

HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL ANTE EL ESTADO DEL DERECHO

Justificación y objetivos de la temática a tratar

Albeiro Pulgarín Cardona

Abogado egresado de la Universidad de Medellín,

Profesor de Hermenéutica Jurídica U.P.B.

Derecho de la U.P.B.

Entre los obstáculos epistemológicos para la comprensión de la teleología consagrada en la parte dogmática del nuevo Orden Constitucional, está la deficitaria postura filosófica que opera como reflejo de la crisis de identidad con el devenir histórico.

Las reflexiones sobre el actual proceso político nos permiten desentrañar las incongruencias, entre un anticonstitucionalismo que se campea en la materialidad social, vale decir, entre una facticidad antijurídica; contra unas pretensiones consagradas en la instancia lógico-formal para resolver los conflictos, a la sombra de los parámetros del Constitucionalismo Contemporáneo.

La ruptura de estas nuevas tendencias con esquemas influidos por la efervescencia política, científica y técnica del pensamiento decimonónico, se entiende a partir del análisis de dos paradigmas: El del Positivismo y el del Yusnaturalismo. Estos dos métodos o escuelas del conocimiento inspiraron los procesos constitucionales hasta el siglo XIX; pero no obstante su crisis y su decadencia, el aparato educativo, por su dependencia a intereses circunstanciales, se ha convertido en un reproductor ideológico de ellos en detrimento de los objetivos de las concepciones políticas, sobre la dinámica social, económica y jurídica contemporáneas.

Esa pugna no pacífica entre Yusnaturalismo y Positivismo, se ha venido dirimiendo hasta lograrse una interrelación de los dos esquemas, aceptando cada uno, los ingredientes actualizadores y armonizantes de una práctica filosófica. Esta es la exigencia de analizar el actual proceso Constitucional a partir del estudio de la modernización de las dos escuelas aludidas que se han denominado como neoyusnaturalismo y neopositivismo. Por ello planteamos como hipótesis la influencia del neoyusnaturalismo en el actual Estado del Derecho.

Este llamado de urgencia, va encaminado a tomar conciencia de la ruptura epistemológica que debe hacerse con la derogada Constitución centenaria, liberación no sólo desde el punto de vista teórico, sino de la apreciación pragmática de los hechos, porque la no recuperación de este sentido de la vida, ha reducido a la inocuidad los avances de contenido filosófico consagrado en el Nuevo Orden Jurídico.

Estas falencias se expresan en las contradictorias e inconsistentes interpretaciones que se han venido haciendo a la solución de los conflictos con posterioridad a la vigencia de la Carta de 1991. Los reflejos de esta crisis no avizoran enriquecimiento de una Teoría Constitucional en la perspectiva del Estado de Derecho, sino la ausencia de los ingredientes internos de la razón independiente, por lo cual parte de la Jurisprudencia aún trasunta posturas ideológicas por la defensa de intereses específicos en juego. Con el agravante de que la respuesta de la salida a la crisis no es el desarrollo de la Filosofía Jurídico Política sino una contrarreforma de profundo contenido prepolítico. Enfrentamos una situación donde la crisis opera como obstáculo al desarrollo neopositivista y neoyusnaturalista que pretende la Hermenéutica, entendiéndola en una perspectiva filosófica, no ideológica.

Siendo concientes de las limitaciones para agotar una temática cautivadora de tantos desafíos, aceptamos el reto de plantear al conjunto de la sociedad y el Estado, las bases filosóficas que han de recuperar la idoneidad ética y pedagógica que exige una praxis jurídica en pro de la paz, la tolerancia y la democracia. Para la motivación de estas tareas desarrollaremos la siguiente temática:

I. LA HERMENEUTICA EN LA PERSPECTIVA FILOSOFICA CONTEMPORANEA

Tratando de revivir las nostalgias Hegelianas, entre el desarrollo de una Historia de Filosofía o una Filosofía de la Historia, el pensamiento se ve también hoy enfrentado respecto a una Hermenéutica en la perspectiva filosófica, o a una filosofía en la perspectiva hermenéutica; ejercicio teórico justificable para emprender nuevamente una experiencia de la verdad, porque, ésta, al igual que la justicia, ya no es una posesión objetivable, sino un horizonte de sentido, que le debe dar respuesta al debilitamiento del ser (en provecho del poder) gracias al predominio de concepciones metafísicas que el hombre moderno está en mora de corregir.

Históricamente, en el siglo XIX la Hermenéutica surge contra el cientificismo positivista, y de disciplina auxiliar, emerge con una postura integracionista al rescatar dialécticamente la sicología, la gramática y la estética. Renace la Hermenéutica como conciencia histórica, porque ganada la batalla contra el cientificismo, la Hermenéutica se ha convertido en filosofía, concretamente en lo fenomenológico y lo dialéctico, al colocar en entredicho el ejercicio

interpretativo con el predominio de utopías no científicas amarradas a concepciones ideológicas.

En estas conquistas de la filosofía en la perspectiva hermenéutica encontramos los elementos indispensables para un saber práctico, es decir, un saber de la aplicación, un saber de la justa mediación de lo general y lo particular, vale decir, la Hermenéutica sale al encuentro del ethos, al poner al frente como principio: La pertenencia del intérprete con lo interpretado y la conciencia de las consecuencias de su decisión; ya no se trata entonces de la mala conciencia del acomodamiento conformista sino de una conciencia ética y estética de la dialéctica de la finitud en el proceso de comprensión del mundo al no agotarse en la teoría sino en la praxis transformadora del mismo.

En este remozamiento de esta disciplina ya no auxiliar sino fundamental se rescatan grandes representantes del uso totalizante de la razón en la historia como son: Sócrates, Aristóteles y Hegel. Un gran aporte para este desarrollo se encuentra en Aristóteles quien coloca como un primero al "Ethos", del cual tiene que partir toda reflexión en una filosofía práctica, vale decir, coloca al frente el papel del "carácter" que mediante ejercicio y hábito se ha convertido en naturaleza, y que hace que lo ético, siendo tan personal y tan individual esté inseparablemente unido con *el pueblo, la lengua y la historia* a la que uno se siente perteneciente.

Como las enseñanzas acriticas del derecho le han dado un tratamiento anódino al lenguaje, es necesario hoy rescatar su papel con el siguiente pensamiento que al respecto cuñó para la historia el estagirita citado: "El único ser viviente que tiene lenguaje es el hombre. La voz revela dolor y placer, y es por ello también propia de otros seres vivientes; el lenguaje, por el contrario sirve para lo siguiente, para comunicarse lo útil y lo dañino, y por lo tanto también, lo justo y lo injusto. Esto es, a saber, en contraposición a otros seres vivientes lo peculiar del hombre: Que es el único que posee la percepción del bien y del mal, de lo justo y lo injusto. La comunidad en estas cosas genera la casa y el Estado".

He ahí que la Hermenéutica, como la "política" de Aristóteles, debe incorporar todas las ciencias, percibir los chances de conocimiento de todos los métodos científicos allí donde se dejan aplicar a sus objetos y aprovecharlos al máximo. Y así como la "política" en cuanto filosofía práctica no era una "técnica superior", así tampoco la Hermenéutica: "Ella tiene que incorporar lo que las

ciencias pueden conocer en el contexto de comprensión en que nosotros vivimos", su universalidad debe entenderse hasta los principios del sentido común. La Hermenéutica no es por lo tanto una doctrina metodológica, un arte de la interpretación entre otros, sino filosofía; ella no reflexiona únicamente sobre los métodos que la práctica, sino también sobre las preguntas a las cuales las aplicaciones de las ciencias deben ser subordinadas, si como debe ser en la praxis, se trata de actuar de modo que el "Bien" el objeto antiguo de la filosofía práctica, encuentre efectivamente su realización. La filosofía no puede entonces, ni comenzar de cero, ni terminar en conocimiento finito, no puede ser tampoco la Teoría cuya legitimación exigirá un intelecto finito, postulado o revelado. Ello no corresponde a la experiencia infinita e histórica de nuestra existencia.

Se colige de lo expuesto, que a la nueva Constitución no le es suficiente una lectura lineal, sino una relectura con proyección ética como norte, relectura crítica liberada de influencias ideológicas, donde prime una razón independiente, que es la que actúa sin influencias racistas, partidistas o económicas de los poderes constituidos, requisito que sólo puede cumplirse cuando el conocimiento se nutre de la filosofía como máxima expresión del espíritu absoluto.

Esta es la razón por la cual una propuesta de Hermenéutica Constitucional tiene que recorrer las enseñanzas de la Teoría, la Doctrina y la Técnica Jurídica. El presupuesto de estos tres momentos del pensamiento lo da la Filosofía, por tal motivo el segundo acápite se refería al estado actual de las dos concepciones yusfilosóficas contemporáneas más sistemáticas y metodológicas.

II. ESTADO ACTUAL DE LAS DOS CONFRONTACIONES FILOSOFICAS RESPECTO AL DERECHO

A. Génesis, consolidación y desarrollo de la postura que defiende la concomitancia armónica entre Sociedad, Derecho y Estado.

1. Breve esbozo de su Evolución Histórica

Sin desconocer el aporte de la Filosofía Oriental hacia una elaboración de una teoría de la Sociedad, el Estado, la Moral, la Política y el Derecho, hay que ubicar en el mundo Helénico la época en donde mayor desarrollo tienen las concepciones sobre los tópicos aludidos; queremos decir, que es en esas tres instancias del pensa-

miento griego, nos referimos a la Presocrática, Socrática y Post-socrática donde entran en ebullición las confrontaciones entre, las aceptaciones de un Derecho natural alrededor del cual debe girar el Proyecto Político orientador de la sociedad; frente a las que no le dan prevalencia a la existencia del Estado y el Derecho por considerarlos no necesarios para el desarrollo social. Pero si son los griegos quienes rescatan un conjunto de principios y además de ello elaboran un diseño de la Polis, combinación de estos dos factores que han servido de reserva a la humanidad para colocar un proyecto de Estado Etico como ordenador de las relaciones entre individuo-sociedad.

