

INTRODUCCION AL DERECHO

– NOTAS DE CLASE –

**– CUARTA PARTE –
(Capítulos IX al XI)**

**Profesor
DR. LEONARDO URIBE CORREA**

**Redactadas por el
DR. JORGE PARRA BENITEZ**

**Ampliadas por el Egresado
HERNAN JOSE JIMENEZ CARVAJAL**

CAPITULO IX

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

Se da el nombre de conceptos jurídicos fundamentales a aquellos conceptos que son creados, estudiados y empleados por el derecho, y que, en general, no interesan más que a la Ciencia Jurídica.

1. Supuestos y hechos jurídicos, llamados también hipótesis y condiciones jurídicas.

Repasando un poco la estructura lógica de la norma jurídica, encontramos que ella está compuesta, esencialmente, por una hipótesis, condición o supuesto y una consecuencia. Según esa misma estructura la hipótesis o supuesto es lo que determina el nacimiento de la consecuencia. Por consiguiente su importancia es capital ya que es un elemento integrante de la norma jurídica misma.

La doctrina tradicional, al concepto jurídico de supuesto lo denomina hecho jurídico, expresión ésta criticada por García Maynes, quien aduce que por hecho se entiende un fenómeno causal espacio temporal, que consiste en cualquier transformación de la realidad del mundo exterior, o externo y que no sólo a ese tipo de eventos se enlazan consecuencias jurídicas.

Ejemplo: La nacionalidad es uno de los condicionantes de la ciudadanía, sin embargo, no es un hecho natural que produzca transformación en el mundo exterior, sino que es una situación jurídica.

El mismo autor define los supuestos jurídicos como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma. En esta definición se ve el nexo existente entre supuesto y consecuencia, éste determina el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones correlativas.

A partir del vínculo existente entre supuesto jurídico y consecuencia jurídica, Frustz Schreier ha formulado la llamada ley de la causalidad jurídica que se podría enunciar más o menos así: No hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho, o de otra manera: el nacimiento de toda consecuencia depende de la realización previa del supuesto respectivo. Por otra parte, toda modificación en el supuesto afecta la consecuencia. Ese vínculo se presenta gráficamente así:

SUPUESTO JURIDICO ----- HECHO JURIDICO ----- CONSECUENCIA JURIDICA

Relación de
contingencia

Relación de
necesidad

CONSECUENCIA JURIDICA

Facultad o derechos
subjctivos ----- 3 -----

ejercicio

Obligaciones o debe-
res jurídicos ----- 3 -----

ejecución

1.1 Aftalión, García Olano y Vilanova, siguiendo a Francisco Carnelutti, clasifican los supuestos jurídicos (para él hechos jurídicos) de la siguiente forma:



1.1.1 Los hechos jurídicos naturales son fenómenos que se dan en la naturaleza, regidos por el principio de la causalidad física, y en los cuales para nada interviene el querer o la voluntad humana. Ejemplo: Una inundación, el cambio de cauce de un río, la caída de una teja de lo alto de un edificio, etc. Esos hechos en ocasiones son condición para la realización de determinada conducta humana o para el nacimiento de determinados derechos y obligaciones, todo lo cual se considera como la consecuencia de los mismos. En los hechos jurídicos causales entran también situaciones de la persona humana, que se dan independientes de su voluntad o querer. Ejemplo: la muerte, la mayor o menor edad, el nacimiento, etc.

1.1.2 Hechos jurídicos humanos:

1.1.2.1 Hechos jurídicos humanos involuntarios: Normalmente dan lugar al nacimiento de derechos subjetivos y deberes jurídicos correlativos, cuando con ellos se ocasiona un daño a otra persona; ejemplo: Matar accidentalmente a una persona, como consecuencia de la conducción imprudente de un vehículo.

1.1.2.2 Los hechos jurídicos voluntarios son, en general, toda conducta del hombre destinada o no a producir consecuencias de derecho, cuando es ejecutada

con discernimiento, intención y libertad. Acá el hecho jurídico es efecto de la conducta humana, es decir, ésta da lugar al hecho jurídico.

Los hechos jurídicos voluntarios forman el grupo más numeroso e importante y pueden ser:

1.1.2.2.1 Lícitos:

Acto Indiferente con efectos jurídicos: Ocurre generalmente cuando la conducta es lícita y con ella no se quiere, como fin inmediato, producir una consecuencia jurídica, es decir, el sujeto al realizar la respectiva conducta, busca un fin práctico diferente a las consecuencias jurídicas, y para él es indiferente que se produzcan o no las mismas. Ejemplo: El acto de escribir un libro; las reparaciones urgentes en la propiedad de un amigo ausente, con el fin de prevenir un perjuicio inminente. En estos dos casos, el hecho que no pretendía crear consecuencias jurídicas, sin embargo las tiene. Quien escribió el libro adquiere "derechos de autor" y, quien reparó la casa del amigo, adquiere el derecho a reclamarle el valor de lo invertido por el cuasi-contrato de "Agencia Oficiosa".

Acto Jurídico: Consiste en todo hecho humano o la declaración de voluntad de una persona dirigida precisamente a obtener determinada consecuencia jurídica. Ejemplos: un contrato, un testamento, una demanda, un remate.

1.1.2.2.2 Ilícitos

Actos Ilícitos: Acontecen cuando la conducta humana es ilícita y con ella se busca un fin práctico distinto al de una consecuencia jurídica la cual no se quiere. La consecuencia jurídica se produce a pesar del querer del sujeto. Ejemplo: un homicidio; es indudable que quien lo comete no quiere normalmente ir a la cárcel.

1.2 Teoría tradicional: Inspirada en el derecho romano, sistematiza los supuestos jurídicos (fuentes de las obligaciones) en cinco grupos: 1) la ley; 2) el contrato; 3) el cuasi-contrato; 4) el delito, 5) el cuasi-delito. Esta sistematización ha sido objeto de numerosas críticas que serán vistas a lo largo del estudio del derecho civil, por lo cual nos remitimos a lo que en su oportunidad se estudiará en las correspondientes asignaturas.

1.3 Para Josseland, uno de los más famosos expositores del derecho civil francés, son cuatro los supuestos jurídicos: Los actos jurídicos (contratos y compromisos unilaterales); los actos ilícitos (delitos y cuasi-delitos); el enriquecimiento sin causa y la ley.

2. El derecho subjetivo

Sobre el derecho subjetivo constituido por una parte de la consecuencia de la norma (recuérdese que la consecuencia jurídica tiene un doble aspecto, derecho subjetivo para una parte, y deber jurídico para la otra) hay varias tesis, dentro de las cuales destacamos:

2.1 Doctrinas sustanciales

2.1.1 Voluntarista de Bernardo Windscheid.

Para este autor el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el ordenamiento jurídico. Sostiene que el término derecho subjetivo suele emplearse en dos sentidos diferentes:

En primer lugar, por derecho subjetivo se entiende la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de las personas que se hallan frente al titular. Son ejemplo: el derecho que tiene el acreedor a que el deudor le pague lo debido, el del comprador frente al vendedor para exigir que éste le entregue lo comprado, etc. De la voluntad del beneficiado- - - - - titular del derecho subjetivo- - - - - depende entonces valerse o no del precepto o poner en juego los medios de garantía que le confiere el ordenamiento jurídico.

Se usa también el término derecho subjetivo para designar las facultades concedidas a las personas por las normas, para crear modificar o extinguir relaciones jurídicas. Ejemplo: el derecho de un propietario a enajenar sus propiedades, el de un acreedor a ceder su crédito o a rescindir un contrato, etc. De la voluntad de la persona, en este segundo sentido, depende la existencia y determinación de los imperativos jurídicos, mientras en el primer sentido su voluntad sólo es decisiva para la aplicación de preceptos ya establecidos.

Críticas a la teoría de Windscheid: Los argumentos con que se critica a Windscheid se pueden resumir así:

— Hay casos en los cuales el titular de un derecho subjetivo no desea ejercitarlo. Por ejemplo: un acreedor que no quiere cobrar lo que se le debe. Esta circunstancia no destruye la facultad concedida al acreedor, pues si el derecho subjetivo dependiese de su voluntad, al desaparecer ésta, aquél debería extinguirse; lo cual no ocurre.

— Numerosas personas carecen de voluntad en sentido psicológico, son incapaces de querer, y ello no obstante, poseen facultades y deberes. Son ejemplos, un demente en interdicción, un recién nacido, una persona jurídica, etc.

— Los derechos subjetivos existen aunque el titular ignore su existencia y no hay en él un querer orientado hacia ellos. Por ejemplo: una persona que vive o está de viaje en Nueva York cuando muere su padre en Colombia es heredero aunque ignore tal circunstancia.

— Hay derechos subjetivos cuya renuncia no produce consecuencias legales, así, por ejemplo, establecido que el salario mínimo es de \$ 30.00 diarios, no puede un trabajador aceptar, por caso de necesidad o urgencia, que se le pague \$ 10.00. Y aunque aceptara, tal cosa no produciría consecuencias legales, y, por lo tanto, seguiría, siendo acreedor a la percepción de \$ 30.00 como salario.

Como respuesta a las críticas, sostuvo Windscheid posteriormente que por "voluntad" debía entenderse la del ordenamiento jurídico. Pero éste no tiene voluntad, salvo aceptando tal cosa en sentido metafísico. La voluntad, así entendida, del ordenamiento jurídico, es algo enteramente diverso de la de los individuos, o sea, del querer en sentido psicológico.

