

EL DERECHO: UNA DINÁMICA NO LINEAL

William Esteban Grisales Cardona
Luis Fernando Garcés Giraldo
Conrado Giraldo Zuluaga

Corporación Universitaria Americana, Colombia.
Corporación Universitaria Americana, Colombia.
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia.

Resumen

Este artículo presenta el concepto de derecho desde diferentes ópticas, cada una de ellas con sus particularidades y la influencia que tienen en la actualidad en los ordenamientos jurídicos. El derecho no es un concepto fácil de entender; pero la forma en que se debe aplicar hoy día debe cobijar no solo la aplicación de la norma o enunciados normativos, sino componentes de índole moral, como los principios, todos ellos en pie de igualdad. No se trata de establecer una jerarquía en los elementos jurídicos y morales, sino un criterio en el cual la corrección del ordenamiento jurídico lleve a la Justicia. Este texto parte de un método hermenéutico dialéctico, y tiene como finalidad ir construyendo un concepto de derecho que cumpla con los estándares de la corrección y la razonabilidad, como principios básicos para cumplir con la igualdad y la justicia.

Palabras Clave: *derecho positivo; neoconstitucionalismo; postpositivismo; no lineal; lenguaje.*

Cómo citar este artículo: Grisales Cardona, W. E., Garcés Giraldo L. F., & Giraldo Zuluaga, C. (2022). El derecho: una dinámica no lineal. *Praxis Filosófica*, (54), 91-110. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i54.11942>

Recibido: 15 de junio de 2021. Aprobado: 4 de agosto de 2021.

The Right: A Non-Linear Dynamic

William Esteban Grisales Cardona¹

Corporación Universitaria Americana, Colombia.

Luis Fernando Garcés Giraldo²

Corporación Universitaria Americana, Colombia.

Conrado Giraldo Zuluaga³

Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia.

Abstract

This article presents the concept of law from different perspectives, each with its particularities and the influence they currently have on legal systems. The law is not an easy concept to understand, but the way in which it should be applied today must encompass not only the application of the norm or normative statements, but also components of a moral nature, such as principles, all of them on an equal footing. It is not about establishing a hierarchy in the legal and moral elements, but a criterion in which the correction of the legal system leads to Justice. This text is based on a dialectical hermeneutical method, and its purpose is to build a concept of law that meets the standards of correctness and reasonableness, as basic principles to comply with equality and justice.

Keywords: *Positive Law; Neoconstitutionalism; Postpositivism; Nonlinear; Language.*

¹ Abogado, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Estudiante de Doctorado en Filosofía en la UPB. Docente de la Corporación Universitaria Americana Sede Medellín. Autor de varios libros y artículos de Revista. <https://orcid.org/0000-0001-8020-0341>

ORCID: 0000-0001-8020-0341 **E-mail:** wgrisales@coruniamericana.edu.co

² Vicerrector de Investigación, sede Medellín, Corporación Universitaria Americana. Medellín – Colombia.

ORCID: 0000-0003-3286-8704 **E-mail:** lgarces@americana.edu.co

³ Coordinador Doctorado en Filosofía, Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín - Colombia.

ORCID: 0000-0003-1885-9158 **E-mail:** conrado.giraldo@upb.edu.co

El derecho: una dinámica no lineal

William Esteban Grisales Cardona

Corporación Universitaria Americana, Colombia.

Luis Fernando Garcés Giraldo

Corporación Universitaria Americana, Colombia.

Conrado Giraldo Zuluaga

Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia.

I. Introducción

Dentro de la investigación que se viene desarrollando sobre una Reforma al Código Civil, de manera especial ‘La jurisprudencia fuente del Derecho’, ha surgido la pregunta sobre ¿cómo ha de entenderse el derecho bajo las actuales prácticas jurídicas y sociales? Para una posible respuesta se observa que el derecho no obedece a una interpretación lineal de las normas; la presencia de un silogismo en la aplicación e interpretación de la norma ha variado. Hoy en el ejercicio práctico lo que se observa es la presencia de una lógica difusa, en la cual la complejidad, enmarcada desde la práctica jurídica y social del derecho, y el caos hacen parte de un nuevo paradigma en el entendimiento del derecho, en el cual ya no solo el juez se guía por la norma general, sino por normas de carácter particular que también son vinculantes y obligatorias. De esto, surge la necesidad de indagar, desde la teoría jurídica, la filosofía del derecho y la jurisprudencia, cómo el derecho obedece a una dinámica no lineal y cómo las corrientes actuales aceptan la teoría de la complejidad en la creación y aplicación de este.

Presentar una alternativa desde la filosofía del derecho a la nueva realidad que implica el derecho, es indispensable en aras de aportar una concepción más cercana del papel del juez y del mismo legislador en la creación del derecho, además de mostrar el orden que se requiere dentro de toda la complejidad y el caos que se presenta en el derecho como una práctica jurídica y social.

Este texto desarrollará en un primer momento el concepto de derecho, analizado desde distintas líneas o teorías que lo explican desde su orden tradicional y desde la complejidad como una práctica jurídica y social; en un segundo apartado se profundiza el derecho como una estructura no lineal desde la decisión judicial.