La etapa posthelénica de la humanidad, no fue muy próspera en el desarrollo de esas concepciones, pues recordemos que Roma distanció la relación teórica y hechó en beneficio de una concepción pragmática del poder; y en el largo período oscuro del medioevo toda tendencia modernizante de las concepciones del poder eran estigmatizadas bajo la sombra de las concepciones heréticas, situación desventajosa para la cultura jurídico-política, no obstante que en San Agustín y Santo Tomás hay un refrescamiento de los principios filosóficos de antaño.

El desquiciamiento de la estructura feudal y al compás del impacto de la revolución industrial, científica y política, enciclopedistas e iluministas se caracterizan por revivir al frente del poder una perspectiva filosófica; no obstante la riqueza de los planteamientos de este siglo de las luces, una postura sistemática y metodológica en la relación Derecho, Sociedad y Estado, sólo la encontramos en el pensador Prusiano Guillermo Federico Hegel.

2. Metodología y sistematización de esta concepción

En el sistema de Hegel se muestra el carácter del hombre, apareciendo como lo realmente existente: La Razón, la cual se vive y manifiesta en el tiempo. La realidad como razón y pensamiento, según su apotegma: "Todo lo que es Real es racional y todo lo racional es Real".

En lo absoluto se conjugan la naturaleza y el espíritu, se conjugan e identifican todas las diferencias, y los elementos de la existencia se relacionan produciendo íntima necesidad. Lo absoluto va unido a la vida y como tal se da en el tiempo y en el espacio, es decir, es producto de la historia.

Hegel, no habla de una sustancia o cosa sino de un sujeto personal, que actúa como pensamiento, lo que no es otra cosa que el

método dialéctico en donde el sujeto se manifiesta a través de la opinión de sí mismo; luego la contrapone como lo opuesto que es la naturaleza, y de la reconciliación de estos dos momentos, surge el concepto en forma clara, o sea, la tesis, la antítesis y la síntesis.

Pero la contraposición de la idea con la naturaleza como negación, no es la culminación, pues esta contra-posición en el pensar humano se manifiesta como un medio de iluminación de la verdad.

La evolución de ese pensamiento en el hombre, al centro del cual está la idea, la misma que una vez enriquecida por la exterioridad se hace consciente, surgiendo la idea como ser para sí, que en cuanto conciente, emerge una instancia con superioridad jerárquica, confrontándose el espíritu, tercer estadio en la relación pensamiento y naturaleza que constituye la filosofía del espíritu.

La estructura formal de esta fundamental etapa de su sistema y metodología, repite la unidad dialéctica entre tesis, antítesis y síntesis a través de tres derivaciones del espíritu, derivaciones a su vez progresivas de lo subjetivo a lo objetivo hasta lo absoluto. Para lo que interesa al tema que nos incumbe desarrollar, sería suficiente el análisis del espíritu objetivo, pero si la perspectiva hermenéutica no es una particularidad, sino una universalidad del pensamiento, entraremos a desarrollar las tres etapas del espíritu,, haciendo énfasis en la que está residenciada la estructura jurídico política, o sea la del espíritu objetivo.

a. La dinámica del espíritu subjetivo

El espíritu subjetivo se presenta, en primer término, como alma, que adopta una forma humana (antropología); en segundo, como conciencia, fase en que el espíritu se diferencia de sí mismo de la corporeidad (fenomenología); en tercero, como espíritu que subordina teórica y prácticamente al mundo exterior (sicología).

1) La Antropología

La Antropología como Hegel la entiende, trata del alma encarnada en el hombre; distinguiendo tres grados en el desarrollo de la conciencia: 1) La conciencia en general (el objeto se opone al yo); 2) la conciencia de sí (el objeto es el yo mismo); y 3) la razón (el objeto pertenece al yo como pensamiento).

2) La Fenomenología

La misión de la fenomenología veíala Hegel en la exposición de la manera como surge y se desarrolla la ciencia en general, o el conocimiento como autoconocimiento de lo absoluto.

El método científico tal como Hegel lo entiende, es inseparable del contenido y determina por sí mismo su ritmo, la tensión del concepto, el movimiento dialéctico de la propia proposición. El fundamento de la existencia misma de la ciencia es el automovimiento del concepto.

3) La Psicología

La médula racional de la dialéctica Hegeliana, en lo que a la psicología se refiere, se muestra en el hecho de que Hegel se opone a la división metafísica de la Sique en facultades separadas y autónomas así como el predominio exclusivo del método analítico en la psicología. La unidad de pensamiento y de voluntad están en el espíritu teórico, espíritu práctico y espíritu libre como culminación del proceso del espíritu subjetivo, es decir, del espíritu como conciencia individual.

b. La dinámica del Espíritu Objetivo

Su desarrollo se realiza en la vida social como función de la razón, pasando del momento subjetivo a la esfera de la vida colectiva, convirtiéndose la voluntad en creadora de relaciones e instituciones en las que el mismo se realiza objetivamente.

Los tres momentos de este proceso, en que el espíritu supera la individualidad actuando la voluntad como inteligencia pensante, son: El Derecho, la Moralidad y la Eticidad.

1) El Derecho

El Derecho es, por tanto, el momento abstracto del espíritu objetivo, la esfera de los derechos y los deberes de los que es sujeto el individuo en su libertad externa, independientemente de su pertenencia a una sociedad organizada, y que se realiza como afirmación objetiva de la persona, no en el sentido estrictamente jurídico, sino en el modo de significar todas las determinaciones de la libertad. Una existencia, en general, que sea existencia de la voluntad libre, es el Derecho. Este por tanto es la libertad en cuanto a idea.

Esta LIBERTAD se afirma, para salir de lo absoluto y encontrar su garantía, EN LA PROPIEDAD, haciendo que las cosas estén en función de la vida de la persona, y de la PROPIEDAD se pasa al CONTRATO, en el que la voluntad reconoce a otras voluntades y la LIBERTAD se realiza como relación entre voluntades distintas que se reconocen recíprocamente LIBRES y que pueden transmitirse la una a la otra sus PROPIEDADES. Cuando sin embargo, la VOLUNTAD INDIVIDUAL, que en la PROPIEDAD y en el CONTRATO coinciden con

la VOLUNTAD UNIVERSAL, se realiza en oposición con esta última, invadiendo arbitrariamente la esfera de las libertades de los demás, dando lugar a lo que no es derecho.

2) La Moralidad

Es un proceso de la libertad del querer de la persona que se hace universalidad y por ende sujeto, categorizando la libertad individual en tres estadios: La resolución, la deliberación y el bien y el mal.

La voluntad del individuo particular considera el bien como lo esencial para ello; esta esencia constituye su obligación. La particularidad (del individuo), sin embargo, diferente del bien mismo, se ordena para el punto de vista moral como parte de la voluntad subjetiva. Así es como, por el momento, el bien tiene el carácter de esencia universal abstractada del ser del deber. De esta condición se sigue que la voluntad tiene que cumplir con el deber por el deber mismo.

El derecho de la voluntad subjetiva consiste en que lo que ella deba reconocer como válido lo puede comprender como bueno. Las acciones de la voluntad, que son los modos como sus intenciones se hacen objetivamente reales, sólo le deben ser imputadas de acuerdo con el conocimiento que ella tiene del valor de tales acciones en la realidad. Tales acciones serán de acuerdo con el derecho de la voluntad subjetiva, justas o injustas, buenas o malas, legales o ilegales.

3) La Eticidad

La verdadera Filosofía del Derecho Hegeliana se encuentra, contenida en los análisis dedicados a la eticidad, ya que es precisamente allí cuando el derecho es contemplado como realidad en la que el hombre se realiza íntegramente en sí mismo. El ethos (como llama Hegel esta realidad) es la sustancia concreta en cuanto forma infinita.

También el momento de la eticidad se desenvuelve en tres grados: La familia, la sociedad civil y el Estado. EN LA FAMILIA la relación natural entre dos sexos se convierte, a través del matrimonio, en relación ética, pero, a partir del desenvolvimiento de la misma con la educación de los hijos y su transformación en persona autónoma que da origen a una multiplicidad de grupos familiares, DE LA FAMILIA SE PASA A LA SOCIEDAD CIVIL, que constituye el organismo ético en que las relaciones recíprocas de los individuos como personas singulares se constituye en una uni-

versalidad. La integración de los individuos en la unidad constituida por la SOCIEDAD CIVIL se realiza primeramente como un SISTEMA DE NECESIDADES, esto es, como una ESTRUCTURA ECONOMICA, más adelante, como un sistema de las RELACIONES JURIDICAS relativas a la administración de justicia, y, finalmente, como administración pública (o policía) y sistema de las corporaciones.

Familia y corporaciones son las raíces éticas del estado. El fin de las mismas, limitado y finito, alcanza verdad en el fin universal en sí y por sí, realidad absoluta, que se realiza al pasar de la SOCIEDAD CIVIL AL ESTADO.

c. La Dinámica del Espíritu Absoluto

Es importante que la cultura jurídica tenga en cuenta el desarrollo integral del sistema y el método dialéctico Hegeliano, pues esta tercera parte de su Filosofía del Espíritu, es el coronamiento de su idealismo objetivo. Este estadio que opera como síntesis, pero que también puede ser tesis se manifiesta sucesivamente en el arte, la religión y en la filosofía; el arte tiene su expresión en la imagen; la religión en las representaciones y la filosofía tiene su expresión en el concepto.

Un sistema jurídico que procure el orden en lo social, en lo económico y en lo político, tendrá que tener una antesala ética, la cual se encuentra residenciada en el espíritu objetivo. Pero la actualización y dinamización del objetivo ético sólo se logra con uno de los elementos más enriquecedores de la razón, como son los que componen el espíritu absoluto. Aclaremos que la sola lógica formal no contiene de por sí el elemento ético, para que éste se desarrolle, es necesario en el proceso de interpretación, una lógica axiológica residenciada en el espíritu absoluto.

B. Génesis y desarrollo de la postura que niega la pretendida concomitancia entre Sociedad, Derecho y Estado.

1. Posición de los teórico de la dialéctica Materialista

La riqueza teórica de los planteamientos vistos, llegó a definir este avance del pensamiento, como el fin de la filosofía del derecho; mientras que para otros lo caracterizaron más bien como su comienzo, porque el sistema y metodología visto en el acápite anterior, creó dos tendencias entre los nuevos intérpretes: Unos en la perspectiva dogmática, pretendieron consolidarla como finitud; mientras otros quisieron ser consecuentes con su mensaje dialéctico para tomar de ella lo metodológico e impugnar el aspecto sistemático.

