellos los que den respuesta a los interrogantes que todos los días plantean los avances en la genética, la bioética... y se confronten no sólo normas sino hechos, principios y valores, todo ello en aras de un nuevo entendimiento de lo que es la seguridad jurídica como superación del inmovilismo normativista.*

*Por mi parte, no espero encontrar en la legalidad del Estado de Derecho la garantía de mis derechos y la exigencia de mis deberes, sino en la fuerza vinculante de la Carta Fundamental de un Estado Democrático, Participativo y Garantista, al servicio del ser humano, con todo lo que esta “nueva” tendencia comporta como respeto y como apremio.*

*Que al esbozar los nuevos horizontes del Derecho, al servicio del hombre, sin olvidar el principio fundamental Hegeliano del Derecho: “Sé Persona y Compórtate como Persona”, los nuevos operadores jurídicos encuentren, o al menos se acerquen aún más a dar respuesta a la pregunta Kantiana, por siempre inquietante: ¿Quid Ius?*

## Bibliografía

- ACERO GALLEGO, Luis G. *La Creación Judicial del Derecho*. U. Externado de Colombia. 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *El Juez Ordinario erare Legalidad y Constitucionalidad*. U. Externado de Colombia. 1997
- CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de Análisis Jurídico*. Ed. Trotta. 1999.
- ESTRADA VÉLEZ, Sergio I. *La Excepción de Principialidad*. Ed. Temis. 2000
- FAVOREAU, Louis. *Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del derecho*. U. Externado de Colombia. 2000. KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. U. Externado de Colombia. 1999. LÓPEZ MEDINA, Diego E. *El Derecho de los Jueces*. Ed. Uniandes. LEGIS. 2000
- MORELLI, Sandra. *La Corte Constitucional ¿Un Legislador Complementario?* U. Externado de Colombia. No. 45. 1999.
- OSSA A., Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Legis. 2000
- TUNC, André. *El Derecho en Estados Unidos*. Oicos. Tau ediciones. 1971
- FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. U. Externado de Colombia. 2000.
- RUJANA QUINTERO, Miguel. *Filosofía del Derecho. Compilación*. U. Libre. Ediciones Jurídicas Ibáñez. 1999.
- RADBRUCH, Gustavo. *Relativismo y Derecho. Monografías Jurídicas*. Ed. Temis 1999.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil Lej, Derecho, Justicia*. Ed. Trotta. 1999.