II. El derecho desde diferentes teorías jurídicas y filosóficas

El derecho ha sido abordado desde diferentes ópticas, cada una de ellas imprimiendo un énfasis en diferentes aspectos que conforman el concepto de derecho, siendo las más tradiciones el positivismo o normativismo, el iusnaturalismo, corrientes no positivistas y el pos positivismo. Cada una de estas corrientes se plantean la relación del derecho con otras áreas que regulan el comportamiento humano, fijando de manera precisa que regula el derecho y que regulan las otras áreas, como la ética, la moral y los usos sociales.

Partiendo de lo anteriormente mencionado, la presentación que se hace del derecho en este texto se muestra que el derecho desde su misma definición y desde su creación no obedece a una dinámica lineal, sino que esta es no lineal, enmarcándose de esta manera en corrientes de complejidad y caos. Cada una de las líneas que se presentan pretenden tener un orden, pero al momento de su aplicación ese orden carece de sentido, pues todas ellas llevan a la interpretación del derecho como un enunciado normativo y su aplicación variable en los casos sometidos a los jueces, momento este que dinamiza el derecho y lo inserta en un marco práctico jurídico y social.

Como se indicó, el derecho está sometido a la interpretación, sin importar que se parte de un supuesto normativo, de un hecho moral o ético, de los usos sociales. Los hechos y los enunciados normativos deben leerse conforme a la realidad social y más importante aún de la realidad jurídica (práctica jurídica y social). No se plantea un realismo jurídico en cualquiera de sus líneas, pero no puede desconocerse que algunas de sus características han permeado el derecho latinoamericano y en especial el derecho colombiano. Tampoco se presentará un positivismo jurídico puro, pero algunas de sus vertientes aún permanecen con mucha vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano e incluso latinoamericano. Se estudia el derecho como conducta humana que debe ser regulada y luego aplicada a una realidad determinada.

A su vez, el Derecho surge como resultado de un constante actuar de los hombres, esta permanente interacción coloca en juego una serie de enunciados normativos, no necesariamente de contenido jurídico, sobre las cuales puede decirse que tienen un carácter no gubernamental, son normas de

índole ética y moral; estas normas no cuentan en principio con mecanismo de coacción, pero al ser tomadas por el Estado, es decir, positivizada, adquieren fuerza vinculante, fuerza coactiva; poder para reclamar su cumplimiento ante los jueces de la República o aquellas personas que de manera excepcional pueden ejercer la jurisdicción.

Tomando el párrafo anterior, el derecho puede ser asociado en un primer momento con las normas creadas por el legislador, sin embargo, la palabra derecho encierra muchos más elementos, tal como se verá más adelante y tal como lo ha venido desarrollando la Corte Constitucional Colombiana desde la década de los 90's. Pero el acercamiento a este concepto dependerá de la línea o corriente que se pretenda hacer valer, para efecto de artículo se tomará como una práctica jurídica y social. Este enfoque se basa en una visión pragmática del derecho, para ello es importante definir la importancia de los signos y significados que integran el derecho, no solo desde una postura abstracta sino concreta en su realización.

Como se ha venido manifestando, el Derecho puede ser visto desde las relaciones sociales, jurídicas, culturales, como un sistema complejo, razón por la cual no es posible dar una explicación sencilla sobre este, debiéndose integrar por tanto las relaciones mencionadas para tener una comprensión de esta Institución social, la cual debe ser entendida desde la teoría egológica del derecho, recogiendo dentro de esta teoría aspectos de la fenomenología, tal como lo plantea el profesor Carlos Cossío: "El derecho como objeto es conducta humana viviente, es decir, la vida humana en su libertad, esa libertad con la que unos pueden interferir la libertad de otros" (Torres, 2001, p. 928). Bajo la teoría egológica, el objeto del derecho es la conducta humana; el sujeto cognoscente debe aprender al objeto de tal manera que luego lo pueda individualizar frente a una situación determinada, es un permanente interactuar del sujeto con el objeto, sometido este último siempre a interpretación.

La teoría egológica sostiene que el derecho como objeto es conducta humana en interferencia subjetiva. Él es, ontológicamente, conducta humana que puede ser calificada de lícita o ilícita, de justa o injusta, valoraciones que no se pueden proclamar de los objetos naturales. Esto nos indica que él es un objeto de cultura, un objeto cultural, puesto que es cultura todo lo que hace el hombre de acuerdo con fines valorados. No pueden ser objeto del derecho los productos de la actividad humana (objetos mundanales), sino la propia actividad (objeto egológico). Cuando decimos que una ley es justa no nos referimos al texto escrito sino a la conducta mentada en dicho texto. El objeto del derecho no es la regulación de la conducta sino la conducta regulada (Torres, 2001, p. 51).

Conforme a lo anterior, varias de las teorías tradicionales del Derecho han olvidado esa relación intersubjetiva de los hombres como base de una regulación, su estudio se ha dirigido exclusivamente al estudio de la ley. Es importante, entonces, mirar cómo es entendido el Derecho desde el hombre común, del ciudadano que lo vive día a día. En este primer aspecto el derecho se asimila a lo justo o injusto, siendo una expresión muy corriente cuando una persona tiene derecho a algo en una determinada situación; por ejemplo, proteger a las familias más desfavorecidas económicamente, las tarifas de impuestos diferenciadas de acuerdo a la capacidad económica de los ciudadanos. La calificación que hacen los ciudadanos no nace de los enunciados normativos como tal, sino de una valoración propia que hace desde su perspectiva de justicia.

