



Filosofía del derecho privado

Francisco Javier Acosta Gómez



BIBLIOTECA JURÍDICA



FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO

Cuarta Edición

Medellín 2012

ISBN 978-958-731-083-2

- © Francisco Javier Acosta Gómez, 2012
- © Fundación Universitaria Luis Amigó, 2012
Transversal 51A #67B 90 Medellín-Colombia.
Teléfono +57 (4)4487666 Fax +57 (4)3849797
También en Bogotá | Manizales | Montería | Cali | Apartadó
www.funlam.edu.co/
- © Biblioteca Jurídica Diké, 2012

Diké: Justicia en griego

Biblioteca Jurídica Diké

Medellín - Colombia, calle 34 B N° 65 D 58

Telefax: P.B.X. 351 61 61

e-mail: dike@une.net.co

www.bibliotecajuridicadike.com

Bogotá D.C. Librería

Carrera 6ª N° 12B-11 - Teléfonos: 336 55 37 y 286 03 42

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

e-mail: dike@etb.net.co

San José, Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23

e-mail: jadguzman@yahoo.com

editorialdike@hotmail.com

Sede Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010

info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04

RIF: J-30797099-5

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

FRANCISCO JAVIER ACOSTA GÓMEZ

FILOSOFÍA DEL
DERECHO PRIVADO

Cuarta Edición

Medellín 2012



BIBLIOTECA JURÍDICA



FUNDACIÓN
UNIVERSITARIA

Biblioteca Jurídica Díké
dirigida por
Eduardo Quiceno Álvarez

1.3.2.3	Criterios interpretativos	54
1.3.2.4.	Métodos de interpretación.....	55
1.3.2.4.1.	<i>Dogmático - Normativo</i>	55
1.3.2.4.2.	<i>Sociológico - Normativo</i>	55
1.3.2.4.3.	<i>Tópico - Normativo</i>	55
1.3.2.5.	A manera de síntesis	59

CAPÍTULO SEGUNDO

2.	CONCEPTOS FUNDAMENTALES	61
2.1.	EL CONCEPTO “DERECHO”	61
2.1.1	DIVISIÓN DEL DERECHO	68
2.1.1.1	Derecho público	70
2.1.1.2.	Derecho privado.....	73
2.1.1.2.1.	<i>Ramas del Derecho Privado</i>	75
2.1.1.2.1.1.	Derecho civil	75
2.1.1.2.1.2.	Derecho comercial.....	76
2.1.1.2.1.3.	Derecho de familia	77
2.1.1.2.2.	<i>Sinopsis histórica del derecho privado romano</i>	78
2.2.	EL CONCEPTO “FILOSOFÍA”	80
2.2.1.	LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO MEDIADORA ENTRE LA CIENCIA DEL DERECHO Y LA FILOSOFÍA	85
2.3.	A MANERA DE SÍNTESIS	88
DECÁLOGO DEL FILÓSOFO		88
DECÁLOGO DEL JUSFILÓSOFO		89

CAPÍTULO TERCERO

3.	FUENTES DEL DERECHO PRIVADO	91
3.1.	PRIMERA FUENTE FORMAL DEL DERECHO PRIVADO: LA LEY.....	97
3.2.	SEGUNDA FUENTE FORMAL DEL DERECHO: LA COSTUMBRE	101
3.3.	TERCERA FUENTE FORMAL DEL DERECHO: LA JURISPRUDENCIA ...	107
3.4.	CUARTA FUENTE FORMAL DEL DERECHO PRIVADO: LA DOCTRINA.....	112
3.5.	QUINTA FUENTE FORMAL DEL DERECHO PRIVADO: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	115

CAPÍTULO CUARTO

4.	CARACTERES DEONTOLÓGICOS DEL DERECHO	119
4.1.	EL DERECHO PRIVADO DEBE SER “RACIONAL”	120
4.1.1	DERECHO PRIVADO Y RACIONALISMO	125
4.2.	EL DERECHO PRIVADO DEBE SER “JUSTO”	128
4.2.1.	KELSEN. CONTRA LA JUSTICIA	133
4.2.1.1.	La Teoría pura del derecho. Hans Kelsen	133
4.2.1.1.1.	<i>Importancia</i>	134
4.2.1.1.2.	<i>El concepto de “ciencia” en KELSEN.....</i>	135
4.2.1.1.3.	<i>KELSEN y el problema de las ideologías en el conocimiento jurídico</i>	136
4.2.1.1.4.	<i>KELSEN y el tema de la justicia</i>	138
4.2.1.1.5.	<i>El derecho natural según KELSEN.....</i>	138

4.2.2.	DERECHO PRIVADO Y JUSTICIA.....	140
4.3.	EL DERECHO PRIVADO DEBE REALIZAR EN LA LIBERTAD	141
4.4.	EL DERECHO PRIVADO DEBE SER IGUALITARIO	148
4.5.	LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PRIVADO	155

CAPÍTULO QUINTO

5.	REFERENTES DIALÉCTICOS DEL DERECHO PRIVADO	163
5.1.	PRIMER REFERENTE DIALÉCTICO DEL DERECHO PRIVADO: OBJETIVISMO - SUBJETIVISMO	167
5.2.	SEGUNDO REFERENTE DIALÉCTICO DEL DERECHO PRIVADO: RAZÓN - FUERZA	171
5.3.	TERCER REFERENTE DIALÉCTICO DEL DERECHO PRIVADO: INDIVIDUO - SOCIEDAD	177
5.4.	CUARTO REFERENTE DIALÉCTICO DEL DERECHO PRIVADO: AUTORIDAD, LIBERTAD E IGUALDAD	181

CAPÍTULO SEXTO

6.	LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PRIVADO.	185
6.1.	IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	186
6.2.	FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	188
6.3.	NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	191
6.4.	FUENTES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	195
6.5.	LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO PRIVADO	197
6.5.1	PRINCIPIO DE LA JUSTICIA	200
6.5.2.	PRINCIPIO DE LA LIBERTAD.....	205
6.5.2.1	La autonomía privada	208
6.5.3.	PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA.....	214

TABLA DE CONTENIDO

6.5.4.	PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD.....	217
6.5.4.1.	Causalidad y efectos dañosos... un problema de responsabilidad	221
6.5.5.	PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE	234
6.5.6.	PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA	237
6.5.7.	PRINCIPIO DE LA BUENA FE	243
6.5.8.	PRINCIPIO DEL ABUSO DEL DERECHO	250
6.5.9.	PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	255
6.5.10.	PRINCIPIO DEL FRAUDE A LA LEY.....	258
6.5.11.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD	260
6.5.12.	PRINCIPIO DEL FORMALISMO	264
6.6.	A MANERA DE SÍNTESIS	267
	LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN PRINCIPAL EN EL DERECHO PRIVADO.....	267
	MÉTODOS.....	269
6.7.	CONSIDERACIONES FINALES.....	273
6.8.	DECÁLOGO DEL NOMOARQUISTA	275

CAPÍTULO SÉPTIMO

7.	EL CARÁCTER IDEOLÓGICO Y CIENTÍFICO DEL DERECHO	277
7.1.	IDEOLOGÍA - CIENCIA	277
7.2.	DERECHO COMO IDEOLOGÍA Y EL DERECHO COMO CIENCIA.....	283
7.2.1	EL DERECHO COMO IDEOLOGÍA	283
7.2.2.	LA CIENCIA DEL DERECHO O CIENCIA JURÍDICA	286
7.3.	MARXISMO Y DERECHO	289
7.4.	EL DERECHO PRIVADO ¿CARÁCTER IDEOLÓGICO?	292

CONSIDERACIONES FINALES: EL DERECHO ENTRE LA
CIENCIA Y LA IDEOLOGÍA298

CAPÍTULO OCTAVO

8. POR LA REAL IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO PRIVADO303

8.1 GENERALIDADES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO:
JUSFILOSOFÍA Y DOGMÁTICA.....303

8.2. FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO: EL INDIVIDUALISMO307

8.3. IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO314

8.4. EL CARÁCTER CRÍTICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....318

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES321

ANEXO: HISTORIA DEL PENSAMIENTO FILOSÓFICO.....325

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS353

PRESENTACIÓN DE LA CUARTA EDICIÓN

La Filosofía del Derecho toma hoy un protagonismo esencial en relación con las tendencias que marcan la comprensión del universo jurídico. Cada vez es más reiterativa la urgencia de flexibilizar la norma con el fin de lograr la producción de nuevos horizontes de sentido, desde los complejos esquemas estructurales de existencia de la ciencia del derecho.

Las concepciones lógico formalistas, ceden el paso a la lógica problemática en donde el derecho, desde una racionalidad problemática o de la prudencia, se entiende desde la lógica de la prudencia, cambiando su naturaleza en interpretación.

A pesar del carácter cerrado y de la plenitud hermética del derecho, las zonas oscuras, de penumbra e indeterminación de lo jurídico, obligan a una lectura hermenéutica, con carácter inter y transdisciplinar, en donde la norma jurídica pierde todo el protagonismo de aplicación eficaz, ante miradas de orden antinormativistas y aún con contenidos axiológicos.

El presente texto se convierte en un instrumento o guía de trabajo para los iniciados o no en el mundo de la filosofía, con el fin de proporcionar nuevas lecturas de la realidad jurídica, desde los contextos antiformalistas y reduccionistas, que pretenden concepciones sólo del orden de lo positivo.

El mismo es desarrollado en una segunda parte en la obra “Sobre la comprensión del Derecho, ensayos filosóficos”, el cual se funda en aspectos hermenéuticos, ontológicos, axiológicos y políticos, que pretenden una mirada holística del derecho, ante los avatares del mundo postmoderno.

Queda claro como decía ESTANISLAO ZULETA, en su ensayo “Sobre la lectura”, que el sentido de una obra no pertenece a su autor sino al lector, en cuanto éste es constructor y destructor del sentido, a partir de sus particulares problemas de vida. El texto siempre dirá cosas aún insospechadas para su creador. El lector desde una actitud crítica y dialógica, asumirá su papel productivo, cuando se enfrente en abierta pugna con el autor, desde los argumentos no sólo de la racionalidad, sino de la razonabilidad.