2.1.2 Tesis del interés, de Rodolfo Jhering.

En el libro II de su obra "El espíritu del derecho romano", Jhering, luego de proclamar la insuficiencia de la teoría de la voluntad, concluye que en todo derecho subjetivo hay dos elementos igualmente importantes: uno que denomina sustancial (que consiste en un fin práctico, de utilidad, ventaja, ganancia, es decir, interés) y otro formal (que es la protección de ese interés por el derecho).

Dice Jhering que la palabra "interés" debe tomarse en sentido muy amplio. Se aplica no sólo a interés de tipo pecuniario, esto es, patrimoniales o económicos, sino también a los de otra índole, como la personalidad, el honor, los vínculos familiares, etc. La salvaguardia de los numerosos bienes, a cuya consecución puede hallarse orientada la actividad individual, constituye la meta última del Derecho. El hombre es el destinatario de toda facultad jurídica. Cuando este autor habla de bien, entiende como tal todo lo que puede representar utilidad para algún sujeto.

Agrega Jhering que para que haya derecho no basta el interés. Requiere que éste esté jurídicamente garantizado. Un interés que no esté protegido o tutelado por el derecho no constituye derecho subjetivo. Así, por ejemplo, el interés de una persona que ha ganado, en el juego de dados, el cual no es reconocido o garantizado por el derecho, al menos en nuestro medio, no constituye derecho subjetivo de acuerdo con Jhering, porque no se le brinda protección jurídica.

Crítica de la teoría de Jhering:

La teoría de Jhering se encuentra expuesta a objeciones del mismo tipo de las presentadas contra la de Windscheid. La más importante se puede enunciar así: si la nota del interés fuera esencial y requisito sine qua non al derecho subjetivo, al faltar aquélla, éste no existiría. No obstante, la persona que ha prestado dinero no siempre está interesada en pedir el pago. Incluso es posible que desee precisamente no reclamarlo. Cuando ello ocurre, el derecho del mutuante subsiste, lo cual demuestra que no dependía de su interés.

Por otra parte, el propio Jhering acepta que el derecho no reconoce, ni puede garantizar, todo interés. Para actuar con consecuencia, el citado autor debería entonces admitir que el único elemento esencial al concepto analizado es la protección jurídica, no lo protegido o tutelado, pues como ya se anotó, el interés individual no existe necesariamente en todos los casos.

Las fallas de la tesis expuesta son, pues, análogas a las de la doctrina de Windscheid, y ello no es extraño, pues voluntad e interés pertenecen al mismo linaje

sicológico. Sólo se quiere aquello en que se tiene interés; sólo se tiene interés en aquello que se quiere. El interés es un mediador de los objetivos de la voluntad.

Ante las críticas, Jhering sostuvo que al hablar de interés se refería a intereses medios, entendiendo por tales los predominantes en un momento dado y en determinada sociedad. Pero, si el interés que se exige es el promedio, implícitamente se acepta, como anota Kelsen, que el interés como realidad psicológica, necesariamente se presenta en todos los casos lo cual, como ya quedó demostrado, no es así.

2.1.3 Teoría ecléctica de Jorge Jellinek

Jellinek, combinando las tesis voluntaristas y el interés, define el derecho subjetivo como "un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual". Su opinión, sin embargo, al ser combinación de las dos primeras tesis ya vistas, se hace, por lo mismo, blanco de las mismas objeciones. El error consiste en pensar que basta una síntesis de las dos para lograr una doctrina verdadera. En realidad, lo que debe buscarse no es una síntesis, sino la superación de las posiciones antes discutidas ya que éstas no fallan por parciales sino por analizar el asunto erróneamente.

2.2 Doctrinas formales:

El derecho subjetivo como posibilidad:

2.2.1 De la norma: Tesis de Hans Kelsen.

Fiel al lema de la pureza metódica, sostiene Kelsen que el derecho subjetivo debe estudiarse de acuerdo con un criterio exclusivamente jurídico, normativo, y formal, haciendo total abstracción de los elementos de carácter psicológico, como la voluntad y el interés.

El profesor mexicano Eduardo García Maynes describe así la tesis del maestro Kelsen: (Introducción al Estudio del Derecho, páginas 191 y 192).

"La falta de las teorías que hemos discutido hasta ahora estriba, según el jurista Vienés, en que conciben el derecho subjetivo como algo esencialmente diverso del objetivo. Sus autores se preocuparon sólo por investigar qué es lo que el derecho subjetivo protege, es decir, tomaron en cuenta el elemento substancial, y olvidaron, o relegaron a un plano secundario, el elemento formal, que es el único jurídicamente relevante. Los errores de Windscheid, Jhering y Jellinek pueden compararse a la falta en que incurriría un estudiante de geometría al definir la esfera diciendo que puede ser de bronce, madera o cartón, o la de un soldado que habiendo sido enviado como espía para examinar las fortificaciones de una ciudad enemiga, se limitara a describir ante sus jefes la belleza de los parques y edificios de dicha urbe, o a hacer el elogio de la cultura de sus habitantes. "Pues el derecho es forma, no substancia, la protección, no lo protegido".

Si esto es verdad en relación con el derecho objetivo, debe serlo también en lo que concierne al subjetivo. Este último no es, ni puede ser, realidad distinta de la norma, es el mismo objetivo en una relación sui-géneris con un sujeto.

Kelsen plantea la cuestión del siguiente modo: ¿Cuándo puedo decir que el derecho objetivo se ha convertido en mi derecho subjetivo? . . .

El derecho objetivo transfórmase en derecho subjetivo cuando está a la disposición de una persona, o sea, cuando aquél hace depender de una declaración de voluntad de ésta, la aplicación del acto sancionador”.

De acuerdo con la tesis de Kelsen, el derecho subjetivo puede definirse como la posibilidad jurídica que tiene el individuo de hacer que se ejecute la sanción.

2.2.2 Del sujeto. Tesis de Eduardo García Maynez

Lo esencial de su posición lo expone el mismo autor en la obra citada, así:

El error fundamental de la teoría Kelseniana consiste en la identificación de las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo. Sostener que el subjetivo es el mismo objetivo en determinada relación con un sujeto, equivale a confundir las nociones de norma y facultad. La circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. El derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona.

La regla normativa es, en cambio, el fundamento de tal facultad. El sofisma de Kelsen es comparable, al paralelismo en que incurriría quien dijera que como entre las ideas de padre e hijo media una relación necesaria, no hay diferencia ninguna entre ellas”.

2.3 Tradicionalmente se incluye bajo la denominación derecho subjetivo, las siguientes manifestaciones:

1. El derecho subjetivo de una persona para exigir de otra el cumplimiento de un deber: Es, por ejemplo, el caso del acreedor, que puede deducir ante los tribunales una acción procesal para hacer que su deudor sea obligado a cumplir con la prestación.

2. El derecho subjetivo que se concreta en el poder para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Es el caso de los contratos y los testamentos.

3. Los derechos de libertad. Aparecen como el mero reverso de un deber jurídico impuesto a todos los demás. Por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad corporal, a la libre locomoción, etc.

4. El derecho subjetivo a cumplir el propio deber. Es por ejemplo, el caso

del deudor en cuanto el ordenamiento jurídico le faculta para librarse oportunamente de su obligación, a cuyo fin puede consignar judicialmente lo que debe.

2.4 Los principales derechos subjetivos son:

Los derechos reales (dominio, usufructo, uso, habitación, etc., reglamentados en los libros 2 y 3 del Código Civil).

Los derechos personales o de crédito, reglamentados fundamentalmente en el libro 4, del Código Civil.

El derecho de acción (Derecho Procedimental — adjetivo) El derecho de petición (artículo 45 de la Constitución Nacional, Decreto 2733 de 1959).

El derecho de libertad (parte dogmática de la Constitución) Los derechos Políticos (se encuentran, en lo esencial, también consagrados en la constitución).

3. El deber jurídico

El deber jurídico hace parte de la consecuencia de la norma, la cual puede consistir en el señalamiento de facultades y deberes u obligaciones. El deber jurídico, por consiguiente, es una noción correlativa a la de derecho subjetivo.

A pesar de que las nociones de deber jurídico y derecho subjetivo poseen la misma importancia, se ha descuidado mucho el estudio del primer concepto, y corresponde a Kelsen el mérito de haber combatido la deficiencia que se anota y señalar la necesidad de consagrar al deber jurídico un estudio especial.

3.1 Doctrinas que convierten el deber jurídico en un deber moral

3.1.1 Tesis de Kant.

Según Kant, para que una norma obligue es necesario que emane de la voluntad del sujeto obligado, es decir, que sea autónoma, y que posea validez universal. Para él, a nadie obligan los mandatos de una voluntad ajena, aunque una persona, bien puede aceptar las normas dictadas por un legislador extraño, si es que está convencida de la validez de las mismas. Quien acata la ley lo hace por un motivo ético y cumple, a la vez, indirectamente, con la obligación jurídica.

3.1.2 Tesis de Laun

Este tratadista alemán lleva la doctrina de la autonomía a sus últimas consecuencias. Para él, no hay distinción entre moral y derecho, pues, sólo las normas autónomas vinculan y la obligatoriedad de las normas heterónomas no es tal, sino un poder que constrañe a cumplir esas normas, pero el poder no otorga obligatoriedad a una norma. La validez de ésta dependerá siempre del asentimiento que le preste la voluntad del obligado, y por eso, la auténtica norma jurídica es autónoma.

Según este tratadista los llamados conflictos entre la moral y el derecho no son otras cosas que conflictos internos en el orden moral; el deber es uno: moral y jurídico a la vez. En capítulo anterior (Moral y Derecho), ya hemos hecho un análisis crítico de esta doctrina. Todo lo expuesto en aquella ocasión es válido en ésta.