Esta última corriente estuvo liderada por los teóricos del materialismo histórico, quienes plantearon que, en la producción social de su existencia, los hombres forman parte de ciertas relaciones necesarias, independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a un determinado grado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituyen la estructura económica de la sociedad, o sea, la base real sobre la que se eleva una superestructura jurídica y política y a las que corresponde determinadas formas de conciencia social. La forma de producción de la vida material condiciona el proceso social, político y espiritual de la vida en general. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser, sino que al contrario es su ser social lo que determina su conciencia.

Esto es el materialismo histórico que no es, evidentemente, un materialismo metafísico, reducción de toda la realidad a materia, y que ni siquiera comporta un total determinismo en el sentido en que el pensamiento humano esté absolutamente determinado por las situaciones económicas. En su confirmación con la praxis, la actividad del hombre se hace revolucionaria en tanto actividad crítico-práctica puesto que al darse cuenta de la verdadera realidad histórica mira a influir en la misma para transformarla o sea que al llegar a un determinado grado de desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en oposición con las relaciones de producción existentes, esto es, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales dichas fuerzas se habían desenvuelto hasta allí. Estas relaciones, de formas de desarrollo de las fuerzas productivas, se convertirán en sus cadenas. Y entonces se abre una época de revolución social.

El estudio del Derecho, ya sea filosófico o científico, se reduce por ello ante la economía política. En tanto que superestructura, el Derecho sigue, en efecto, la evolución de la estructura económica de la sociedad. Toda forma de producción genera sus propias relaciones jurídicas, que no son más que el reflejo de las relaciones económicas que constituyen su contenido. La legislación inglesa sobre las fábricas, por ejemplo, es "el producto necesario de la gran industria, en cuanto al hilado de algodón, las máquinas automáticas y el telégrafo eléctrico".

Puesto que el sistema de las fuerzas productivas está constituido, por las relaciones entre las clases, se desenvuelve por efecto de las luchas de clases, que es el resorte propulsor de la

Historia. Y el Derecho, que, como toda superestructura, depende de dicho sistema, se transforma en el cambio del mismo. Cuando la estructura de la sociedad cambia, el Derecho debe cambiar en ella.

Puesto que "todas las instituciones comunes pasan a través del intermedio del Estado", así sucede, según Marx y Engels, también con el Derecho, que de este modo "viene reducido a la Ley". Esta última es para Marx la forma típica del Derecho de la sociedad burguesa, que, en efecto, encuentra en el Código Napoleón su "expresión legal (gesetzlichert Ausdruck)". Para Engels, en cambio, EL DERECHO ASUME FORMA DE LEY CON INDEPENDENCIA DE LA CLASE QUE DETENTA EL PODER: "Al igual que en el hombre individual todos los impulsos de las acciones deben pasar a través de su cerebro y transformarse en movimientos de su voluntad para determinarlo a la acción, igualmente todas las necesidades de la sociedad civil - cualquiera que sea la clase dominante- deben pasar a través de la voluntad del Estado para recibir validez general en forma de leyes".

2. El Ideal de la Sociedad Justa

Según el manifiesto del partido comunista, cuando el proletario "se convierte por medio de una revolución en clase dominante, y como clase dominante destruye violentamente las antiguas relaciones de producción, destruyendo de este modo con dichas relaciones las condiciones de existencia del antagonismo de clases incluso de las clases en general, y con ellas su propio dominio como clases", "en lugar de la antigua sociedad burguesa con sus clases y sus antagonismos de clase le substituirá una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno será la condición para el libre desarrollo de todos".

De este modo, se formula el ideal de una sociedad justa, cuya llegada está prevista y explica a través de un procedimiento que pretende ser histórico-científico, en tanto que se configura como lógica de la historia. Y que, precisamente por ello, está expuesto a las críticas de las que ha sido objeto toda filosofía de la historia, es decir, de toda teoría que pretende enunciar la ley necesaria y universal del devenir de la humanidad. Aún ha sido como crítica de la filosofía de la historia hegeliana (aunque en realidad solamente contra el idealismo de la misma), el materialismo histórico hereda de ella la limitación a su propio historicismo que radica en la expectativa de una meta final del devenir histórico.

Bajo este aspecto, una de las filosofías más rigurosamente anti-naturalistas, como es el marxismo, finaliza con la arribada a

una especie de iusnaturalismo desde el instante en que teoriza un ideal de sociedad al que, no de forma distinta a como se había hecho por los iusnaturalistas, las sociedades históricas pueden y deben adecuarse. Marx y Engels declararon que el comunismo no es por sí “un estado de cosas que deba ser instaurado, un ideal con el que la realidad deba conformarse”, sino un “movimiento real que suprime el estado de cosas presentes”, pero, en realidad, sus obras la desembocadura de este movimiento real, aunque esté representado como previsión científica, aparece siempre como un ideal, para cuya realización debe lucharse.

3. Papel del Estado

Para que el Estado desaparezca, como prevé Engels, o para que desaparezcan las clases y sus antagonismos, y con ello el poder político que constituye su “expresión oficial”, como espera Marx, es necesario, en efecto, que el proletario de todo el mundo se una y que, por medio de la revolución, transforme la sociedad. Lo cual, lo hemos visto afirmado hace poco en el Manifiesto del Partido Comunista, en consonancia, por lo demás, con la doctrina del “cambio de la praxis”, por la intervención del hombre que imprime la vuelta decisiva a la historia cuando ésta ha madurado sus condiciones.

Ciertamente, Marx que se esfuerza por no caer en la utopía, se da cuenta de la dificultad de realizar la sociedad justa, la cual no se conseguirá enseguida, ya que la sociedad comunista, en su primera fase no se realizará perfectamente, y “el Derecho no podrá ser elevado más allá de la configuración (Gestaltung) económica y de la evolución civil, por ésta condicionada, de la sociedad”. Sin embargo, Marx no duda de que “en una fase más elevada” del comunismo “la sociedad podrá escribir sobre su propia bandera: a cada uno según su propia capacidad, a cada uno según sus propias necesidades”.

Este es, precisamente, el principio de la Justicia, que se distingue de los distintos principios de justicia formulados por las diferentes filosofías morales o ideológicas políticas. Y se trata indudablemente de un ideal, que Marx reconoce tan válido para medir el valor ético de la sociedad como para proponerlo como fin de la lucha que debe conducir a la destrucción de la sociedad injusta existente. Injusta, dice, porque no se corresponde con el grado de desarrollo de las fuerzas de producción que actúan en su seno, y por ello, está en contradicción con ella misma. Pero, injusta también, porque no se aviene con aquel ideal de justicia que él pone como meta final de

toda la historia, y que precisamente en tanto que Ideal, y no mera previsión científica, ha tenido y tiene tanta sugestión. Si podía reconocerse como un inadvertido iusnaturalismo en la filosofía del Derecho -en realidad filosofía de la historia- hegeliana, un iusnaturalismo mucho más claro parece presidir la filosofía de la historia de Marx, que, aún intentando "desmitificar" la filosofía de Hegel, no puede liberarse del universalismo propio de la misma, mixtificando en un nuevo Absoluto aquella sociedad a la que quiere tratar científicamente.

III. REFERENCIAS TEORICAS A LOS ASPECTOS TECNICOS, DOCTRINALES, SOCIOLOGICOS Y POLITICOS DE LA TAREA INTERPRETATIVA

A. Acerca de los Elementos, las Clases y Sistemas de Interpretación

1. La Técnica Jurídica, el Silogismo Jurídico y la Jurisprudencia de Conceptos

Estos tres recursos interpretativos, han sido señalados por la crítica jurídica, como secuelas de la tarea de los glosadores, tan de moda en los recreadores de los textos del CORPUS JURIS CIVILIS DE JUSTINIANO. En ellos los principios operan como advenedizos, circunscribiéndose al ejercicio comparativo del texto, la norma y su gramática.

No obstante, el reconocimiento del modernismo, a su insuficiencia, reseñaremos sus postulados.

a. La Técnica Jurídica

Su objeto es la aplicación del derecho a los problemas concretos, siempre requiere un mínimo de conocimientos. Es el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que el Derecho persigue. Se hace necesario distinguir la Técnica de la Formulación de los preceptos de la Aplicación del Derecho. A la formulación se le da el nombre de Técnica Legislativa, como arte de formación y elaboración de las leyes; la Técnica de Aplicación es para el derecho, objetivo en casos particulares.

Es decir, que si la Técnica Jurídica tiene por objeto la aplicación del derecho, ésta se produce tanto cuando el Juez resuelve un caso singular y concreto, como cuando el Legislador dicta una ley que intenta resolver la realidad social.

b. El Silogismo Jurídico

No puede limitarse al concepto tradicional, en el cual el Juez

al proferir una sentencia, efectúa una actividad mental traducida en un silogismo cuya premisa mayor es la ley, la premisa menor el caso concreto a resolver y la conclusión es la sentencia, sino concebir la labor del Juez como el desarrollo del Método Deductivo, que se caracteriza por la racionalidad, de lo general a lo particular.

La labor del Juez no puede reducirse a efectuar silogismos y juicios, sino que a través de la interpretación de la Norma Jurídica, valora la conducta humana y realiza la justicia, Calamadre ha reseñado de manera excelente la actividad del Juez: "Del análisis de la operación lógica que el Juez realiza desde que las partes le someten el problema jurídico hasta el momento en que él le responde, cabe deducir que tal actividad puede teóricamente escindirse en las fases siguientes, indicadas por orden cronológico: examen preliminar sobre la trascendencia de los hechos; interpretación de las resultancias de la prueba; valoración de estas resultancias; construcción del hecho específico concreto a base de los juicios singulares de hecho, y calificación jurídica de aquél; comparación del hecho específico cuya certeza se ha establecido, con el hecho específico legal; determinación del efecto jurídico".