Es esta la tarea que se le encomienda a quien se aproxime a la presente obra.

PRÓLOGO

La “Filosofía del derecho privado”, del profesor FRANCISCO JAVIER ACOSTA GÓMEZ, constituye un trabajo excepcional e insólito. Y lo es por un doble motivo:

- 1o. Por la escasez bibliográfica que sobre el tema existe a nivel mundial; apenas hay una obra clásica, la de GIOLE SOLARI, intitulada “Filosofía del derecho privado”.
- 2o. Por la poca atención que se ha prestado en nuestro país a la filosofía del derecho, atención que se torna nula en tratándose del trasegar filosófico iusprivatista.

Por lo anterior, la investigación colma en la academia y en el foro un vacío demasiado sentido desde muy vieja data; además, se presenta con la característica de original.

Efectivamente, su originalidad radica en tres temas: los referentes dialécticos del derecho privado, los principios generales del derecho privado y el carácter ideológico del derecho privado. Analicémoslos, así sea someramente.

En el Capítulo Quinto se desarrollan los referentes dialécticos del derecho privado (objetivismo-subjetivismo, razón-fuerza, individuo-sociedad, autoridad-libertad-igualdad), que el autor toma, en sus lineamientos generales, de NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA y los aplica de manera específica a la rama jurídica mencionada.

En el Capítulo Sexto, subnomenclador 6.5, se tratan los principios generales más significativos del derecho privado (justicia, libertad, au-

tonomía privada, dignidad humana, responsabilidad, razón suficiente, seguridad jurídica, buena fe, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, legalidad, formalismo), siguiéndose en ello *grosso modo*, la nomoárquica general de Hernán Valencia Restrepo. Mas lo novedoso del tratamiento reside en que, por primera vez en Colombia, se hace adrede una nomoárquica especial: la del derecho privado.

En el Capítulo Séptimo, se enfatiza la tesis del carácter ideológico del derecho privado. ACOSTA GÓMEZ aplica a la temática iusprivatista postulados marxistas (“la infraestructura determina la supraestructura”, “el ser social determina la conciencia”), sostenidos entre nosotros por ESTANISLAO ZULETA y GILBERTO TOBÓN SANÍN, con respecto a todo el ordenamiento jurídico. Concluye nuestro tratadista que el derecho privado es la expresión ideológica de los modos de producción.

El libro en comento comprende todos los problemas iusfilosóficos contemporáneos, lo cual nos obliga a aseverar que no se trata de una obra de emergencia, sino de honda reflexión y decantación, como corresponde a su autor, un intelectual con títulos universitarios a nivel de pregrado y postgrado en las disciplinas de filosofía y derecho.

Varias son las discrepancias que mantenemos con algunas concepciones del trabajo, pero un prólogo no es el lugar apropiado para ventilarlas.

“Filosofía del derecho privado”, debe convertirse, por una parte, en el obligatorio texto-guía complementario de las asignaturas privatistas (derecho civil, derecho de familia, derecho comercial) para que éstas no devengan una dogmática árida y puramente empírica o, lo que es peor aún, unas irracionales tecnologías jurídicas, como por desgracia viene sucediendo en la actualidad en muchas facultades de jurisprudencia. Por la otra, en un libro de consulta de los jueces, funcionarios administrativos y abogados, con el fin de que la aplicación del derecho no se torne una mera mecánica jurídica. Estos son nuestros augurios.

Hernán Valencia Restrepo

INTRODUCCIÓN

El hombre de hoy vive de afán y, por ende, no tiene tiempo de pensar. El pragmatismo, el utilitarismo, el tecnicismo y el cientificismo absorben todo su actuar dejando de lado toda posibilidad reflexiva en torno a su quehacer existencial.

Apegado sólo al positivismo y al empirismo, el sentido común se convierte en el único vehículo de aproximación a la realidad, con un carácter meramente superficial, asistemático, acrítico y desapegado a toda aproximación a la misma esencia o naturaleza de las cosas.

El derecho, como un objeto más de la realidad y perteneciente al mundo de la construcción cultural, no ha escapado a tales afanes gnoseológicos, quedando reducido por creadores, intérpretes y falladores, a una mera técnica social de solución de conflictos.

El presente trabajo “Filosofía del derecho privado”, segunda edición, se presenta como una permanente lucha contra las pretensiones de las apariencias y del sentido común, buscando que la información normativa de orden jusprivatista no esté vacía de teorías y de respuestas racionales, vacío que sería un serio obstáculo para el pensamiento jusfilosófico.

Siendo la filosofía una actividad cotidiana y humana, se convierte en lo menos natural y en lo menos humano, pues el hombre de hoy privilegia lo dado como lo perfecto e inamovible, huyendo a la obligación de transformar la realidad desde el conocimiento. Con

razón decía MARX en su undécima tesis sobre FEURBACH: “lo que se trata no es de contemplar el mundo sino de transformarlo”.

He ahí al hombre conformista y que se atiene a lo meramente objetivo, como es la norma de derecho privado y abandona su papel crítico, auscultador, comprensivo, reflexivo e inteligible en torno a los fenómenos.

Por ello, en el siglo XX se presenta el triunfo de lo objetivo sobre lo subjetivo, del realismo sobre el idealismo, de la ciencia sobre la fe y la filosofía del sentido común frente a lo profundo, del fenómeno frente al noúmeno y del aparecer frente al ser.

El hombre de hoy no problematiza la realidad e igualmente el jurista, el intérprete, el operador jurídico y el abogado, no problematiza el derecho, encontrándolo como un sistema cerrado, completo, inamovible, hermético y alejado de toda posibilidad de comprensión sintética, como experiencia humana que es.

Repensar filosóficamente el derecho privado es una presunción racional y meramente humana, que trata de romper con el mismo lenguaje de la cotidianidad, la superficialidad, la unilateralidad y el mero subjetivismo, buscando demostrar que la ciencia del derecho y en particular del derecho privado, obedece a principios últimos, mediatos, metacientíficos y, por ende, filosóficos, que dan razón suficiente de las mismas normas, explican su contenido lógico, fijan límites a sus aplicaciones, justifican sus contenidos éticos, etc.

Por tanto, el presente trabajo es de contenido ontológico, pues explica el ser del derecho privado; lógico, pues lo justifica desde la misma racionalidad práctico-especulativa del derecho; gnoseológico, pues determina criterios de conocimiento objetivos al mismo; y axiológico, pues reivindica el contenido material del derecho privado en el reconocimiento y realización de valores jurídicos relevantes para la comunidad jurídica.

Sabiendo que el derecho es una realidad con una doble naturaleza científica o estrictamente jurídica y filosófica, en que se involucran contenidos lógicos, gnoseológicos y axiológicos, esta investigación, siguiendo el método deductivo propio de la ciencia, desarrolla los siguientes ocho capítulos:

En el capítulo primero, se establece la necesidad de fundamentar filosóficamente el derecho privado, pues, como ya se ha afirmado anteriormente, la formación filosófica en nuestras facultades de derecho es persistente, por decir lo menos, por formar abogados con un perfil meramente dogmático, técnico y cientificista y con un desprecio absoluto por todo lo que implica el pensamiento jurídico, aduciendo, finalmente, que el derecho se aplica y no se piensa. Dicho capítulo se desarrolla en tres subtemas a saber: la relación propiamente tal entre Filosofía y Derecho, la necesidad de una relación entre derecho y humanismo y la relación filosofía interpretación para culminar con una hermenéutica jurídica.

En el capítulo segundo, se tratan algunos conceptos jurídicos y filosóficos fundamentales. En él se hace una aproximación al concepto derecho como una forma de vida social, en donde el individuo se realiza e interactúa con otros individuos. Se realiza igualmente una tenue diferenciación entre el derecho privado y el derecho público, atendiendo las dificultades que hoy se presentan para lograr tal fin, toda vez que somos testigos de la llamada “privatización del derecho público” o la “publicización del derecho privado”. Igualmente se pretende ilustrar las ramas del derecho que constituyen uno y otro campo del mismo.

En el capítulo tercero, se definen y caracterizan las fuentes formales del derecho privado, bien como fuentes reflexivas, bien como fuentes irreflexivas, en las que se pueden inscribir la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

En el capítulo cuarto, se tratan características especiales o límites materiales y formales del derecho privado, a saber: racionalidad (límite lógico), justicia, igualdad y libertad (límites axiológicos) y la personalidad jurídica (límite ontológico).

En el capítulo quinto, siguiendo los planteamientos de NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, en su obra “Filosofía del derecho”, se adicionan al derecho privado los referentes ontológico-dialécticos, advirtiendo que el derecho privado no rehúsa la dialéctica, la tensión de fuerzas, buscando la realización de todos los conceptos opuestos que en él intervienen, esto es, objetivismo-subjetivismo, autoridad-libertad, individuo-sociedad y razón-fuerza.

En el capítulo sexto y siguiendo fundamentalmente los planteamientos del profesor HERNÁN VALENCIA RESTREPO, en su obra “Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho”, se hace una presentación de los principios y su importancia, funciones, naturaleza y fuentes, siendo un punto de contacto entre la filosofía del derecho y la ciencia jurídica. Con ayuda de otros autores se hace referencia a los principios generales en su desarrollo conceptual: justicia, libertad y autonomía privada, dignidad humana, responsabilidad, seguridad jurídica, razón suficiente, buena fe, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, legitimidad y legalidad. La aproximación a tales principios se realiza desde la teoría filosófica, en aras de facilitar su justificación dentro de la normatividad jusprivatista, bien en el área civil o comercial.

En el capítulo séptimo, se pretende realizar un análisis crítico del derecho privado, entendido como expresión ideológica de los modos de producción. Por ello, se parte de los postulados marxistas que afirman que “la infraestructura determina la supraestructura” y “el ser social determina la conciencia” lo que se convirtió en una completa inversión del pensamiento hegeliano.