3.2 Doctrinas que presentan el deber jurídico como correlativo a la norma jurídica.

3.2.1 Tesis de Kelsen.

Para Kelsen el deber moral es autónomo, mientras la obligación jurídica es heterónoma. La obligación jurídica puede ser exigida, aun por la fuerza física, y, así, es coercible. La moral vincula en cuanto la voluntad le da asentimiento. El derecho a un determinado comportamiento, en cuanto al comportamiento contrario es el hecho condicionante de una sanción establecida en la norma primaria. La vinculación síquica en el deber jurídico no juega ningún papel, pues sólo importa la vinculación normativa.

Para Kelsen el deber jurídico es simplemente la norma de derecho en relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción. O en otras palabras: el deber jurídico es el propio derecho objetivo contemplado a través del sujeto obligado por la norma.

3.2.2 Tesis de G. Radbruch.

Radbruch subraya el carácter bilateral del derecho y establece la distinción entre deber moral y deber jurídico en los siguientes términos: la obligación moral es sólo obligación, mientras que la obligación jurídica es obligación y deuda, esto es, puede ser exigida. En la moral no hay sujeto pretensor, y sí lo hay en el derecho. La bilateralidad es tomada acertadamente para tipificar el deber jurídico y distinguirlo de la obligación.

3.2.3 Tesis de García Maynez

Sostiene este autor que el deber jurídico constituye una limitación a la libertad del obligado, pues éste no tiene ya "Derecho" a omitir lo que se le manda o a hacer lo que se le prohíbe. Define el deber jurídico como "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras de exigir de la primera cierta conducta negativa o positiva". Conducta positiva es, por ejemplo, pagar lo pactado; conducta negativa es, v.gr., no hacer competencia.

El mismo García Maynez muestra la armonía entre derecho subjetivo y deber jurídico con base a una serie de principios tomados de la lógica, y de los cuales destaca los siguientes:

1. Todo lo que está jurídicamente ordenado, está jurídicamente permitido. Porque lo que el ordenamiento jurídico nos ordena no puede ser jurídicamente

prohibido. Ej.: Pagar impuestos.

2. Axioma de la libertad: Lo que se encuentra jurídicamente permitido y no está jurídicamente ordenado, puede hacerse u omitirse. Ej: celebrar contratos.

3. Axioma de la contradicción: la conducta jurídicamente regulada no puede ser al mismo tiempo prohibida y permitida. Ya sabemos que toda conducta se encuentra en el plano de la endonorma o de la perinorma, pero no en los dos a la vez.

4. Axioma de la exclusión del medio: Si una conducta está jurídicamente regulada está jurídicamente permitida o prohibida. En este caso debemos recordar que toda conducta se encuentra jurídicamente regulada expresa o tácitamente, porque lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido.

5. Axioma de la identidad: Todo objeto jurídico es idéntico a sí mismo, porque lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido y lo que está jurídicamente prohibido, está jurídicamente prohibido.

4. La Noción de Persona

Estudiados los conceptos de Derecho Subjetivo y deber jurídico debemos detenernos a considerar en quiénes se concretan tales hechos subjetivos y deberes jurídicos. Ellos no pueden concretarse sino en el hombre. Ya que es el único ser capaz de ser sujeto de derechos.

4.1 Doctrina tradicional sobre la Persona

La doctrina tradicional divide la persona en:

4.1.1 **Natural**, que es el hombre, que tiene derechos y obligaciones por su mera calidad de individuo de la especie humana. El es persona no porque el orden jurídico lo diga, sino por pertenecer al género humano. Por ello tiene derechos y obligaciones de por sí aunque no exista orden jurídico positivo y si éste existe, no puede, por regla general, más que reconocer los derechos que el hombre ya tiene de por sí o ratificar las obligaciones que el hombre por el mero hecho de nacer, contrae. Estos derechos y obligaciones son conferidos o impuestos al hombre por el derecho natural y el derecho positivo no tiene otra posibilidad que declararlos. A esta corriente se afilia nuestro código que en su artículo 74, dice: Persona Natural es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

4.1.2 **Jurídica**. Es de acuerdo con Carlos Savigny, una entidad ficticia, que en la realidad no es persona porque no es un hombre, pero que el orden jurídico la crea artificialmente con el objeto de conferirle derechos y obligaciones. Ella no existe de por sí independientemente del derecho positivo, como la natural, sino que es precisamente creada por tal Derecho Positivo, y no tiene más derechos y obligaciones que los que el orden jurídico positivo le confiera o imponga expresa-

mente. Por ejemplo: Coltejer, el Depto. de Antioquia, La U.P.B., etc.

Esta es también la corriente seguida por nuestro código civil en su artículo 633, dice que se llama persona jurídica, una Persona Ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. En su artículo 634 dice que no son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley. Como puede observarse este último artículo exige que la persona jurídica sea creada por una ley positiva.

4.2 Doctrina Positiva de la persona

4.2.1 Doctrina de Francisco Ferrara

Para Francisco Ferrara el término persona tiene tres acepciones:

1. Una acepción biológica que equivale a la noción de hombre.
2. Una filosófica, como ser racional, es decir el hombre mismo en cuanto es capaz de proponerse fines y realizarlos, y
3. Una jurídica que equivale a sujeto de derechos y obligaciones; como el positivismo sostiene que no es verdadero derecho sino el positivo, el hombre es persona para el derecho, porque así lo dispone el derecho positivo y no porque él tenga dicha calidad de por sí, y no tiene más derechos subjetivos, ni más deberes jurídicos que los que el orden jurídico positivo expresamente le confiera o imponga.

El de por sí, no tiene derechos y obligaciones ni nace con ellos, es el derecho positivo quien se los crea. La misma persona natural no es persona por naturaleza sino por disposición del legislador.

Si el hombre por el mero hecho de ser hombre fuere persona, es decir, sujeto de derechos y obligaciones, no se explicaría como entonces los esclavos romanos a pesar de ser hombres no fueron personas. Pero no es el hombre el único ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones. También las asociaciones humanas, pueden ser consideradas como sujetos de derechos, bien se trate de agrupaciones espontáneas como un Municipio, o conformados voluntariamente para la consecución de un fin, como Coltejer.

De acuerdo con lo anterior, lo que nosotros conocemos como personas jurídicas son definidas por Ferrara de la siguiente manera: "Son asociaciones—instituciones formadas para la consecución de un fin y consideradas por el ordenamiento jurídico como sujetos de derecho".

4.2.2 Doctrina de Kelsen:

Vamos a ver su tesis con un cuadro:

PERSONA JURIDICA

Individual: Persona Física o Natural

Colectiva o

Jurídica: Como Orden Jurídico Total

Para Kelsen la noción de persona, es una construcción artificial, un concepto creado por la ciencia jurídica. por ello toda persona es jurídica y ella no es más que un conjunto de responsabilidades, derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico o derecho objetivo. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidad y de derechos subjetivos; estos derechos y obligaciones son establecidos y determinados por normas jurídicas y sólo por normas jurídicas.

Persona no es más que la unidad de una pluralidad de normas que rigen la conducta de un individuo, o persona jurídica individual, o "física" o "natural" como dice la teoría tradicional, o la de una pluralidad de normas que rigen la conducta de varios individuos colectivamente considerados, o sea la persona jurídica colectiva, que es la única a quien la teoría tradicional le da el carácter de jurídica.

La persona jurídica individual es el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. El hombre es el soporte de los deberes y derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas o imputadas las conductas reguladas por estas normas. Decir entonces del hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica, significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas.

A semejanza de la persona jurídica individual, o física, la persona jurídica colectiva, llamada tradicionalmente "jurídica", designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos.

Ella es a veces la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación, y a veces la de un orden jurídico total que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominada habitualmente con el nombre de Estado.

La teoría tradicional ve una diferencia entre la persona individual y la colectiva. Para Kelsen, por el contrario, ambas son personas jurídicas, pues ambas son la personificación de un orden jurídico de tal modo que no hay una diferencia esencial entre ellas.

Los deberes y derechos subjetivos de la persona jurídica colectiva no son en realidad otra cosa que los deberes y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas sólo pueden regular conductas humanas, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no como sucede habitualmente

de manera individual. Así por ejemplo lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica colectiva no es más que la propiedad colectiva de los individuos que la componen.

BIBLIOGRAFIA

García Maynez, Eduardo. **Introducción al Derecho**

Aftalión, García Olano y Villanova. **Introducción al Derecho**

CAPITULO X

LA TECNICA JURIDICA

Se entiende como tal el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que el derecho persigue. La técnica jurídica abarca dos momentos: la técnica legislativa y la técnica jurisdiccional.

1. Técnica Legislativa.

Es la definida como el arte de la elaboración o formulación de normas generales; estudia la conducta de los legisladores en cuanto crean leyes. Los aspectos más importantes a considerar son:

– Ventajas o desventajas de la codificación de las normas y la sistematización de las mismas.

– Distribución de las materias que debe abarcar cada código y su adecuada ordenación.

– Preparación y sanción de leyes y códigos (proceso legislativo).

– Lenguaje y estilo de las leyes.

1.1 Se señalan como ventajas de la codificación el hecho de que facilita el conocimiento de las normas y da fijeza a las relaciones evitando las incertidumbres de derogación, vigencia, contradicciones, etc., de unas normas con otras.

Son inconvenientes la rigidez y estancamiento que supone.

La codificación es recomendable en materias muy elaboradas que requieren un alto grado de fijeza, como en el derecho civil y penal, y es en cambio inconveniente en ramas nuevas del derecho, que no hayan tenido una completa elaboración teórica y doctrinaria, o que requieran una constante evolución. Ej: Derecho Tributario y Agrario.