Toda sentencia jurídica implica creación y no simple aplicación del derecho, por ello el Juez debe tener en cuenta la realidad social, la equidad, las circunstancias del caso, los precedentes anteriores, la doctrina y jurisprudencia y la finalidad de las normas.

c. La Jurisprudencia de Conceptos

La Jurisprudencia de Conceptos representa durante el siglo XIX un conjunto de orientaciones doctrinales de corte positivistas, en el que el formalismo y el logicismo son dos de sus características más peculiares. Integrada dentro del positivismo jurídico, la jurisprudencia de conceptos va a destacar los aspectos lógico-formales del derecho frente al historicismo también dominante en la época. En este sentido la jurisprudencia de conceptos es la más legítima heredera de los grandes postulados del racionalismo aplicado al campo jurídico.

Resulta muy difícil resumir todas las implicaciones teóricas que la jurisprudencia de conceptos ha tenido y tiene para el tema de la interpretación jurídica. Sin embargo, debiendo realizar dicha tarea podríamos subrayar en primer término evidentemente su clara orientación positivista. Su positivismo se caracteriza, entre otras cosas, por el reconocimiento del derecho como hecho positivo que emana ante todo de las manos del Estado. El derecho no es sino

conjunto de imperativos sociales que impone el Estado en forma de proposiciones normativas de carácter imperativo.

El carácter dogmático de la jurisprudencia de conceptos significa ante todo el reconocimiento de unos dogmas que son las normas jurídicas estructuradas lógicamente en un sistema de proposiciones, que es el ordenamiento jurídico. En este sentido las funciones de una ciencia no son otras que conocer lógicamente y sistemáticamente ese derecho positivo dado, que como imperativo tiene unas formulaciones lógicas e implica unos conceptos.

En consecuencia ya puede comprenderse que el trabajo de la interpretación jurídica no puede aislarse en sí mismo, sino que ha de ubicarse dentro de esta peculiar teoría de la ciencia jurídica. Una ciencia jurídica así entendida no tiene que ir más allá de lo que es derecho, esto es, ha de dejar al margen el problema de lo que debe ser el derecho. Y lo que es el derecho tiene que explicarse entendiendo ante todo su expresión lógica, conceptual y sistemática. Todas las implicaciones teleológicas o axiológicas que pueda tener el derecho no pueden considerarse desde esta perspectiva formalista y lógica, ya que el jurista en definitiva no opera sino con lo que le es dado, que son las proposiciones normativas sistemáticamente organizadas en los códigos y en los ordenamientos jurídicos.

Entre los grandes teóricos de la jurisprudencia de conceptos, hay una especial preocupación por tratar ese "material" jurídico con un método científico que sea lo más parecido al de las ciencias naturales. El formalismo y logicismo son las opciones metodológicas más eficaces para garantizar unos resultados científicos. Conocer el derecho e interpretarlo será -como sostendrá Lhering- una tarea de especialistas, una tarea propia de los juristas. En el fondo de la jurisprudencia de conceptos existe la convicción racionalista de que en el derecho positivo se plasmaban las grandes razones de la justicia y que, por consiguiente, el trabajo que quedaba por hacer no era sino un trabajo estrictamente científico en el manejo de los términos, los conceptos y las relaciones lógicas que integraban los ordenamientos jurídicos vigentes.

Esta preocupación científica es la que hacía a los teóricos de la jurisprudencia de conceptos dar una primacía al mismo concepto del "sistema". Si a estos teóricos les interesa precisar el sentido lógico y gramatical de los términos que integran una norma, su finalidad no era sino explicar el sentido total y cerrado que tenían los ordenamientos jurídicos.

2. *Clases de Interpretación*

a. Doctrinal o Libre

Es la que realizan los juristas y comentaristas, se dice que es libre por cuanto no es reglada, ni obedece a pautas, sin negarle su cientificidad que busca el desarrollo del derecho, y, aunque carece de fuerza obligatoria puede llegar a influir en la legislación y en la función judicial. El art. 23 del decreto 2067 de 1991 preceptúa que: "la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea, modificada, por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

"Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicitadas en la sentencia".

b. Judicial

Es la resultante de las decisiones de los jueces y tribunales cuando deciden acerca de los casos que le son sometidos. Es de obligatorio cumplimiento para las partes causahabientes y sucesores, y puede llegar a ser doctrina obligatoria o probable cuando ha sentado jurisprudencia, por lo reiterado según lo determine la respectiva legislación.

c. Legislativa o Auténtica

Es de obligatorio cumplimiento por ser realizada por el Legislador a través de una Ley interpretativa.

3. *Elementos de la Interpretación*

a. Gramatical

Esta interpretación debe hacerse obedeciendo las reglas del lenguaje, ya que los aspectos idiomáticos son básicos y elementales en toda labor interpretativa, no puede perderse de vista que es importante la investigación del significado semántico de los vocables y oraciones (Artículos 27 y 28 del Código Civil), teniendo en cuenta al hacer la interpretación literal, que no puede perderse de vista el contexto.

La interpretación comienza por el análisis del tenor externo de la ley. La ley se escribe para que se manifieste el fallo, la decisión, el sentir, la afirmación del legislador.

Sin embargo debe considerarse que el legislador no puede prever todos los casos, hay que acudir a la interpretación científica y social.

b. Lógico

Busca la voluntad del Legislador o espíritu de la ley. La

intepretación gramatical debe estar unida a ésta, pues no busca un conocer la expresión sino que se hace necesario conocer el propósito perseguido y las circunstancias particulares que determinaron la puesta en vigencia de la norma.

El derecho moderno por ser más objetivo tiende a que la indagación que se hace en la intepretación de las normas de la razón del legislador, debe buscar no lo que él quería cuando elaboró la ley, sino enfrentarlo a la situación social actual.

c. Histórico

Indaga sobre el estado del derecho y estudia los antecedentes que tomó en cuenta el legislador para dictar la ley. Actualmente el análisis debe extractarse de la realidad social existente en el momento de aplicar la ley. El Juez al interpretar la norma no debe tener los ojos puestos en el pasado sino en el presente, su labor es de adaptación y creación, teniendo en cuenta las nuevas exigencias y problemas sociales que no imaginó el legislador.

d. Sistemático

Hace relación a la conexión existente entre las normas que integran el ordenamiento jurídico. Las normas ambiguas, oscuras o contradictorias no pueden ser miradas en forma aislada sino como parte de un conjunto o sistema jurídico, (artículo 30 y 32 del Código Civil Colombiano) que acepta para ilustrar el sentido principios como el espíritu general de la legislación y la equidad natural.

4. *Sistemas de Interpretación*

a. Reglado

Este sistema evita la arbitrariedad, pero amarra al juez para indagar el sentido y alcance de la ley, pues los principios de la interpretación se encuentran contenidos en la ley.

b. No Reglado

Las normas de interpretación no se encuentran reguladas en la ley. Sistema que le da un gran campo de acción al juez y por tal motivo adquiere mayor jerarquía la escuela Ecológica al caracterizar el derecho entre los objetos culturales. Una de las principales innovaciones del actual Orden Jurídico Constitucional, consiste en afiliarse a este sistema, motivo por el cual cobra actualidad la escuela Normativista precitada, situación que hay que enfrentar con la responsabilidad que exige esta decisión, por tal motivo, el jurisconsulto Carlos Cossio fue muy claro al precisar que el método de conocimiento de los objetos culturales es el Empírico Dialéctico. Vale decir la combinación de las enseñanzas de la teoría y los hechos

en la perspectiva lógico-formal y lógico-axiológica, ya que el derecho se soporta bajo las tres columnas de norma, conducta y valor.

La sustentación de esta apreciación la encontramos en los artículos 5, 94 y 230 de Actual Carta Política, normas que se desarrollan en acápites posteriores de esta exposición.

5. *La interpretación por su Extensión y Alcance*

De acuerdo con la extensión y alcance de la interpretación, se suele distinguir:

a. Interpretación Declarativa o Estricta. Es la que reproduce el texto de la ley y se presenta en textos claros, precisos y concisos.

b. Interpretación Extensiva. Es aquella en que el intérprete extiende el alcance de la ley, debido a que el legislador expresó menos de lo que pretendía expresar.

c. Interpretación Restrictiva. Es aquella en que el intérprete reduce el alcance de la ley, por cuanto el legislador se excedió en el texto.

B. Las Tendencias Antinormativas en la Tarea Interpretativa.

Estas apreciaciones se desarrollan bajo el presupuesto de la concomitancia entre sociedad, derecho y Estado. No obstante rescatan el papel de la sociedad en la creación y eficacia del Derecho. Sus características y diferencias las deducimos de un breve recorrido por las diferentes teorizaciones que se han dado a través del acontecer jurídico.

1. *Historicismo de Savigny*

Desde la primera mitad del siglo XIX, se sentían los efectos de la pugna de intereses entre las clases emergentes triunfantes, y en el clero y la nobleza reacios a aceptar una nueva concepción del mundo y sus fenómenos; esto se reflejaba en el conflicto generado por el iluminismo y el racionalismo frente a las diferentes concepciones teocráticas y aristocráticas respecto al ejercicio del poder. En esta polaridad aparecen el romanticismo y el historicismo jugando un papel en la lógica dialéctica del pensamiento, de un lado el racionalismo motivando la idea y la necesidad de la codificación y por el otro lado el historicismo en su lucha contra esa idea y esa necesidad, por su oposición a la necesidad de una unificación jurídica y de una sistematicidad orgánica de las leyes, para que éstas sirvieran de aposento a las razones de la justicia, es decir, que con el primado de la ley escrita apoyado por la razón y la

lógica, se llevaba la interpretación jurídica como un trabajo de perfecta elaboración científica, porque las leyes ya escritas, definidas y sistematizadas objetivan las exigencias de la justicia. O sea que como la razón natural ya se había hecho ley, enfrentábamos un hecho objetivado que permitía un análisis científico riguroso.

Contra este crudo racionalismo, el jurista Aleman Savigny, (1779-1861), influenciado por el romanticismo, rechaza esa racionalidad objetiva de la historia porque, no concebían esa racionalidad objetiva ya que la vida fluye es a través de lo individual y la historia es cambiante y como el derecho es una realidad histórica, depende es de su evolución y el espíritu del pueblo, aunque sea elaborado por legisladores y juristas, el derecho es expresión del espíritu popular.

Esto no quiere decir que Savigny defendiera la espontaneidad en la formación de los sistemas jurídicos, porque aceptaba no obstante la racionalización del derecho en donde juega papel protagónico los legisladores y los juristas, situación muy distinta a desconocer su intrínseco carácter histórico y su indeclinable vinculación al espíritu de cada pueblo.