El capítulo octavo, presenta la justificación del trabajo: la real importancia de la filosofía del derecho privado. Siguiendo los aportes de GIOELE SOLARI, en sus dos volúmenes de “Filosofía del derecho privado”; se diferencia el dogmatismo jurídico de la jusfilosofía. Se hace también un recorrido por el individualismo, sostén filosófico del derecho privado, para culminar con los aportes que realiza al jurista una aproximación filosófica al mismo. Como anexo se presentan, en fines meramente contextuales, unos cuadros descriptivos de la historia del pensamiento filosófico en sus cuatro períodos: antiguo, medieval, moderno y contemporáneo.

Este trabajo, como filosofía que es, presenta las siguientes notas características:

1. Es un estudio teórico, pues fundamenta al derecho, ante todo, desde la generalidad, buscando facilitar la praxis jusprivatista. “No hay praxis sin teoría y no hay teoría sin praxis, en una relación dialéctica”, decía MARX.
2. Es un estudio especulativo, toda vez que la filosofía, por antonomasia, es especulación y, por ende, no habla en términos de “verdades últimas y dogmáticas” sino de “sentido” y “significación”. La filosofía es una especulación teórica en torno a la realidad que indaga por el origen, sentido y significación de las cosas.
3. Es racional, por cuanto sigue los lineamientos de la misma racionalidad, por medio del pensamiento. Sólo pensando se logra hallar la razón de las cosas. El derecho privado es racionalidad y la racionalidad es característica esencial de la filosofía.
4. Es un estudio crítico; no pretende formular verdades acabadas ni dogmáticas. Pretende ser conciencia crítica del derecho, partiendo de lo que éste es para proyectarse a lo

que debe ser, con un carácter deontológico. Sólo desde la crítica el derecho privado se revitaliza y se redinamiza en un nivel deontológico.

5. Es descriptivo de una filosofía del derecho privado, más no defensor de una tesis en particular, si bien en el capítulo séptimo se sustenta el carácter ideológico del mismo.

Siendo una aproximación filosófica al derecho privado este trabajo busca romper con:

1. *La superficialidad.* El sentido común, con el que se pretende abordar el derecho privado, niega la posibilidad de reflexiones profundas y de comprensiones intelectivas, huyendo al *quid*, esencia; conceptos puros y universales en los cuales aquél se soporta, donde la apariencia desplaza al ser.
2. *La unilateralidad.* Las facultades de derecho dan una sola visión del derecho: su carácter científico o estrictamente jurídico. Niegan, por ende, su naturaleza filosófica. El derecho queda reducido, entonces, a una mera técnica jurídica que se comprende sólo desde su instrumentalidad o eficacia, con un reducido carácter pragmático.
3. *El dogmatismo.* Se entiende al derecho como un dogma eterno e inamovible, no susceptible de críticas, valoraciones y dinámicas. El derecho es un dato, dado objetivamente, para ser aplicado al caso, hermético, por tanto, a toda consideración lógica y axiológica.

Aspirando, entonces, a que las universidades no sigan egresando “bárbaros jurídicamente competentes”, la “Filosofía del derecho privado” segunda edición, es una invitación a la permanente necesidad de pensar el derecho para obtener una mejor comprensión y aplicación del mismo.

“Hay quienes nacen para vivir y quienes viven para pensar”, decía el célebre HERMAN HESSE.

Esta cuarta edición, se actualiza con reflexiones que desde el ejercicio de la docencia permiten completar algunos de los asuntos tratados en cada uno de los ocho capítulos. Es mi intención que los formados en las escuelas de derecho, tomen cada vez más conciencia de la necesidad de fundamentar la ciencia del derecho, desde la reflexión jusfilosófica, dando el salto al positivismo en el cual hemos sido formados todas las generaciones anteriores.

Francisco Javier Acosta Gómez

CAPÍTULO PRIMERO

1. LA RELACIÓN FILOSOFÍA – DERECHO

1.1. DERECHO Y FILOSOFÍA

El derecho constituye una ciencia a pesar de que algunos, como KIRCHMANN, duden de ello, en razón de la indeterminación de su objeto. No obstante, aceptar tal afirmación, no reduce la posibilidad de que el derecho tenga relaciones de naturaleza necesaria con otras disciplinas y saberes, en aras de lograr una mejor comprensión del fenómeno jurídico. Con razón, ya lo había afirmado CICERÓN: “Y para decir verdad todas las artes que pertenecen a la cultura del espíritu, tienen determinado vínculo común y se unen entre sí por cierto parentesco”. Es en este encadenamiento de las ciencias, esta reunión de conocimientos humanos, lo que los griegos denominaron “*enkiklos paideía*”, lo cual significa: conjunto de conocimientos que un griego libre debía adquirir.

Por ello, aunque el objeto de la ciencia del derecho sea el derecho, ello no excluye que se haga uso de otros conocimientos humanos, con carácter extrajurídico, como es la filosofía, con naturaleza general, globalizante, omnicomprensiva, racional y crítica del mismo.

El derecho, ciencia prescriptiva de la conducta humana, se encuentra en una relación tan cercana con las demás ciencias morales y del espíritu, que implica de parte del jurisconsulto, la imposibilidad absoluta para explicarlo en su misma esencia. La filosofía da

vida, enriquece, recrea y dinamiza al derecho tornándolo en una realidad problemática, aporética y holística.

Para el profesor ESCHBACH¹, la relación filosofía-derecho se realiza desde tres perspectivas:

1. La lógica.
2. La moral.
3. La sicología.

Considerémoslas:

1. **La lógica:** como instrumento del pensamiento según la definición de Aristóteles, ayuda a pensar con claridad, a razonar con solidez y a transmitir inteligentemente las ideas. Enseña a encontrar la verdad, diferenciándola de lo falso y con ello auxilia a la justicia, pues ésta sólo se encuentra donde está la verdad. Donde hay falsedad, axiológicamente hay injusticia.
2. **La moral:** es importante para la deducción del derecho natural. Si bien hay una clara diferencia entre derecho y moral, atribuyendo al primero, heteronomía, bilateralidad, coercibilidad y exteriorización preponderante, y asignando al segundo concepto, autonomía, unilateralidad, incoercibilidad e interiorización preponderante. No obstante, la moral da contenido material al derecho, introduce valores que son concretados en la norma jurídica. La moral es un límite al derecho para que no se desborde materialmente, dejando de lado los contenidos y los fines que por antonomasia le corresponden. No obstante, surgen las preguntas:

¿Una conducta es inmoral porque es ilícita? o

¿Una conducta es ilícita porque es inmoral?

1 ESCHBACH, citado en: Bonnecasse. *Introducción al estudio del derecho*. Trad. Por Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1991, pág. 248.

3. **La sicología:** es auxiliar sobre todo del derecho penal, cuando indaga, no ya por el hecho criminal ni por la pena, sino por el delincuente: su personalidad, su capacidad de autodeterminación, factores exógenos y endógenos que inciden en la comisión del hecho punible etc., llegando a formularse la necesidad de una “Sicología Jurídica”. El realismo escandinavo da validez a esta disciplina.

Se critican las anteriores relaciones, porque desconocen el carácter esencial de la filosofía en cuanto ciencia de lo real, con objeto independiente de la moral, la lógica y la psicología, las cuales desde el siglo XVI proclamaron su independencia de la misma filosofía.

El problema del derecho es, en el fondo, un problema filosófico y científico o estrictamente jurídico. El problema de la filosofía es en el fondo un problema de determinación, fundamentación y explicación de lo real. Para el profesor BONNECASSE², el problema de la relación derecho y filosofía se reduce a:

1. La relación derecho - moral.
2. La relación derecho - ciencia.

Analicémoslas separadamente:

1. **La relación derecho - moral:** el derecho debe limitar su sanción a la sola observancia de los deberes de justicia y dejar por fuera de la organización política, la determinación de los deberes de auxilio, buscando que él se ocupe sólo del orden y la moral del perfeccionamiento interno del sujeto, lo cual es una falacia; pues tanto en el derecho como en la moral, el fin último es el orden justo y la perfección del individuo, puesto que éste no es ajeno a la sociedad. Las normas jurídicas básicas fundamentales, intersubjetivamente, van acompañadas funcionalmente, por las

2 Bonnecassee. Op cit. p. 250.

correspondientes normas de una moral social –generalmente aceptada– que refuerzan el orden normativo.

No obstante, se afirma que en la plenitud hermética del orden jurídico es en donde éste se basta a sí mismo y que el derecho privado encuentra su fundamento en la autoridad pública y su fin en el reino de la paz social. El derecho no se fundamenta en su misma existencia, ya que su ser no se reduce a una colección de reglas de conducta que provienen arbitrariamente del gobernante o del estado de turno. El derecho está en potencia de dinamizarse y no siendo acto puro, no puede dar cuenta de sí.

Para GEORGES RIPERT³, en el derecho privado no pueden prevalecer, en el estudio de las obligaciones civiles, las excepciones técnicas puras; quedando reducido a meras relaciones entre patrimonios, con desconocimiento de los sujetos extremos: *acreedor-deudor*: desapareciendo, por ende, el hombre, e importando sólo la declaración de voluntad, permitiendo a los técnicos del derecho imaginar obligaciones separadas de su causa, actos abstractos, contratos válidos por sí mismos, etc.; dejando de lado las reglas que justifican la obligación, como son:

1. Las obligaciones sólo son exigibles para fines legítimos.
2. Su existencia debe ser controlada en su ejecución por el legislador y por el juez.
3. Las relaciones humanas deben organizarse para poder vivir en sociedad.

Se puede concluir, entonces, que la regla de derecho privado no puede darse sino en consideración a la realización del ideal moral que el legislador se propone realizar y hacia el cual debe también tender el juez, porque es un valor bilateral vigente y relevante para esa comunidad. La moral interna del derecho es una condición esencial de ese poder.

3 Cfr. GEORGE RIPERT citado por BONNECASSE, op cit., pág. 253.

2. **La relación derecho-ciencia:** la relación derecho-ciencia encuentra su precedente en la lucha del positivismo contra la doctrina metafísica del derecho.

La metafísica o filosofía primera, así llamada por Aristóteles, es la ciencia de las primeras causas y los primeros principios, siendo por ende la ciencia del ser en cuanto existe en sí mismo, de manera incondicional y absoluta.