1.2 Las materias correspondientes deben distribuirse y ordenarse de acuerdo con las especialidades y los temas específicos, de manera que cada ley se refiera a un mismo asunto, no a diversos. Así lo ordena el artículo 77 de la Constitución Nacional.

1.3 Los Códigos y Leyes modernos exigen una nomenclatura precisa y una sintaxis ceñida y exacta. De acuerdo con esto, las normas jurídicas deben elaborarse en una forma clara, con un lenguaje técnico y se debe rechazar el uso de palabrería superflua e inútil.

En lo que se refiere al vocabulario, la terminología técnica se impone hoy día, ya porque se tomen palabras del lenguaje común dándoles en derecho el sentido

apropiado (cosa, bien, obligación, depósito, etc., hipoteca, mutuo, compraventa, deber jurídico, derecho subjetivo) ya porque se emplean palabras propias del derecho.

En cuanto a la sintaxis es frecuente que la técnica se encuentre en áreas de la precisión y de la concisión, reñida con el lenguaje común o con el literario.

En lo que se refiere al estilo, cabe observar que la legislación contemporánea ha superado el estilo persuasivo que trataba (que trataba de provocar en los destinatarios, al modo de la oratoria, sentimientos de adhesión a la norma general o de repulsa a lo que ella condenaba) y en general al convincente, con el que se pretende explicar el espíritu de la ley y brindar un adoctrinamiento o enseñanza.

1.4 Las Definiciones

Así como existe una diferencia entre lo que es jurisprudencia y lo que es legislación, también existe diferencia entre lo que es una norma jurídica y lo que es un tratado de derecho.

De acuerdo con este planteamiento se ha dicho que las definiciones no corresponde darlas a la norma, ni al legislador sino a la ciencia del Derecho y a los científicos del derecho. Las normas jurídicas deben trabajar con conceptos jurídicos ya elaborados por los tratadistas. Sin embargo las definiciones pueden ser convenientes y hasta necesarias en casos excepcionales; ejemplo: cuando en un código se usa en un número grande de normas, determinado concepto trascendental para la materia que se regula, y ese concepto no ha sido bien definido por la ciencia jurídica o la definición que ésta da se encuentra en discusión, es importante y justificable que el legislador defina ese concepto; o también, cuando a un término se le quiere dar sentido diverso al que tiene en el lenguaje. Ejemplo: cosa, bien, También cuando la definición contenga una regla de conducta.

2. La Técnica Jurisdiccional

Se refiere a la actividad de magistrados y jueces en cuanto a que con base en normas generales formulan normas individuales y concretas.

A la técnica jurisdiccional se aplican las observaciones hechas en cuanto al lenguaje jurídico en el apartado precedente. La técnica jurisdiccional, además tiene sus propios temas, como el de la adecuada comprensión o interpretación de las normas generales y abstractas y esto surge de la obligación que tienen los jueces de fallar y resolver todos los casos que ante ellos se ventilen. También el relativo a las disposiciones de los códigos de procedimiento, que se refieren a la tramitación de los procesos y a la forma de las providencias judiciales y la manera de dictar las mismas.

BIBLIOGRAFIA

Aftalión, García Olano y Villanova. *Introducción al Derecho*

CAPITULO XI

EL DERECHO Y EL ESTADO

1. ¿Es el Estado una entidad real (sociológica), o una entidad jurídica?

1.1 El Estado como personificación del orden jurídico nacional.

La voz "Estado" es muy difícil de definir debido a que comúnmente ese término designa una multiplicidad de objetos completamente diferentes. A veces la palabra se usa para designar la sociedad como tal, o una forma especial de sociedad. En otras ocasiones el vocablo es empleado en un sentido más restringido, para referirse a un determinado órgano de la sociedad —el gobierno, por ejemplo—; y a veces también se emplea para designar el territorio en que habita la población del Estado. Muchas de las confusiones propias de la teoría política (o de la teoría del Estado) provienen de que los diferentes autores que tratan el tema estudian bajo el mismo nombre los más diversos objetos.

Aquí vamos a estudiar el Estado como fenómeno jurídico, como sujeto de derecho, es decir, como persona jurídica colectiva. Ya en esta materia se definió en el capítulo IX el concepto de persona jurídica colectiva y, entonces sólo nos resta encontrar las diferencias que existen entre la persona colectiva que es el Estado y las demás personas colectivas. La diferencia hay que buscarla en el orden normativo que constituye a la persona jurídica estatal. El Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional (no internacional). El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad. El Estado es pues, desde el punto de vista jurídico —único punto de vista que permite conocer su esencia— el problema del orden jurídico nacional.

El derecho positivo asume la forma de órdenes jurídicos nacionales que están relacionados entre sí por un orden jurídico internacional. No hay un derecho en sentido absoluto, sino diversos órdenes jurídicos—Derecho Colombiano, Derecho Norteamericano, Derecho Francés— cuyos ámbitos de validez se limitan recíprocamente; y, además de ellos, existe un complejo de normas al que damos el nombre de derecho internacional.

1.2 El Estado como orden y como unidad constituida por ese orden.

De acuerdo con la opinión tradicional no es posible entender la esencia de un orden jurídico nacional sin presuponer la existencia del Estado como realidad social subyacente. Según esa opinión, la individualidad de cada orden jurídico depende de su referencia a un Estado como hecho social preexistente; porque es creado "por" un Estado o tiene validez "para él". El derecho colombiano por ejemplo, se supone basado en la existencia de un Estado Colombiano que sería una especie de entidad social, no jurídica. Aunque es creado por el Estado, al derecho se le atribuye la facultad de regular la conducta del propio Estado, al cual se concibe como una especie de superhombre; nótese la relación análoga que existe entre esta doctrina y la otra, esa sí veraz, de que el derecho regula la conducta

de los hombres. Así como existe entonces el concepto jurídico de persona al lado del concepto biológico de hombre, algunos suponen que existe un concepto sociológico del Estado al lado de un concepto jurídico del mismo; inclusive se llega a pensar que aquél tiene frente a éste prioridad lógica e histórica. El Estado como realidad social se entiende, pues, como sociedad; es una comunidad. El derecho quedaría entendido como norma; sería un orden normativo. Estado y Derecho son pues, de acuerdo con dicha teoría, dos objetos diferentes. Este dualismo de Estado y Derecho ha sido uno de los fundamentos en los que se ha levantado la ciencia política moderna.

Sin embargo, ese dualismo es falso. El Estado, como comunidad jurídica no es algo diferente de su orden jurídico, de idéntica manera a como la persona colectiva no es algo diferente del orden que la constituye. Un cierto número de individuos (por ejemplo todos los colombianos) sólo forma una comunidad en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca. El término "comunidad" sólo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un mismo orden normativo.

Como no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes (el "estado" y su orden jurídico), tenemos que admitir que la comunidad a la que damos el nombre de Estado, es "su" orden jurídico. El Estado en cuanto comunidad no es, en su relación con el derecho, una realidad natural o social; y, esa relación es completamente diferente de la que hay entre el hombre y el derecho. Si admitimos la existencia de un concepto sociológico del Estado, por el cual nos refiriéramos a una determinada comunidad, tendríamos que admitir que tal concepto está supeditado al concepto jurídico de Estado y no viceversa.

1.3 El Estado como unidad sociológica.

Muchos pensadores han afirmado que el Estado más que una entidad jurídica, es una entidad sociológica; que es la sustancia social lo que le da unidad y existencia al Estado.

1.3.1 Unidad social constituida por acción recíproca.

Se ha supuesto que existe entre los individuos de un mismo Estado una cierta acción recíproca que les confiere particular unidad, unidad completamente distinta del Estado pero que le sirve de fundamento a éste. "Se dice que un conjunto de individuos forma una unidad real, cuando cada uno influye sobre los otros y, a su vez, recibe influencias de éstos". Contra esto se responde:

a) Obviamente, todos los seres humanos, e incluso todos los fenómenos, se hallan en acción recíproca.

b) Si lo que se quiere decir, es que la acción recíproca entre los individuos pertenecientes a un mismo Estado es más intensa, esto se desvirtúa fácilmente al comprobar que los vínculos económicos, culturales, religiosos, etc. no respetan fronteras políticas.

c) Si a lo que se refiere la afirmación es una "acción recíproca de naturaleza psicológica" se rebate que los modernos medios de comunicación permiten un vivo intercambio de valores espirituales entre los más diseminados pueblos de la tierra.

d) Si pudiera medirse con exactitud la intensidad de la acción recíproca entre los hombres de la tierra, encontraríamos al mundo dividido en regiones que en modo alguno coinciden con las fronteras políticas.

La afirmación de que existe una más intensa interacción entre los individuos pertenecientes a un mismo Estado, apunta hacia el objetivo político de sustentar que "El Estado no es sólo una unidad jurídica, una unidad de poder, sino, además, una unidad real".

Sin embargo, salta a la vista que siempre que se formula el problema del Estado como realidad sociológica, se está presuponiendo la existencia del Estado Unidad-Jurídica.

1.3.2 Unidad social constituida por una voluntad común o por intereses comunes

Desde este punto de vista, los individuos que pertenecen a la misma comunidad política están unidos por un interés colectivo.

El término "voluntad colectiva" significa que diversos individuos quieren, sienten o piensan del mismo modo. Existiría una unidad real sólo entre quienes participen de una misma actitud y, sólo mientras esta identidad prevalezca.

Sin embargo, salvo en grupos pequeños, es imposible que tal identidad se dé. Afirmar que todos los ciudadanos de un Estado quieren, sienten y piensan del mismo modo no es más que una ficción política.

1.3.3 El Estado como dominación

Esta teoría define al Estado como una relación en virtud de la cual alguien manda y gobierna y otros obedecen y son gobernados.