Siendo el derecho ante todo realidad histórica, que puede sin embargo perfeccionarse por la legislación y por la ciencia jurídica, la interpretación jurídica adquiere en Savigny unas características peculiares. Frente al racionalismo jurídico, cuya expresión más clara puede encontrarse en la llamada escuela de la exegesis, que se redujo a una interpretación ceñida al código de manera absoluta, el historicismo de Savigny va a ofrecer planteamientos menos rígidos, más flexibles: El legalismo y el literalismo del racionalismo, aunque en parte son aceptados por Savigny necesitan ser superados, si se entiende que el derecho no es una realidad estática y el derecho ha de emprenderse como respuesta del espíritu de cada pueblo a sus necesidades sociales.

2. Libre Investigación Científica

Tiene como postulados fundamentales:

a. Sus fuentes formales, que son la ley escrita, la costumbre y la tradición o las autoridades.

b. Su finalidad es descubrir el pensamiento del legislador, investigando no sólo los elementos lógicos gramaticales, sino acudiendo a los elementos extrínsecos que aclaran el sentido y alcance de la fórmula.

c. La razón de la ley. Representarse las relaciones de hecho que ha querido el legislador organizar jurídicamente, con todas las circunstancias que determinan las exigencias morales, políticas, sociales, económicas y aún técnicas a que el precepto debe dar satisfacción. Además el intérprete debe investigar los precedentes históricos, sin desconocer la influencia del DERECHO INTERNACIONAL.

d. La analogía que no se detiene en buscar la naturaleza, o intención real del autor de la ley, se dirige a crear con su decisión o con el conjunto de su sistema, una nueva y distinta regla fundada sobre la identidad de razón jurídica.

e. La costumbre como reveladora de un sentimiento jurídico, de ahí que cuando se trata de una costumbre no contraria a la ley, que viene a complementarla, llenando sus lagunas, no hay dificultad en admitir su aplicación.

f. El método se denomina Libre porque se sustrae a la autoridad de toda norma positiva y científica, debido a que no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar. En vez de concepciones subjetivas, el intérprete debe descubrir principios seguros que sólo puede darle el examen atento de la naturaleza de las cosas, descansando en este postulado: "Las relaciones de la vida social, o más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubre, por decirlo así, ellas mismas las normas que deben regirlas".

Para colmar las lagunas del derecho, el juez debe tomar en consideración la justicia, que es superior a la contingencia de los hechos.

Después de buscar la inspiración en la justicia, el intérprete debe realizar un examen cuidadoso de los hechos concretos, teniendo en cuenta las máximas generales o principios generales que sirven para integrar el orden jurídico cuando haya lagunas o vacíos de la ley, tomando la equidad como criterio de aplicación de la justicia en los casos concretos y a los hechos circunstanciales.

g. La investigación científica se basa en tres criterios: el principio de la autonomía de la voluntad, el orden e interés público y el justo equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos.

Hay que distinguir que entre los ingredientes de la norma jurídica, hay unos que son dados ya sea como hechos reales o como

hechos históricos, o como principios racionales, o bien como aspiraciones ideales; siendo los cuatro objetos de conocimiento científico. Y por otro lado están los ingredientes que son construidos por la voluntad humana, los cuales constituyen una técnica practicada por el intérprete, la que le permite un amplio poder de creación, de transformación y de desarrollo para poder producir preceptos flexibles y diversificados.

3. *Escuela del Derecho Libre*

Corriente que fue iniciada en Alemania por Hermann Kantorowicz, movimiento que fue seguido por varios juristas, esta escuela tiene como principales postulados los siguientes:

a. No acepta que la ley sea la única fuente del derecho positivo, sino que se debe conceder significación a las normas que brotan de la conciencia jurídica popular.

b. El derecho libre es independiente del estatal, pero da carácter a éste. Ataca la plenitud del orden jurídico y la sumisión incondicional de los jueces a los textos legales, considerando que la jurisprudencia conceptual estaba en contradicción con las necesidades de la vida.

c. Marca como directrices las siguientes: La misión jurisdiccional como misión del Estado, el juez debe resolver con apego a la norma legislativa cuando el texto de la ley es unívoco y no viola el derecho libre, el juez puede y debe prescindir de la ley si le parece que ella no ofrece una solución carente de dudas o si considera que el poder Estatal no habría de dictar la resolución que se desprendería de la ley, en los demás casos el juez debe obrar discrecionalmente.

Para esta escuela el juez no sólo describe sino que crea el derecho. En esta labor tiene como finalidad la realización de la justicia.

4. *Jurisprudencia de Intereses y Jurisprudencia Sociológica.*

Trata de dilucidar los principios que deben regir la actividad jurisdiccional. Esta escuela sostiene que el juez no es el competente para crear libremente el derecho, sino colaborar dentro de la legislación vigente para la realización de las convicciones e ideales que inspiran dicha legislación.

Sus principales postulados son:

a. Los mandatos jurídicos se originan en las necesidades prácticas de la vida y en la valoración y el ajuste de tales necesidades.

b. Para interpretar una norma jurídica, hay que analizar cuál es el conflicto de intereses que trata de zanjar y el modo como lo hace, propugna porque la directriz sea la adecuación de los resultados a las necesidades prácticas de la vida, sin confinar al Juez a una mera labor de conocimiento.

c. El Juez debe obedecer al derecho positivo, ya que la valoración de intereses hecha por el legislador prevalece sobre la valoración individual del Juez.

d. La labor del Juez no es subsimir hechos bajo mandatos, sino construir nuevas normas según las circunstancias y corregir las deficientes.

Lo anterior implica que el Juez debe hacer una valoración de los intereses establecidos por la ley, resumiendo este proceso mental del juez al dictar sentencia en cuatro etapas: el método de progresión o deducción lógica, el método de buscar inspiración en la línea de desenvolvimiento histórico de una institución jurídica, el método de atenerse a los datos de las costumbres y las convicciones sociales vigentes y por último inspirarse en consideraciones de justicia y bienestar social.

5. *Método Teleológico*

Su principal exponente ha sido Rudolf Ihering, partiendo de la crítica a la jurisprudencia conceptualista para llegar a formular su teoría según la cual, los contenidos del derecho están determinados por el propósito de llevar a la realización práctica ciertos fines. Coincide este método con los anteriores en sostener que ninguna ley puede ser entendida únicamente como mandato sin conocer las condiciones y necesidades del pueblo en que se aplica.

El derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que se vive por la gente, y el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones.

El derecho es sólo un medio al servicio de un fin, que consiste en la existencia de la sociedad y si su finalidad es la protección de intereses, el derecho debe proteger y armonizar los derechos individuales y sociales que pueden estar en conflicto en un momento dado.

6. *Escuela del Realismo Jurídico*

Esta escuela trata de buscar la realidad efectiva sobre la cual se apoya el derecho vigente en determinado país y en cierto momento de su historia. Se dice que el derecho real es lo que resuelve

el órgano jurisdiccional en cada caso concreto. Esto implica la crítica de la concepción tradicional, lógica que concibe la sentencia como un silogismo jurídico. Se agrega que lo esencial no es lo que el juez dice en la sentencia, sino lo que decide efectivamente o lo que hace.

A las normas formuladas en leyes, reglamentos o motivaciones de la sentencia, se las llama reglas en el papel, y a las que deciden realmente el pleito se les denomina reglas efectivistas.

En general, se estudia la conducta del juez y su proceso valorativo de la prueba. Se afirma que el derecho no es un sistema constante, uniforme, igual, sino que, por el contrario, es mutable y debe adaptarse a las nuevas situaciones y circunstancias. La seguridad jurídica debe suprimirse por un cambio en sentido productivo, ya que el derecho tiene carácter esencialmente plástico y mudable.

C. Las Tendencias Normativistas en la tarea Interpretativa.

1. *La Exégesis*

Por la variedad de estereotipos que ha esta escuela han hecho referencia es difícil hacer una referencia lineal a ella, pero sí es importante ubicarla históricamente para justificar la fuerza ortodoxa que la impulsa.

Por haber sido la nación que con más fundamentación teórica la desarrolla podríamos aceptar que su nacimiento se da en Francia y es a partir de 1841 cuando el Decano de la Facultad de Derecho de París, Blondeau, sostiene que la autoridad de la ley debía ser en el futuro el único origen de las decisiones judiciales. Esta apreciación reflejaba una angustia y un deseo, la primera como rechazo a cualquier influencia yusnaturalista en la decisión y la segunda reacción como la aspiración de que el orden jurídico dirimiera los conflictos del futuro.

En Gény se da una sistematización del método exegético al reseñar en él dos aspectos: Uno referente al conocimiento e interpretación propiamente dichos, de las fuentes de derecho aplicables; el otro, dirigido a la construcción jurídica colocando al frente la investigación de principios.

En esta escuela hay dos condicionamientos ideológicos, uno interno y otro externo, marcado por las ideas predominantes en aquella época. Los cuatro principios que rigen este último son: 1) Principios de Inmovilidad; 2) Principio de Monopolio interpretativo por parte del Legislador; 3) Principio de discontinuación y 4) Principio de Exclusividad de la Ley.

2. *La teoría pura del derecho*

El problema de la interpretación para Hans Kelsen consiste en saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano Judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Según Kelsen toda norma jurídica debe ser interpretada para su aplicación. El trabajo interpretativo se realiza en principio a través de una referencia de una norma de rango inferior a otra de rango superior para determinar así su contenido, pero siempre queda un margen de libre apreciación, bien porque haya lagunas o bien porque haya palabras o frases equívocas que pueden tener diversas significaciones. La interpretación de una norma no conduce necesariamente a una solución única que sería la exclusivamente justa. El juez tiene libertad para elegir entre diversas soluciones. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el anterior del marco constituido por la norma, que es una manera de realizarlo sin soluciones objetivas, un modo de contradecir el método dogmático que había defendido la jurisprudencia de conceptos, según la cual sólo habría una decisión correcta.

Según estos planteamientos generales, la teoría pura del derecho en cuanto tal ciencia jurídica, no suministra ningún criterio que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma. Todos los métodos de interpretación -dice Kelsen- que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. En definitiva la interpretación y la aplicación de una norma jurídica resulta para Kelsen un nuevo acto creador de derecho.