Frente a la metafísica se pueden asumir tres posiciones gnoseológicas:

1. **El dogmatismo:** para quien lo absoluto está a nuestro alcance por ser cognoscible. Hay seguridad frente al objeto y por ello el conocimiento es una evidencia.
2. **El agnosticismo:** para quien lo absoluto es incognoscible por no estar a nuestro alcance. Por ende, sólo realiza aproximaciones, pseudoideas o ideas deformadoras, alejadas de todo objetivismo. Aquí concurren las corrientes escépticas.
3. **La creencia:** es un término medio entre el dogmatismo y el agnosticismo, en donde optan por un grupo de creencias razonadas y recomendables. Así, la filosofía es agnosticismo o creencia.

La metafísica jurídica, aplicable sobre todo al derecho natural, admite tres posiciones:

1. **La dogmática:** cuando afirma que el derecho natural es el único derecho, bien captado por la razón o bien escrito por Dios en el corazón de los hombres, jusnaturalismo racionalista o jusnaturalismo teológico.
2. **La agnóstica:** el derecho natural es incognoscible, no es realidad sino apariencia, mera idea, sólo ilusión que pretende constituirse en derecho real y único, por ser derecho justo. Sólo existe por fuera de la realidad.

3. **La creencia:** el derecho natural existe sólo en cuanto es concretado en el ordenamiento jurídico positivo vigente.

El positivismo jurídico, entre tanto, afirma que existe un orden jurídico que se justifica por la necesidad de mantener la paz entre los hombres, al cual estamos obligados en razón de la fuerza que tiene. Así, no se trata de realizar el derecho, pues éste se concreta en formas mudables, sino de realizar una determinada concepción del derecho, alejado de concepciones abstractas de justicia. Se agrupa aquí el historicismo, el sociologismo y el realismo jurídico.

El derecho es una realidad compleja que se desarrolla desde la experiencia jurídica para ser representado por conceptos racionales. Así los conceptos de derecho subjetivo, de sujeto de derecho, tienen su origen en las mismas relaciones de derecho entre los hombres y desde allí se separa el concepto jurídico con carácter abstracto, general y racional. Los conceptos jurídicos provienen, entonces, de las relaciones jurídicas y las relaciones jurídicas son fuente de los conceptos jurídicos. Tal posición es reconocida como el intelectualismo jurídico, en donde los conceptos dialécticos praxis-realidad se conjugan.

El positivismo jurídico ha encontrado su adversario en el pragmatismo jurídico, para quien el derecho tiene sentido desde su eficacia o utilidad. Así, todos los conceptos de derecho subjetivo, sujeto de derecho, no son sino procedimientos técnicos que informan realidades, que dan apariencia a las relaciones sociales, con el fin de protegerlas y mantenerlas. Su fuente es la razón y su aplicación es deductiva y matemática. Por consiguiente, el derecho se explica desde su existencia, aunque siendo el derecho una mera realidad, se convierte en garantista de paz y orden, independientemente de su contenido material.

El positivismo no es fuente adecuada de explicación del derecho porque:

1. Reduce el derecho a la fuerza.
2. Es escéptico frente a los contenidos axiológicos del derecho.
3. Puede degenerar en un pragmatismo jurídico definiendo al derecho sólo desde su carácter de eficacia.

La filosofía, entonces, es el fundamento racional del derecho. Ello no quiere decir que el espíritu humano debe recurrir a la noción de lo absoluto para justificar algunas de sus concepciones. El derecho no es una ciencia positiva, pues sería limitarlo estrictamente al carácter experimental. El derecho es ciencia normativa, prescriptiva, deontológica, trazando reglas imperativas de la conducta humana, que aseguran el respeto a la personalidad jurídica, la conmutabilidad jurídica, dando derechos y prescribiendo deberes, etc. Para ello, busca que cada individuo renuncie a su “individualidad” para que, “incorporándose al grupo social”, se logre armonía y orden.

Con ello, el sistema del derecho no podrá prevalecer y alcanzar integralmente sus fines, sino cuando individuos y sociedad comprendan que él se funda en la razón. Derecho y filosofía son razón: es éste su substancial punto de contacto; aun cuando ambos partan de los hechos sociales o de la experiencia social y jurídica.

MIGUEL REALE afirma:

...La fuente originaria del derecho había que buscarla en la razón y en la voluntad de Dios. En este contexto se configura el concepto de derecho natural, al cual se debían conformar los preceptos de la ley positiva⁴.

Para este autor, el objeto de la ciencia del derecho es el derecho expresado en el ordenamiento jurídico. Todo ordenamiento jurídico está compuesto por normas jurídicas, que son de mayor y menor je-

4 REALE, Miguel. *Introducción al derecho*. Trad. Por Jaime Brufau Prats. Pirámide, Madrid, 1984, pág. 279.

rarquía y a toda norma corresponde una estructura tridimensional: lógica-fáctica-axiológica.

Es lógica: pues se expresa en forma de juicios enunciativos, con formulación hipotética. Si es H, debe ser C.

Es fáctica: porque existe la previsión de un hecho o de un complejo fáctico, que es la base necesaria para la formulación de la hipótesis.

Es axiológica: porque se enuncia una determinada consecuencia declarándola obligatoria, como señal de que se pretende alcanzar un objetivo realizando algo valioso o impidiendo la aparición de valores negativos.

Por tanto, entre el hecho y el valor se establece un enlace deóntico que se instaura en términos del deber ser. Entonces, la norma jurídica tiene tres dimensiones:

- Una dimensión formal: que es la forma de la regla jurídica (lógica).
- Una base fáctica, que es un hecho relevante para el derecho (fáctica).
- Un contenido valioso, objetivos morales, contenido material (axiológica).

Si el derecho se expresa en normas, y éstas son lógico-fácticas-axiológicas, el derecho en sí mismo sigue la misma naturaleza. Aquí habrá que hacer la pregunta: ¿qué es el derecho?

- El derecho es norma. (Responde el formalismo kelseniano).
- El derecho es conducta. (Responde la Escuela Ecológica de CARLOS COSSIO).
- El derecho es valor. (Responde la tendencia axiológica de LOTZE).

- El derecho es lógico porque se expresa en reglas jurídicas, normas. Corresponde a la dimensión del “pensar” del derecho.
- El derecho es fáctico porque parte de las conductas humanas jurídicamente relevantes. Corresponde a la dimensión del “ser” del derecho.
- El derecho es axiológico porque involucra valores, que le dan contenido material. Corresponde a la dimensión del “actuar” del derecho.

Si el derecho es norma, conducta, valor y si cada norma coincide con una manifestación del ser, si cada valor corresponde con una acción moral que se prefiere, el derecho es lógica-ontología-ética.

Siguiendo el esquema kantiano, el derecho en su triple dimensión es filosofía. En su estructura, fundamento y contenido, la ciencia del derecho es esencialmente filosofía.

De la filosofía, se ha dicho, fundamenta al derecho en su racionalidad dándole contenidos éticos, lógicos y gnoseológicos. No obstante, es conveniente advertir que:

1. La relación derecho-filosofía es problemática. No es posible determinar con precisión en la ciencia jurídica, hasta donde llega su naturaleza filosófica y dónde comienza su naturaleza científica o estrictamente jurídica.

La filosofía por su carácter general, omnicomprendivo, racional y crítico, envuelve a la ciencia del derecho en todo su ser, mezclándose de manera inseparable de su objeto: el derecho. El derecho sin la filosofía es mera técnica jurídica. La filosofía justifica, vivifica, dinamiza, recrea y actualiza al derecho.

2. La filosofía se relaciona con el derecho desde el punto de vista metodológico. Ello, porque la filosofía aporta multi-

plicidad de métodos y esquemas de razonamiento, para que el jurista pueda acceder al objeto del conocimiento: el derecho. La filosofía enseña a pensar el derecho. La filosofía da instrumentos para aprehender el derecho. Para ello aporta la lógica, la dialéctica, la mayéutica, el análisis, la síntesis, el empirismo, el racionalismo, el intelectualismo, el intuicionismo, el apriorismo, el cartesianismo y otros.

3. La filosofía entrega fundamentos extrajurídicos al derecho, pues el derecho no puede explicarse en sí mismo. Tales fundamentos extrajurídicos están en relación interdisciplinaria con él. La filosofía da elementos lógicos, gnoseológicos, epistemológicos, históricos, lingüísticos, axiológicos, semánticos, sociológicos, psicológicos, etcétera, para lograr acceder a una mejor comprensión del fenómeno jurídico. El derecho no es una ínsula dentro del archipiélago de los saberes.
4. Si el derecho es una realidad problemática, la filosofía proporciona, a las preguntas originadas acerca del ser del derecho, respuestas con carácter no final, no definitivo, no dogmático, no deductivo, no matemático, pues la filosofía es un quehacer diario, cotidiano y un constante hacerse. Nunca deja el hombre de hacer filosofía.

La filosofía del derecho se constituye en el punto de convergencia entre la filosofía y el derecho. Sólo desde ella se aprehende el fenómeno jurídico en toda su integridad, a saber: como ciencia jurídica y como filosofía jurídica. Sólo desde la jusfilosofía es posible captar el origen, sentido y fin de la ciencia del derecho. Muchas son las preguntas que se presentan en busca de una respuesta. ¿En medio de la multiplicidad de ordenamientos jurídicos habrá algo que permanezca, que sea inmutable y nos informe en qué consiste el derecho?

¿Si el derecho es una realidad cambiante y dinámica, cuál será la razón de su mutación? ¿Qué leyes regularán su proceso de cambio? ¿Qué características debe tener el derecho? ¿Es necesario la fuerza al derecho? ¿Debe el derecho ser justo? Estos problemas y otros análogos son de orden filosófico y constituyen un conjunto de inquietudes fundamentales, para penetrar en las razones o fundamentos de la experiencia jurídica.

En consecuencia, una definición aproximada del derecho, en sus caracteres esenciales, sólo puede ser obra de la filosofía del derecho y no de ninguna otra ciencia jurídica particular, pues la filosofía en cuanto saber globalizante, comprende en sí el conjunto de lo real y el derecho es un fenómeno de la realidad.