Sin embargo, son muchas las relaciones en que se da esta supraordinación. ¿Con qué criterio podemos distinguir al Estado de las demás relaciones de dominación? ¿Cómo distinguir los mandatos emitidos "en nombre del Estado", de otros mandatos?

Parece que no hay forma de dar respuesta a estos interrogantes por fuera del orden jurídico constitutivo del Estado. El concepto de gobernante de un Estado implica la suposición de un orden jurídico válido.

Ahora bien, no existe un solo Estado donde la función de "mandar en nombre del Estado" pertenezca exclusivamente a una persona; hay numerosos actos de mando y obediencia. Lo que le da unidad a esta multiplicidad de actos es la uni-

dad del orden jurídico en el cual se fundan.

Incluso desde el punto de vista sociológico, sólo una dominación "legítima" puede ser concebida como Estado. Y, esto lógicamente supone la existencia de un sistema de normas válidas.

1.4 El Estado como poder.

Corrientemente se admite que el Estado es una sociedad políticamente organizada, es decir, es una organización política; ¿Dónde reside el carácter político de ella?

En el hecho de que es un orden coercitivo. Pero no es un orden coercitivo cualquiera; recordemos que el derecho también se caracteriza por la regulación del uso de la fuerza, por ser un orden coercitivo; el Estado tiene el carácter distintivo de constituir un monopolio de tal uso o, lo que es lo mismo, de ser un orden jurídico en el cual las funciones de creación y aplicación del derecho están centralizadas en ciertos órganos.

El poder social es correlativo de la obligación social; implica la organización social, lo cual es especialmente notorio cuando el poder no pertenece a un solo individuo como es común, sino a un grupo. El poder estatal es el poder organizado por el derecho positivo, el poder del derecho, es decir, la eficacia del orden jurídico positivo.

1.5 El problema del Estado como problema de imputación.

Decimos que un acto se imputa a alguien cuando, no habiéndolo ejecutado material o personalmente, a él atribuimos todos sus efectos; tanto los derechos como las obligaciones que de su realización surjan.

Veremos como la unidad entre derecho y Estado se revela también a través de las siguientes consideraciones:

Es evidente que el Estado es un objeto no real (ideal); no es un cuerpo visible o tangible; ¿Cómo pues, se manifiesta en la vida social?

Sólo porque ciertos actos de ciertos seres humanos se consideran actos del Estado; se le imputan a él.

Pero, ¿Qué requisitos deben llenarse para que una acción humana sea atribuida al Estado?

¿Cuándo podemos "imputar" al Estado un determinado acto de un individuo?

Sólo cuando "ese" acto ha sido previsto como acto estatal por un orden jurídico al que tenemos que presuponer válido. Una acción vale como acto del Estado cuando es ejecución de aquel ordenamiento.

El problema del Estado aparece entonces como un problema de imputación; el Estado constituye un punto común sobre el cual diversos actos son proyectados: Un punto común de imputación de diferentes acciones humanas; ese punto común, esa unidad, se personifica en el concepto de "Estado en cuanto persona".

Los individuos cuyas acciones se imputan al Estado son los llamados órganos del mismo, es decir, órganos del derecho.

2. LOS ORGANOS DEL ESTADO

2.1 Concepto de órgano estatal.

La persona que cumple funciones determinadas por el orden jurídico tiene el carácter de órgano.

Se es órgano del Estado en cuanto se realiza una función creadora o aplicadora de derecho.

Existe además un concepto más restringido de órgano:

"Sólo cuando se tiene en lo personal un cargo jurídico específico, lo cual implica una cierta profesionalización, con cargo al tesoro público". Los órganos del Estado en sentido estricto se llaman funcionarios.

2.2 Concepto formal o material del Estado.

El concepto material de órgano tiene su contrapartida en otro concepto de imputación al Estado. En este sentido una acción se imputa al Estado cuando es realizada por un individuo que tiene el carácter de órgano material del Estado, es decir, en cuanto es realizada por un funcionario. La calidad de órgano estatal de un individuo está constituida entonces, o bien por la función que desempeña, o bien por el simple hecho de ser un funcionario público.

Cuando decimos por ejemplo que hay empresas del Estado o universidades del Estado queremos decir que imputamos a éste la actividad de las personas que manejan tales instituciones; la actividad de tales personas se imputa al Estado porque ellos tienen el carácter de funcionarios públicos.

A la noción de imputación corresponde un concepto de Estado que se podría identificar con la expresión "aparato burocrático" pero obviamente éste no constituye el orden jurídico total sino sólo una parte de aquél, determinada por criterios materiales.

Puede decirse que el concepto material del Estado es más restringido en cuanto que sólo comprende el aparato burocrático, mientras que el concepto formal se extiende a toda la comunidad sometida al orden jurídico.

El Estado como sujeto de imputación es la personificación del orden jurídico.

La validez de este orden no puede ser demostrada, como no puede ser demostrado, en última instancia, ningún valor; por lo mismo, si se quiere interpretar una acción humana como acto estatal tenemos que suponer siempre que ese orden jurídico estatal existe y es válido. En síntesis: “la imputación de una acción humana al Estado sólo es posible sobre la base de un orden jurídico total o parcial que presuponemos válido.

2.3 La creación del órgano estatal

El Estado sólo obra a través de sus órganos. Esto significa que el orden jurídico sólo puede ser creado o aplicado por individuos designados por ese mismo orden, lo cual implica el establecimiento de normas procedimentales para que un individuo sea convertido en órgano del Estado.

Un órgano puede ser creado por nombramiento, elección o sorteo; el nombramiento se hace por otro órgano individual superior; la elección se hace por un órgano colegiado compuesto por individuos que se hallan legalmente subordinados al órgano electo. Un órgano es superior a otro si puede crear normas jurídicas que lo obliguen. Nombramiento y elección son tipos ideales entre cuyos extremos existen otros tipos mixtos que no han recibido una denominación específica; por ejemplo: la designación que se hace por los tribunales superiores de los jueces del respectivo distrito judicial, designación que participa de las características del nombramiento y de la elección.

2.4 Organo Simple y Organo Compuesto

Los órganos pueden clasificarse en simples o compuestos según si la función es realizada por el acto de un solo individuo o por actos convergentes de varios individuos. El individuo cuyo acto necesita unirse a los de otros para constituir la función total, se denomina órgano parcial.

Los actos de los órganos parciales pueden tener el mismo contenido o contenidos diferentes. Una función legislativa compuesta de dos actos de igual contenido es la que realiza un parlamento integrado por dos cámaras. Ejemplo de una función compuesta de actos que tienen contenidos diferentes es el proceso legislativo en Colombia.

2.5 Procedimiento.

Cuando una función se compone de dos actos parciales es necesario regular la combinación de éstos en su resultante.

Esa regulación es el procedimiento. Para mirar sólo un ejemplo común, vale la pena anotar que desde el punto de vista de la función jurisdiccional total cada una de las etapas (acción, primera instancia, segunda instancia, recurso extraordinario, ejecución de la sanción) es sólo un acto parcial. Aparece aquí de modo patente el carácter altamente relativo de la distinción entre acto personal y acto total.

Cualquier acto de cualquier órgano puede ser considerado como meramente parcial; la única función que merece el calificativo de acto total es la del Estado en cuanto orden jurídico.

3. EL ESTADO COMO SUJETO DE DEBERES Y DERECHOS

3.1 La auto-obligación del Estado.

El Estado, en cuanto sujeto que obra por medio de sus órganos, el Estado como sujeto de imputación o persona jurídica, es la personificación de un orden jurídico. Trataremos de resolver la debatida cuestión de cómo el Estado puede tener derechos y obligaciones.

La doctrina tradicional, que parte del dualismo derecho y estado se plantea el problema así: Si el Estado es la autoridad de la cual emana el orden jurídico, ¿cómo puede hallarse sujeto a éste y convertirse, al mismo tiempo, en titular de derechos y obligaciones? Se considera que la cuestión es superlativamente difícil. Sin embargo la cuestión no plantea ninguna dificultad a menos que se hipostase el Estado en un ser supraindividual y se hable de derechos y obligaciones del Estado en el mismo sentido en que se habla de derechos y obligaciones de los individuos; en este sentido la dificultad proviene; de que se ha partido de presupuestos falsos.

El Estado no tiene ninguna obligación o derecho en el mismo sentido de los individuos. Decir que un individuo tiene obligaciones y derechos es decir que a su conducta se atribuyen ciertos efectos jurídicos; el orden jurídico no puede en tal sentido, imponer obligaciones y conceder derechos al Estado, ya que no tiene sentido hablar de la conducta de un orden; menos sentido aún, tendría la afirmación de que el orden jurídico obliga y faculta al orden jurídico. Pero lo dicho no significa, que los hombres que conforman los órganos del Estado estén exentos de toda obligación. Negar la posibilidad de una auto-obligación del Estado no implica un argumento en favor del absolutismo; es un aserto de simple significado teórico.

La afirmación de que el derecho es creado por el Estado sólo significa que el orden jurídico regula su propia creación.

El problema de la llamada auto-obligación del Estado es uno de esos pseudo-problemas que resultan del dualismo establecido entre Estado y derecho. Lo que originariamente era sólo un medio de representar la unidad de un sistema de objetos, se le convirtió a la doctrina tradicional en un objeto nuevo. Y a renglón seguido surgió el falso problema de la relación entre el medio figurativo y el objeto mismo.

3.2 Los deberes del Estado (el acto antijurídico estatal)

Hablamos de derechos y obligaciones del Estado al imputar a éste los actos humanos que forman el contenido de aquellos derechos y obligaciones. Obligaciones

y derechos del Estado son obligaciones y derechos de los órganos estatales. La existencia de esos derechos y obligaciones no implica el problema de la auto-obligación sino el de la imputación.