Desde la teoría egológica lo que pretende es realizar la reducción fenomenológica del objeto, el Derecho, para encontrar sus características o proposiciones, como, por ejemplo: el derecho entendido como conducta humana en interferencia intersubjetiva; las acciones humanas son todas consideradas por el derecho en especial el acto humano en su unidad, al igual que otras vertientes del derecho este exige la posibilidad de actos de fuerza. La libertad es esencial en el derecho. La interferencia intersubjetiva debe estar conceptualizada mientras normas y dichas normas imputan una sanción, pero un rasgo fundamental de esta teoría consiste en la aplicación de juicios disyuntivos en la práctica jurídica, posición diferente a la propuesta por el positivismo kelseniano quien entendía la norma como un juicio hipotético.

Un aspecto importante en el marco de la escuela egológica del derecho es su vínculo esencial con la libertad.

(...) entiende el derecho como título, pertenencia, facultad del sujeto experimentada con tanta evidencia que se reclama como algo propio y natural que debe ser necesariamente reconocido y otorgado (...) El derecho, en efecto, se trata de desarrollar valores de la misma naturaleza que los perseguidos por otras ciencias sociales, pero en su caso la realización de estos valores es un imperativo más fuerte, en cuanto que se presentan como las pautas tutelares de bienes esenciales del individuo que la dinámica de las relaciones sociales puede lesionar (Soriano, 1998, p. 175).

El Derecho no puede ser entendido como un ente abstracto ajeno a toda relación con la vida, con los hechos del hombre, el derecho es vida o reflejo de una sociedad. Desde la fenomenología de la acción social, el objeto de estudio es el ser humano, rodeado de otros sin cuestionar su existencia, pero es la conducta de este ser humano lo que toma el derecho para la

construcción de sí mismo, y constituir su objeto de estudio. Es a partir del actuar del hombre, mediante una reducción fenomenológica, que se extrae la conducta que debe estar normatizada.

La propuesta del profesor Carlos Cossio muestra cómo la actividad judicial tiene una función creadora del derecho, función que parte del ejercicio interpretativo que hace el juez de la norma, pero toda esa interpretación debe estar orientada a cumplir con la justicia. Es el marco jurídico justo cuando el derecho permite mantener un criterio de igualdad entre los ciudadanos, los valores jurídicos se orientan desde la igualdad y la dignidad humana, enmarcados ambos en el concepto superior de la justicia.

De igual forma, la egología jurídica permite apreciar el derecho desde la realidad misma del hombre en cuanto un ser social, un ser que convive con otros hombres. Es importante que el derecho no sea ajeno a la realidad al momento de su aplicación, de esta forma se garantiza la igualdad. De hecho, la vida cotidiana genera un cierto tipo de comportamientos que finalmente el derecho debe formalizar. Lo anterior, tomado desde una perspectiva fenomenológica y existencialista, y para ello parte de la pregunta por el objeto y la consideración del derecho, se entiende que, en tanto que objeto jurídico es visto como un objeto cultural ideológico, objeto que está referido a la conducta humana, no unilateral, sino bilateral.

El hombre desde su existencia misma llega, o puede llegar a un nivel de comprensión ontológico, y este nivel se alcanza cuando el hombre comprende desde su existencia que su existencia misma es la libertad. El hombre está vinculado con la libertad, no hay existencia sin libertad en el hombre en cuanto *ser* arrojado al mundo. El hombre se *pre-ocupa* por su libertad, libertad que está limitada por la misma finitud del hombre, finitud que no es otra cosa que una frontera que el hombre comprende, pero no como un hombre solo en su finitud, sino en contacto con otros hombres; de allí que su conducta como parte de esa finitud es intersubjetiva, es, como se dijo antes, bilateral, en contacto con otros sujetos, lo que hace que éste reflexione sobre su existencia dentro de una comunidad. De nuevo, se señala el carácter coexistencial del hombre.

Otro punto de aproximación al derecho es el propuesto por Luigi Ferrajoli (2007), quien analiza las diferentes formas del derecho positivo. Este autor no acoge los criterios propuestos por autores denominados positivistas, como Dworkin o Alexy. El presenta una teoría del derecho construida bajo un método axiomático, en el cual el lenguaje juega un papel importante en su análisis: “el derecho es un mundo de signos y significados” (Ferrajoli, 2007, p. 36). Ferrajoli defiende la estructura positivista del

Derecho, enmarcada en lo que él denomina la regla de reconocimiento que no es más que el principio de legalidad, en los siguientes términos:

Una norma jurídica existe y es válida no porque se la considere verdadera, o justa, o razonable, como se podía sostener en los ordenamientos premodernos de tipo jurisprudencial, sino porque ha sido puesta por la autoridad legitimada para su producción, cualesquiera que sean los contenidos, en las formas previstas por otra norma del ordenamiento al que pertenecen (Ferrajoli, 2007, p. 15).