La filosofía comprende al derecho desde su vertiente lógica o conceptual. ¿Qué es el derecho? También lo comprende desde su aspecto ético o axiológico. Para ello pregunta por su legitimidad, su carácter de obligatoriedad, su fundamento en la libertad y en la igualdad. También indaga por el sentido de la experiencia jurídica en el devenir histórico. ¿Hay progreso en la vida jurídica? ¿Se puede afirmar que existen leyes generales que dirigen la experiencia humana en su tarea de hacer leyes? A ello responde la historia jurídica.

La filosofía del derecho no se confunde, entonces, con la ciencia del derecho, pues mientras la primera realiza una aproximación filosófica, mediata y general, la segunda realiza una aproximación científica, inmediata y particular.

La filosofía examina las condiciones de posibilidad, origen, esencia y validez del conocimiento científico del derecho. Así, la ciencia del derecho sin la filosofía jurídica se constituye en un conglomerado de normas que sólo obligan desde su ser positivo, dejando de lado su carácter lógico, gnoseológico y ontológico. Sin la filosofía, el derecho mismo desbordaría al hombre y no le sería exigible el que sirviese de instrumento de realización de éste en su libertad

y uno de los fines del derecho es facilitar la realización humana. El derecho no es para flagelar, latigar o esclavizar. El derecho ha de servir al hombre para liberarlo hacia la trascendencia.

Para concluir, podríamos expresar relaciones entre derecho y filosofía en razón de los siguientes asuntos problemáticos:

1. *La filosofía suministra los métodos de aprehensión y aplicación del derecho.* A lo largo de la historia de la filosofía occidental, se han desarrollado métodos que se identifican con escuelas, sistemas y autores. *La mayéutica* (SÓCRATES); *La dialéctica* (PLATÓN); la lógica (ARISTÓTELES); *La lectio* (SAN AGUSTÍN), *La disputatio* (SANTO TOMÁS), la inducción, la deducción, el análisis, la síntesis, el empirismo (HOBBS, LOCKE, BERKELEY, HUME); *El racionalismo* (DESCARTES, LEIBNIZ, SPINOZA, MALEBRANCHE), *Intelectualismo* (Aristóteles, Santo Tomás), *Apriorismo* (KANT), *Cartesianismo* (DESCARTES), *Intuicionismo* (BERGSON), *Método emotivo* (FERNANDO GONZÁLEZ), entre otros. Si bien estos métodos no son jurídicos, sí son requeridos en el análisis, interpretación y aplicación de la norma jurídica.
2. *El carácter interdisciplinario del derecho.* En la antigüedad, la filosofía era la ciencia madre en la cual convergían los demás saberes. Ya en la modernidad algunas disciplinas alcanzaron su independencia, al definir sus métodos y objetos propios. El derecho debe comprenderse junto con otras disciplinas que si bien no son estrictamente jurídicas, si hacen parte de su existencia estructural. Por ende el derecho tiene que ver con la Psicología, la Sociología, la Historia, la Antropología, la Política, la Economía y aun la filosofía, entre otras. Por ello decía FRANCHESCO CARNELUTTI: “El que sólo sabe derecho, ni derecho sabe”.
3. *El carácter comprensivo del derecho.* La ciencia jurídica considera conceptos sobre los cuales no puede dar su fun-

damentación teórica. Por ejemplo cuando preguntamos ¿qué es el derecho?, responde la ontología jurídica, ¿qué es la justicia y qué valores realiza el derecho?, responde la axiología jurídica; ¿qué es una norma jurídica y en qué consiste la racionalidad del derecho?, responde la lógica jurídica. Por ende el derecho no es capaz de dar cuenta de sus propios conceptos e instituciones, de allí que la doctrina como fuente del derecho, encargada a los académicos, estudiosos y científicos, nos ayudan a dilucidarla por fuera del rigor inflexible de la norma.

4. *La significación del derecho.* La filosofía cumple funciones interpretativas frente a la realidad, dotándola de sentidos. Bien es claro que el derecho no es completamente inflexible, rígido, hermético y cerrado. El derecho es abierto, flexible, interpretativo y ajustado con criterio de equidad a los casos particulares que se someten a su consideración. Por eso se dice que la nueva ontología del derecho es la hermenéutica, a partir de la actividad que realizan los jueces en las decisiones que toman para resolver casos particulares. El derecho es pura interpretación y ésta es su nuevo ser. El derecho es creado para ser interpretado y finalmente aplicado, no de cualquier manera, sino de la mejor manera, del modo más razonable y justo.

1.2. UN DERECHO HUMANIZADO

Bien decía nuestro libertador SIMÓN BOLÍVAR “Moral y luces son nuestras necesidades” y en otra ocasión “La mejor política es la rectitud”.

“Un abogado para el hombre” ha de ser el gran objetivo de toda propuesta jurídica emergida en el seno de las necesidades del grupo social, que hace uso del derecho para garantizar el orden, la justicia y la seguridad jurídica.

El hombre de hoy es el gran protagonista del “dolor”. Un sufrimiento humano que desgarrar los rostros y corazones de gran número de personas, que sólo se perciben azotadas por un sistema económico y político que en más de las veces niega oportunidades de realización, flagelando el derecho a la libertad y la igualdad y proscribiendo la realidad de un Estado democrático. Al respecto, ESTANISLAO ZULETA en su obra “Ensayos selectos”, afirmó que para hablar de democracia es necesario que ésta se dirija desde la posibilidad, la igualdad y la racionalidad. “Si no hay igualdad ante la ley, se convierte en una burla. Pero la igualdad ante la vida es algo que es necesario conquistar. Es una tarea; no se decreta: “todos son iguales; es una búsqueda”⁵.

El hombre hoy, en medio de la sociedad de las diferencias y las desigualdades, no deja de clamar por un Estado de bienestar que lo sublimice como el ser máspreciado, conforme al principio de dignidad humana. No obstante, el panorama no es menos desalentador.

- Cada minuto, gastan los países del mundo grandes millones de dólares en armamento militar.
- Cada hora, mueren miles de niños de hambre o de enfermedades causadas por el hambre.
- Cada semana, han sido detenidos, torturados, asesinados, obligados a exiliarse o bien oprimidos de las más variadas formas de regímenes represivos, más hombres que en cualquier otra época de la historia.
- Cada mes, el sistema económico mundial gasta muchísimos millones de dólares en la deuda, varios billones de dólares que ya está gravando de un modo intolerable a los pueblos del Tercer Mundo.

5 ZULETA, Estanislao. *Ensayos selectos*. Medellín, Ediciones Autores Antioqueños, 1992, pág. 179.

¿No bastarán estas cifras y muchas más para afirmar con TEILHARD DE CHARDIN que estamos en el momento del “callejón sin salida” y que urgimos de la “Noosfera” o capa pensante que envuelve la tierra para volver a repensar en el hombre? Si así no ocurriese, seremos protagonistas del mayor episodio apocalíptico de destrucción de la misma humanidad. Sería el descenso de la evolución.

Tampoco halagan ya los programas sin futuro:

- *El socialismo de Estado.* El mismo ha bañado con sangre los levantamientos populares de Berlín en 1953, Budapest en 1956, Praga en 1968, Gdansk en 1970, Tianamen - China en 1989, creando sólo frustración, resignación, privación de derechos y finalmente desconfianza en el Estado.
- *El neocapitalismo.* Ya no creemos en palabras como: hacerse rico, multiplicar los beneficios, gastar y disfrutar. Tampoco: autoenriquecimiento, autogratificación y autocomplacencia.

La crisis de las potencias es ya una crisis moral de índole universal, donde acontece el desmoronamiento de las tradiciones de un sentido global de la vida, de criterios éticos absolutos y creencia de nuevos fines, llevando al hombre finalmente al vacío de sentido, valores y normas, en donde el hombre es el único perjudicado en la ratificación del sentido existencial. Es el auge de la postmodernidad.⁶

Urge, entonces, un nuevo concepto de modernidad. Para el teólogo HANS KUNG,⁷ el paradigma moderno debe compendiar un cambio epocal de paradigma, superado en el triple sentido hegeliano, por lo cual debe ser:

6 Cfr. KAUFMANN. *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*. Trad. por Luis Villar Borda. Monografías Jurídicas 77. Bogotá, Temis, 1998, pág. 90.

DE TRAZEGNIES GRANADA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Monografías Jurídicas 86. Bogotá, Temis, 1993, pág. 108.

7 KUNG, Hans. *La postmodernidad* (Documento).

- Afirmada en su contenido humano.
- Negada en sus límites inhumanos.
- Transcendida en una nueva síntesis diferenciada y holístico pluralista.

Conforme a este pensamiento, una nueva propuesta ha de enfocarse hacia una nueva escuela de derecho, que se fundamenta en el supuesto: “El derecho existe por causa de los hombres y para los hombres”, punto de partida del humanismo jurídico.

Por ende, el derecho es obra del hombre puesto al servicio del hombre.

No obstante, es preciso plantearse el problema en términos radicales.

¿Es que el derecho puede ser humano?

¿Qué sentido puede tener la exigencia de humanidad referida al derecho, si con ella se alude a algo distinto de su origen y de su fundamento?

LEGAZ y LACAMBRA en su obra “Humanismo, Estado y derecho”, afirmó:

Una concepción plena y según eso, en una doctrina moral radicalmente autonomista, en el sentido de FICHTE, para el cual el hombre no es simplemente el caso particular de una ley universal, ni el mero conocedor o contemplador del orbe axiológico existente con transcendencia sobre él en la doctrina de los valores de SCHELER y HARTMANN, sino que los valores son creación de la experiencia moral de los hombres, siendo su libertad el órgano de creación incesante y renovada de este mundo ético, en el que tendría existencia el valor jurídico fundamental que es la justicia.⁸

⁸ LEGAZ Y LACAMBRA. *Humanismo, Estado y derecho*. Barcelona, Bosch, 1953, pág. 153.