Por estos caminos Kelsen está intentando de nuevo marginar de su teoría pura del derecho un problema que no tiene solución científica. Por ello se pregunta si la interpretación y la aplicación de una norma no son de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. Dar una sentencia es como crear una ley. Es una opción política, aunque el marco de la decisión judicial sea menor que el propio del legislador. La ciencia del Derecho debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma, pero no puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa, porque esa decisión es ya un acto de voluntad. El jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. Su interpretación no tiene carácter obligatorio.

La interpretación auténtica es la que da el órgano competente judicial o la que está contenida en una norma de rango superior.

Puestos a hacer un balance crítico general de lo que supone la concepción Kelseniana sobre la interpretación jurídica, debemos decir en primer lugar que Kelsen reafirma el concepto positivista de ciencia y que por consiguiente margina del ámbito de la ciencia jurídica lo que es estrictamente la interpretación jurídica, esto es, la interpretación auténtica del órgano judicial, en cuanto que en el momento de la decisión judicial no hay ya criterio científico que pueda justificarla. La ciencia del derecho sólo tiene sentido en cuanto no tiene que decidir sobre opciones o juicios de valor. Y para Kelsen la interpretación jurídica es en última instancia un acto de voluntad. La ciencia del derecho es incapaz de conseguir sentencias "correctas", porque la interpretación jurídica no puede basarse ni en evidencias lógicas ni en hechos indudables. El intérprete puede ayudarse sin duda de la ciencia jurídica, pero al final siempre se encontrará dentro de una pluralidad de sentidos de una norma jurídica concreta y en ese momento ya no le servirá la ciencia jurídica.

3. *La Teoría Ecológica*

Con respecto a la tesis de Carlos Cossio es indispensable tener en cuenta las influencias que recibió su pensamiento. En primer lugar, la influencia básica tal vez fue la de Kelsen a través de la "Teoría Pura del Derecho", pero en segundo lugar fue muy importante la influencia de la teoría de la "estratificación de la realidad" defendida por la escuela fenomenológica de Husserl. Entonces para conocer el pensamiento de Cossio, es necesario hacer un análisis de la clasificación de los objetos, es decir de las ontologías regionales. De otro lado es fundamental tener en cuenta, que Cossio se aparta de su maestro Kelsen en el sentido de que afirma que el esquema que mejor explica la norma jurídica es el del juicio, pero no el juicio hipotético como su maestro sino el juicio disyuntivo y al respecto sostiene que en la norma jurídica hay que diferenciar dos partes: la endonorma y segundo la perinorma que tipificarían la norma completa.

IV. LA HERMENEUTICA Y SU PAPEL EN LAS CONCEPCIONES FILOSOFICAS CONTEMPORANEAS

A. El Neopositivismo

Como una reacción al Derecho natural y a las tendencias antinormativistas, pero aún conservando las nostalgias de las enseñanzas del positivismo, el filósofo norteamericano H.L.A. Hart, toma postura ante el yusnaturalismo no para desconocerlo sino para, en un proceso de valoración, adecuarlo a la nueva problemática

interpretativa. En principio rechaza que el derecho, para ser derecho, tenga que concordar con una moral, con un derecho ideal como es el derecho natural. Una cosa es que el derecho esté influido por una moral convencional, por unos ideales morales y otra es -cosa que no acepta Hart- que un sistema jurídico tenga que concordar con la moral o la justicia. Para el iusnaturalismo hay ciertos principios de conducta humana que son descubiertos por la razón de los hombres y con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido. La polémica iusnaturalismo-positivismo se podía resumir en estas dos expresiones: "ustedes son ciegos sino pueden ver esto" y "ustedes están soñando". Sin embargo, Hart reconoce que hay, en el derecho natural, ciertas verdades esenciales para comprender el derecho, aunque sean verdades o principios universales que Hart trata de recuperar desde una perspectiva empírica o positivista. Es decir, no son principios ideales, sino exigencias constatables. Son esas "verdades obvias" de las que habla Hart, como el deseo de supervivencia, etc. Y cita el ejemplo de que es naturalmente bueno que todos los hombres coman. Y ello es así, porque hay un presupuesto tácito: el fin propio de la actividad humana es la supervivencia y ésta reposa en el hecho de que la mayoría de los hombres desea continuar viviendo. Así pues, es importante este hecho o esta meta del hombre, porque -dice- nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas.

De esta manera se acerca el reconocimiento de un contenido mínimo de derecho natural, a propósito de esas "verdades obvias". Tales principios de conducta universalmente válidos -dice Hart-, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos, pueden ser considerados como "el contenido mínimo del derecho natural", en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre. Sin ese contenido mínimo del derecho y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse. Estos principios tienen, más que el sentido de "causa" de unas leyes, el de "razón" de unas leyes. Y Hart explica a continuación cuáles son esas verdades obvias.

a. Vulnerabilidad humana

Una de las más importantes y comunes abstenciones del derecho y la moral es la restricción del uso de la violencia. El carácter básico de este tipo de reglas se explica con una pregunta, dice Hart: si no hubiera estas reglas, de que nos serviría, a seres como nosotros,

tener reglas de cualquier tipo?

b. Igualdad aproximada

A pesar de las diferencias entre los hombres en fuerza física o en capacidad intelectual, hay -según Hart- una igualdad aproximada. Ningún individuo es tanto más poderoso que los otros que pueda, sin cooperación, dominarlos salvo durante un tiempo muy breve. Es necesario, pues, un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, base de la obligación jurídica y moral, porque no hay gigantes y pigmeos.

c. Altruismo limitado

Según Hart los hombres no son ni ángeles ni demonios. Para los ángeles las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias y para los demonios no serían posibles.

d. Recursos limitados

Todos los hombres necesitan alimentos, ropa y resguardos, pero estas cosas no existen en abundancia ilimitada. Por ello es necesaria alguna forma mínima de propiedad y de reglas para su respeto. El organismo humano podría haber estado constituido como el de las plantas, que pueden extraer el alimento del aire y tener su alimento en abundancia ilimitada. Pero este es el hecho: las cosas no suceden así entre los hombres.

e. Comprensión y fuerza de voluntad limitadas

Los beneficios mutuos de esas reglas sobre personas, propiedad y promesas son evidentes. La mayor parte de los hombres la observan por una gran variedad de motivos. Todos tienen la tentación de incumplirlas. Pero esas abstenciones mutuas tienen tales ventajas que serán más los que las cumplan que los que las incumplan. Pero sería una insansatez, sino hubiera una organización para coaccionar a los que las incumplen y como garantía de que aquéllos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. La igualdad aproximada entre los hombres es decisiva para la eficacia de las sanciones organizadas, así como la razón reclama cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo.

En suma -concluye Hart- estas simples verdades obvias desvelan al núcleo de un buen sentido que hay en la doctrina del derecho natural y son de vital importancia para la comprensión del derecho y de la moral.

B. *El Neoyusnaturalismo*

No obstante la conciliación que inicia el yusfilósofo citado, la

inacabada polémica con el yusnaturalismo continúa, y es uno de sus discípulos, actor de vías intermedias contra todo radicalismo, R.M. DWORKIN, quien alejándose del yusnaturalismo clásico, no sólo en su parte epistemológica sino metodológica, expone sus tesis más antipositivistas por su arraigo yusnaturalista. En todo caso, la obra de Dworkin es un interesante ejemplo de que el yusnaturalismo no ha muerto y que hoy renace también a través de formulaciones más modernas y más acordes con el actual contexto natural, sin duda dominado por aires científicistas y positivistas.

Quizá las dos tesis más generales, más yusnaturalistas y más antipositivistas de Dworkin sean las siguientes:

1. La recuperación de la vieja idea de los derechos humanos individuales. Esto es, la defensa de la existencia de unos derechos básicos y naturales que han de ser tutelados y realizados frente al Estado, frente al gobierno, frente a la mayoría. Estos derechos preexistentes a cualquier legislación son en este sentido más importantes que los derechos reconocidos por las leyes.

En definitiva, Dworkin enfrenta al "modelo de reglas" que defiende, por ejemplo, Hart, un "modelo de derecho". Se toma en serio "los derechos" (*Taking Rights Seriously*) y da más importancia a los "Rights" que a la "Law".

2. La recuperación de la vieja idea de principios universales y objetivos de moralidad y de justicia. Frente a la teoría de la discrecionalidad o de la arbitrio del juez, que mantiene el positivismo, Dworkin cree que, de acuerdo con su teoría de la adjudicación, los jueces han de atenerse, especialmente en los "casos difíciles", a principios jurídicos objetivos que forman parte del sistema jurídico y obligan a los jueces .

C. El Uso Alternativo del Derecho

Frente a las concepciones científicistas y formalistas de la aplicación e interpretación del derecho se dio, a la altura de los años 70, una interesante reacción por parte de la que podría llamarse el ala "izquierda" de la ciencia jurídica italiana y alemana y que tuvo -y en parte sigue teniendo- especial importancia entre la magistratura italiana. Esta reacción se produce principalmente dentro del ámbito doctrinal marxista y toma como tesis fundamental el carácter ideológico y político del derecho, esto es, su naturaleza de clase.

Desde esta perspectiva general, los partidarios del llamado

Uso Alternativo del Derecho entienden que es inadmisibles y falsificador de la realidad entender que la interpretación jurídica es una tarea científica o que la judicatura es o puede ser independiente y neutral. La doctrina y la praxis del uso alternativo del derecho entienden que toda aplicación e interpretación del derecho están comprometidas ideológica y políticamente. Sostener el carácter científico de estas tareas es un modo ideológico de esconder la realidad, esto es, pretender que no se conozca la política judicial que se hace impedir que se desarrolle otra. En consecuencia, dada la perspectiva marxista y la opción de clase de la que se parte, los partidarios del uso alternativo del derecho admiten, por las contradicciones y ambigüedades de los sistemas jurídicos, la posibilidad y la necesidad de una interpretación y aplicación del derecho burgués a favor de la clase trabajadora. Las razones o los argumentos que se dan para desarrollar esta posibilidad son múltiples y variados.