La propuesta de Ferrajoli se aleja de la propuesta del positivismo lógico, genera un esquema o método del derecho partiendo de la axiomática, con el fin de proponer una conceptualización del derecho no solo desde el punto de vista teórico sino también dogmático. El lenguaje teórico y el dogmático tienen diversas formas de ver el derecho, una desde el deber ser y otra desde el ser del derecho, ambos separados de la filosofía de la justicia, esta última en la que se enmarca las actuales posturas que no corresponden necesariamente con lo que debe entenderse como derecho. El derecho obedece a una serie de esquemas y símbolos, un lenguaje meta teórico, no un lenguaje observacional como el de la dogmática jurídica.

98

(...)el lenguaje observacional es el lenguaje cuyos términos descriptivos o extra-lógicos ‘designan objetos o procesos observables, o también propiedades y relaciones observables de tales objetos’ (...); el lenguaje teórico, a su vez, es un lenguaje caracterizado por el hecho que incluye, más allá de los términos lógicos, únicamente ‘términos no explícitamente definibles con arreglo a los términos observacionales’ (Ferrajoli, 2004, p. 45).

Se presenta al derecho como un discurso, como un metalenguaje, pero no cercano a las teorías de argumentación propuestas en la actualidad. Ferrajoli se aparta de esa visión argumentativa y propone un discurso axiomático y lógico concordante con un modelo positivista.

Para Ferrajoli, para decirlo de manera simple, pero creo que exacta, la argumentación jurídica legítima es simplemente la argumentación lógico-deductiva (en relación con las normas, con los problemas interpretativos) y la argumentación inductiva (en relación con los hechos, con los problemas de prueba). No hay espacio (espacio racional) para nada más (Atienza, 2017, p. 99).

Ferrajoli en esta parte presenta un análisis del discurso del derecho: interroga las formas del derecho desde su contenido positivo, pero a la luz de los postulados garantistas, tanto desde su principialística como desde su práctica. Siguiendo esta postura, es importante resaltar el valor o los valores inherentes al derecho mismo y como estos a través del proceso se vuelven eficaces.

De acuerdo a lo anterior, el acercamiento al concepto de derecho desde el garantismo lleva a tomar lineamientos de lo que se denomina un positivismo moderado (positivismo incluyente), entendiendo por este aquel que permite la presencia de contenidos morales (valores) dentro de su estructura. Es importante reconocer que el derecho debe auto corregirse cuando no se llegue a los estándares mínimos de justicia como valor, tarea ésta que estará en quien debe aplicar el derecho a una situación concreta, lo cual sucede a través de la decisión judicial. De igual forma, en los diferentes textos de Ferrajoli (2004 y 2007), se establece que la mejor forma de argumentación que pueda presentarse en el derecho es la lógica deductiva y la argumentación deductiva. No admite la posibilidad de un modelo argumentativo distinto, como, por ejemplo, el propuesto en los señalados por Alexy o MacCormick (teorías estándar de la argumentación).

99

Una tercera forma de apreciar el derecho se da desde las posturas, que algunos han denominado neoconstitucionalistas y otros postpositivistas. Los conceptos planteados no son sinónimos, por el contrario, entre ellos se presenta diferencia. El concepto de neoconstitucionalismo implica la existencia previa del constitucionalismo, situación que no ha quedado clara en las posturas propuestas por Comanducci o Pozzolo. El neoconstitucionalismo reduce el derecho a la moral, llevando a los jueces a que aplique el derecho desde una interpretación moral de los casos discutidos; se enmarca entonces, la interpretación en un esquema de justicia, justicia vista como una virtud en términos clásicos de la ética.

La discusión que plantea el neoconstitucionalismo es con el positivismo lógico, el cual indica que la interpretación formal es la que se hace de la ley (legiscentrismo) desde la misma ley. La interpretación debe ir más de lo meramente normativo y partir de la principialística propia que trae la Constitución de cada país. La constitución se convierte en un cuerpo normativo superior al resto del ordenamiento jurídico, en otras palabras, la ley está supeditada a lo que la Constitución plantea como garantías supraleales. Entre las diferentes posiciones que tiene el neoconstitucionalismo, puede nombrarse a Barberis, en palabras de Atienza (2017):

considera ahora que el neoconstitucionalismo supone una ‘tercera teoría del derecho’ que vendría a ser una alternativa tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo, y que caracteriza en relación con tres temas: la conexión entre derecho y moral; la distinción entre reglas y principios; y la forma de entender la ponderación (p. 121).

Las preguntas constantes por la relación derecho y moral son naturales entre los filósofos y doctrinantes durante los últimos 70 años. Una vez finalizada la segunda guerra mundial se pregunta por la función del derecho positivo y la forma en que este es aplicado, encontrándose un gran vacío frente a criterios morales como la justicia, generando el reparo sobre si un derecho ajeno a la justicia es derecho (Radbruch, 1959). Pero esta discusión implica también diferenciar entre reglas y principios; más importante aún hacer hincapié sobre cómo solucionar el posible choque que se pueda presentar entre reglas y principios o solo entre reglas o solo entre principios.

Si el principio no se encuentra dentro del ordenamiento jurídico, desde el positivismo decimonónico no puede utilizarse para dar solución a un problema concreto; solo el ordenamiento jurídico positivo válido y vigente es el que se puede utilizar; los principios serán un criterio auxiliar para llenar los vacíos o lagunas que pueda tener el ordenamiento jurídico. Ahora, desde la postura neoconstitucionalista los principios adquieren un papel esencial y transcendental en la aplicación del derecho. Se afirma que el juez debe buscar el principio que subyace en una norma, de allí que se diga que no existen casos fáciles, sino que todos son difíciles porque finalmente lo que se presenta es un choque de principios teniendo que recurrir a la ponderación para dar solución a ello.