Con el auge del positivismo, y el respeto del texto normativo, algunos han creído en un hecho curioso y universalmente reconocido: “El derecho se deshumaniza”. Es decir, pierde sus raíces en la humanidad, esto es, en lo humano. Al respecto el autor precitado, LEGAZ y LECAMBRA, afirma:

En efecto lo que antes llamábamos la sustancia de lo jurídico, ese conjunto de valores y verdades trascendentes al hombre, teísticamente fundamentados, tórnase ahora un orden de verdades y valores lógicos que poseen su trascendencia peculiar que obstruye como un dique poderoso la libre energía creadora de lo jurídico, radicada en el hombre. Éste ya sólo sería capaz de aportar contenidos, materia; pero lo jurídico en sí tendría el carácter ahistórico e intemporal propio de las normas como estructuras y objetos ideales. Por esto se rescata la posición de la escuela egológica del derecho, para quien el derecho no es norma sino conducta humana viviente en cuanto viviente, lo cual hace efectivo el postulado de la humanidad del derecho.⁹

Un humanismo que sustenta el orden jurídico habrá de partir de la supremacía del hombre que incluya su necesaria sumisión a las vinculaciones trascendentes y comunitarias propias de su condición. Así, se presenta la necesidad de un individualismo moral que se esfuerce por lograr el reconocimiento de la persona en sus derechos *a priori* y alejado de toda posibilidad de minimización, estandarización, enajenación y cosificación del mismo. ¿Determinismo o libertad para el hombre? El hombre participa de la naturaleza (*ley*) y de la razón (libertad), por ende ha de preferirse su autodeterminación, realizada mediante acciones moralmente válidas y expresadas en forma de juicios categóricos. Así, el imperativo kantiano se complementa diciendo: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu

9 *Ídem*

persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”.

A manera de corolario se puede ir concluyendo:

La vida humana es quehacer, proyecto y todo proyecto responde a un fin. El derecho ha de tener un único fin: posibilitar la realización del hombre. Por ende, el ordenamiento jurídico racionaliza el mínimo de conductas y no el máximo de conductas, porque tiene en cuenta que es el hombre quien se realiza en su libertad.

Repetimos con el autor:

No es sólo el derecho, o el Estado por medio del derecho, el que mata la personalidad, pues eso no está en su poder fáctico: antes que eso, es una ideología lo que puede matar el alma.¹⁰

El nuevo compromiso que fundamenta el quehacer de jurista, está en la ética y en el respeto por la dignidad humana, el reconocimiento de derechos fundamentales y en la realización desde la autenticidad. Sólo así se es oportuno en un mundo de dolor y de crisis.

El derecho no será entonces la simple aplicación rígida de la norma, sino que se tornará en instrumento de credibilidad social, cuando no desviándose de su fin último, el hombre, con mayúscula, garantice el orden social, la justicia y la seguridad jurídica.

¿Más derecho o más justicia? Derecho justo ha de ser la alternativa siempre que considere como norte de acción a la persona con todas sus circunstancias. Desde este respecto se proyecta, entonces, una “paz jurídica”, desde la cual, las relaciones no se rigen por los principios del más fuerte ni de la Selección Natural ni del *Homo*

10 LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, Civista, 1985, pág. 56.

homini lupus est, sino por el principio del respeto recíproco, cuyo cumplimiento queda asegurado. Sólo en el ‘reconocimiento del otro’, se le confiere libertad y personalidad. KARL LARENZ, afirma al respecto: “cada uno debe ser tratado por el otro como persona... Sé una persona y respeta a los demás como persona”.¹¹

Para finalizar, se concluye con CICERÓN:

Es claro que en la misma definición del término (ley jurídica) está implícita la idea y el principio de elegir lo que es justo y verdadero (...) ¿Qué pasa con las muchas leyes pestilentes que las naciones ponen en vigencia? Ellas no merecen ser llamadas leyes más que las reglas de una banda de bandidos (...) Por tanto, la ley es la distinción entre las cosas justas e injustas hecha de acuerdo con la primera y más antigua de las cosas, la naturaleza; y de conformidad con la pauta de la naturaleza están estructuradas aquellas leyes humanas que castigan lo malvado a la vez que defienden y protegen lo bueno.

Crear en el derecho, es creer en el hombre, en cuanto es el único dador de significado. Derecho humanista es una tautología, derecho inhumano es una contradicción.

El derecho debe ser profundamente humano, y no debe sacrificar al hombre en aras de la aplicación rígida de la norma. KALIL GIBRAN dijo:

El derecho no puede ser el cincel que dé forma a la vida del hombre. No sacrifiquemos al hombre por la norma, pues el derecho debe estar orientado a la realización de hombres libres y por ello regula no toda su vida, sino sólo lo socialmente imprescindible, para garantizar la armonía y el equi-

11 *Ibíd.*, pág. 58.

librio social. El humanismo debe ser libertario, dignificante, trascendente, integrador y social.

1.3 INTERPRETACIÓN Y FILOSOFÍA

Cada época se caracteriza por unos temas filosóficos que le son propios. La contemporaneidad plantea como relevantes los problemas de la existencia y la historicidad y, en ellos, el de la verdad. Ésta ya no es entendida como la adecuación de la cosa al intelecto (objetividad), se habla mejor del “horizonte del sentido”, aunque debe advertirse que no es que la verdad haya desaparecido, sino que la objetividad es cuestionada. Es la época de la relatividad y la significación.

El esfuerzo hermenéutico de HANS GEORGE GADAMER pretende “salvaguardar” a las ciencias humanas de los peligros del cientificismo.

Se sabe que la modernidad originó una cultura científica y técnica que se absolutizó. ¿Qué pasó con la hermenéutica? Las ciencias humanas deben desarrollar una epistemología que las proteja del peligro que dicha absolutización comporta. De ahí que desvirtúe la verdad de que la ciencia es objetividad. *Verdad* (objetividad) y *Método* (ciencia). No hay verdad ni método al estilo cientificista. La hermenéutica es un problema de lenguaje, porque “**interpretar es no repetir, sino recrear el texto, reconstruirlo**”.¹² El lenguaje es lo universal, porque la manera del hombre relacionarse es por medio de él. Es un mediador, ya que tiene una función social y política.

Este autor sostiene que el problema hermenéutico fundamental es la comprensión propia de la actividad social humana, ya que el sentirse incomprendido es el principio de la soledad y no hay nada más humano. En dicho problema se amplía el ámbito de la teoría

12 GADAMER, Hans George. *Verdad y método*. Tübinga: Universidad de Tübinga, 1975, pág. 42.

del conocimiento, se busca la verdad, no una verdad acabada, al estilo cientificista sino la comprensión de la verdad. En este punto aquella postura absolutista se queda corta para expresar lo que es una correcta comprensión. Por ello la pertinencia de plantear que “la lectura de un texto o mensaje no produce inmediatamente su comprensión. Se trata, en definitiva, de explicar por qué se hace necesaria, además, la interpretación de lo que en toda comunicación se transmite. El entender no es entonces, algo inmediato sino el resultado de un esfuerzo hermenéutico”.¹³ De lo que se trata es de encontrar el sentido, porque el malentendido es consubstancial al conocimiento y esto debe ser siempre vigilado desde la óptica hermenéutica, ya que ésta es el esfuerzo por encontrar una respuesta a la pregunta de cómo comprender lo incomprendido. Algo que se observa claramente en la tradición, o lo que es lo mismo, la transmisión histórica de sentido –aquello que una cultura hereda de otra–, es el prototipo de toda comunicación por ser problemática, no inmediata y muchas veces distorsionada.

Como se aprecia, la actividad hermenéutica la conjugan dos elementos: uno objetivo, (el objeto a interpretar) texto oral o escrito, y otro subjetivo, la situación concreta del intérprete con sus prejuicios; porque de lo que se trata es de conciliar presente y pasado, ya que “el que quiere entender un texto está dispuesto a dejarse enseñar por él. Por ello una conciencia hermenéutica adiestrada, tiene que ser sensible desde el primer momento a la alteridad del texto”.¹⁴

Pese a lo anterior, esto no supone una neutralidad del hermenéuta. GADAMER es radical al sostener que: “el prejuicio es un juicio emitido antes del examen definitivo de todos los momentos objetivamente determinantes”¹⁵, y por tanto da una preeminencia al sujeto en el proceso interpretativo, lo que no obvia que dicho prejuicio

13 *Ibídem.* p. 319.

14 *Ibídem.* pág. 253.

15 *Ibídem.* pág. 255.

sea provisional, porque el mismo texto se encargará de corregir lo que sea necesario. Así mismo, urge insistir en que el concepto de prejuicio no es peyorativo, también tiene una acepción positiva, que no es otra que el interés que el texto ha despertado en el intérprete. Todo esto porque el prejuicio es esencial para entender el problema del círculo hermenéutico, o sea, cuando en la comprensión de un texto es necesario hacer una anticipación del sentido de su totalidad, de la cual cada elemento es visto como parte –las partes se entienden desde el todo y éste desde aquellas–. Así sucede, por ejemplo, en la jurisprudencia, que no se reduce a la sola aplicación de las leyes generales, sino que las transforma y, al final, la ley es entendida desde los casos que han sido juzgados bajo ella.

Se insiste en una doble universalización: de la hermenéutica y del lenguaje como su fundamento ontológico, porque “el mundo es mundo sólo en la medida en que llega al lenguaje, que es mediación esencial del hombre con el mundo y consigo mismo”¹⁶.

O sea que es en él, en donde lo concreto, lo existente en la realidad, se manifiesta. Hay que llegar al ser del lenguaje, a su esencia, esto porque el mundo es abierto, al igual que su sentido, quien se encuentra inmerso y disperso en la tradición entendida como transmisión de sentido.