La función forma el contenido de una obligación cuando un individuo al dejar de realizarla se hace acreedor a una sanción. La sanción no es dirigida contra el individuo en su calidad de órgano estatal, puesto que su acto antijurídico no puede ser imputado al Estado; un individuo es órgano del Estado sólo cuando su conducta se ajusta a las normas jurídicas que determinan su función. La imputación al Estado no comprende acciones ni omisiones que tengan el carácter de actos antijurídicos, salvo en el derecho internacional.

Lo dicho no se opone a que el Estado pueda estar obligado a la reparación de un daño causado por un acto antijurídico de un órgano estatal. Esto significa que otro órgano estatal tiene el deber de anular el acto antijurídico realizado por el individuo que "como órgano del Estado", obró ilícitamente. Además el primero de dichos órganos está obligado a castigar al mencionado individuo, y hacer que se repare, si es preciso con propiedades del Estado, el daño ilícitamente causado. La idea de que el Estado ejecuta sanciones contra sí mismo no puede sostenerse; sin embargo, el Estado puede hallarse obligado a reparar los daños cometidos por sus órganos, especialmente cuando el acto antijurídico ha sido cometido en conexión con sus funciones como órgano estatal

3.3 Los derechos del Estado

Puede hablarse de un derecho del Estado cuando la ejecución de una sanción se hace depender de una demanda presentada por un individuo en su calidad de funcionario del Estado. Especialmente en el campo del derecho civil el Estado puede tener derechos en el mismo sentido y a medida que los particulares. La relación entre el Estado y los sujetos de las obligaciones del derecho penal permite la misma interpretación, en cuanto que la sanción penal es aplicada únicamente cuando el ministerio público (cuyas veces en Colombia la realizan en ocasiones los jueces) ejerce la correspondiente acción.

3.4 Derechos contra el Estado

A una obligación del Estado corresponde un derecho de un particular, únicamente cuando la persona privada cuyo interés jurídicamente protegido ha sido violado, puede hacerse parte en el proceso que se sigue por incumplimiento de la obligación. En ocasiones tal proceso no conduce a una sanción aplicable al órgano inmediatamente responsable del incumplimiento, sino que el objeto del proceso puede consistir en la anulación de dicho acto. En ambos casos, el proceso puede tener por objeto, además, la reparación del daño ilegalmente causado.

LA INTERPRETACION JURIDICA

En toda ciencia apreciamos dos partes: El Método y la Doctrina. Llegamos a

estructurar la doctrina acudiendo al método; por lo mismo hay entre los dos una relación de medio a fin.

La doctrina no es más que el conjunto de conocimientos adquiridos en una determinada rama del saber humano y el método es el medio por el cual somos poseedores de esos conocimientos.

Etimológicamente, el término método significa: "Ponerse en camino" y se ha definido como el orden seguido por la inteligencia humana para el descubrimiento de la verdad. Está constituido por un conjunto de procedimientos, de investigación, de sistematización y de exposición científicas. Dentro del método, una de las partes más importantes, es la cuestión de la interpretación que equivale a desentrañar el sentido de algo, sacar el sentido de algo a la superficie; de acuerdo con la filosofía contemporánea interpretar es conocer por comprensión el sentido que un signo o un símbolo expresa; de ahí que en el ámbito del derecho, la interpretación o hermenéutica, como también se le llama, es el sinónimo con que los juristas designan el específico acto de comprensión que realizan. Cossio por otra parte, advierte que no es correcta la generalizada expresión según la cual la función de los jueces consiste en interpretar las leyes. En rigor, dice, las leyes son conceptos, significaciones, esto es, objetos ideales que, como tales, no se explican ni se interpretan o comprenden, sino que se entienden o se utilizan. El legislador utiliza expresiones que supone son intelegibles y conocidas.

La verdad es que los jueces no interpretan las leyes o normas, sino que interpretan o comprenden conductas, a través de ciertos esquemas llamados leyes.

a. EL METODO GRAMATICAL

El método gramatical es el método por excelencia de los glosadores y posglosadores. Glosa, significa referencia a la sinonimia, a la etimología y a la comparación de textos unos con respecto a los otros(la biblia, el derecho canónico). Este método ha sido criticado por ser una falacia, el hecho de creer que una interpretación pueda ser puramente gramatical. El jurista, en cuanto a tal no puede detenerse a la consideración de la significación y etimología de las palabras ya que su labor entonces caería en la del gramático o en la del lingüista. Para el jurista las palabras de una ley son meramente signos que expresan un objeto que consiste en la regulación de la conducta humana; cuando el legislador recurre a estos signos, es porque los supone en alguna medida sabidos o conocidos por las personas a las cuales va dirigida la norma.

La tarea específica del jurista, no puede detenerse en la averiguación del sentido gramatical de las palabras, sino que empieza verdaderamente cuando las toma en cuenta para conocer por comprensión el sentido de ciertas conductas, que esos signos de que se vale la norma, contribuyen a perfilar.

Por otra parte, el método gramatical, en cuanto se atiende a las palabras aisladas de una norma, olvida que esas palabras hacen parte de las normas y que las normas hacen parte de un orden del que depende su sentido.

Por si alguna duda hubiere al respecto, bastaría recordar que el legislador hace a veces, expresa ostentación de su independencia en la materia o con respecto al lenguaje dando su propia definición de ciertos vocablos y términos. De ahí que los juristas anglo-americanos hayan creado un aforismo que se expresa así: —en Derecho nunca se cite como autoridad un diccionario. Los mismos glosadores se dieron cuenta del error en que caían con el método gramatical y al final empezaron a usar de la lógica para construir sistematizaciones, ordenaciones y clasificaciones de normas, recursos técnicos que los llevaron a vincular entre sí los sucesivos títulos de una recopilación legal, a resumir sus disposiciones y a ensayar algunas construcciones elementales con respecto a algunas instituciones. El método gramatical en nuestra legislación está ordenado en los artículos 28 y 29 del Código Civil.

b. El Método Exegético

Este método es tal vez el más importante en nuestro medio, en el sentido de que es el seguido por la mayoría de los abogados. La cuestión de la interpretación de las normas jurídicas tuvo gran auge en el siglo XIX, después de la aparición del Código de Napoleón y en dicha época fue propuesto por la llamada escuela del Racionalismo Jurídico el método exegético como un método perfecto que aplicado a la ley, diera automáticamente como resultado su verdadera interpretación. Los postulados fundamentales de la escuela de la exégesis son los siguientes:

1) La creencia en que la ley, como obra que es del legislador, es la expresión suprema y definitiva del derecho. Este principio llevó a la escuela exegética a erigir como cuestión cardinal el culto al texto de la ley y a la intención del legislador. Para esta escuela, si el derecho se resume en la ley, conocer la ley es conocer el derecho. Para ellos el legislador siempre sabe lo que hace y jamás se equivoca y tanto lo dicho como lo omitido por el legislador, es inobjetable.

La interpretación se basa en el culto al texto legal cuando es claro y en caso necesario la investigación de la intención o voluntad del legislador.

2) Para la escuela exegética, no corresponde al intérprete indagar las costumbres, condiciones históricas, sociales y económicas, ni guiarse por las valoraciones ni condiciones sociales vigentes, pues todo lo que sea extraño a las razones del legislador es extraño al derecho positivo.

A juicio de esta escuela, frente a un caso concreto el intérprete podría encontrarse en tres situaciones distintas:

- a). Que existe para el caso una ley clara y expresa.
- b). Que existe una ley pero su texto es oscuro o dudoso.
- c). Que no existe norma aplicable al caso que se va a resolver.

En el primer caso, no hay dificultad alguna; el juez prescindiendo del juicio que

le merezca la justicia intrínseca de la norma, debe aplicarla estrictamente: dura lex, sed lex.

En el segundo caso, el intérprete debe recurrir a la interpretación gramatical y a la interpretación lógica; la primera se funda en las reglas del lenguaje y la gramática; la segunda pretende desentrañar por razonamientos el pensamiento real, psicológico que tenía el legislador cuando dictó la norma; debe recurrirse entonces a las notas hechas por quien preparó la codificación, a las ponencias parlamentarias, proyectos y discusiones en torno al respectivo proyecto de ley, a los anales del congreso correspondientes a la época en que el proyecto de ley cumplía el proceso legislativo y en caso necesario, a comparar la norma en cuestión con otras normas que regulen materias semejantes.

En el tercer caso, de acuerdo con la escuela exegética, se debe dar aplicación a normas análogas o a los principios generales del derecho. La aplicación de normas análogas se funda en una interpretación de la voluntad presunta del legislador; en efecto, cabe suponer que presentándose casos iguales, el legislador hubiere dictado normas iguales, es decir, que donde existe una misma razón de hecho, debe haber igual disposición de derecho. En conformidad con el artículo 8 del Código Civil que la consagra en nuestro medio, para que pueda aplicarse se requiere el lleno de tres condiciones: que no exista una ley exactamente aplicable al caso controvertido; que el evento estudiado sea semejante a otro que está previsto legalmente; que exista la misma razón para aplicar al primero el precepto estatuido respecto del último.

Si dado A debe ser B; se presenta C con iguales características de A y para C no se encuentra norma establecida, entonces dado C debe ser B.

Esta analogía sólo opera en Derecho Civil, Laboral, etc. en Derecho Penal no.

Los primeros Generales del Derecho.