¿Entonces, qué diferencia existe con el postpositivismo? Atienza (2017) indica que la pregunta por lo que es el neoconstitucionalismo no tiene una verdadera respuesta; no se sabe qué es e incluso los mismos autores que lo proponen tampoco puede decir con claridad qué es, solo proceden hacer una caracterización que no da lugar a poder identificarlo como una tercera teoría real de la teoría del derecho. El postpositivismo tiene una base constitucional, como se verá a continuación.

Esta teoría postpositivista, plantea las siguientes características, conforme lo que manifiesta Atienza (2017):

En concreto, el tipo de teoría del derecho que yo defiendo es: 1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre derecho y moral, 4) que defiende un objetivismo

moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios y 6) de la ponderación, así como 7) el papel activo de la jurisdicción, y 8) subraya el carácter argumentativo del Derecho (p. 129).

Como se desprende de la cita, la denominada corriente postpositivista parte de la unión entre derecho y moral, ámbito que parte del reconocimiento de los derechos humanos como guía para la interpretación del orden jurídico interno y externo, pero la base para ese ejercicio interpretativo parte de reconocer que el derecho tiene un carácter argumentativo. No se trata solamente de aplicar la ley en su tenor literal, sino de encontrar en ella el carácter moral que la impregna y permite hacer sobre ella la corrección necesaria para obtener una decisión justa. Además, el reconocer el carácter argumentativo del derecho implica diferenciar entre la justificación interna y la justificación externa, teniendo presente que en la justificación interna está presente la justificación moral, la cual no es la aplicación lógico formal de un silogismo, sino de una carga axiológica que se incluye dentro del respectivo enunciado jurídico.

Para finalizar este acápite, el derecho, hoy, tal y como ha sido entendido por la doctrina filosófica y jurídica tiene un soporte constitucional; la Constitución se convierte en la herramienta central para la interpretación y comprensión del ordenamiento jurídico de cada país. Diferentes tribunales constitucionales a través de sus decisiones le han dado una prevalencia a la Constitución, partiendo para ello de la interpretación que hacen de artículos como el establecido; por ejemplo, en el artículo 4 de la C.N. de Colombia, en el cual se indica que la Constitución es norma de normas. Este artículo es el que ha generado la posibilidad de hablar de la supremacía constitucional apoyado en argumentos de doctrinantes considerados constitucionalistas, neoconstitucionalistas o postpositivistas, entre los cuales pueden incluirse al profesor Nino e incluso a Manuel Atienza, entre otros.

101

III. Una postura no lineal del derecho

La determinación de una teoría del derecho debe construirse también desde su práctica, y esta se halla en la tarea más importante del juez y es la decisión judicial. Esta es la presentación dinámica del derecho. Puede decirse, entonces, que la decisión judicial obedece a una complejidad pragmática del derecho. Al respecto, Aftalión (1994) presenta en su texto de Introducción al derecho el siguiente apunte sobre el pragmatismo:

Siguiendo la orientación pragmática que ve en la eficacia la señal inconfundible de la verdad, Pound define la ciencia jurídica como una

suerte de ingeniera social que se ocupa de aquella parte del campo total (de los asuntos humanos) en la que pueden lograrse resultados mediante la ordenación de las acciones humanas por la acción de la sociedad política (p. 315).

Lo que importa de acuerdo con el pragmatismo no es la norma en sí, sino su proceso de creación y aplicación, dado que su aplicación es a la vez creación de derecho de carácter particular.

No se trata solo de considerar el derecho como un simple conjunto de normas, sino desde su componente complejo y argumentativo. Atienza (1999), ha manifestado:

(...) Lo que se busca es identificar o encontrar, por decirlo con una metáfora, los componentes del edificio jurídico, con lo que se llega a las normas, a los diversos tipos de normas y, eventualmente, a otros enunciados, como los que contienen definiciones o juicios de valor. Podríamos decir que, al igual que la fotografía de un edificio se plasma en un pedazo de papel, el Derecho así contemplado se reduce a una serie de enunciados, a lenguaje. Si esa fotografía del Derecho es de la suficiente calidad, entonces se podrán observar tanto las partes del edificio -con todo el detalle imaginable- como el edificio en su conjunto, es decir, cómo se ensamblan unos elementos con otros. Para quien asume esa perspectiva, de lo que se trata básicamente es de describir el edificio tal y como es, no de compararlo con un modelo ideal, y menos aún, de construir otro edificio.

En esta construcción lo que se busca es mirar la no linealidad del derecho en su formación, tomando para ello las categorías argumentativa y pragmática del derecho desde su creación hasta su aplicación, sin dejar de reconocer que el derecho tiene una parte normativa, dado que su aplicación no obedece a una posición estática sino dinámica. Y la dinámica puede apreciarse en la interpretación que debe hacerse del lenguaje jurídico mismo frente a las situaciones fácticas que se le plantean, generando de esta forma una complejidad e incluso un caos en su estructura.