Para lograr entonces la pretendida universalización de la hermenéutica y del lenguaje se deben tener en cuenta los siguientes factores:

La situación del intérprete: el hombre comprende su realidad desde una situación histórica determinada, es decir, un estar en ella y formando parte de ella. A ese concepto de situación hermenéutica del intérprete se le corresponde el horizonte, o lo que se conoce como el ámbito determinado de la visión, la postura desde la cual observa, ya que el objetivo es fusionar el horizonte del presente con

16 *Ibidem.* pág. 435.

el pasado. Es leer un texto contando con la tradición humana. Así se logra una verdadera anamnesis. Volver a hacer el texto. Por ello interpretar es producir, no repetir. He ahí la verdadera labor del hermenauta. Se interpreta desde un problema o desde una pregunta.

La tradición: se entiende por tal el ámbito de comprensión, el punto de vista desde donde se comprende, caracterizada por la lingüística. Ésta debe ser oída sin extravíos, ya que es un diálogo, una conversación estructurada como pregunta-respuesta con el problema del sentido, o sea con aquello que se quiere desentrañar, comprender, interpretar y, por último, aplicar.

El diálogo: éste es el modo de ser del hombre, de ahí que la forma de comprender sea hermenéutica, porque somos seres lingüísticos. El diálogo es un juego: vaivén, movimiento. Juego es representar algo, pero no hay un objeto en sí mismo, lo que le permite al jugador abandonarse hasta que el juego se apodere de él. Pero surge un problema cuando hay espectadores; esto, porque el juego ya se torna escénico, es decir, el espectador comienza a tener una participación de primer orden. Es por lo que dialogar es meterse en un juego con otro, no manipulándolo.

El motivo para expresar esta postura es la convicción gadame-riana de que todo lenguaje es un significado del mundo porque donde hay lenguaje está la fuerza lingüística ordinaria del hombre; el lenguaje es humano desde sus comienzos y porque cada lengua es una determinada concepción del mundo.

1.3.1 FILOSOFÍA E INTERPRETACIÓN

GADAMER reacciona frente a una de las consecuencias de la ciencia moderna desde Descartes, la cual fue escindir la teoría de la práctica, a las cuales el considera como una sola realidad. Considera que la hermenéutica es filosofía en la medida en que la comprensión es autocomprensión –conciencia de la propia situación y su determinación histórica–, porque es descripción de lo que siempre acontece.

Y es filosofía práctica en cuanto que hace consciente lo que está en juego en la experiencia práctica de la comprensión.

Lo anterior, porque para este pensador alemán la aplicación debe ser la consecuencia de la experiencia hermenéutica, ya que ésta no tiene sentido si no se aplica, por lo que sostiene que distinguir el saber de la experiencia es carente de sentido, ya que el saber en sí mismo contiene una forma de experiencia; en esto consiste el problema hermenéutico de la aplicación, al que considera tan importante como el comprender e interpretar el mismo. “Comprender significa siempre, y de un modo necesario, aplicar”¹⁷. Y el aplicar posee un saber ético, al estilo aristotélico, porque la comprensión es la aplicación (un caso especial) de algo general a una situación concreta y particular. El hermeneuta se enfrenta con un asunto general (un texto); el enfrentarse con la tradición es un desafío crítico.

Para este pensador, el modelo más claro para comprender el problema de la aplicación hermenéutica es la ética aristotélica, porque tanto la una como la otra no poseen un saber objetivo, algo a constatar, sino “lo que conoce, le afecta inmediatamente. Es algo que él tiene que hacer”¹⁸.

Toda esta concepción gadameriana se resume en cuatro puntos fundamentales:

1. La búsqueda de una nueva forma de racionalidad que venza toda imposición dogmática, como el culto a la ciencia, que manipula la razón, no dejándola incidir en el comportamiento ético y social del hombre. Lo ideal es una racionalidad de fines y de medios.
2. El uso responsable de la razón es la praxis, porque para saber lo que tenemos que hacer, hay que hacer lo que queremos saber.

17 *Ibidem.* pág. 438.

18 *Ibidem.* pág. 439.

3. El reconocimiento de la finitud e historicidad humanas, el hombre debe tomar conciencia de su finitud y vivir frente a ellas.
4. Superación de la dicotomía teoría-praxis, o verdad y método, ahondada con la filosofía moderna, regresando a la filosofía práctica aristotélica para evitar el error de confundir a la praxis como una mera aplicación de la teoría, ya que su preocupación fundamental fue y es la búsqueda de la identidad del hombre actual y la solidaridad entre los hombres en un mundo tecnocrático.

1.3.2 INTERPRETACIÓN - DERECHO

Comprender no es más que indagar y atribuir un significado a un signo lingüístico determinado, ya sea oral o escrito. Por ello, el ejercicio de interpretar es entendido como un “hacer mediador por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático”¹⁹.

Si se aplica a las normas jurídicas el concepto citado, se estará ante la interpretación jurídica que tiene como fin comprender el sentido y significado de las normas. Significado que, aparte de ser problemático de por sí, puede aumentar su dificultad en razón de la complejidad que cada caso en particular presenta, y al que han de aplicársele dichas normas jurídicas.

Así las cosas, la interpretación jurídica sólo es concebida dentro del marco de la aplicación que la norma posee, algo que se observa con mayor nitidez entre más singular concreto sea dicho marco de aplicación, como es el caso de la interpretación judicial.

19 LARENZ Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1980, pág. 192.

Se observa entonces que la interpretación, completa los tres momentos de la vida del Derecho. Está situada al lado de la función creadora y de la aplicación. Esto porque la dimensión creadora de la interpretación –el sentido objetivado– no puede existir sin una conciencia que lo vivencie y que al hacerlo lo aplique.

Por eso, interpretar, más que descubrir el sentido de la norma, es atribuir a ésta un determinado sentido. La norma se ofrece al intérprete con una textura abierta que permite llevar a cabo una actividad complementaria de producción de normas jurídicas, algo que en sentido estricto debía corresponder al legislador²⁰.

Así, desde esta perspectiva, es desde donde la interpretación jurídica cobra toda su importancia. La que a su vez, posee una dimensión problemática porque:

- No existe una única y definitiva interpretación que sea correcta y válida para todos los casos y en todo momento.
- Es ese carácter problemático el que justifica y magnifica la existencia del juez –como intérprete por excelencia– quien ante el abanico de posibilidades que ofrece el caso sub júdice, tiene que decidirse por la solución más justa.

1.3.2.1. Modelos de interpretación

1.3.2.1.1. *Interpretación estática o teoría subjetiva de la interpretación*

En este caso, lo realmente querido por el intérprete es indagar por la voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*). Por ello la interpretación legal es constatar el sentido que el legislador profirió a las palabras utilizadas; de ahí que el intérprete deba colocarse en el

20 MARTÍNEZ R., Luis y FERNÁNDEZ S., Jesús. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona, Ariel, 1994, pág. 280.

lugar de aquel y llevar a cabo su propósito, contando con la situación jurídica al momento de la promulgación de la norma y el fin perseguido por su creador.

Esta concepción propia de los absolutismos, aboca por el poder de legislar, mostrándose recelosa frente a cualquier modelo interpretativo que conciba creativamente a la función judicial. “Razones políticas entremezcladas con principios doctrinales e ideológicos – desde los cuales se defiende la plenitud del ordenamiento jurídico y sobre todo que las leyes son siempre razonables, justas, claras y fáciles de entender– son las que abogan por este tipo de interpretación subjetiva”²¹. Por ello esa *voluntas legislatoris* no es más que una idealización y no expresión del arbitrio de quien detenta el poder.

Es criticada por su marcado matiz ideológico, olvidándose de las circunstancias concretas que le inspiran. Pese a todo, por lo menos teóricamente, ofrece ciertas ventajas.

Si la ley es razonable y justa y además clara; si la actividad interpretativa es meramente reproductora y no creativa; si la aplicación se limita a una simple operación lógico matemática en la que no cabe ningún tipo de intromisión de aspectos subjetivos del juez, entonces la conclusión parece muy clara: conociendo las normas jurídicas podemos predecir la decisión judicial, lo que nos proporciona un alto grado de seguridad jurídica en cuanto certeza y previsibilidad²².

Todo esto, sin embargo, exige un alto precio; la aplicación del Derecho, si quiere ser justa y equitativa, tiene que tener en cuenta una valoración de las circunstancias concretas en donde se aplica. Igualmente, esa seguridad jurídica es ficticia, porque al basarse en posturas ideológicas enmascara la verdadera realidad, sabiendo

21 *Ibidem.*, pág. 282.

22 *Ibidem.*, pág. 283.

además que el Derecho se erige no desde la racionalidad axiomática sino práctica.

1.3.2.1.2. Interpretación dinámica o teórica objetiva de la interpretación

El hermeneuta tiene como meta fundamental la voluntad de la ley (*voluntas legis*). Ella, en muchos casos, supera la propia voluntad del legislador, por eso, lo que importa es el sentido objetivo que subyace en ella. No obstante, ese sentido no es cerrado o definitivo, sino abierto a las necesidades sociales propias de cada caso. De ahí que para interpretar la ley adecuadamente, deba hacerse desde una perspectiva teleológica, es decir desde el fin que persigue, investigando las situaciones sociales que la ley pretende regular y observar cuál es el remedio más satisfactorio.

Debe tenerse cuidado de que al tener el intérprete más libertad, se caiga en un decisionamiento judicial, y que la función judicial absorba completamente a la legislativa. Eso attentaría contra la seguridad jurídica; es decir, contra la justicia y la equidad.

Por todo ello se debe lograr en la actividad hermenéutica una armonización que permita descubrir el sentido actual de la norma dentro de la voluntad del legislador.

1.3.2.2. Clases de Interpretación

1.3.2.2.1. Auténtica

La que realiza el autor de la norma, es decir, el legislador. Por eso es auténtica, por recoger fielmente la voluntad de su creador.

Ésta, a la luz de la teoría objetiva de la interpretación, lleva a pensar que el legislador no tiene que ser el auténtico intérprete de la norma, sobre todo “porque la interpretación jurídica no tiene sentido si no es en función de las características particulares del caso

concreto, con base en las cuales se cierra el proceso abierto en que consiste la norma jurídica”²³, contrario a la interpretación abstracta y general del legislador. Se acepta que hay riesgos graves, como el suplantar la función judicial por la legislativa.