Son proposiciones de carácter general, de naturaleza extranormativa, pero que tienen fuerza jurídica cuando se cumplen los presupuestos señalados por el ordenamiento jurídico para ello. Nuestro derecho les reconoce carácter obligatorio en el artículo 8o. del Código Civil, cuando no sea posible hallar solución al problema planteado, ya sea indirecta (analogía) o directamente o en la costumbre.

En materia laboral tienen prelación sobre la costumbre, cuando dichos principios se derivan de lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, según lo dispuesto en el artículo 19 del mismo Código.

Para algunos autores los principios generales son el contenido mismo del Derecho Natural, mientras que para otros son el sedimento experiencial de la actividad jurídica de la humanidad, la que se ha condensado en fórmulas y reglas que han perdurado a través de los siglos y cuya máxima expresión es el Derecho Romano. Para nuestro propósito baste con saber que ellos son anteriores a los modernos sistemas del Derecho Positivo y que fueron en gran medida directrices para su for-

mulación, razón por la cual es frecuente encontrarlos incluidos como normas positivas ya sea en forma abstracta informando todo el derecho, o concreta cuando se refieren a una materia en particular. Ejemplo de los primeros, son casi todos los principios encontrados en la parte dogmática de la constitución positiva de los Estados, y de los segundos podemos mencionar el contenido del artículo 1603 del Código Civil, según el cual, en todo contrato debe existir buena fe por parte de los sujetos que intervienen en su celebración.

Estos principios normativizados adquieren fuerza legal de la misma manera que cualquiera otra norma jurídica, pero cuando se refieren a una materia particular, sólo son obligatorios en esa materia y para otras constituyen solamente una fuente subsidiaria. Ejemplo: el principio de la buena fe, es aplicable como fuente legal obligatoria en los contratos de materia civil, pero lo es también como fuente subsidiaria en todos los demás fenómenos jurídicos donde sea procedente, como en el testamento, en la actuación de las partes dentro del proceso, en la conducta que deben observar los socios dentro de una sociedad, en la forma de comportarse trabajadores y patronos en la relación laboral; pero no obstante la incorporación al ordenamiento jurídico de algunos principios generales del derecho, hay que dejar en claro que ellos constituyen en nuestro medio una fuente autónoma por mandato expreso del artículo 8 del Código Civil.

La postura estrictamente exegética estaba desde un principio condenada al fracaso porque la faena de desentrañar la voluntad o intención del legislador aunque pudiera ser interesante, nunca puede ser convertida en el único criterio de verdad para la interpretación, entre otras razones, porque hay leyes con respecto a las cuales sus autores nada han dicho y otra en las cuales una minoría expresa una opinión contraria a lo dicho en el texto legal aprobado.

Ante estas razones dijeron los proclamadores del método exegético que no se trataba de buscar la voluntad real del legislador, sino la voluntad misma de la ley, pero esto es cambiar un error por otro porque la ley no es un ente psicológico que pueda tener voluntad.

Máximas de carácter lógico, de Método Exegético

- 1). Donde la ley no distingue, no debemos distinguir.
- 2). Cesando las razones por las cuales fue dictada la norma, cesa lo dispuesto en la misma. Es una excepción al anterior.
- 3). Las normas deben interponerse de manera que tengan algún sentido y alcance.
- 4). Lo que se dice de una cosa se niega de otra o sea, que la inclusión de una excluye la otra. Este argumento "a contrario sensu" se usa para demostrar que si la ley se refiere a un caso dado lógicamente no comprende otros. Ejemplo: de acuerdo con la Constitución Nacional sólo las personas que tengan 18 años de

edad o más, son ciudadanos, entonces todos los menores de tal edad no son ciudadanos.

5). Argumento "A fortiori" que significa "con mayor razón todavía". Según este argumento, si dado A, debe ser B, en atención a ciertas cualidades de A; y si en el supuesto C se dan otras mayores, entonces en el supuesto C para el cual no ha sido establecida consecuencia por una norma, debe ser B, con mayor razón todavía.

Este argumento, como vemos, se opone al anterior.

6). Argumento "Ad Absurdum". Según éste, debe rechazarse toda interpretación que conduzca a despropósitos o a consecuencias exageradas y absurdas.

El método exegético de interpretación de normas jurídicas, se consagra en nuestro ordenamiento en el artículo 27 del Código Civil y 5 y 8 de la Ley 153 de 1887. Hay que advertir que en materia de contratos se debe ir primero a la voluntad de las partes y no al sentido literal de las palabras: artículo 1618 del Código Civil.

c. Método Dogmático o Sistemático

Puede decirse que al generalizarse el uso de las argumentaciones lógicas y aforísticas estudiadas, la escuela exegética que en un principio se limitaba a un positivismo de la ley, con base a elementos empíricos y no jurídicos, se vuelve en un racionalismo y se transforma en una escuela eminentemente dogmática que se convierte en un positivismo de las normas del ordenamiento jurídico.

La escuela Dogmática no considera los textos legales como hechos empíricos (palabras, voluntad, etc.), sino como soportes de significaciones objetivas, comprendidas del legislador que las formuló y capaces de ir suministrando cada vez nuevas soluciones según las circunstancias y la manera como se las maneje.

Corresponde a Savigny el haber puesto las bases de la escuela Dogmática, al demostrar que para el jurista las leyes no son hechos o datos empíricos sino significaciones lógicas que en su coordinación y sistematización con otras normas, integran un ordenamiento total en el sentido de que sus posibilidades lógicas alcanzan todos los casos jurídicos posibles.

La escuela Dogmática, en vez de afanarse en el análisis gramaticalista de las palabras de la ley o en la intención del legislador, centró su atención en la tarea de considerar al ordenamiento jurídico como una totalidad sistemáticamente elaborada cuyas partes —que son las normas, se vinculan entre sí y reciben su sentido del todo en que se insertan. De ahí, que de la escuela dogmática nazcan las grandes teorías jurídicas, como la de la posesión o la de la naturaleza de las personas jurídicas colectivas, así como magistrales construcciones que intentan dar cuenta de la realidad jurídica en términos conceptuales, por medio de procesos racionales de abstracción, comparación, clasificación y generalización de normas, tendientes a desarrollar coherentemente los principios legales hasta las últimas consecuencias

e implicaciones lógicas, y dentro de estas grandes construcciones podemos citar la teoría del enriquecimiento sin causa, la teoría de la continuidad de la persona del difunto y la misma noción de Derecho Subjetivo, y del abuso del derecho.

Sentada por la escuela dogmática la tesis de que las leyes no son para el jurista hechos empíricos sino significaciones lógicas, es natural que recurriera al uso de la lógica formal. La norma debe ser interpretada aunque sea aparentemente clara o explícita: toda norma requiere ser interpretada y se le debe buscar un sentido lógico o jurídico.

También es legítima la investigación de tipo histórico para la interpretación de las normas jurídicas, pero dice Savigny que esa investigación no se reduce a considerar datos sobre intenciones psicológicas o elementos de tipo biográfico del autor de la norma, sino que fundamentalmente considera valoraciones culturales, sociales, económicas, políticas, etc., que rodean a la sociedad al momento de la elaboración de la respectiva norma jurídica. En síntesis, Savigny sostiene que en la interpretación de la ley deben distinguirse cuatro elementos que son: 1. Gramatical; 2. Lógico; 3. Histórico y 4. Sistemático. El gramatical se refiere a las palabras de que se ha servido el legislador para transmitirnos su pensamiento.

El lógico estriba en la descomposición del pensamiento del legislador para establecer las relaciones entre las distintas partes que lo componen.

El histórico, se refiere a los problemas, vivencias, sentimientos culturales, políticos, sociales y económicos que se viven en una colectividad en el momento de dictarse la respectiva norma.

El sistemático representa el vínculo íntimo que liga las instituciones y las normas jurídicas en una basta unidad, en un todo que se conoce como ordenamiento jurídico.

Pero de acuerdo con Savigny, cada una de estas formas no se debe usar aisladamente, es decir, no son procedimientos distintos a elegir, sino que se debe usar de ellos en conjunto y todos ellos deben cooperar en una única interpretación.

Los factores histórico y lógico los hallamos consagrados en el artículo 27 inciso 2o. del Código Civil; el sistemático en los artículos 30, 31 y 32 del mismo y 5o. de la Ley 57 de 1887 y el gramatical en los artículos 28 y 29.

d. Método Teleológico

Fue propuesto por el profesor Ihering.

Ha sido definido como el modo de hallar el significado de la norma en función del interés u objetivo que ella o el ordenamiento jurídico en su totalidad, pretenden realizar.

La base filosófica de este método se halla en la teoría de los valores y en la afir-

mación de que toda obra humana obedece a fines y a valores.

Para la escuela de Ihering, la norma es un medio con base al cual, el creador de la misma, tiende a realizar determinado interés o finalidad; tal interés o finalidad es el que nos sirve para desentrañar o encontrar el auténtico significado de la misma. Para esta escuela, valores y finalidades son las guías únicas del intérprete de la norma y como técnica específica recomienda seguir los siguientes pasos:

1. Buscar el fin implícito de la norma, aisladamente.

2. Si no lo encontramos dentro de la norma misma, debemos ir entonces a la codificación a la cual pertenece y ver cuáles son los principios, valores y finalidades de dicha codificación y de acuerdo con ello encontrar la significación de la norma que se trata de aplicar.

3. Si no hallamos los principios, valores y finalidades de la codificación, debemos ir a los principios políticos sociales señalados en la constitución y a los cuales debe obedecer todo el ordenamiento jurídico.