Es importante señalar que Radbruch presenta un concepto de derecho enmarcado desde lo cultural, como una relación entre la realidad y los valores.

El concepto de derecho es un concepto cultural, es decir, un concepto de una realidad basada en valores, una realidad que tiene el sentido de servir a un grupo de valores. El derecho es la realidad que tiene el sentido de adecuarse a los valores para servir a la idea de derecho. El concepto está

vinculado a la idea de derecho (...) el derecho es la realidad que tiene por finalidad servir a la justicia (Nava, 2015, p. 238).

De esta aproximación puede establecerse la relación entre derecho y justicia, relación que es indispensable en la propuesta constitucional del derecho. Lo que se quiere es recoger los valores constitucionales y su reflejo ante una normativa sustancial y procesal, y determinar su operatividad en la decisión judicial como acto de creación de norma de carácter particular.

En la construcción de esta propuesta, es necesario hacer referencia a la disputa entre positivismo e iusnaturalismo, aunque puede decirse que en gran parte ha sido superada con las actuales posiciones. Siguiendo a Nino (2013) las principales notas distintivas del positivismo jurídico son:

- a) No hay leyes naturales de índole normativa, o sea estándares absolutamente válidos que establecen derechos y deberes, que son aplicables en todo tiempo y sociedad, y que pueden ser inferidos de la 'naturaleza' del hombre o de la razón humana o de estructuras esenciales de la realidad.
- b) No hay un procedimiento racional para justificar objetivamente la validez de reglas e ideales morales acerca de los derechos y deberes de la gente y de la justicia de instituciones sociales.
- c) El mero hecho de un sistema jurídico, cualquiera que sea el contenido de sus reglas, sea eficaz o vigente en cierta sociedad, constituye una razón para considerarlo moralmente justificado y para sostener que la comunidad y los funcionarios tienen el deber moral de obedecerlo y aplicarlo.
- d) Las normas jurídicas pueden ser distinguidas en principio de otras reglas sociales, y, en particular, de las normas morales vigentes en una sociedad.
- e) Los sistemas jurídicos son autosuficientes en proveer soluciones unívocas para cualquier caso posible; el derecho no tiene lagunas, contradicciones, vaguedad ni ambigüedad lingüísticas, etcétera.
- f) Lo opuesto a lo anterior; o sea que el derecho puede no contener una solución unívoca para algunos casos.
- g) El derecho solo está formado por leyes, o sea por normas generales expresamente sancionadas por órganos centralizados.
- h) El derecho solo incluye estándares que son reconocidos por los jueces y otros funcionarios por el hecho de haberse originado en cierta fuente fáctica, con independencia de su contenido.
- i) El sistema jurídico vigente en cierta sociedad puede ser identificado tomando sólo en cuenta hechos empíricos, como, por ejemplo, el

reconocimiento judicial de sus reglas, y sin asumir ninguna posición o hacer ninguna consideración acerca del valor o de la justicia de sus prescripciones (p.146).

Algunas de estas características generaron grandes discusiones, en especial después de las dos grandes guerras, eventos bajos los cuales se realizaron actuaciones de lesa humanidad soportados todas ellas en la aplicación de la ley, sin hacer un análisis de la justicia o injusticia que se pudiera cometer con su aplicación.

En la tarea de creación del derecho, el legislador está limitado por los derechos fundamentales, en otras palabras, utilizando un concepto más amplio por las garantías constitucionales y las garantías constitucionales procesales: “El trabajo legislativo debe servir para asegurar la protección, respeto y desarrollo de los derechos humanos. La defensa o violación de los mismos no se deja al arbitrio de una simple mayoría parlamentaria” (Rojas, 2012).

Uno de los aspectos a tener en cuenta son los principios, los cuales bajo el esquema positivista son de difícil aceptación; sin embargo, en la actualidad estos juegan un papel trascendental en la formación misma del derecho siendo ellos mismos un sistema complejo para la adopción de la norma jurídica y la decisión judicial. Los principios como fuentes de creación del ordenamiento jurídico permiten la individualización de cada Estado y su sistema, pero la aplicación de los mismos a través de reglas principios son los que permiten una interpretación justa del ordenamiento jurídico. Se trata de una postura constitucional, como una teoría del derecho con prevalencia de la constitución y su forma de aplicación, basada en la misma complejidad y pragmática del derecho.

Desde el caos y complejidad que aparece en el derecho actual gracias al papel de la decisión judicial, es importante, que el juez cuente con un grado de discrecionalidad a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico, que, a diferencia del positivismo, donde solo se dan aplicación de reglas (normas), se acepta los vacíos o lagunas del ordenamiento jurídico, los cuales pueden ser llenados con la aplicación de los principios originados dentro de un marco constitucional.

Si bien es cierto, no puede decirse que el iuspositivismo ha desaparecido en su totalidad, sí ha tenido algunos puntos de acercamiento con el iusnaturalismo, podría decirse que nos encontramos ante un positivismo moderado, también denominado neopositivismo. Sin embargo, se considera que este fenómeno se enmarca dentro de una postura o teoría constitucional, dentro de la cual, siguiendo al profesor Comanducci el objeto puede ser

el “el modelo descriptivo de la Constitución como norma” o el “modelo axiológico de la Constitución como norma” (Comanducci, 2010, p. 177).