Efectivamente, Pietro Barcellona señala la falsedad de entender la tarea aplicadora del derecho como un mero trabajo de subsunción del hecho en la norma. En su opinión hay que denunciar que la determinación de los hechos no es objetiva, pues estos son manipulados por los conceptos generales que se aceptan y que están tomados de un sistema de normas jurídicas que representa a los intereses de la clase burguesa. Barcellona considera que toda operación de abstracción, por la que se construyen los conceptos generales, no es una operación puramente lógica, sino que está también condicionada por una serie de opciones sobre lo que es esencialmente accidental. En consecuencia sostener que la tarea de interpretar y aplicar el derecho es un trabajo científico es falso y esta tesis no es sino un modo de defender los intereses de la clase dominante. Por ello es necesario un uso alternativo del derecho que supere o niegue esa supuesta objetividad científica. No se trata -dice Barcellona- de hacer la revolución con el derecho, sino simplemente de favorecer las contradicciones sociales a través de las interpretaciones progresistas que hagan una opción favorable a la clase trabajadora.

La tesis de Ferrajoli están en la misma línea de Barcellona, pero destacan especialmente el carácter ideológico del principio de la politicidad de los jueces. Para explicar sus tesis, Ferrajoli analiza una serie de problemas metodológicos directamente vinculados con la interpretación jurídica. Así, por ejemplo rechaza el procedimiento tradicional de la abstracción y de la subsunción para aplicar el

derecho. Considera que hay una grave deformación en este método, en cuanto que la norma jurídica se convierte en lo relevante, mientras que lo real (las determinaciones socio-económicas) resulta irrelevante. La jurisprudencia alternativa rechaza esa primacía de la norma como criterio primario para el conocimiento de la realidad, ya que convierte a los hechos en "fachadas jurídicas". La jurisprudencia alternativa cambia estas relaciones norma-hecho y trata de sacar de las normas jurídicas los criterios de valoración o los juicios "fácticamente relevantes", que pueden servir a la liberación de la clase obrera. En definitiva, para Ferrajoli un uso alternativo del derecho sería aquel que diera primacía a los intereses de las clases subalternas u oprimidas y aquél que abriera a nivel legal nuevos espacios para la lucha de masas.

Al margen de las específicas connotaciones políticas o ideológicas de esta metodología, la verdad es que su planteamiento de fondo no difiere sustancialmente de otras concepciones jurídicas anteriores, concretamente de la jurisprudencia de intereses o de la escuela del derecho libre. Se trata de una reacción más contra el formalismo y el pretendido cientificismo jurídico que había sostenido, por ejemplo, la jurisprudencia de conceptos y en general todos los formalismos jurídicos de nuestro siglo. En el fondo late una concepción teleológica de la interpretación y aplicación del derecho, que en este caso se centra o concentra en una finalidad suprema o superior: la liberación o servicio de la clase trabajadora.

Por otra parte, y reconociendo los escándalos teóricos y prácticos que la doctrina del uso alternativo ha producido en ciertos sectores de la cultura jurídica europea, se puede afirmar que nada nuevo ha descubierto. En principio ha intentado con razón desmitificar el supuesto carácter científico de la tarea interpretativa y aplicadora de las leyes, cosa que ya se había hecho muchos años antes. Hoy es amplia la convicción de que no todo es tan científico ni tan exacto, ya que si ello fuera así no harían falta los jueces y bastarían sólo las computadoras. En toda interpretación y aplicación del derecho -como ya había dicho Kelsen- hay siempre una decisión de política jurídica. Por ello hay una jurisprudencia variada e incluso contradictoria.

Ahora bien, es verdad que el derecho, que las normas jurídicas, por su generalidad, abstracción, ambigüedad y complejidad se prestan a interpretaciones y aplicaciones muy diversas. Pero es posible también un uso alternativo del derecho que no implique la aceptación de la lucha de clases o al menos no la tenga como motivo

fundamental. Existe la posibilidad real, en muchos sistemas jurídicos y con el respeto del principio de legalidad, de hacer interpretaciones y aplicaciones del derecho muy alejadas e incluso contrarias a los fines principales propuestos por el sistema. Esta posibilidad es real y legal. Unas opciones jurídicas o judiciales de esta índole pueden ser tachadas de políticas. Pero también cabría preguntarse si aquellas decisiones que se toman con mayor respeto del sistema no son también decisiones de indudable naturaleza política, aunque pretendan ser presentadas como más objetivas, más técnicas o más jurídicas.

V. LOS PRINCIPIOS RECTORES COMO NORTE EPISTEMOLOGICO Y PEDAGOGICO DEL NEOYUSNATURALISMO Y DEL NEOPOSITIVISMO

Un Principio es según la Real Academia de la Lengua, el primer instante del ser de una cosa, punto que se considera como primero, o, la base fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. Y Rector se encuentra definido como aquello que rige y gobierna.

De lo anterior se desprende que un Principio Rector, no es algo por lo cual se inicia un fenómeno y una vez dado comienzo desaparece, sino como aquel que propicia el origen del fenómeno y lo continúa rigiendo quedando como una condición inmanente al mismo. Todo principio contiene las INDICACIONES MINIMAS que deben ser respetadas para la construcción de algo.

Los principios como origen o fundamento de la norma, son el marco de regulación del derecho positivo, razón por la cual adquieren primacía sobre toda la normatividad de cuyo respeto devienen la validez y la legitimidad.

A. Características

1. Primeros

Por ser el primer momento del ser de una cosa, antes de que surjan no se encuentra nada en el campo que rigen, este carácter es lo que los hace fundamentales porque logran el desarrollo en normas concretas que los hagan directamente aplicables.

2. Prevalentes

Esta característica es la consecuencia lógica del anterior, pues al ser la razón fundamental sobre la cual se procede, los principios no dependen del acatamiento que de ellos hagan las demás normas,

ya que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico, son las génesis.

3. Ordenadores

Como su labor no se agota en el primer instante del ser de una cosa, pues siguen rigiendo y gobernando, sin tener dependencia de la existencia o no de las normas que rigen o si éstas acatan sus exigencias, ya que por el contrario la norma para que adquiera legitimidad y eficacia, requiere que sea el desarrollo de los principios que la rigen. De allí que los principios tengan una FUERZA NEGATIVA y otra FUERZA POSITIVA.

a. Fuerza Negativa

El principio por su generalidad y abstracción, no son normas directamente aplicables para lograr la solución de casos determinados, se hace necesario que esa razón fundamental se desarrolle en un concepto, norma. De ahí surge su fuerza negativa, pues en el momento de la inmediata aplicación de la norma, si ésta es contraria a su fundamento que es el principio, se genera su inaplicabilidad. Esta es la explicación al artículo cuarto de la actual Carta Política.

b. Fuerza Positiva

Este contenido es lo que impregna de fundamentalidad al principio, por ser el programa que debe ser desarrollado en la creación de la norma, su fuerza positiva deviene en creador.

4. Indivisibles

Un principio debe ser tomado en su integridad, no admiten excepciones. Aceptar la excepción, sería negar su criterio valorativo, ordenador y limitador dentro del ordenamiento jurídico. Una excepción a un principio tiene carácter antinormativo, sin fuerza obligatoria, si llegare a poseer esta fuerza obligatoria, sin el respeto a su fundamento, ésta no sería adquirida dentro de la eficacia y legitimidad del derecho, sino tan sólo un triunfo de la fuerza sobre la razón.

B. Principios Normativos

Es la norma suprema de acción, de las cuales se originan el resto de la normatividad a la que sirven como base de creación. De su observancia depende que una norma sea calificada como inválida, o sea, contraria al ordenamiento jurídico, es decir, la validez de todas las normas de un sistema dependen de que no sean contrarios a los principios, pues sin el respeto al contenido del principio, éstas pierden sentido obligatorio.

Los principios normativos son los que controlan el poder de coacción del Estado y garantizan al ciudadano el marco dentro del cual se debe mover la fuerza del Estado ya sea derecho, poder coaccionador, entendida esta última como garantía.

Las normas de garantía son contenidos mínimos de validez, la actuación del poder por debajo de ellas pierden legitimidad, al poseer el ciudadano el derecho inalienable a que el poder del Estado sea ejercido siempre dentro del marco trazado por las reglas fundamentales que rigen el Estado de Derecho.

1. Eficacia

Es la puesta en práctica de la defensa y protección de los derechos, es la virtud acompañada de la acción y de la fuerza en el obrar.

2. Prescripción

Mandato obligatorio con fuerza de validez no sólo por la descripción del derecho a defender sino por la fuerza vinculante que el origen ético ordena o determina.

3. Legitimidad

Esta dada por la razón intrínseca del precepto, la cual logra jerarquía sólo en la instancia de la racionalidad social, matriz innta de la génesis, desarrollo y validez de los derechos humanos.

C. Diferencia con la Norma Rectora

Al contener los principios los criterios de valoración de un orden justo, no puede existir nada contrario a ellos. De allí su diferencia con las normas, pues éstas están llamadas a gobernar sobre determinado conjunto de normas, traduciéndose con un control mínimo de su contenido, tienen su preponderancia sobre otras normas dentro del mismo marco de aplicación. Pero en ocasiones la misma ley les da el carácter de rectoras sólo para destacarlas de otras normas y allíno traducen verdaderos principios jurídicos, la norma rectora adquiere validez frente a las otras normas en la medida que observen las valoraciones fundamentales contenidas en los principios rectores.

Colegimos que un principio no es un concepto anodino, su comprensión trasunta una postura Jurídico-Política. Toma de posición indispensable para que el principio de Excepción de INCONSTITUCIONALIDAD, del artículo 4o. idem, no aparezca como norma advenediza, desobedeciendo su potestad jerárquica adquirida con su consagración en el Título I.

VI. LA CONSTITUCION VIGENTE FRENTE A LAS NUEVAS CONCEPCIONES YUSFILOSOFICAS

Los anteriores acápite, al reseñar las concepciones yusfilosóficas generadoras de diferentes sistemas, clases, elementos, escuelas y métodos interpretativos, tienen como objetivo demostrar la hipótesis de que el neoyusnaturalismo racionalista, ha encontrado prolija hospitalidad en el orden jurídico colombiano.