En nuestra legislación está consagrado expresamente el método teleológico para la interpretación de la legislación laboral; así, el artículo 18 del Código Sustantivo del Trabajo consagra que para interpretar las normas del mismo código, debe tenerse siempre en cuenta la finalidad para la cual se dictó tal código, finalidad señalada en el artículo 1o. del mismo, que determina como objetivo fundamental de la legislación del trabajo el lograr la justicia entre patronos y trabajadores dentro de un espíritu de coordinación económica y de equilibrio social. Otro ejemplo concreto es el artículo 669 que define el derecho de dominio o propiedad. Las facultades que allí se consagran deben usarse en conformidad con la finalidad expresada por el artículo 30 de la Constitución Nacional, para el derecho de dominio o propiedad.

e. El método histórico evolutivo

Planteado por Francisco Ferrera.

La ciencia de esta doctrina consiste en afirmar que la ley no debe concebirse como la voluntad de su autor y que una vez dictada, se independiza del legislador, adquiere autonomía y pasa a vivir su propia vida. Para él, el destino de toda norma es la satisfacción de las necesidades colectivas actuales, y el intérprete está llamado a hacerle cumplir su destino. La forma en que lo puede hacer es respetando la letra de la ley, pero dándole un significado que responda a las necesidades de la vida social, aunque dicho significado sea diferente al original.

Según esta escuela, a la norma jurídica se le debe dar, no el sentido que tuvo al dictarse sino el que pueda tener al momento de ser aplicada. No hay para qué indagar lo que habría pensado el legislador en el momento de dictar la norma, sino

que es necesario esforzarnos porque ésta resuelva lo que concierne a las exigencias de los tiempos en que va a ser aplicada.

f. El método de la libre investigación científica

Entre los juristas latinos es Francisco Gény quien posiblemente ha alcanzado la mayor resonancia en materia de interpretación.

De acuerdo con el método de Gény, el intérprete debe recurrir en primer término a la ley. Para determinar su sentido de aplicación, el método de interpretación consiste en indagar la voluntad del legislador en el momento de su sanción. A tales fines Gény admite dos procedimientos complementarios: la interpretación por la fórmula del texto y la interpretación con ayuda de elementos exteriores a la fórmula (trabajos preparatorios, antecedentes históricos y de legislación comparada).

Pero puede suceder: a) que no exista ley aplicable al caso; b) que la existente haya dejado de ser aplicable por habersén modificado las condiciones previstas por el legislador. En estos casos el intérprete debe recurrir a otras fuentes: en primer lugar a las que Gény denomina fuentes formales (la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina) y, en defecto de éstas, a las fuentes no formales (la libre investigación científica). En esta última situación Gény confiere al juez el poder de formular la ley a falta de ley, la de tomar la decisión según la misma forma como lo hubiera hecho el legislador, si éste se propusiera reglas de cuestión. El juez debe elaborar la regla jurídica sobre la base de una investigación libre y científica que descubra y contemple elementos racionales (principios de justicia, de equidad, etc.) y elementos objetivos (analogía, elementos derivados de la vida social) en que debe fundarse la regla jurídica.

2. Valoración crítica de los métodos de interpretación, Posición de la Teoría Pura del Derecho.

Si tuviéramos que señalar un rasgo común para todos los métodos de interpretación vistos, diríamos que ese rasgo debe verse en la pretensión por todos ellos perseguida, de constituir el método por excelencia, o sea una especie de receta infalible apta para extraer de la ley la única posibilidad correcta, a través de un proceso estrictamente intelectual en que el intérprete sólo pondría a contribución su entendimiento pero no su voluntad. Pero ocurre que en los hechos ninguno de los métodos tradicionales ha demostrado ser capaz de desplazar totalmente a los otros lo que se pone de manifiesto cuando se repara en que se han ido acumulando más que desplazando, de lo que es buena prueba el caso, relativamente frecuente, de los jueces y doctrinarios que para reforzar sus conclusiones invocan la concordancia de los resultados obtenidos con los diversos procedimientos metódicos.

KELSEN advirtió que cada vez que hay que aplicar una norma de grado superior, el aplicador se encuentra con que esa norma prevee no solamente el procedimiento para la producción de la norma inferior, sino también, en mayor o menor grado, el contenido de la norma a elaborarse. Pero ocurre que esta determinación nunca es completa porque siempre la norma superior deja al que ha de aplicarla, un margen de apreciación más o menos amplio lo que hace que esa norma deba ser considerada como una suerte de marco de posibilidades dentro del cual el aplicador debe moverse sin salirse de la legalidad y señala que esa relativa indeterminación de las normas a aplicar puede ser intencionada o no intencionada.

Es intencionada cuando por ejemplo se establece para un acto ilícito sanciones paralelas, dentro de las cuales el aplicador debe escoger una (arresto o multa). O cuando para el ilícito se establecen penas que giran en base a un mínimo o un máximo (8 a 14 años), o en la de las leyes sanitarias que facultan a las autoridades administrativas, para tomar en caso de epidemia las precauciones necesarias, quedando a disposición de las autoridades la determinación de cuáles son esas precauciones que variarán según las enfermedades y el número de casos que se presenten.

Y no es intencionada: Alude con esto KELSEN a la circunstancia de que por un inevitable sino, las normas se expresan por medio de palabras o de frases y ocurre que el sentido de éstas no es unívoco, sino que es susceptible de soportar varias significaciones.

Todo esto lo lleva a sostener que si por interpretación se entiende la verificación del sentido de la norma a aplicarse, el resultado de esta actividad sólo puede desembocar en la verificación del marco de posibilidades que presenta la norma a interpretarse, es decir en el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro de ese marco.

Dice Kelsen:

Las escuelas tradicionales faltan, por cuanto se colocan en una posición unilateralmente intelectualista, según la cual, el intérprete puede encontrar con el solo juego de su entendimiento, y sin el concurso de su voluntad, la única decisión correcta cuya rectitud estaría fundada en la norma misma.

En esa forma se desconoce que el Juez, al optar dentro del marco de posibilidades que le brinda la ley, ejerce un acto de voluntad y es en este sentido creador del derecho, o sea, de normas individualizadas. Agrega que el papel del Juez no se reduce así a la función mecánica de verificar ciertas premisas y extraer de ellas silogísticamente una conclusión lógica, según resulta de la posición intelectualista.

Asume entonces Kelsen una posición voluntarista, que se aleja de la intelectualista, no sólo en cuanto a que considera que el acto de interpretación es de índole

creadora, sino además, en cuanto afirma que implica siempre un momento axiológico en el cual se realiza la valoración jurídica.

La afirmación de que los métodos de interpretación se ejercitan sobre la base de un acto de conocimiento que es un acto de comprensión, viene a corroborarse y fundar aún más vigorosamente la tesis Kelseniana, según la cual la interpretación judicial es un acto de creación del derecho y un acto de voluntad y esta idea se compagina perfectamente con la noción de comprensión, concebida como una manera de conocer, donde el sujeto no se coloca pasiva y neutralmente frente al objeto, sino que adopta frente a él una postura, una posición.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, resulta justificado el calificativo de voluntarista que Kelsen atribuye a su concepción, acerca de la índole de los actos de interpretación; pero es importante hacer notar que en la historia de las ideas jurídicas ha existido y existe otra corriente también voluntarista y con la que no puede ser confundida la posición Kelseniana, corriente a la que se ha denominado "Escuela del Derecho Libre", que sostenía que si el juez considera que las normas generales o leyes aplicables al caso, suministran soluciones injustas, puede prescindir de ellas y aplicar directamente los principios de la justicia y la equidad. La fundamental diferencia entre el voluntarismo de la escuela del Derecho Libre y el de Kelsen, consiste en que aquélla todo lo deja librado a la voluntad del juez y en cambio el voluntarismo Kelseniano afirma que el Juez no está libre de ataduras, ya que su voluntad en todo caso debe discurrir dentro del marco de posibilidades que consagra la norma general y abstracta.

Dice finalmente, que la elección frente a las posibilidades consagradas por la norma, no puede decidirse con un criterio científico, sino sobre la base de un acto puramente político axiológico.

La contribución de Kelsen para el esclarecimiento de la índole de los actos de interpretación, se ha tenido como la máxima y más decidida superación del intelectualismo de las escuelas tradicionales.

3 Clases de Interpretación según la persona que la realiza

1.— Interpretación doctrinal o libre: Es la que realizan los abogados, juristas, doctrinantes y comentaristas del orden jurídico. La interpretación del orden jurídico realizada por estas personas, no tiene fuerza obligatoria y la validez de la misma siempre depende de los argumentos y razones en que se basa.

Se consagra en el artículo 26 del Código Civil.

2.— Interpretación Judicial: Es la que realizan los jueces, magistrados y en ocasiones algunas autoridades administrativas, al resolver por medio de la sentencia o de la resolución administrativa los casos sometidos a ellos. Obliga a las partes que intervienen en el respectivo caso; para los demás es meramente doctrinal o libre. Puede constituir doctrina probable cuando proviene de la Corte Suprema de Justicia y se llenan los requisitos del artículo 4o. de la Ley 169 de 1896.

Está consagrada en los artículos 17 y 26 del Código Civil y artículo 4o. de la Ley ya citada.

3.— Interpretación legislativa o auténtica: Es la que efectúa el legislador mediante una nueva norma, que resulta ser aclaratoria o interpretativa de otra. Este tipo de interpretación es obligatorio para todos. Está consagrada en los artículos 14 del Código Civil, 58 del Código de Régimen Político y Municipal, 25 del Código Civil.

La ley aclaratoria no afecta las decisiones ejecutoriadas con anterioridad a ella; para los casos aún no resueltos tiene efectos retroactivos; se entiende así incorporada a la ley que aclara.

BIBLIOGRAFIA

Aftalión, García Olano y Vilanova. "Introducción al Derecho".

Marco Gerardo Monroy C. "Manual de Introducción al Derecho".