Dentro del constitucionalismo puede verse como se halla una obligación moral de acatar la Constitución y como parte de ella los derechos de carácter fundamental. No puede verse a la Constitución como una simple norma, se debe apreciar como una carta de garantías obligatoria para el juez y demás personas que participen en la formación de la ley. El derecho como parte de la actividad humana reclama siempre el respeto de las garantías propias de cada persona. El constitucionalismo como una teoría del derecho se preocupa no solo de la constitución como un simple objeto, sino de la Constitución como una forma de derecho viviente.

De acuerdo a lo anterior, las normas que integran el ordenamiento jurídico deben mirarse no como normas de textura cerrada sino como normas de textura abierta, incluyéndose dentro de estas principios como núcleo de las mismas, generando en estas una estructura dinámica y compleja, actualizable a las distintas situaciones sociales, políticas, culturales dentro de una determinada sociedad; es decir, con ello no corresponde solo a la sentencia la realización del derecho material, sino desde la interpretación misma de la norma se puede llevar su aplicación a muchos eventos no consagrados en forma expresa por el legislador, creando una no linealidad del derecho. La lectura y la interpretación se hacen no del simple contenido gramatical de la norma, sino desde el principio que subyace en la norma. De esta manera el ordenamiento jurídico se vuelve dinámico y complejo a la luz de las necesidades sociales.

Lo señalado en los párrafos anteriores requiere la participación activa del juez. Desde las garantías establecidas en la Constitución el juez interpreta la norma del ordenamiento jurídico con el fin de determinar si es aplicable para la solución de un caso concreto. Ese juicio se aprecia a través de la sentencia, la cuál servirá de guía para la solución de casos similares, pretendiendo con ello generar orden dentro de la dinámica no lineal del derecho.

Es importante anotar sobre este aspecto que “el derecho es independiente de las condiciones sociales, ya que se fundamenta en ‘la’ justicia, pero su aplicación exige el conocimiento de cada caso y las circunstancias concretas, es decir, la realidad cruda y viva” (Larrañeta, 1999, p. 28). Pero desde la concepción pura del positivismo la justicia se logra con la aplicación de las normas jurídicas, sin embargo, hoy día se hace necesario que el juez al momento de aplicar la ley realice un análisis sobre su justificación, es decir, una valoración de índole moral sobre lo justo o lo injusto. Esta valoración estará soportada sobre los valores y principios que encierran el ordenamiento jurídico de cada país, integrando a éste los derechos fundamentales y los

principios generales del derecho y derecho procesal reconocidos en los distintos tratados internacionales, llevando todo ello a una dinámica compleja en la evolución del derecho.

En el ordenamiento jurídico colombiano y en otras legislaciones “el principio de legalidad como norma de reconocimiento y fuente de legitimación del derecho vigente” (Larrañeta, 1999, p. 28), tiene un valor fundamental; sin embargo, frente a la constitucionalización del derecho y del derecho procesal, esa legalidad debe estar vista a la par de su comportamiento constitucional. No basta con el cumplir el procedimiento para su elaboración, sino que esta cumpla con los mandatos y principios constitucionales. Amén de lo anterior dentro de la legalidad no solo se comprende las leyes, hacen parte de ello también las distintas decisiones judiciales que han abordado y señalado criterios en determinados temas (precedente judicial, jurisprudencia).

En palabras de Marc Galanter (...), el derecho debe ser entendido ‘como un sistema de significados simbólicos y culturales más que como un sistema de controles operativos. El derecho nos afecta sobre todo a través de la comunicación de símbolos –por medio de amenazas, promesas, modelos persuasiones, legitimaciones, estigmas y otras cosas (García, 2016, p. 42).

Continúa este mismo autor señalando:

El asunto no es pues solo que el derecho choque con la realidad que resiste al cambio y por eso resulta ineficaz; es más bien que la realidad no cambia porque choca con la resistencia del derecho, el cual persigue por sí mismo su ineficacia” (...) “Todo ocurre como está previsto como está previsto en el código. Nunca antes la palabra ‘ley’, con su imagen de predicción e infalibilidad, fue tan apropiada para bautizar a una norma jurídica. Esta era la ilusión que estaba detrás de la promulgación del Código Civil de 1804, también conocido como Código de Napoleón. Por eso, por ser una normatividad completa, exhaustiva, los jueces no la podían interpretar, solo se limitaban a aplicar sus normas por medio de un silogismo: premisa mayor, la norma; premisa menor, el caso; y, conclusión, la decisión judicial.” (...) “El derecho es un conjunto de enunciados y, en consecuencia, algunos de los secretos de su poder social pueden ser descubiertos en esta condición discursiva. El hecho de que las normas logren eficacia por medio de las representaciones que crean en los individuos hace de ellas un instrumento social necesariamente ligado al mundo de lo simbólico y, con él, al mundo de lo político (p. 42).

El derecho es cambiante, pero el cambio es dado por los mismos cambios de la sociedad. Cada comunidad tiene modificaciones de índole social, política, cultural, religiosa, etc., cada una de esas situaciones se ve reflejada a la hora de aplicar el derecho. Esa aplicación del derecho a las diferentes situaciones sociales es lo que permite afirmar su eficacia. No se trata de elegir una norma y aplicarla sin más, sin importar que resuelva de manera efectiva un caso concreto, sino que permita obtener a través de su solución los fines propios del Estado como lo es la Justicia.