Reconocimiento que exige una toma de conciencia jurídica para asumir las responsabilidades de la tarea hermenéutica, porque desviaciones interpretativas han estimado que la Constitución es de corte eminentemente positivista, según interpretación hecha al artículo 230 en su inciso 1o, al aceptar como única fuente interpretativa del derecho la ley, vale decir, que se intenta resucitar la Técnica Jurídica, el Silogismo Jurídico, la Jurisprudencia de Conceptos y la Exégesis.

Como estimamos que esta apreciación va de contravía a la teleología que inspira la nueva Carta Política, reseñamos a continuación el contenido del articulado que la ley vigente en Colombia ordena tener en cuenta para el proceso de aplicación de la norma:

A. Artículos del Código Civil

Cuarto:

La ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida de la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Veintisiete:

Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley recurrir a su intención o espíritu. Claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Treinta y dos:

En los casos en que no pudiera aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezcan al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

B. Ley 153 de 1887

Artículo octavo:

Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

C. El Contenido Yusnaturalista en la Constitución Nacional como Fuente Axiológica Interpretativa.

1. Preámbulo

Norma que según sentencia de la Corte Constitucional adquirió el carácter de fuerza vinculante interpretativa, decisión trascendental de nuestra Corte Constitucional, porque en él está compendiada la dialéctica de la democracia como fuente de legitimidad del Estado del Derecho.

2. Artículo Primero

Que prescribe que Colombia como Estado Social de Derecho, se funda en el respeto de la dignidad humana y en la prevalencia del interés general.

3. Artículo Quinto

Que obliga al reconocimiento sin discriminación alguna de los derechos inalienables de la persona.

4. Artículo Trece, Inciso Segundo

Que prescribe la obligación del Estado de promover la igualdad, no como retórica sino como una tarea real y efectiva.

5. Artículo Noventa y Cuatro

Norma de destaca a la persona humana en la cúspide de la pirámide axiológica. Proudhon en 1865 lo describió como el más claro criterio de JUSTICIA al considerarlo como: "EL RESPETO ESPONTANEO EXPERIMENTADO, Y RECIPROCAMENTE GARANTIZADO DE LA DIGNIDAD HUMANA".

Esta norma es la enmienda número nueve de la Constitución de los Estados Unidos.

6. Artículo Tres Cincuenta y Siete

Esta norma que desarrolla la distribución de recursos y de las competencias pretende hacer realidad la eficacia de los derechos fundamentales al ordenar que para los municipios el 60% de los ingresos de la nación deben ser distribuidos en proporción directa al número de habitantes con necesidades básicas insatisfechas y al nivel relativo de pobreza de la población del respectivo municipio.

Por ello, la norma amerita un comentario específico porque ordena la racionalización de la economía y, en cierta medida le da

recibo a la proclama de Norberto Bobbio cuando afirma que:

"No se puede plantear el problema de los Derechos humanos abstrayéndolo de los dos grandes problemas de nuestros tiempos, que son el problema de la guerra y el de la miseria, en suma, el absurdo contraste entre el exceso de POTENCIA que ha creado las condiciones para una guerra exterminadora y el exceso de IMPOTENCIA que condena a grandes masas humanas al hambre".

D. En el Derecho Internacional

Esta instancia del orden jurídico aparece como penúltimo depósito axiológico en el ejercicio de interpretación y aplicación de la ley por mandato del artículo 93 de nuestra ley suprema. Ya vimos que el artículo 94 coloca en la cúspide de la pirámide axiológica al hombre en su integridad cosmo biológica; pero tratándose del desarrollo de la concepción monista acogida por el reciente mandato constitucional es importante resaltar tres leyes fundamentales para el operador jurídico, son:

1. Ley 74 de 1968, aprobatoria de la DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1948.

2. Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nos referimos al PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS, POLITICOS, CIVILES Y CULTURALES DE LA REGION.

3. Ley 70 de 1986, norma que desarrolla el pacto de Viena contra la tortura.

No se trata en esta enumeración la referencia al conjunto de temas que ha recogido nuestra legislación como normas de Derecho Internacional pero es importante abordar un estudio más sistemático de estos nuevos momentos del orden jurídico como fuente valorativa de los conflictos a resolver.

VII. EL OPERADOR JURIDICO FRENTE A LAS EXIGENCIAS HERMENEUTICAS DEL ORDEN JURIDICO VIGENTE

El profesor Linares Quintana en su tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, enseña que la Hermenéutica e Interpretación Constitucional como Hermenéutica Jurídica es la disciplina científica cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos. De donde queda en evidencia el error en que incurren quienes pretenden sustituir los términos

interpretación por hermenéutica, o viceversa, en la equivocada creencia de que se trata de vocablos sinónimos o equivalentes. La interpretación es aplicación de la hermenéutica; ésta descubre y fija los principios que rigen a aquélla; la hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar. Como señala Maximiliano, "la interpretación, como las artes en general, posee su técnica, los medios para llegar a los fines propuestos. Está orientada por principios y reglas que se desenvuelven y perfeccionan a medida que evoluciona la sociedad y se desarrollan las doctrinas jurídicas. El arte está subordinado, en su desenvolvimiento progresivo, a una ciencia general, el derecho, obediente, a su vez a los postulados de la sociología, y además, especialmente, a la hermenéutica. Esta aprovecha las conclusiones de la filosofía jurídica; con el auxilio de ésta fija nuevos procesos de interpretación; los estructura en un sistema, y, por consiguiente, vivifica al arte con un soplo de beneficios modernísimos, rejuveneciendo y perfeccionándolo, de modo que se conserve a la altura de su siglo, como elemento de progreso, propulsor de la cultura profesional y auxiliar eficiente de *los pioneers* de la civilización".

Enfatiza el jurista en que no basta conocer las reglas aplicables para determinar el sentido y el alcance de los textos; parece necesario reunirlos en un todo armónico y ofrecerlos al estudio en un encadenamiento lógico. Descubiertos los métodos de interpretación, examinados uno a uno por separado, nada resultaría de orgánico, de constructivo, si no los estructuráramos en un todo lógico, en un complejo armónico. Al análisis sucede la síntesis. Interviene la hermenéutica, a fin de proceder a la sistematización de los procedimientos aplicables para determinar el sentido y el alcance de las expresiones del derecho.

Estas ilustraciones pedagógicas dinamizan la calidad académica que debe trasuntar todo aplicador del Derecho, al que hemos denominado operador jurídico, veamos su escenario de acción:

A. La Práctica Jurídica en la instancia de la Sociedad Civil y en la instancia de la Sociedad Política

La actual Carta Política amplió el ámbito de interpretación para todos y cada uno de los Operadores Jurídicos, entendiendo por tales a todo sujeto que cumple el papel social de manejar normas jurídicas para producir efectos prácticos en las relaciones intersubjetivas. Es operador jurídico del juez, el funcionario administrativo que toma decisiones administrativamente, el abogado litigante que invoca el

derecho vigente en favor de una parte, o el asesor jurídico que recomienda determinadas soluciones a sus consultantes; en fin, lo son todos aquellos quienes a diario operan instrumentos del universo jurídico mediante la invocación de un razonamiento lógico-normativo.

Pero el contenido ético y teleológico de nuestra actual ley fundamental no sólo fue proyectado en el Código interpretativo al rescatar un Neoyusnaturalismo racionalista como fuente axiológica, sino que esa flexibilidad beneficia a operadores jurídicos no vinculados a la actividad jurisdiccional propiamente, sino a toda la ciudadanía, la cual quedó facultada para una práctica constitucional a través de la acción de tutela, de cumplimiento y de las acciones populares, según los artículos 86, 87, 88 y 89, *idem*. Estos actores los denominamos como operadores jurídicos informales.

B. La Imparcialidad e Independencia del Operador Jurídico Formal

Esta circunstancia apremia por la presencia del juez natural como principal figura hermenéutica, artífice ético y estético en el diseño, construcción, desarrollo y consolidación del Estado de Derecho, según mandato del preámbulo, convertido hoy en "ley fundamental" de la ley fundamental por reciente decisión de la Corte Constitucional. Además del principio rector del artículo 1o. Esa lógica axiológica, deducida de la normatividad citada, toma mayor peso jurídico con la prescripción de los artículos 113, 228, 93 y 94 *idem*.

De ahí que el juez, comprueba su idoneidad ética y pedagógica, cuando su praxis adquiere la jerarquía filosófica, como norte sindérico, regido por el presupuesto de que: "El derecho es lógica, pero también justicia". Ese es el nuevo estado del derecho, en mora de inaugurar.

Por ello está en manos de los jueces asumir con responsabilidad el reto de convertir en realidades las abstracciones jurídicas.

Porque lo hasta aquí expuesto encuentra residencia en las reflexiones de Albert Calsamiglia sobre el pensamiento de Kelsen y la justicia dejamos como letras refrescantes del espíritu lo expuesto por el citado autor en el estudio preliminar a "QUE ES JUSTICIA?" del maestro Vienés:

"Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y únicamente puedo afirmar lo que es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida,

la justicia, para mí, se encuentra en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. MI JUSTICIA, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia".

Los párrafos transcritos son una buena muestra de que el jurista vienés, desde el punto de vista de la filosofía política, es un relativista en cuanto afirma explícitamente los principios del relativismo axiológico; es un emotivista en cuanto afirma que, desde un punto de vista científico -que para Kelse se identifica con la racionalidad-, no es posible establecer y probar una idea de justicia absoluta; pero NO ES UN EXCEPTICO, porque, desde un punto de vista filosófico -no científico-, afirma que es partidario de los ideales de justicia de la democracia liberal.

Agrega Calsamiglia que la ciencia progresará más y mejor en la medida en que exista la posibilidad de enfocar los problemas sin que se tenga que justificar una serie de requisitos innumerables. Frente al "callarse porque no se puede hablar", cabría oponer el "hablar porque no podemos callarnos", aunque nuestro hablar no sea absolutamente riguroso. El saber puede esperar muchas más sugerencias de los que hablan que de los que se callan.

Sólo conociendo estas profundidades del espíritu teórico de los juristas, entendemos porqué el maestro Kelsen encabeza el prólogo a su obra sobre Teoría General del Estado con el siguiente apotegma del inmortal GOETHE:

"En el arte y en la ciencia, como
en los actos humanos, lo que más importa
es percibir los objetos PURAMENTE,
y tratarlos de acuerdo con su naturaleza".