1.3.2.2.2. *Jurisprudencial*

La realizada por los tribunales, concretamente los jueces, que deben ser los auténticos intérpretes, ya que:

- Son quienes están obligados a decidir.
- Son quienes mejor conocen la singularidad del conflicto.
- Se sitúan en un plano externo al del legislador y al de sus intereses.

1.3.2.2.3. *Doctrinal*

Es la llevada por la doctrina cuando estudia teóricamente el problema de aplicación de la norma general al caso particular. Su valía radica en su postura crítica y orientadora frente a los fallos judiciales. Estos, al ser un acto hermenéutico, están impregnados de aspectos subjetivos y valorativos del juez, que a su vez, si pretende que su decisión sea jurídicamente correcta y socialmente aceptada, debe ceñirse a unos límites racionales, como los siguientes:

- Todo acto interpretativo se debe ajustar a las limitaciones jurídico-normativas, porque toda norma posee dos zonas distintas: una indeterminada, incierta, donde la libertad interpretativo-valorativa es mayor. Otra determinada, o fácilmente determinable, que es el auténtico límite al que está sometido el intérprete.
- Debe existir una adecuación entre el texto y el espíritu.

23 *Ibidem.*, pág. 285.

- NO se debe olvidar el significado primitivo de la norma, es decir, lo que quiso el legislador; como tampoco impedir la consideración de elementos históricos y teleológicos.
- La solución más justa no es la del intérprete, sino las más adecuadas a los valores sociales.
- Toda interpretación debe estar argumentada lógicamente para evitar su ideologización.

1.3.2.3 Criterios interpretativos

- *Gramatical*: se refiere a las directrices literales y sintácticas de la norma jurídica, a las que se debe someter el intérprete, pero superándolas. Hoy el lenguaje dice cada vez menos en sentido literal. Esta fue la pretensión de la escuela exegética del derecho al tratar de crear un totalitarismo jurídico: todo el derecho está en la ley y la ley es todo el derecho, exigiendo fidelidad al tenor literal de la norma y por ende a las palabras mismas del legislador, dejando por fuera la posibilidad de interpretar y significar de manera diferente la norma, pretensión que se reconoce en DIEGO LÓPEZ MEDINA en su obra “La teoría impura del derecho”.
- *Lógico-conceptual*: consiste en desglosar los elementos particulares a que se refiere la norma jurídica, para posteriormente realizar una recomposición de los mismos y poder formular una serie de principios jurídicos.
- *Sistemático*: se debe colocar la norma a interpretar en relación con otras normas jurídicas que regulan esa institución, con las demás normas del orden jurídico y con la Constitución.
- *Histórico*: es importante tanto para la interpretación subjetiva como para la objetiva. El hermeneuta debe examinar los elementos históricos de la norma como: los precedentes remotos (derecho romano), los inmediatos (las constituciones anteriores del mismo Estado), el proceso de elaboración de

esta norma (anteproyectos, etcétera), o la misma exposición de motivos de la norma a interpretar.

- *Teleológico*: hay que detenerse en el examen de la finalidad de la norma en un contexto histórico, así como desde criterios de equidad y de justicia. Es recuperar el *telos*, el fin, la intencionalidad, el espíritu de la ley, en la forma de resolver los conflictos y contenciones sociales.

1.3.2.4. Métodos de interpretación

1.3.2.4.1. *Dogmático - Normativo*

Entiende el Derecho como un conjunto de normas que expresan dogmáticamente un sentido que el intérprete debe descubrir. Dicho sentido es la voluntad del legislador expresada en la ley. Por ello, el hermeneuta se debe ceñir a ella sin ninguna consideración subjetiva o extranormativa, razón por la cual no se lograría una verdadera interpretación jurídica. Todo el proceso de aplicación queda reducido al silogismo jurídico, en donde la premisa mayor es la norma; la menos, el supuesto de hecho que se pretende regular, y la conclusión, la sentencia. Sólo interesan la neutralidad judicial y, por consiguiente, la seguridad jurídica.

1.3.2.4.2. *Sociológico - Normativo*

El Derecho se introduce en la compleja realidad social, convirtiéndolo en algo más dinámico y autónomo frente al legislador. Por eso la actividad hermenéutica es más creadora y valorativa que meramente descriptiva; apoyada en la sociología, ya que el texto legal interpretado debe ser concretado en relación con los efectos sociales que produzca o por los fines que lo orienten.

1.3.2.4.3. *Tópico - Normativo*

Se necesita un razonamiento tópico, contrario al sistemático o axiomático. Aquél “no tiene nada de sistemático ni de axiomático, ni

siquiera de lógico, en cuanto que no funciona con criterios sistemáticos, sino que más bien viene caracterizado por su carácter problemático, valorativo y de ponderación, deduciendo conclusiones probables de premisas cuya única fuerza es su general aceptación por parte de los interlocutores”²⁴, tal como lo consideran PERELMAN, VIEHWEG y ARISTÓTELES.

Como se aprecia, esta última concepción de la labor interpretativa tiene una concepción del Derecho totalmente abierta, caracterizada por los tópicos, es decir, por las premisas, problemas de diversa índole que en una sociedad se pueden presentar y que, al aplicarse al Derecho, no se pueden desconocer, permitiendo multiplicidad en las soluciones y expresadas en los silogismos.

Hoy el derecho se mueve desde una racionalidad problemática y aporética, desde la libertad y la valoración, características que no se predicán de las ciencias naturales. El derecho está en la vida y la vida es el derecho y por ende no es parametrizable con caracteres matemáticos. Las nuevas tendencias nos hablan de un derecho justo, razonable, argumentado, abierto, significativo y en términos de pura interpretación.

El canon de interpretación en el derecho privado

1. La interpretación jurídica
 - a) La perspectiva de HELBERT HART: la textura abierta de la norma jurídica.
 - b) La interpretación como una reacción a la dictadura de la exégesis.
 - c) Modelos de interpretación:
Objetiva (*voluntas legis*).

24 *Ibidem.*, pág. 297.

Subjetiva (*voluntas legislatoris*)

Clases de interpretación:

Auténtica o legal

Doctrinal

Jurisprudencial.

Criterios de interpretación:

Gramatical

Lógico-conceptual

Sistemático

Histórico

Teleológico

Métodos de interpretación:

Normativo-deductivo-exegético

Sociológico

Tópico (dualismo, argumentación decisión)

2. El canon de interpretación en el Código Civil colombiano

Título preliminar. Capítulo IV: Interpretación de la Ley

Artículo 25: Interpretación auténtica

Artículo 26. Interpretación doctrinal

Artículo 27. Interpretación gramatical

Artículo 28. Sentido corriente de las palabras

Artículo 29. Sentido técnico de las palabras

Artículo 30. Interpretación sistemática

Artículo 31. Interpretación extensiva

Artículo 32. Interpretación por equidad.

Título 12. Del efecto de las obligaciones

Artículo 1602. El contrato es ley para las partes

Artículo 1603. Ejecución contractual de buena fe

Título 13. De la interpretación de los contratos

Artículo 1618. Prevalencia en la intención

Artículo 1619. Términos generales

Artículo 1620. Interpretación lógica

Artículo 1621. Interpretación por la naturaleza del contrato.

Artículo 1622. Interpretación sistemática

Artículo 1623. Interpretación extensiva.

Artículo 1624. Interpretación a favor del deudor.

Capítulo 14. Del pacto comisorio

Artículo 1935. Cláusula sobre entendidas: pacto comisorio simple

Artículo 1950. Cláusulas ineficaces.

Apreciación de las pruebas. Artículo 205, Decreto 960 de 1970: la sana crítica.

Ley 153 de 1857.

Artículo 1, artículo 2, artículo 3, artículo 4, artículo 5 (conflicto de leyes: anteriores y posteriores, especiales y generales, aplicaciones del principio del derecho natural, interpretación en equidad natural, artículo 10 (sentencias de casación, artículo 9, artículo 8, artículo 14, artículo 17, artículo 39, artículo 40, artículo 41, artículo 43, artículo 44, artículo 45)

3. La integración del ordenamiento jurídico: analogía *legis* y analogía *juris*.

4. La nueva retórica: argumentación, valoración y tópicos.
5. La principalística. Principios generales del derecho, como criterios de interpretación:

Naturaleza, características, funciones, importancia, métodos de aprehensión y de aplicación, vías, principios generales del derecho privado.

1.3.2.5. A manera de síntesis

Decálogo del hermeneuta jurídico

1. No consideres la hermenéutica como un método. Ella es un proceso que se construye y re-construye permanentemente, desde las interacciones sociales.
2. La norma jurídica no tiene un carácter cerrado. Ella siempre tiene “algo más por decir”. A pesar de la plenitud hermética, el derecho presenta zonas de indeterminación.
3. No reduzcas la hermenéutica jurídica a una lógica meramente deductiva y formalista. Desde el carácter amplificador de la norma, ella puede decir “muchas cosas a la vez”.
4. No tomes ningún principio de interpretación como absoluto. La hermenéutica tiene múltiples referentes de sentido o significación.
5. No pretendas llegar a ninguna verdad u objetividad en materia jurídica. El silogismo judicial no es modelo acertado de la comprensión jurídica. No hay conclusiones unívocas, últimas y definitivas.
6. La interpretación no es un “*a priori*” del derecho. Ella es el producto de una lectura “*a posteriori*”, con base en las condiciones culturales e históricas.

7. No niegues nunca a la “valoración” un papel preeminente en la interpretación jurídica. La “ponderación” tiene también un alcance relevante.
8. El lenguaje no es el único instrumento de interpretación. En él se consideran ejercicios ideológicos y relaciones de poder, que conllevan determinados sentidos posibles.
9. Ten presente que la “comprensión” del derecho, es una tarea hermenéutica, en búsqueda de horizontes de sentido, con base en unos valores.
10. Permite que la norma jurídica, signifique muchas cosas a la vez, aún muchas de ellas contradictorias. Desde una teoría de la argumentación, las razones tienen valor relevante, desde una concepción de la lógica de la “prudencia”.

Esta obra se terminó de imprimir en julio de 2012
Biblioteca Jurídica Diké
Medellín - Colombia