Como se anuncia en la cita anterior, el Derecho como fenómeno social, es un reflejo de lo que sucede al interior de una comunidad, pero su aplicación no depende única y exclusivamente de lo que se exprese por parte del legislador, requiere que en él intervenga todo lo que conforma el ordenamiento jurídico completo, entre ellos, como se mencionó anteriormente los principios, la Constitución y todo lo que lleve a una corrección del ordenamiento jurídico. La Justicia es un fin del derecho y esta se logra con una distribución de justicia acorde con el ordenamiento jurídico, entendido este en toda su amplitud, es decir, desde sus reglas, principios (lo jurídico y lo moral).

Retomando a Nino y Atienza, en ambos se encuentran puntos de unión en sus ideas, donde parte del estudio de la justificación interna y externa, para poder de esta manera entender la unión entre derecho y moral, base desde la cual el postpositivismo vislumbra el carácter argumentativo del derecho, rompiendo con las posturas clásicas donde el juez solo aplica la ley, bajo el esquema postpositivista o neoconstitucionalista, el juez analiza la ley desde la Constitución bajo un modelo argumentativo pragmático del lenguaje.

(...), la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática (Atienza, 2017, p. 111).

Esto quiere decir, que la argumentación jurídica se ocupa, en uno de sus aspectos, del análisis del discurso de los jueces en la toma de la decisión y en la exposición de las razones en que se soporta la respectiva sentencia. Finalmente, esta obligación de motivar es el resultado de la carga emotiva que posee el lenguaje jurídico, porque con ellas la vaguedad de este tipo de lenguaje y requiere de interpretar el contenido real que éstas tienen dentro del orden jurídico. Todo ello, siempre, bajo los presupuestos consagrados en

la Constitución y demás normas que posean una consagración de derecho y principios.

IV. Conclusiones

El derecho es una estructura que posee un lenguaje propio, que genera complejidad en su discurso. Se entiende que las palabras, la norma y la proposición jurídica tienen una estructura muy distinta, y más si se piensa que el derecho recoge la conducta humana en interferencia intersubjetiva mediante normas; su aplicación se hace mediante proposiciones normativas, que finalmente son un ejercicio hermenéutico-argumentativo sobre la norma.

Desde lo anterior, el derecho en cuanto conjunto normativo no puede ser entendido de una sola forma, es decir, en forma literal o lineal, dado que desde una lógica disyuntiva cada caso puede tener varias alternativas de respuesta. De ahí que deba recurrirse a un ejercicio de interpretación del componente fáctico de la norma frente a una realidad y determinar así la posible consecuencia jurídica. No se trata solamente de buscar la intención del legislador, se debe pensar en la intención de quien lee y aplica la norma (Eco, 2016). En este último supuesto el texto positivo está a la deriva del sentido, sin embargo, esa deriva de una u otra forma se encuentra regulada por las mismas decisiones judiciales, las cuales se tornan en un primer momento obligatorias para la decisión de casos similares; pero ¿quién define que es similar?

...una vez separado de su emisor (así como de su intención) y de las circunstancias concretas de su emisión (y por lo tanto del referente al que alude), un texto flota (digámoslo así) en el vacío de un espacio potencialmente infinito de interpretaciones posibles (Eco, 2016, p. 14).

El lector, en este caso el juez, tendrá unas impresiones prediseñadas con las cuales hará lectura del derecho, de las palabras que integran la norma jurídica, sumado a ello la forma en que son contados los hechos por parte de los abogados.

El juez en su ejercicio de aplicación de la ley (en forma genérica) interpreta y argumenta, no con el uso de una lógica clásica, sino del uso de una lógica difusa que le permita mediante la argumentación establecer la solución posible para un caso concreto. No es pues una lógica matemática la que usa el juez sino una lógica propia para el desarrollo del derecho estructurado desde la pretensión de corrección, es decir, con una mezcla de lo jurídico y lo moral sin que lo uno quebrante lo otro. En suma, el derecho en tanto que palabra requiere de interpretación y argumentación,

partiendo de la norma conectada con una realidad moral propia del mismo ordenamiento jurídico.

Referencias Bibliográficas

- Aftalión, E. R. (1994). *Introducción al derecho*. Abelado Perrot.
- Atienza, M. (1999). Derecho como argumentación. *Isegoria*, (21), 37-47. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.76>
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Editorial Trotta.
- Comanducci, P. (2010) Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Eco, H. (2016). *Los límites de la interpretación*. Debolsillo.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. BEFDP Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. 1. Teoría del derecho*. Editorial Trotta.
- García, V. M. (2016). *La eficacia simbólica del derecho*. Debate.
- Larrañeta, R. (1999). *Tras la justicia. Introducción a una filosofía política*. San Esteban-Edibesa.
- Nino, C.S. (2013). *La validez del derecho*. Editorial Astrea
- Nava, T. A. (2015). *Institucionalización de la razón*. Athropos.
- Radbruch, G. (1959). *Filosofía del Derecho*. Ed. Reus.
- Rojas, A. V. (2012). *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Soriano, R. (1998) *Sociología del derecho*. Ariel
- Torres, V. A. (2001). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Temis.

